

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

**A EDIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE RELIGIOSA: UM FEIXE JURÍDICO ENTRE A
INCLUSIVIDADE E O FUNDAMENTALISMO**

JAYME WEINGARTNER NETO

Doutorando

Porto Alegre, fevereiro de 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

**A EDIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE RELIGIOSA: UM FEIXE JURÍDICO ENTRE A INCLUSIVIDADE E O
FUNDAMENTALISMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Faculdade de Direito da PUCRS como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito

JAYME WEINGARTNER NETO
Doutorando

INGO WOLFGANG SARLET
Orientador

Banca Examinadora:

Prof. Dr. FERNANDO FACURY SCAFF

Prof. Dr. INGO WOLFGANG SARLET – Presidente

Prof. Dr. JUAREZ FREITAS

Prof. Dr. PAULO CALIENDO

Prof. Dr. PAULO FERREIRA DA CUNHA

Porto Alegre, fevereiro de 2006.

AGRADECIMENTOS

Frederico e Pedro, filhos amados

Andréia, amada esposa

Pela multiplicação dos tempos,

Milagre de amor

Luíza, filha que vem, outra

Benção de Deus

A amadurecer o tempo.

Aos familiares e amigos, pelo convívio e auxílio.

Aos colegas de Ministério Público, pelo estímulo e compreensão.

Ao Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet,

Mais que orientador, concretizador da dignidade humana

(“Onde cada homem é sozinho/A casa da humanidade”),

Exemplo de probidade e rigor científico conjugados numa disposição

Generosa e solidária de partilha.

RESUMO

A Constituição Brasileira consagra um direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, um feixe de posições jusfundamentais radicado em diversos dispositivos textuais e apto a harmonizar a maximização da inclusividade (acolher as confissões religiosas minoritárias) com a tolerância ao fundamentalismo-crença e o bloqueio ao fundamentalismo-militante. Parte-se dos pressupostos histórico-teológicos da liberdade religiosa, que só faz sentido no Estado democrático de direito, sem deixar de notar que a racionalidade moderna surpreende-se, hoje, com o fenômeno da dessecularização. Recolhem-se os aportes do interculturalismo, da tolerância e da complexidade e constata-se que o Estado constitucional, por mais inclusivo que deva ser, assenta em limites inerentes (valores básicos aglutinantes) que servem de barreira ao fundamentalismo religioso, conceito que vai desdobrado em fundamentalismo-crença, de estilo hermenêutico, e fundamentalismo-militante, que pretende impor, modo político, normas de conduta para toda a comunidade, extensíveis aos não crentes. Trabalha-se com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da proporcionalidade para, numa hermenêutica sistemática, ofertar um catálogo com mais de oitenta posições que concretizam diversas facetas da liberdade religiosa (a raiz preferencial da liberdade de consciência, o conceito de religião, a liberdade de crença, a liberdade de culto, a privacidade religiosa, os direitos das igrejas e, no plano objetivo, o princípio da separação e vários outros). O quadro é testado, nos limites, em relação a tópicos concretos: a religião e a escola pública, o sacrifício religioso de animais e implicações penais.

Palavras-chave: direitos fundamentais, liberdade religiosa, liberdade de consciência, pluralismo, fundamentalismo, democracia.

ABSTRACT

The Brazilian constitution establishes a fundamental right to religious freedom as a whole – a range of such basic rights rooted on textual devices and able to harmonize the maximization of inclusiveness (to include minority religious confessions) with tolerance towards belief fundamentalism and blockade towards militant fundamentalism. It starts from the historical-theological assumptions of religious freedom, which only makes sense within the democratic rule of law, not losing sight of the fact that modern rationality is now surprised in face of the phenomenon of de-secularization. Inputs are provided by interculturalism, tolerance, and complexity. The constitutional State – as inclusive as it should be – is seen to be based on inherent limits, the agglutinating basic values that serve as a barrier to religious fundamentalism, a concept that develops into hermeneutic-style belief fundamentalism and militant fundamentalism, which intends to politically impose behavioral norms to the community as a whole, applicable to non-believers as well. The work approaches the principles of dignity of the human person, freedom, equality, and proportionality in order to – in a systematic hermeneutics – offer a catalog with over 80 stances that make several facets of religious freedom concrete (the preferential root of freedom of consciousness, the concept of religion, freedom of belief, freedom of worship, religious privacy, the rights of churches and, at the objective level, the principle of separation and several others). The framework is ultimately tested regarding concrete topics: religion and public education, religious sacrifice of animals, and criminal implications.

Key words: fundamental rights, religious freedom, freedom of consciousness, pluralism, fundamentalism, democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
EIXO I – OS PRESSUPOSTOS DA LIBERDADE RELIGIOSA	1
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1 O PERCURSO OCIDENTAL, DAS GUERRAS RELIGIOSAS À TOLERÂNCIA: O ESTADO NACIONAL SOBERANO.....	14
1.2 O DESDOBRAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	17
1.2.1 O ESTADO DE DIREITO.....	21
1.2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO.....	22
1.2.3 A SÍNTESE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO.....	27
1.3 A SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO.....	30
1.3.1 DA PARTIDA TEOLÓGICO-CONFESSIONAL AO DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	43
1.3.2 UM CLIMA PÓS-SECULAR.....	43
1.4 QUADRO INTERNACIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	77
2 APROXIMAÇÃO DISCURSIVA	109
2.1 CONCEITOS OPERACIONAIS.....	127
2.1.1 TOLERÂNCIA E COMPLEXIDADE.....	127
2.1.2 A PERSPECTIVA INTERCULTURAL E A HERMENÊUTICA DIATÓPICA.....	127
2.1.3 AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS: DA INTEGRAÇÃO À INCLUSIVIDADE. A HIPERINCLUSÃO E OS LIMITES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	138
2.1.4 FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO: ENTRE A CRENÇA E A AÇÃO.....	156
2.2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES.....	164
2.2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS, ESBOÇO DO DEBATE NORMATIVO.....	197
2.2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	197
2.2.3 A LIBERDADE COMO CLÁUSULA GERAL.....	203
2.2.4 IGUALDADE, DIFERENÇA E O FIO DA IDENTIDADE.....	212
2.2.5 EM TORNO DA PROPORCIONALIDADE.....	212

EIXO II – A DOGMÁTICA DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	218
	230
3 A DENSIFICAÇÃO DO COMPLEXO LIBERDADE RELIGIOSA.....	243
3.1 FEIXE DE DIREITOS E DEVERES, PROGRAMA DA NORMA E ÂMBITO NORMATIVO.....	243
3.2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM TODO NO QUADRO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	245
3.2.1 INVIOABILIDADE DE CONSCIÊNCIA, UMA RAIZ PREFERENCIAL.....	
3.2.2 O DESAFIO SEMÂNTICO: QUE É RELIGIÃO?.....	253
3.2.3 LIBERDADE DE CRENÇA.....	271
	290
3.2.4 LIVRE EXERCÍCIO DE CULTO.....	305
3.2.5 A PRIVACIDADE EM MATÉRIA RELIGIOSA.....	313
3.2.6 A LIBERDADE RELIGIOSA TITULADA PELAS IGREJAS.....	319
3.2.7 PLANO OBJETIVO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS DO ESTADO E OUTRAS POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS.....	326
	336
4 A LIBERDADE RELIGIOSA NA COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	
4.1 A DINÂMICA DAS COLISÕES E A SUJEIÇÃO A LIMITES. O NÚCLEO ESSENCIAL.....	379
	380
4.2 A VINCULAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	
4.2.1 NA FAMÍLIA.....	406
4.2.2 NO TRABALHO.....	418
4.2.3 NO SEIO DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS	423
4.3 O <i>TOPOS</i> HERMENÊUTICO DA MELHOR RESPOSTA POSSÍVEL.....	
4.4 TÓPICOS PROBLEMÁTICOS: EXPLORANDO LIMITES.....	435
4.4.1 ENSINO PÚBLICO. O VÉU E A CRUZ NA SALA DE AULA.....	444
4.4.2 SACRIFÍCIO DE ANIMAIS.....	468
4.4.3 O ENTREPOSTO VALORATIVO DO SISTEMA PENAL.....	469
4.4.3.1 O CRIME DE DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO RELIGIOSOS.....	495
4.4.3.2 A INJÚRIA RELIGIOSA E A LINGUAGEM DO ÓDIO.....	598
4.4.3.3 REFLEXOS DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.....	512
	521
	528
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	533
	543

LISTA DE ABREVIATURAS

- AV – indivíduo aderente voluntário a uma crença religiosa
- C – crença religiosa
- CC – Código Civil
- CF 88 – Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988
- CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
- CP – Código Penal
- CPJ – Catálogo de Posições Jusfundamentais derivadas do direito à liberdade religiosa como um todo
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- Em – empresa
- Es – Estado
- F – entidade familiar
- f – membro da entidade familiar individualmente considerado
- FC – fundamentalismo-crença
- FM – fundamentalismo-militante
- I – igreja (pessoa jurídica)
- LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20/12/1996)
- LF – Lei Fundamental da República Federal da Alemanha
- LLR – Lei da Liberdade Religiosa portuguesa, Lei nº 16, de 22/6/2001
- LOLR – Ley Orgánica de Libertad Religiosa espanhola, Lei nº 7, de 05/7/1980
- LR – liberdade religiosa
- MPF – Ministério Público Federal
- NA – indivíduo não aderente a uma crença religiosa

P – indivíduo (pessoa física)

PR – paradigma regulatório

RLQ – posição constitucional com reserva de lei qualificada

RLS – posição constitucional com reserva de lei simples

SRLE – posição constitucional sem previsão de reserva de lei expressa

STC – Sentença do Tribunal Constitucional espanhol

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t – trabalhador

TCA – Tribunal Constitucional Federal alemão

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TIDH – Tratados internacionais de direitos humanos

VA – valores aglutinantes

INTRODUÇÃO

Freud considerava a religião uma ilusão e discute, na obra “O mal-estar na civilização”, o sentimento peculiar, verdadeira fonte da religiosidade para milhões de pessoas, que um correspondente seu designa como uma “sensação de eternidade”, um sentimento de algo ilimitado, sem fronteiras – *oceânico*, por assim dizer.¹

É com profundo respeito que a investigação indaga o *mundo oceânico da religião*, num diálogo pessoal (o sujeito concreto apresenta-se como católico de confissão romana) e científico, que precisa de orientação e delimitação, pena de naufrágio cognitivo. Trata-se de um exercício de dogmática constitucional, no seio das Instituições de Direito do Estado, que tem como fio condutor o *direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*, tal como construído na Constituição da República Federativa do Brasil – um esforço de interpretação constitucional para conferir eficácia e efetividade ao direito em análise, tanto no direito público quanto no direito privado.² Para tal desiderato, imprescindível verificar as refrações do tema com as teorias da justiça e do Estado contemporâneo (as exigências de inclusividade e a tensão do fundamentalismo religioso).

¹ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. (trad. José Octávio de Aguiar Abreu) Rio de Janeiro: Imago, 1997, pp. 09-20. Em si próprio, o descobridor do inconsciente não encontraria esse sentimento oceânico, nem se convenceu de sua natureza primária. Mas estava perfeitamente disposto a reconhecer que o sentimento oceânico existe em muitas pessoas e inclinado a fazê-lo remontar a uma “fase primitiva do sentimento do ego”. Imaginava (reconhecendo que lhe era muito difícil trabalhar com unidades quase intangíveis) que o sentimento oceânico tivesse se vinculado à religião posteriormente (a “unidade com o universo” seria seu conteúdo ideacional), como uma primeira tentativa de consolação religiosa, “uma outra maneira de rejeitar o perigo que o ego reconhece a ameaçá-lo a partir do mundo externo”.

² Não seria ocioso ressaltar a relevância prática da abordagem dogmática. Com Zaffaroni: “A pretensão de rejeitar o método dogmático, por considerá-lo inútil, é um infantilismo jurídico, próprio de pretensos teóricos gerais que jamais enfrentaram os problemas concretos de algum ramo do saber jurídico. Quando prescindimos da construção desses conceitos, caímos no campo das soluções arbitrárias” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166).

O desafio, registre-se, partiu do orientador, sinalando um tema atualíssimo, instigante e ainda relativamente pouco explorado no direito pátrio – necessário, pois, densificá-lo, concretá-lo. Confluiu, ademais, com antigas intuições do investigador, a indicar a *relevância* da presença cultural da religiosidade.³ E das tensões políticas e filosóficas, e dos conflitos jurídicos que se entretecem no tema.

O olhar jurídico, então, amparado num foco, ocupa-se do *problema da liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*,⁴ que se desdobra em algumas perguntas básicas.

1. Como se configura o direito à liberdade religiosa no sistema constitucional brasileiro?
2. Quais seus pressupostos?
3. Quais suas implicações dogmáticas?
4. Quais seus limites?
5. Como efetivar a tutela das minorias sem descurar da maioria?
6. Em que medida e sob que condições, a presença do fundamentalismo religioso é capaz de alterar a questão no Estado democrático de direito?

As *hipóteses* (que, validadas, constituirão a tese) foram erguidas de acordo com duas *premissas*:

(a) que as funções constitucionais, nesta quadra da história, apontam para a maior inclusividade possível;

(b) que, mesmo tensionado pela radicalização religiosa, o Estado democrático de direito dispõe de arcabouço suficiente para enfrentar o desafio do fundamentalismo.

É dizer, as forças religiosas e sociais, num quadro de interculturalismo e levando em conta uma epistemologia da complexidade, apresentam novas exigências ao Estado – que, não

³ Intrigado, por exemplo, com os nomes dos dias da semana em língua portuguesa: “o único idioma neolatino donde foi possível suprimir completamente a nomenclatura baseada na mitologia pagã foi o português: *secunda, tertia, quarta feria...* (*post sabbatum*), eram expressões de origem litúrgica” (SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 48).

⁴ Curioso, adiante-se, que, literalmente, a expressão *liberdade religiosa* não tenha sido agasalhada no texto da Constituição Federal de 1988.

obstante, tem ferramentas para *garantir a maximização da liberdade religiosa e, no limite, proteger seus próprios fundamentos*.

Assim, adiantam-se as *teses*:

(1) a Constituição do Estado democrático de direito garante o pluralismo religioso e a tutela efetiva das minorias;

(2) é razoável e prudente que o Estado democrático de direito seja tolerante para com o fundamentalismo religioso, enquanto crença em verdades absolutas e hermenêuticas rígidas;

(3) é dever do Estado democrático de direito, contudo, combater o fundamentalismo que se manifesta pela tentativa de conversão dos princípios religiosos em modelo de vida política e fonte normativa heterônoma;

(4) os dados constitucionais brasileiros permitem edificar um direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, um feixe de posições com dimensões subjetiva e objetiva;

(5) a dinâmica deste direito complexo sujeita-se a limites e vincula também as relações entre os particulares, conferindo suficiência dogmática para a resolução (coerente e relativamente previsível) de conflitos decorrentes da coexistência de direitos fundamentais.

Neste contexto, organizou-se a trilha da investigação, que segue, a rigor, a necessidade de compreensão e maturação do sujeito que pesquisa. Partiu-se dos pressupostos da liberdade religiosa, em duas grandes frentes. Na primeira, para delinear a estrutura do Estado democrático de direito, realidade político-constitucional em que faz sentido o problema a ser equacionado. Mesmo porque, na experiência ocidental, o Estado nacional soberano (no qual se gerou a primeira versão, absolutista, do Estado moderno) liga-se às guerras religiosas. Verifica-se como se desdobra, hoje, o Estado constitucional, que é de direito e é democrático (na síntese, direitos fundamentais na Constituição). Acompanha-se o longo caminho, cheio de percalços, que vai plasmando a separação entre o Estado e a Religião – o discurso jurídico-constitucional, hoje, é a chegada de uma legitimação inicial, teológico-confessional, do poder político. Percebe-se, todavia, na virada do milênio, o ambiente pós-secular. Indaga-se, ainda, da construção da liberdade religiosa na comunidade internacional, além dos Estados.

Na segunda frente, trata-se de estabelecer conceitos operacionais e princípios estruturantes, que permitiriam o adequado manejo dogmático que se seguiria. Daí ter-se trabalhado a questão da complexidade e da tolerância, e assentado uma perspectiva

intercultural, particularmente importante no seio da liberdade religiosa. Também estudou-se a alteração das funções constitucionais, superada a expectativa de integração nacional pelo esforço de inclusividade (em face do pluralismo contemporâneo) – e adentrou-se no paroxismo da hiperinclusão, que leva aos limites do Estado democrático de direito. Quanto ao fundamentalismo religioso, uma das preocupações da investigação, após resenha histórica, ofertaram-se dois conceitos operacionais: o fundamentalismo-crença (tolerável) e o fundamentalismo-militante (bloqueável). No passo dos princípios estruturantes, convoca-se a dignidade humana e os direitos gerais de liberdade e igualdade (com olhos, também, na identidade), a par da proporcionalidade – todos serão chamados na mediação dos conflitos e limites.

Com tal base, adentra-se no eixo dogmático, a rigor cerne da investigação. Neste caso, era preciso, primeiro, densificar este direito complexo. A seguir, testá-lo na coexistência de outros direitos fundamentais. Assim, identificado o programa normativo da liberdade religiosa (nos dispersos momentos textuais espalhados pela Constituição), procurou-se concretizar seu âmbito normativo, culminando-se com a apresentação de um catálogo de posições jusfundamentais (cerca de oitenta) derivadas do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo. Nesta linha, os vários elementos foram sendo desdobrados: a inviolabilidade de consciência, vista como uma raiz preferencial; o conceito jurídico-constitucional de religião; a liberdade de crença; o livre exercício de culto; a privacidade em matéria religiosa; a refração de tal direito quando titulado pelas igrejas; e o plano objetivo, no qual coabitam princípios, deveres de proteção e garantias institucionais.

Dispondo do manancial adquirido, indagam-se os limites do direito fundamental em tela, de suas restrições e do núcleo essencial. A dinâmica do catálogo de posições jusfundamentais é posta à prova no que tange à vinculação, exercida pela liberdade religiosa, nas relações entre particulares (família, trabalho e no seio das confissões religiosas). Adquire-se, enfim, estofo hermenêutico (a melhor resposta possível), para enfrentar problemas pontuais, destacando-se o ensino público (estressado pela disputa simbólica travada no espaço escolar), o sacrifício religioso de animais (a colidir com valores ambientais) e o entreposto valorativo representado pelo sistema penal, que tem um papel a desempenhar na regulação da convivência entre os valores e princípios constitucionais em jogo.

Como pano de fundo, é de ressaltar a convicção antropológica e aportes sociológicos e filosóficos que apontam para o valor forte da díade pessoa/liberdade, além da percepção de

que a exasperação do racionalismo da modernidade, mais ainda na versão tecnicista, encontra-se em crise – e que sua superação não significa relativismo ou irracionalidade, abrindo-se crescente e salutar espaço para o fenômeno religioso. Se há que falar em teorias de base, é justo resgatar a influência do culturalismo de Miguel Reale, com sua concepção tridimensional do direito (fato, valor e norma) e a dialética da complementariedade. O esforço de reencantamento de Boaventura de Sousa Santos, a militar por uma transição paradigmática que privilegie o conhecimento-emancipação; o interculturalismo de Raimon Panikkar. A interpretação sistemática de Juarez Freitas, na linha de uma hermenêutica ontológica. Em sede jusfundamental, os contributos de Robert Alexy, com os aportes de Canotilho e Jorge Miranda (e, do lado de cá, a vasta e precisa abordagem de Ingo Sarlet, em sua defesa da eficácia dos direitos fundamentais), conformam, em grandes linhas, a visão e o instrumental da investigação. Lugar especial para Peter Häberle, com sua premissa antropológico-cultural e seus valores aglutinantes. Ademais, de novo em terras lusitanas, dignos de menção são os estudos de Jónatas Machado, que partiu de notável referencial jurídico-constitucional acerca da liberdade religiosa para aportar em reflexões, tão profundas e úteis quanto às anteriores, agora debruçado sobre a liberdade de expressão.⁵

Advertência final, a retomar o profundo respeito em face do oceânico mundo da religião, vai no sentido da recusa, metodológica e epistemológica, inclusive pela absoluta incompetência, em avaliar (ainda que numa análise travestida de considerandos jurídicos) as dimensões teológicas eventualmente referidas ou implicadas ao longo do texto. E para dizer o óbvio. Que, de outro ponto de vista (não ocidental e quiçá não romano-germânico), talvez se chegassem a resultados diversos igualmente válidos. Viver num mundo plural e complexo importa renunciar a um ponto fixo de perspectiva cristalizada. Mas não exime da responsabilidade de lutar para que a vida, instável e difícil, possa ser um território livre. Melhor ainda, que a vida possa fruir-se num oceano de possibilidades, povoado de salvaguardas prenes de igual dignidade. Especialmente a espiritual.

⁵ O sujeito da investigação, de alguma forma, realizou percurso inverso, trabalhando, na dissertação de mestrado, sob ótica penal, a liberdade de imprensa em tensão com a honra e a privacidade – para indagar, neste passo ulterior, da liberdade religiosa. Aliás beneficiou-se de uma certa “permeabilidade categorial” entre as liberdades comunicativas e a liberdade religiosa, oportunamente explorada.

EIXO I – OS PRESSUPOSTOS DA LIBERDADE RELIGIOSA

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A palavra Estado, utilizada pela primeira vez, no sentido atual, por Maquiavel (1513),⁶ embora faça parte da semântica da modernidade, num modelo historicamente plasmado na Paz da Westfália (1648), ainda que permaneça “uma categoria política estruturante do pensamento político-constitucional europeu”,⁷ não é conceitualmente incontroversa. Daí que a adjetivação facilita a clareza e resulta, aliás, na dicção constitucional: a República Federativa do Brasil, por exemplo, constitui-se em “Estado Democrático de Direito” (artigo 1º da Constituição Federal). Certo que seria bem mais difícil discorrer sobre qualquer dos temas em separado (numa busca essencialista do Estado, da Democracia ou do Direito), a tarefa mais viável, no âmbito da investigação, é, partindo das vicissitudes históricas do estado moderno, inextricavelmente ligadas a questões religiosas, abordar o desdobramento do contemporâneo estado constitucional, que é de direito e é democrático, aportar no fenômeno da secularização e, ainda, traçar um quadro da liberdade religiosa no direito internacional.

Basta, por ora, em relação ao Estado, reconhecendo a crise imposta pela globalização,⁸ reter que, como forma histórica de organização jurídica do poder, não prescinde da noção de

⁶ “Todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados.” MACHIAVELLI, N. *O Príncipe*. (trad. Lívio Xavier) Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 85 (citado *Direito Constitucional*).

⁸ Referindo-se “àsquelas tendências e processos que estão tornando o mundo mais interdependente”, William Twining desenvolve os três desafios específicos que o movimento apresenta à teoria jurídica tradicional: desafia as teorias tipo “caixa-preta”, que tratam estados-nações, sociedades, sistemas e ordens jurídicas como entidades fechadas e impenetráveis, que podem ser estudadas isoladamente; desafia a idéia restritiva do direito, visto como ordem jurídica estatal local e como direito internacional público (relações entre estados-nação); e desafia o discurso jurídico, seus conceitos e seu vocabulário, a discutir “os fenômenos legais entre jurisdições, tradições e culturas”. Numa concepção ampla, o direito trata das relações entre pessoas (inclusive jurídicas, associações e outras) em diversos níveis, “e não apenas de relações no âmbito de um único estado ou uma única sociedade”. Sendo o geográfico um dos níveis, em termos de espaço tais relações “incluem o global, o internacional, o transnacional, o regional, o intercomunal, o local (estado-nação ou jurisdições subsidiárias), o subestatal e o local não estatal” – para além de uma única hierarquia, os diferentes níveis “coexistem, sobrepõem-se e interagem de

soberania, seja em nível de supremacia interna ou de independência no plano internacional. Tal poder soberano é exercido nos lindes, cada vez mais problemáticos, de um específico *território* e em função de determinadas pessoas, cidadãos nacionais ou *povo*. Aceitas estas linhas operacionais,⁹ podem-se destacar duas dimensões do Estado, visto como um modelo de *racionalização* das sociedades modernas e, na vertente constitucional, “como tecnologia política de equilíbrio político-social” que se revelou capaz de superar a “autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais”.¹⁰

É de se verificar, sem rigor historiográfico, como se deu tal passagem, destringendo, quanto possível, seus componentes religiosos.

1.1 O PERCURSO OCIDENTAL, DAS GUERRAS RELIGIOSAS À TOLERÂNCIA: O ESTADO NACIONAL SOBERANO

Na Baixa Idade Média, período de renascimento comercial e transição para a Modernidade, assistiu-se a vitória da monarquia na luta dos poderes medievais travada no sistema feudal, concentrando o rei funções “soberanas” antes repartidas por diversos setores sociais, principalmente a nobreza e a Igreja. O Estado Moderno, então surgido, é, na sua primeira fase, um Estado Absolutista.¹¹ Por outro lado, no vetor inverso (de progressiva emancipação), a época foi de difusão maciça do conhecimento – o que se liga a uma invenção cujo potencial parece não se esgotar.

O princípio, e a técnica, de produção de livros com tipos móveis, já conhecidos pelos chineses no século XI, teria um avassalador impacto no Ocidente; a imprensa era mais adequada ao alfabeto ocidental do que aos milhares caracteres da língua chinesa. A inovação

formas complexas”, do que decorre o pluralismo como preocupação central de uma teoria geral do direito revitalizada. O conceito de direito do autor é amplo o suficiente para abarcar direito não-estatal e religioso como temas dignos de reflexão, como por exemplo a “*lex mercatoria putativa*, o direito dinca, os direitos islâmico, hindu ou cigano” – TWINING, William. “Por uma teoria geral do direito revitalizada”, *Direito e Democracia*, v. 5, nº 2, pp. 509-37, 2004, especialmente nota 5 (citado *Por uma teoria geral*).

⁹ Como parece fazer o próprio Twining: “a importância das fronteiras nacionais está se transformando; os estados-nação não são os únicos atores transnacionais significativos, mas é improvável que venham a definhar ou ser substituídos por um governo mundial em um futuro visível” (TWINING, *Por uma teoria geral*, p. 509).

¹⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 86.

¹¹ “Sem dúvida, foi a monarquia absoluta que realizou a idéia da unidade jurídica e política do Estado no âmbito da Europa ocidental. Muito embora monarquia absolutista e Estado moderno não signifiquem a mesma coisa, foi a monarquia absoluta a forma com que, pela primeira vez, o Estado moderno se apresentou na Europa ocidental. O Estado moderno surgiu como Estado absoluto.” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Maquiavel, ‘O Príncipe’ e a

veio do Vale do Reno, com o ourives alemão Johann Gutenberg. Em 1455, foi publicado o primeiro livro da Europa impresso com tipos móveis – não por acaso, uma cópia da Vulgata, a tradução latina da Bíblia.¹²

Em pouco mais de 40 anos, diante do potencial financeiro da invenção, o empreendimento floresceu. Registraram-se, no final do século, cerca de 1000 tipografias em mais de 250 localidades que teriam publicado cerca de 30.000 edições e pelo menos dez milhões de exemplares (enquanto apenas 50.000 manuscritos teriam sido produzidos ao longo de todo o século XV). A demanda pela informação, agora mais acessível, aumentou por toda a parte, e as escolas e universidades importaram navios cheios deles.¹³

Vale lembrar que o apoio da burguesia, na busca da ordem e de um mercado unificado, onde pudesse exercer sua prudência calculadora, a um tempo foi fator decisivo para a feição monárquica dos primeiros estados nacionais e, também, para a difusão da imprensa enquanto negócio. Neste contexto, “a imprensa contribuía poderosamente para a promoção e consagração dos príncipes.”¹⁴

Em Portugal, a superação da poliarquia medieval, na expressão de Hegel, deu-se particularmente cedo, sendo tradição lusitana o rei afastar qualquer veleidade de “compositio”

formação do Estado Moderno”, *AJURIS* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, ano XXIII, março de 1995, nº 63, pp. 91-160 (citado *Maquiavel*).

¹²HISTÓRIA EM REVISTA 1400-1500. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995, pp. 113-22 (citado *História em Revista*). Rigorosamente, quando o livro foi posto em circulação, Gutenberg já não era o dono da tipografia, onde realizou experimentos desde 1450 financiado por Johan Fust, abastado ourives e sócio do negócio. Fust, em 1455, com a Bíblia quase pronta, alegou rompimento de acordo e processou Gutenberg para reaver seu investimento. O inventor da imprensa teve que se afastar.

¹³ Tratou-se de uma verdadeira “reconversão cultural”. Aos poucos o direito estatal (e comezinhos atos da vida social) passa a exigir conhecimentos técnicos (capacidade de ler e escrever) que excluem largos estratos da população da vida jurídica oficial (que se vai impondo ao pluralismo medieval). São documentos, formalidades processuais, atos oficiais, difusão de diplomas legais, tudo situado bem no interior da “galáxia Gutenberg” (HESPANHA, Antonio. Da ‘Iustitia’ à ‘Disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 19 (citado *Justiça e Litigiosidade*).

¹⁴ RAPP, Francis. et al. “O Humanismo e a Renascença” (trad. Álvaro Salema) *História Geral da Europa II*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1996, p. 169 (citado *História*). Segundo o historiador, havia oficinas de impressão em 236 locais na virada do século, calculando-se entre 15 e 20 milhões o número de exemplares publicados até o final do século XV – e o triunfo dos caracteres romanos teve o valor de símbolo da “unificação” do mundo intelectual. Para além da divergência, pouco importante, dos números, consigna-se, em definitivo, que “a nova técnica revolucionou as condições do trabalho intelectual”. Quanto à imprensa áulica, vejamos trechos de uma circular de 1811, dirigida pelo Conde das Galveias aos governadores da Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Maranhão e Paraná: “Sendo o jornal denominado *O Investigador Português* em Londres recebido debaixo dos auspícios de S. A. R. o Príncipe Regente Nosso Senhor e convindo muito promover a sua leitura nestes Estados (...) a fim de confirmar os sentimentos de lealdade e patriotismo (...) e preveni-los contra sinistras insinuações (...) S. A. R. manda recomendar particularmente a V. Exa. haja de promover nessa capitania o maior número de subscritores para o mesmo jornal, procurando indiretamente

entre os particulares. Trata-se do modelo de superação de litígios através da soberania, que se estratificou na alvorada do estado moderno, assim formulado por Bodin em 1576 – o soberano, sem qualquer contraste interno, como terceiro isento, acima das partes (que se dilaceravam em disputas religiosas, como na emblemática noite de São Bartolomeu), decide o litígio e submete as facções, impondo, coativamente, sua sentença.¹⁵ Na tradição portuguesa, “o rei, como fonte da ‘justiça’ (i. e., do equilíbrio da ordem social ‘espontaneamente estabelecida’ impõe a sua ‘paz’; ou seja, proíbe qualquer ofensa desta ordem, sobretudo por meios violentos. Em rigor, ele não impõe a sua *ordem*; impõe a sua *paz*. E impõe-a, sobretudo, contra os poderosos, aqueles que podiam utilizar os seus meios materiais para romper os equilíbrios sociais”.¹⁶

Em alentado estudo, Miguel Reale concorda com a assertiva de que “a partir de 1385, com a subida ao trono do Rei D. João I, termina a Idade Média portuguesa, não só porque é um poderoso sentimento de brio nacional que condiciona o advento da nova monarquia, em luta contra Castela, como também pela própria configuração do poder, para o qual desde logo se propõe uma *justificação nova*, de toda alheia à idéia do Sacro Império Romano, combinando-se a origem popular do poder com o primado da autoridade, a qual, uma vez conferida pelo povo, passaria toda ao monarca. (...) É com ele que se estrutura o novo Estado, como uma obra de arte, tendo como base uma concepção nacionalista, singular numa época na qual ainda não brotara na Europa a idéia de nacionalidade, suscitada e fortalecida em Portugal pelo duplo contraste com os reis de Castela e os sarracenos. Foi a luta contra estes que deu origem a um amálgama de *nacionalismo* e *catolicidade*, de que iria resultar mais tarde uma formulação original da *Razão de Estado*.”¹⁷

Oferece, ainda, o jusfilósofo brasileiro, interessante visão da *peculiaridade religiosa do humanismo renascentista luso*, que frenou um individualismo exasperado e redundou na unidade territorial brasileira (em contraste com os desmembramentos das colônias hispano-

insinuar e persuadir a sua utilidade sem parecer que o faz por positivas ordens que para isso teve.” (SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 31).

¹⁵ KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. (trad. Eugenio Bulygin), Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, pp. 53-61(citado *Introducción*).

¹⁶ HESPANHA, *Justiça e Litigiosidade*, p. 347.

¹⁷ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 79 (citado *Horizontes*). Trata-se de uma comunicação apresentada originalmente num Congresso Internacional de Estudos Humanísticos em Roma, em 1952, também publicado em Portugal no Boletim do Ministério da Justiça, nº 33, intitulada “Cristianismo e Razão de Estado no Renascimento Lusfada”.

americanas), embora tenha legado também “uma confiança desmedida nos que governam, donde a perene expectativa de medidas de salvação pública...”.¹⁸

Ora, no correr da história, a definição da verdade por autoridade centralizada (a censura pela Igreja, pelo Estado, pela Universidade) foi fissurada pela Reforma Protestante (que também se apoiou na popularização da Bíblia possibilitada pela imprensa). A Igreja debatia-se em dificuldades desde antes. Os desacertos entre a Igreja Ocidental (de fala latina) e as Igrejas Orientais era crescente,¹⁹ pelo menos desde meados do século VI até o rompimento com Roma, no ano de 1054. Exemplares, já no seio do Ocidente, o episódio do Papado de Avignon no século XIV e a renovada virulência da heresia de um Wyclif na Inglaterra e de um Huss na Boêmia. Mas o dilaceramento da cristandade latina deu-se com as 95 teses que Martinho Lutero, professor de Teologia, pregou na porta do Castelo de Wittenberg em 31 de outubro de 1517 e que se dirigiam especialmente contra a venda de indulgências e questionavam a questão do purgatório.²⁰

Lutero não pretendia romper com Roma, mas foi instado pela Cúria Romana, denunciado que fora pelos Dominicanos, coincidentemente encarregados da venda de indulgências e da Inquisição. Em outubro de 1518, numa discussão com o legado pontifício em Augsburg afirmou que “a autoridade das escrituras era superior à do papa”. Em 1519, em Leipzig, declarou que, mesmo que o concílio o declarasse em erro, “não retiraria suas opiniões porque se sentia no dever de se submeter à autoridade superior das Escrituras”. Excomungado pelo Papa Leão X, ripostou contra a queima de suas obras em Bruxelas e

¹⁸ REALE, *Horizontes*, pp. 99-101.

¹⁹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Milênio – uma história de nossos últimos mil anos*. (trad. Antônio Machado) Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 80 (citado *Milênio*), consigna que nada “dividia as duas cristandades como a religião”, em parte uma questão de idioma (o grego “podia manifestar sutilezas teológicas inexprimíveis em latim”. Em 794 um sínodo *ocidental* “alterou arbitrariamente o enunciado do credo”, no sentido de que o “Espírito Santo procede do Pai e do Filho”, enquanto as *orientais* “omitem a menção do Filho e limitam ao Pai a fonte explícita de sua emanção celestial”. Desde então, as tentativas de reaproximação encalham neste “banco de areia” (p. 81), tornando-se definitiva a cisão em 1054. Necessidades políticas de mútuo reforço explicam os esforços feitos na década de 1050 para estabelecer um entendimento entre Roma (Papa) e Constantinopla (Patriarca), que culminaram de forma desastrosa: o Cardeal Humberto, em Constantinopla por missão do Papa Leão, depois de três meses de vã espera por um diálogo com o Patriarca, “lançou uma bula de excomunhão do altar-mor de Santa Sofia ‘contra Miguel, neófito e falso patriarca, agora notório por seus crimes abomináveis’.” (pp. 82-4). Hoje também conhecida como Igreja Ortodoxa Oriental, difundiu-se a partir de Constantinopla (hoje Istambul) e Jerusalém pela Bulgária, Romênia, Grécia e Rússia, “onde hoje tem seu baluarte” (estima-se que totalize, hoje, cerca de 150 milhões de fiéis) – GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 204 (citado *O livro das religiões*). O celibato é obrigatório apenas para os bispos, não para os padres. É Igreja Estatal na Grécia e na Finlândia e, mercê de seus fortes laços com o regime czarista, “foi muito perseguida depois da Revolução de 1917”. A doutrina ortodoxa funda-se na *tradição*, especialmente revelada nos primeiros sete concílios ecumênicos (de 325 a 789), sendo o mais importante o *Credo niceno* (p. 205)

Colônia queimando solenemente a bula em 11 de dezembro de 1520. Esclareceu sua doutrina pela imprensa: o “Apelo à Nobreza Cristã da Nação Alemã”, com tiragem de 4.000 exemplares, esgotou-se em seis dias, no mês de abril de 1520. A ruptura completar-se-ia em 1521.

Em síntese: “Ao trazer para a praça pública as discussões teológicas essenciais, Martinho Lutero abriu uma ‘Boceta de Pandora’ e deu a multidões de descontentes a oportunidade para manifestarem a sua hostilidade aos poderes estabelecidos”. Tornou possível, por outro lado, a “multiplicação das igrejas nacionais, o reforço do poder político dos príncipes alemães e a fragmentação definitiva da unidade espiritual, moral e política da cristandade ocidental.”²¹

Se a guerra foi a principal indústria europeia do século XVII, também é verdade que os novos valores da civilização burguesa consolidaram-se. A “Glorious Revolution” de 1666, na Inglaterra, inaugura o ciclo das grandes Revoluções Burguesas, completado, já no século XVIII, pela Independência Americana (1776) e pela Queda da Bastilha na França de 1789. Esse movimento político foi traduzido na vertente jurídica do Constitucionalismo e se apoiou na difusão do Iluminismo, instrumentalizados os enciclopedistas pela imprensa na difusão do conhecimento. Convém lembrar que a *burguesia vinha de vencer* o antigo regime, para o que foi essencial a gradativa consciência em torno do direito (natural, segundo o jusnaturalismo triunfante) de *livre expressão, inclusive religiosa*, de crítica dos poderes estabelecidos e de informação e, na prática, do valor forte da liberdade de imprensa.

As constituições liberais procuram, naturalmente, proteger tais liberdades. A Primeira Emenda Americana, de 1791, oferece claro exemplo, inclusive da tendência de tratar as liberdades básicas em bloco.²² A ampla concepção da liberdade de expressão, que encontra em John Milton um substrato que se tornaria clássico, parte, a rigor, da *necessidade de livre expressão das crenças religiosas*. Nesta linha, John Milton, cujo “Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra” inaugura a vertente clássica do liberalismo inglês (refere-se o panfleto de 1644, *Areopagítica*), estava imerso em intenções reais exasperado

²⁰ Para um panorama geral, vide BÉRENGER, Jean. et al. A Reforma Protestante, (trad. Álvaro Salema), in *História Geral da Europa II*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1996, pp 245-52 (citado *História*).

²¹ BÉRENGER, *História*, p. 272. Para uma visão da Contra-Reforma e da Reforma da Igreja Católica, adiante, pp. 345-66.

²² Artigo I – “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir pacificamente, e

com amarras religiosas. Casara-se, em maio de 1642, aos 34 anos, com uma fugaz Mary, que no ardor de seus 17 anos, abandona Milton um mês depois. Assim, em 1643 publica, naturalmente, “Doutrina e Disciplina do Divórcio”, obra em interesse próprio e que provocou reações no Parlamento, que estimou conveniente restaurar uma “Ordenação de censura a livros difamatórios contra a religião e o governo”. Em agosto de 1644, um líder exige que o livro perverso de Milton fosse queimado. Esse o contexto do discurso, publicado em novembro.²³

Em tempos de dualismo na disputa de poder entre Igreja e Estado, Milton, prudente, acende uma vela para cada santo em seu discurso: “Não nego que seja da maior importância para a Igreja e a Commonwealth manter um olhar vigilante tanto sobre o comportamento dos livros quanto dos homens.”²⁴ Mas adverte que, “se a idéia era impedir seitas e cismas, quem é tão ignorante de história e ruim de catecismo” para desconhecer seitas que rejeitam livros e preservam-se por tradição oral. Adiante, mais abertamente, lembra que a “censura foi instituída e depois posta em prática pelo mistério e pela malícia anticristã com o firme propósito de extinguir, se possível fosse, a luz da Reforma e instaurar a falsidade” – o que pouco difere da política que os “turcos empregam para sustentar seu Corão: proibir a impressão de livros”.²⁵

1.2 O DESDOBRAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Ponto de chegada, o estado hodiernamente só se compreende como *Estado constitucional*, expressão relativamente recente na juspublicística, que procura retratar a conformação não de um estado qualquer, mas o fenômeno de um estado com qualidades, dotado de certas características. Daí a decomposição analítica, apresentando-se a díade “democrático e de direito”, que nem sempre andam juntos, forçoso reconhecer, no embate dos

de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.” – *Constituição dos Estados Unidos da América*, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p. 26.

²³ Cf., a respeito, o ensaio de Felipe Fortuna, “John Milton e a Liberdade de Imprensa”, em MILTON, John. *Areopagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. (Trad. Raul de Sá Barbosa) Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, pp 11-32 (citado *Areopagítica*).

²⁴ MILTON, *Areopagítica*, p. 61. Todavia, contra a inquisição católica não cabem meias palavras: “Para cúmulo das medidas invasivas, sua última invenção era ordenar que nenhum livro, opúsculo ou folha fosse impressa sem antes passar pelas mãos de dois ou três frades glutões – como se São Pedro lhes tivesse dado as chaves da imprensa juntamente com as do Paraíso!” (p. 73).

²⁵ MILTON, *Areopagítica*, pp. 115 e 151, respectivamente.

fatos, o que não retira a finalidade conceitual: “estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”.²⁶

1.2.1 O Estado de direito

Por diversas e plurais formas, que se manifestam na estatalidade, o direito procura domesticar o poder político, amoldando-se às peculiaridades de cada cultura. Assim, a doutrina costuma apontar ao menos três grandes vertentes, a saber: o mundo anglo-saxão (*Rule of Law*), a experiência francesa (*État legal*) e a construção germânica (*Rechtsstaat*).²⁷ As duas primeiras visões, numa narrativa sugestiva de Canotilho, abrem um leque de três variáveis em relação à dimensão genética das leis fundamentais (problemática do poder constituinte e experiências constituintes) – revelar, dizer ou criar uma constituição. A primeira fórmula, de *revelar a norma*, foi adotada pela Inglaterra, no clima medieval de desconfiança perante um poder constituinte, que preferiu garantir direitos e liberdades “ao confirmar a existência” de privilégios e liberdades radicados em “velhas leis” de direito (*the good old laws*) – normas consuetudinárias eventualmente consagradas em reduzidos documentos escritos. Era a busca de equilíbrio entre as várias forças medievais, de modo a garantir “restaurativamente” os direitos “radicados no tempo” e assegurar um “governo moderado”.²⁸

Ao revés, nos Estados Unidos, o poder constituinte afirma-se como categoria política central, plasmado no famoso preâmbulo *We the People*. Tratou-se de criar uma constituição para *dizer a norma*, um corpo de regras superiores e invioláveis, o figurino de uma evidente “filosofia garantística” em que a constituição “não é fundamentalmente um projecto para o futuro”, mas sim “uma forma de garantir direitos e de limitar poderes”.²⁹ O modelo francês, enfim, apresentou o poder constituinte como “fórmula fractal e projectante” – *criar a norma*. A nação é o tema central, titular do poder constituinte, “que se permite querer e criar uma

²⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 89.

²⁷ Segue-se, livremente, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 89-93.

²⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 65. Neste quadro, não há um sujeito abstrato (povo ou nação) a instaurar uma nova ordem política. Fazia parte da “ordem natural das coisas” a indisponibilidade da ordem política, “a incapacidade de querer, de construir e projectar uma ‘ordem nova’, bem como a rejeição de qualquer corte radical com as estruturas políticas tradicionais.

²⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 66. Na Revolução Americana, o poder constituinte é *instrumento funcional* para redefinir a *Higher law* “segundo os parâmetros político-religiosos contratualistas de algumas correntes calvinistas e das teorias contratualistas lockeanas”. A constituição é oponível aos representantes do povo “e não apenas uma constituição querida pelo povo soberano”. Este princípio republicano popular não toleraria “um centro de poder” (concentração unitária), passando a questão democrática pelo arranjo federativo que garantisse a autonomia dos “Estados” e de seus povos.

nova ordem política e social, prescritivamente dirigida ao futuro mas, simultaneamente de ruptura com o ‘ancien regime’.”. No embalo do abade Sieyès, a constituição é um “ato [da Revolução] tirado do nada”.³⁰

No primeiro caso (*Rule of law*), tendo como apoio histórico a Magna Charta de 1215, relevam, com olhos no sistema britânico, a observância do *due process* – um processo justo regulado em lei como condição para privar o cidadão de sua liberdade/propriedade; a primazia das leis e costumes do “país”, blindados contra a voluntariedade real; a submissão dos atos do executivo à soberania do Parlamento (*parliamentary sovereignty*); e também a igualdade de acesso aos tribunais, verdadeiro direito de petição a serviço da tutela dos princípios do direito comum dos ingleses (*Common Law*).

Martin Kriele, neste sentido, aponta que a *rule of law* parte da visão original anglo-saxã, de que o direito desenvolve-se dialeticamente conforme as regras processuais, à medida que o povo experimenta os defeitos do direito existente. Assim, a “democracia parlamentar deve entender-se histórica e teoricamente como transposição da idéia de processo judicial ao processo político de legislação”.³¹

Já na América, a *rule of law* ganha inovações de monta. Nos Estados Unidos, assoma logo a idéia de *always under law*, tendo o povo direito a fazer uma lei superior (*higher lawmaking*) – a própria constituição, onde devem estar, nascidos com a república, inerentemente, os direitos e liberdades dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*). Ademais, o poder precisa de justificação (*justifying*), tornando-se as razões de governo “razões públicas”, portanto capazes de obter o consentimento do povo. Trata-se, desde o início, de um *government under law*, subordinado às leis. De modo que, aceito/justificado, “será apenas o governo que nas suas acções, interpretações ou resoluções obedecer a esse conjunto de princípios e regras de direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitadas na constituição.”³²

Os tribunais, por fim, aplicam a justiça por delegação popular (*people’s court*), sendo os juízes depositários da confiança (*trust*) dos cidadãos de que preservarão o esquema

³⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 67. Criado por um poder ao qual se “transferem atributos divinos”, percebendo-se a “transmutação de conceitos teológicos em conceitos políticos”.

³¹ KRIELE, *Introducción*, p. 142. O detalhamento das circunstâncias e características está nas pp. 143-6.

³² CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 91.

jurídico-constitucional, mesmo que precisem, para tanto, afastar “más leis” promulgadas pelo governo (*judicial review of legislation*).

Mirando o *Rechtsstaat* e cotejando-o com o *rule of law* (especialmente na raiz inglesa), Kriele faz notar importantes diferenças (mesmo porque a tradição jusnaturalista alemã, “estreita e atrofiada até chegar ao absolutismo”, seguirá exercendo efeitos no pensamento político alemão). Se a *rule of law* orienta-se pela dialética do processo judicial, a idéia de Estado de direito apela a um soberano que decide de forma unilateral. Para a *rule of law* o direito se desenvolve num procedimento regrado (“um processo inacabado que perdura na história”, ao passo que no Estado de direito é “criado de forma soberana”). Já o direito natural, referência do Estado de direito, tem validade universal e atemporal (na forma de um sistema), ao passo que o direito da *rule of law* “origina-se da experiência concreta do povo (...) da experiência da injustiça”.³³

Voltando à Europa, o Estado de direito francês construiu-se hierarquicamente como uma pirâmide, em cujo vértice tremula a *Déclaration* de 1789, cristalizando os *droits naturels et sacrés de l'homme* – que aliás funcionou, cronologicamente anterior, como uma “supraconstituição”, vinculativa para a Constituição de 1791, que fica, assim, num degrau imediatamente abaixo. No próximo patamar, a lei e, na base, os atos do executivo, de mera aplicação das leis. Todavia, embora a clareza do postulado teórico, o estado constitucional em França não venceria um dogma, o princípio da primazia da lei, decorrente da soberania nacional representada na assembléia legislativa. O acento vai para o *Estado Legal*, que submete o poder político ao direito (garantia ao cidadão) por dupla via: a edição da lei é privativa do órgão legislativo, que representa a vontade geral da nação (artigo 6º da Declaração de 1789); e a lei, por sua dignidade, é fonte de direito hierarquicamente superior que bitola todos os atos do executivo – princípio da legalidade da administração. Além disso, a lei era necessariamente geral, sendo tal *generalidade* instrumento de *igualdade* em repúdio aos privilégios do *ancien régime*. Não escapa o paradoxo, pelo qual a supremacia da constituição acabou neutralizada pela supremacia da lei (daí o “Estado legal”, na expressão de Carré de Malberg) e o administrador, jungido à legalidade em seus atos, permanece

³³ KRIELE, *Introducción*, pp. 146-8. A diferença fundamental corresponde a oposição da situação política entre Inglaterra e França: a *rule of law* só podia formar-se sobre a “*realidade* política da *legislação parlamentar*” (orientada pela dialética do processo judicial), enquanto na Alemanha, os partidários do direito natural visualizavam a “*pretensão* política do *príncipe* a criação unilateral, soberana do direito”, ao que se deve acrescentar a autoridade do direito romano (considerado “*legislação* do imperador Justiniano”), além do modelo doutrinário do direito natural católico-escolástico, hierarquicamente ordenado. Por fim, releva a separação entre ação política e atividade acadêmica (estranha aos próceres da *rule of law*).

relativamente infenso aos direitos e liberdades da Declaração de 1789. Em síntese, se as idéias francesas são boas no que toca à domesticação jurídica do poder político, e chegarão ao paroxismo fractal da revolução, há inegável déficit “na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática.”³⁴

O Estado Constitucional moderno, neste contexto e na oportuna lembrança de Fábio Comparato, propunha-se a superar um desafio: abolir o absolutismo monárquico. Assim, da vontade individual do soberano passava-se à norma geral e abstrata, consagrada a autoridade da Lei valorizada como tal (embora matizes), nos fundamentos teóricos do *Estado Legislativo*, postos pela tríade Locke, Montesquieu e Rousseau. A “montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base nessa substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da *lei*, no sentido solene que a palavra apresentava em suas origens.”³⁵

O arcabouço teórico utilizado foi a ficção da passagem do estado da natureza para o estado civil ou político, orientada pela busca da segurança individual, um “valor essencialmente estático e conservador” – a preservação da *propriedade*, no sentido amplo atribuído por Locke. Ora, se as leis protegem a esfera de vida individual, o Poder Legislativo é o “o *poder supremo* da comunidade (...) sagrado e inalterável nas mãos daquele a quem a comunidade o confiou”.³⁶

Comparato argumenta que a lei aparece, no pensamento de Locke, com o sentido que sempre teve na antiguidade clássica, isto é, como uma regra geral e suprema de conduta, não sujeita, pela sua própria natureza, a alterações ou adaptações de conjuntura. Ademais, “É em função desse parâmetro constante e imutável que são julgados todos os atos de governo, entendidos estes como mera execução da lei.”. Concepção similar (a lei soberana e imutável) encontra em Montesquieu e mesmo em Rousseau, que situa a lei (como expressão da “vontade geral”) como antípoda da soberania voluntarista – a lei, vinculada à razão objetiva, produz limitação do poder estatal (o que Montesquieu institucionalizou por meio da “separação orgânica das diferentes funções do Estado”). Desembocava-se, de toda sorte, numa situação de permanente “repouso” ou “inação” – a idéia força do Estado não como um poder que age, “mas uma autoridade que zela pela tranqüilidade e segurança da sociedade”.

³⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 92.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998, p. 40 (citado *Políticas Públicas*).

³⁶ COMPARATO, *Políticas Públicas*, p. 41.

Tal imobilismo legislativo seria confrontado com a revolução industrial, a exigir do Estado planejamento em face de produção e consumo massivos. Em poucas palavras, o Estado liberal, como *nomocracia estática*, transmuda-se no *Estado telecrático* contemporâneo, legitimado na medida da sua capacidade de realizar certos objetivos determinados (Estado Dirigente, Estado Providência).

Deixando por ora a França, na vizinha Alemanha, no início do século XIX, aparece a expressão “Estado de direito” (*Rechtsstaat*), procurando significar o meio caminho trilhado pelo constitucionalismo germânico, entre o paradigma da restauração (estruturado no princípio monárquico) e o da revolução (com o valor forte da soberania popular ou nacional). Se no início a abstração falava de um “Estado da razão”, aos poucos os traços jurídicos substanciaram um estado que será *Estado liberal de direito*, em clara oposição ao “despotismo esclarecido” – que tudo regula e assume, até, a tarefa de alcançar a “felicidade dos súditos”.³⁷ O Estado liberal, em refluxo, limita-se à defesa da ordem e da segurança

³⁷ Tome-se o exemplo de Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-98), que foi o primeiro expositor sistemático do direito criminal português, precursor do moderno direito penal português, tendo-o Jescheck comparado aos grandes reformadores iluministas, como Montesquieu, Voltaire, Beccaria e Thomasius (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 377-9, citado *História*). Também é destacado, dentre outros poucos penalistas do contratualismo (com Beccaria e Carrara), por ZAFFARONI, Eugenio Raul./PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 271-3 (citado *Manual*): doutorou-se em Coimbra aos 19 anos e assumiu a cátedra da universidade em 1781. Polemizou com Antônio Ribeiro dos Santos, revisor de seu projeto de código de direito criminal, “que se opunha às suas idéias progressistas. Sua história do direito português foi censurada por não admitir o ilimitado poder real”. Segundo os autores, suas *Institutiones* teriam sido publicadas em 1789, contendo notáveis avanços (prenuncia que a ação ilícita só será crime se destinada a lesionar a outrem, o pensamento não deve ser apenado, reclama diminuição de sanção para os delitos tentados etc.) e tiveram “grande influência na redação do código criminal do Império do Brasil, por ter sido um de seus autores seu discípulo, em Coimbra”. Suas Instituições foram aprovadas, para a cadeira de direito criminal, pelo Aviso Régio de 07/5/1805, mas sua vinculação “a posições do Despotismo Esclarecido fez com que a sua obra acabasse por ser posta no *Índice dos Livros Proibidos*, em 7 de janeiro de 1836” (COSTA, *História*, p. 378, nota 1, “in fine”). Em rigor, a obra que teve problemas com a censura foi a *Institutiones juris lusitani*, em cuja edição de 1853 encontra-se “um apêndice, em português, contendo, basicamente, a defesa do autor diante da censura feita por Antônio Pereira de Figueiredo, um clérigo, teólogo da Congregação do Oratório” (NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal Luso-Brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 150-3, citado, *Iluminismo*). Não por acaso, Melo Freire, dedicaria suas *Instituições de Direito Criminal Português* ao “Altíssimo D. João, Príncipe do Brasil. Segundo Melo Freire, não merece censura quem, obedecendo às leis vigentes, diz respeitosa e o que sobre elas sente. Saibam, os mais tímidos, “que sob o governo de D. Maria I e de D. João, Príncipe filósofo e humaníssimo, é permitido aos escritores emitir livre e impunemente o seu juízo, tanto sobre as coisas públicas como sobre as particulares, contanto que o façam com a maior discrição e dentro dos limites próprios dum bom cidadão.” (FREIRE, José Pascoal de Melo. “Instituições de Direito Criminal Português”. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 155, abril de 1996, p. 50, citado *Instituições*). Adiante, refere-se “aos nossos Fidelíssimos e Clementíssimos Reis, pois estes governam não como tiranos e senhores, mas como se foram pais e mães de seus súditos.” (p. 81). Um paternalismo tutelar salta aos olhos, subjacente a tal concepção, aliás comum ao iluminismo. À propósito, COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992 (citado *Perigo*). Qual a razão de ser, indaga, para a explosão que o perigo teve no mundo do direito penal? Para além da explicação “infinitamente repetida” (p. 348) de que vivemos época de grande coeficiente de tecnicização, de predomínio da tecnologia, o que fundamenta tenha sido erigido à categoria dogmática? Sem negar relevo à 1ª Revolução Industrial (século XVIII), Faria Costa agrega outro fenômeno, inter-relacionado: a intensa intervenção do Estado, nomeadamente em nível

pública (estado *gendarme*, estado de polícia), deixando os setores econômicos e sociais para a livre disposição do mercado. Assente não numa declaração revolucionária de direitos, mas no respeito a uma esfera de liberdade individual, os dois postulados do Estado liberal – liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*) – só “poderiam sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular”.³⁸

Por outro lado, também o soberano, transformado em órgão do Estado, estava submetido ao império da lei (*Herrschaft des Gesetzes*), devendo os poderes públicos atuar na forma da lei (princípio da legalidade da administração) e obedecer a princípios materiais, v.g. o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*). Como corolário, a exigência do controle judicial da atividade administrativa, que poderia seguir dois modelos: confiá-lo à jurisdição ordinária (Bremen e Hamburgo, por exemplo) ou reservá-lo aos tribunais administrativos (Prússia e Baviera).

1.2.2 O Estado democrático

Se houve óbvio e transcendente avanço na consolidação do Estado constitucional como um Estado de direito, a estabelecer clara dicotomia e apartar os estados que sequer têm uma constituição, intuitivo que seria insuficiente o passo dado caso o estado não ultrapassasse tal limitação. Neste contexto, o Estado de direito precisa ser *democrático*, construir-se e legitimar-se como Estado democrático de direito, o que significa, nos tempos atuais e na mundivisão ocidental, banhar-se nas águas lustrais da *soberania popular* – “uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’.”³⁹

Em realidade, a própria expressão “Estado de direito” não se encontra estabilizada, utilizando-se autores do mesmo termo para exprimir conceitos diversos. O direito público, ou direito político na terminologia francesa atual (ao menos na acepção de Simone Goyard-Fabre) tem duas e simultâneas funções: dirigir o poder estatal, exprimindo pelas leis a vontade

legislativo, na definição da vida dos cidadãos, o que, na mundividência penal, “tinha a ver com a defesa do princípio da segurança. O Estado *cuidava* dos seus cidadãos...” (p. 351). Essa a pedra fundamental do direito penal saído do Iluminismo (p. 354), e o liberalismo e o despotismo esclarecido utilizariam a idéia de segurança articulada com a razão de estado (o cuidado para com os inimigos do Estado, internos e externos).

³⁸ Doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e propriedade e doutrina da reserva de lei, cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 93.

³⁹CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 94.

geral que traduz a soberania do povo; e garantir e promover as liberdades dos cidadãos – a tarefa de “realizar a síntese entre ordem e liberdade”. Pode ser visto, então, em duas figuras, conforme concentre-se o olhar nas suas engrenagens institucionais – um governo que se exprime por uma pirâmide de normas – ou na condição dos cidadãos – ao tornar possíveis, “definindo-as e garantindo-as juridicamente, a coexistência das liberdades”. Goyard-Fabre, no primeiro caso, refere-se ao Estado *do* direito; no segundo, ao Estado *de* direito, ficando claro que “o Estado DO direito e o Estado DE direito não são dois Estados: são as duas figuras sob as quais, na unidade fundamental e indivisível de seu Poder soberano, aparece o Estado moderno.”⁴⁰

Se é fácil perceber que faltava ao Estado de direito a legitimação democrática do poder, tal conciliação “merece sérias reticências a muitos autores e suscita verdadeiras perplexidades”,⁴¹ a ponto de se falar num dualismo da *American mind*, com seu coração dividido entre a vontade do povo (a liberdade positiva, legitimação democrática) e a *rule of law* (a liberdade negativa ou de defesa, que limita o poder). Um dos pilares do liberalismo político clássico, como salienta Canotilho, é a percepção de que a *liberdade negativa* (pessoal e de consciência e, portanto, também de religião – acrescenta-se) *teria precedência sobre a participação política*. Neste sentido, a “segurança da propriedade e dos direitos liberais” representaria a essência do constitucionalismo, já que o “homem civil” precederia o “homem político”, pois o “burguês” teria nascido antes do “cidadão”.

Na proposta de síntese de Goyard-Fabre, o Estado *do* Direito será expressão dos princípios de *legalidade* e *legitimidade*. Parte da “arte de governar” aos axiomas reguladores do governo (e salienta a contribuição de Rousseau); passa pela tipologia dos regimes (de Maquiavel a Montesquieu) e pela questão da “normatividade institucional” (a identificação

⁴⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205 (citado *Princípios*). A distinção revela o duplo aspecto do *humanismo*, que está na gênese do direito político dos Estados modernos: “de um lado, o *construtivismo* racional que permite a edificação do sistema do direito objetivo; do outro, o *liberalismo*, que insere as liberdades na própria ordem pública.” (p. 206)

⁴¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 94 – como mostra o “cisma” norte-americano entre “constitucionalistas” (preferência pelo Estado juridicamente instituído e limitado por leis) e “democratas” (opção pelo Estado dinamizado pela maioria democrática). Benjamin Constant, em França, propôs a distinção entre a “liberdade dos antigos” (de participação na pólis) e a “liberdade dos modernos”, baseada na distância do poder – positiva e negativa, respectivamente. Sinala FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*. (trad. Leonidas Xausa e Luiz Corção) Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 10, que a “liberdade para os gregos tinha de modo claro primariamente a dimensão específica de ser a *polis* plenamente independente e não sujeita a qualquer potência externa (...) a outra dimensão de liberdade significava para Péricles a aptidão para participar da vida política. O homem livre era o cidadão ativo que contribuía para modelar as leis e decisões políticas da *polis*”. Já no Ocidente, diz o autor, o “ideal de liberdade é algo de pessoal e relacionado com o próprio indivíduo”.

entre Estado e Direito, em Kelsen, sua polêmica com Carl Schmitt e a crítica de Hart, alertando para o espectro de totalitarismo que rondaria o formalismo kelseniano) e chega à *vexata questio* da legitimidade, quando convoca Max Weber, G. Ferrero e Habermas. A discussão trata, em muitos pontos, da secularização e será retomada adiante (item 1.3). Ao agregar a idéia de Estado *de* direito, que se origina da *exigência de liberdade do sujeito de direito*, nota que o conceito “fornece um eixo privilegiado para o direito político moderno, que concilia (ou reconcilia) assim os dois princípios fundamentais, aparentemente antitéticos, da ordem e da liberdade”.⁴²

Ainda que, nos primeiros albores da modernidade, Goyard-Fabre possa ver “longínquas primícias” do Estado de direito nos séculos XVI e XVII, é preciso reportar-se à “cultura alemã do século XIX para captar rigorosamente seu sentido original. De fato, é para fazer oposição à noção de *Obrigkeitsstaat* que se traduz usualmente – de maneira muito aproximativa – por ‘Estado de polícia’, que a idéia do *Rechtsstaat*, que se traduz por ‘Estado de direito’, foi avançada.”. Com as reflexões de Carré de Malberg e da vertente francesa – a subscrever, com importantes reservas, a teoria da *autolimitação* de Jellinek – pareceria, em conformidade ao Iluminismo e às declarações americana e francesa, realizada a “síntese da ordem pública e das liberdades individuais; simultaneamente manifestar-se-ia, pela conciliação *do* direito (cuja positividade é a matriz da ordem) com os direitos (cujo reconhecimento é a glória do individualismo humanista), a aliança entre o cidadão e o indivíduo, isto é, o acordo das áreas do público e do privado”. Embora a aparente clareza, sob ponto de vista jurídico-filosófico o significado é “não só difícil mas muito confuso”. Há uma sobrecarga semântica, a revestir um “conceito repleto de equivocidade”.⁴³

⁴² GOYARD-FABRE, *Princípios*, p. 309.

⁴³ GOYARD-FABRE, *Princípios*, pp. 313 e 319, respectivamente. Insista-se: “se o Estado DO direito se caracteriza essencialmente por suas formas e suas estruturas jurídicas, é, no Estado DE direito, a participação ideológica que prevalece sobre a arquitetura jurídica e liga a esperança da liberdade à sua realização”. Neste passo, a autora descreve o embate da “defesa das liberdades” à “embriaguez dos direitos do homem”. Trata-se da defesa liberal das liberdades individuais. O humanismo jurídico elogiado pela filosofia do Iluminismo traduziu-se “pelos ímpetus da nomofilia consecutivos à Revolução Francesa” (p. 322). Essa ideologia normatizante do século XVIII trouxe com tal força a idéia dos “direitos do homem” que em geral “se reconhece nela o berço do Estado de direito, no sentido via de regra utilizado hoje em dia, segundo o qual este tem o encargo de promover e de salvaguardar os ‘direitos e liberdades dos cidadãos’. Entretanto, ainda aí, uma tese aparentemente clara e simples envolve tremendas dificuldades filosóficas que a evolução das idéias políticas e do direito positivo só faz crescer.” (p. 328). Sobre o sentido das declarações de direito e as mutações do conceito de direitos do homem, vide pp. 329-38.

Justo na carga semântica Nelson Saldanha vai buscar as relações entre formas de governo e contextos culturais, na tematização do binômio secularização e democracia.⁴⁴ Explora a analogia entre relato teológico e evolução política: a monarquia e a aristocracia clássicas fundadas sobre uma concepção teocrática. Na democracia, porém, “o povo, que era protegido pelo rei, é entronizado como fonte e detentor do poder”.⁴⁵ O autor evoca a *queda* (a secularização e a democracia), que faz desaparecer a idéia de pecado: questiona-se o poder, a política e o exército como campos específicos (Maquiavel).⁴⁶

1.2.3 A síntese do estado democrático de direito: direitos fundamentais na Constituição

Assente que o Estado constitucional precisou dar mais um passo, além do Estado de direito, a questão democrática não se esgota na necessidade de contrastar o poder. Antes, dá conta da questão da legitimação do exercício do poder político. Assim, se o Estado constitucional (a) conforma-se juridicamente e baseia-se nos direitos fundamentais, também precisa (b) legitimar-se como ordem de domínio – faceta última que não faz parte da galáxia do Estado de direito.⁴⁷

⁴⁴ Agrega, para tanto, teologia, história, arqueolinguística e antropologia e diz-se em parte influenciado pela obra *Teologia Política* (Carl Schmitt), vista como uma “conexão entre pensamento religioso e pensamento político SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 200, pp. 07-21 (citado *Secularização e democracia*).

⁴⁵ SALDANHA, *Secularização e democracia*, p. 33. A Igreja cristã adota figuras e termos monárquicos: o reino, do outro mundo, de Cristo; São Pedro como príncipe dos apóstolos; os cardeais, príncipes da Igreja etc.

⁴⁶ SALDANHA, *Secularização e democracia*, p. 41. Refere (p. 48-9) a ambigüidade da figura de Lúcifer (criado como irmão do *Logos*), que integraria a Santíssima Trindade. Daí sua analogia entre os três momentos do drama teológico: a autoridade divina, a rebelião democrática e a queda (ou as quedas) que se lhe sucede. “E na seqüência das formas de governo uma sucessão cronológica com outros tantos momentos: a monarquia ‘absoluta’ originária, a aristocracia feudal, a democracia vinda com a secularização ou o ‘desencantamento’ cultural” (p. 51). Para uma imagem das formas de governo, pp. 61 e ss. Já a democracia é vista como problema histórico às pp. 101 e ss.

⁴⁷ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 49-50, apresenta cinco critérios distintivos para identificar um governo de associação como um processo democrático: *participação efetiva* (todos os membros devem ter oportunidade iguais e efetiva, antes de ser adotada uma política de associação, para fazer os outros membros conhecerem sua opinião); *igualdade de voto*; *entendimento esclarecido* (todo o membro, no limite razoável, deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis conseqüências); *controle do programa de planejamento* (políticas sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim escolherem); *inclusão dos adultos* (todos ou a maioria dos adultos residentes permanentes devem ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro critério) – quando qualquer das exigências é violada, “os membros não serão politicamente iguais”.

Por isso Canotilho afirma que só o princípio da *soberania popular* “assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”.⁴⁸ Mais ainda, tal princípio, juridicamente regulado, serve de ponto de união entre o Estado de direito e o Estado democrático, “possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.”⁴⁹

A fórmula, todavia, embora elegante, apresenta-se permeada de problemáticas, ao sabor das ambivalências e contradições do conceito de Estado de direito. Mais uma vez com Goyard-Fabre, não é de contestar que o Estado de direito, “defensor das liberdades contra a opressão, aparenta-se com o liberalismo. Mas também não há dúvida que, por sua inspiração democrática e socializante, ele se aparenta com as teses progressistas.”. Flancos à esquerda e à direita, o liberalismo vai denunciar, na fórmula, a regulamentação jurídica e o excesso de Estado, e os socialismos vão censurar “uma mistificação ligada ao seu formalismo”. No *Lebenswelt* que habita o homem contemporâneo, o liberalismo apresenta o risco de conduzir, no Estado de direito e por um lado, a uma “crise de sociedade, pois esta é muito diferente de uma associação de indivíduos e, do outro, os socialismos progressistas, por sua vez, apresentam o risco de provocar uma crise do sujeito, pois este, preso nas armadilhas da comunicação, já não é exatamente ele mesmo.”. Tal a dupla crise endêmica a ser resolvida, levando em conta “imperativos axiológicos do indivíduo e interesses ou estratégias pragmáticas dos grupos sociais”.⁵⁰ A aposta democrática, neste contexto, é viável?

⁴⁸ NEGRI, Toni. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. (trad. Clara de Marco). Espanha: Libertarias/Produfi, 1994, *passim*, considera o *poder constituinte* a fonte principal do ordenamento jurídico-constitucional, sendo que a reabertura do processo constituinte é uma resposta à estabilidade das constituições historicamente válidas, que mina a continuidade do processo de modernização e às figuras do poder institucionalizadas, uma reabertura que mostra, na história da modernidade, uma alternativa permanente ao perfeccionismo da forma-Estado. Na sua concepção, “o poder constituinte é um sujeito”, uma “subjetividade coletiva” que se desvincula de todas as condições e contradições às quais, de vez em quando, sua força constituinte é submetida nas articulações da história político-constitucional. Um sujeito que não é progressivo; pelo contrário, é a “antítese contínua de toda progressão constitucional”. Seu nascimento e ruptura situam-se contra o processo constitucional. Sua definição leva-nos além dos limites do moderno (p. 394). Mas não se trata deste tema na investigação.

⁴⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 96. Para SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223, a noção de democracia conjugada com o substrato ético da Constituição propicia a virada de Copérnico da concepção estatal: “o Estado legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais”.

⁵⁰ GOYARD-FABRE, *Princípios*, pp. 338-40. MAUÉS, Antonio G. Moreira. “15 Anos em busca da Constituição”, in *Direitos Fundamentais & Relações Sociais no Mundo Contemporâneo*. Antonio G. Moreira Maués, Fernando Facury Scaff e José Cláudio Monteiro de Brito Filho (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 173, nota que, “quanto mais aberto for o processo democrático, maiores serão as incertezas sobre a maioria que irá governar. Assim, mesmo Constituições (e reformas) que contem com um alto grau de consenso podem não

Goyard-Fabre resgata a simbologia republicana, que se estabeleceu e aprimorou no final do século XIX e início do século XX, originada de duas recusas (a recusa liberal do absolutismo e a recusa social-marxista do individualismo liberal) – dupla recusa sobre a qual repousa o Estado de direito, cujos defensores gostaram de se valer das “fortes imagens de liberdade que acompanharam a idéia republicana”, que se encontrou “associada a uma esperança democrática”. Neste contexto, mais político que jurídico, o componente democrático do Estado de direito prevaleceria, paulatinamente, sobre sua inspiração republicana – outra vez, a superabundância de emprego da noção de democracia vai gerar o que a autora chamou de “ambigüidades do entusiasmo democrático”. Numa primeira concepção, a democracia do Estado de direito planta-se no sufrágio universal, que se não é conceito novo ganhará amplitude inusitada (claro que gradativa). Noutra linha ideológica, avança-se para afirmar que o Estado de direito deve instaurar uma democracia progressista na qual *todos* os direitos do homem devem ser protegidos (o excesso de promessas traria riscos de uma crise da ordem pública).⁵¹

Outra dificuldade apontada, mais filosófica, seria quanto à própria concepção do sujeito de direito e dos direitos e das liberdades que o Estado de direito pretende tutelar, parecendo tributário da “metafísica do homem que uma época se atribui”, a refletir “uma maneira que o homem tem de existir” (um coeficiente historial) – uma querela entre humanismo e formalismo jurídico, no movimento pelo qual se operam “a inflação dos direitos e a exacerbação das liberdades”. A constituição, com valor de lei fundamental, “é ao mesmo tempo a regra de inteligibilidade e a regra de validade do sistema jurídico que exprime os poderes teóricos e práticos da razão”, uma antropologia racionalista que está na base do “princípio da constitucionalidade” – com todas as dúvidas e críticas que se embaralham nas “crises do direito e da razão”. Dois erros são identificados pela autora: a perversão da ordem legal do Estado pelo princípio da subjetividade (o direito público gangrenado pela consideração dos casos particulares e das situações singulares); e, em segundo, ao invés da

incorporar minorias que, ao chegarem ao governo, voltar-se-ão contra a Constituição. (...) a estabilidade constitucional não é um valor superior a democracia, mas sim, que, para o bom funcionamento desta, é importante que cada maioria disponha dos alicerces construídos pelas maiorias anteriores. Esses alicerces podem ser mais firmes quando resultam de um processo em que os atores envolvidos reconhecem reciprocamente seus poderes e limites”.

⁵¹ GOYARD-FABRE, *Princípios*, p. 344. Tal “excesso das liberdades libertárias” estaria também na gênese das “práticas de descentralização administrativa, o laxismo da nova política penal que não deve nem reprimir nem punir, a democracia na empresa etc., e, no limite sem uma passagem, uma permissividade total que prepara o ‘retorno de Dioniso’”. Pior é que, impossível a unanimidade, mesmo que se invoque a legitimadora soberania do povo, ou se apele à igualdade estrita como regra da justiça, quem decide e age acaba sendo, sempre e de fato, o governo da maioria.

síntese entre ordem e liberdade, a realização do Estado de direito opõe a liberdade à ordem. Então, o componente de irracionalismo acaba por dissolver o direito na “transformação das perspectivas jurídico-políticas”. A autora, aqui, lamenta o esquecimento do “imperativo racional” e postula que o direito político “converteu-se num pluralismo que traz em si os miasmas de uma subjetividade anárquica”. Nas brumas ameaçadoras da fragmentação pluralista, triunfa o relativismo...⁵²

Talvez seja pertinente, nesta altura, sobre o *projeto político da modernidade*, convocar Otfried Höffe, que o considera “expressamente formulado e finalmente resolvido no Iluminismo europeu” (época compreendida num sentido bem amplo pelo autor). Projeto político da modernidade, na sua visão, é a “teoria crítica do direito e do Estado que se empenha por uma mediação das duas tendências opostas no discurso político da modernidade, o positivismo e o anarquismo” – essa mediação apóia-se basicamente no conceito de liberdade (de ação). Höffe ressalta que tal projeto alimenta-se de duas experiências fundamentais: na crise radical da sociedade, estremecidos a ordem jurídica e o Estado; e na crítica radical das relações políticas, exploração e opressão a recusarem os direitos mais elementares do homem. No que mais interessa à investigação, o *auge da ameaça ao Estado* é formado por “aquelas guerras civis político-religiosas, que fazem parte das condições históricas nas quais surge a filosofia hobbesiana do Estado e que, nas democracias pluralistas, são fortemente reduzidas, mas são perpetuadas nas lutas de interesses de grupos e associações”. A vivência da guerra civil conduz “ao direito positivo e ao poder de Estado por ele responsável” (e, de forma abrandada, às teorias democráticas processualistas, liberais e funcionalistas) – direito e Estado são necessários para garantir a paz e possibilitar a sobrevivência e uma filosofia política petrificada com o perigo da guerra civil (ou pelo risco da ingovernabilidade, nos tempos atuais) pensa categorias de amigo-inimigo, de decisão e efetivação, de comando e obediência e “tende a uma absolutização do direito positivo e do Estado”. Na direção oposta, quem passa pela experiência de exploração e opressão, afastado do medo extremo da guerra civil, não sente a necessidade de uma ordem jurídica positiva e da sua garantia pelo poder estatal – são as diversas *teorias críticas* (destaque para o marxismo) a chamar a atenção para formas abertas ou veladas de opressão, estruturadas socialmente como formas econômicas capitalistas e propriedade privada (o paroxismo vem com o anarquismo, que exige o desaparecimento do Estado e do direito, vistos como fonte última de toda exploração). Todavia, a guerra civil não

⁵² GOYARD-FABRE, *Princípios*, pp. 347-55. Segundo a autora, Hegel tinha razão em dizer que a liberdade individual “leva em sua frente o ódio pela lei”, lei que já não está, como desejava Rousseau, “acima dos

é apenas uma anarquia política, mas resulta também de “injustiças massivas, que os cidadãos não querem suportar por mais tempo” – por isso, a longo prazo, “a verdadeira paz repousa sobre o respeito de fundamentais pretensões de justiça”. Em suma, a “absolutização de uma experiência básica em detrimento da outra e o conseqüente isolamento dos conceitos-guias ‘direito e Estado’ e ‘justiça’ que disso resulta significam tanto um erro científico-filosófico com conseqüências práticas, como um preconceito político com conseqüências teóricas”.⁵³

Contra uma tal filosofia fundamental de direito e de Estado, alguns teóricos liberais objetam uma alegação política, a *neutralidade diante da visão de mundo do Estado moderno* – a democracia liberal repousaria na *indiferença pelas questões últimas*, “necessária resposta à citada crise radical da modernidade, às sangrentas guerras confessionais; em lugar das lutas sangrentas pelas questões últimas (sobre Deus e os outros conteúdos de fé) entra em cena do debate pacífico em torno do que precede o último” (passíveis de conduzir a um acordo). A crítica, porém, não vê que “também a democracia liberal vive de uma concordância sobre coisas últimas”, inclusive à questão levantada pelo anarquismo: sim, é legítimo um convívio na forma do direito e do Estado (não qualquer Estado, mas “uma ordem política em que todo o poder emana do povo e em que o poder democrático se liga à garantia de direitos fundamentais de liberdade”). Primordial é a convicção de que as “questões últimas de uma pessoa não são necessariamente aquelas de uma entidade de direito e de Estado” (não atribuímos ao ente social direito de decisão em questões religiosas ou escolha de companheiro e profissão).⁵⁴ A questão será retomada *infra* (item 2.1.3).

Nesta esteira, é de se apresentar, em traços largos, a *teoria da justiça como equidade* de Rawls, com sua *prioridade às liberdades fundamentais*.⁵⁵ As liberdades fundamentais do

homens”.

⁵³ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política – fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 10-13 (citado *Justiça Política*). Daí que a filosofia política deva levar em consideração todos os três conceitos: direito, justiça e Estado, num contexto sistemático formulado como *hipótese tripartite*, o Estado obrigado à justiça, a justiça como medida normativo-crítica do direito e o direito justo sendo a forma legítima de convivência humana. O redimensionamento do discurso da justiça leva ao debate contemporâneo sobre a *ética* – por exemplo a ética do discurso de Apel e Habermas e os princípios da justiça de Rawls. A teoria da justiça política de Höffe “discute mandatos políticos para o exercício da coerção, desde uma perspectiva ética” (p. 14).

⁵⁴ HÖFFE, *Justiça Política*, p. 17.

⁵⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. (trad. Dinah de Abreu Azevedo). São Paulo: Ática, 2000 (citado *O liberalismo político*). Interessam sobretudo as reformulações do autor à teoria original (*A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971. Há versão brasileira: *Uma teoria da justiça* – trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997 – 2ª tiragem, 2000), realizadas no final da década de 1980 e, no que pertine ao tema, a Conferência VIII, intitulada “As liberdades fundamentais e sua prioridade” (pp. 343-430), na qual procura superar algumas objeções feitas por H. I. A. Hart. Os dois princípios de justiça de Rawls expressam-se da seguinte forma: 1º - Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos; 2º - As

1º princípio de justiça são especificadas numa lista: a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação; liberdade e integridade da pessoa; direitos e liberdades abarcados pelo império da lei.⁵⁶ O *status* especial das liberdades fundamentais decorre de seu peso absoluto frente às razões utilitaristas e dos valores perfeccionistas. Como estão fadadas a conflitar umas com as outras, devem-se encaixar num sistema coerente de liberdades, de modo que se possam limitar reciprocamente (nenhuma é absoluta). Há que se garantir a “esfera central de aplicação” das liberdades fundamentais, por exemplo com as regras de ordem que regulam uma discussão livre. “Sem a aceitação geral de procedimentos razoáveis de investigação e preceitos de debate, a liberdade de expressão não pode atender seu propósito.”⁵⁷

Prossegue Rawls: “A especificação posterior das liberdades é deixada para os estágios constitucional [parte da ainda mais genérica “posição original”], legislativo e judicial. Mas, ao esboçar essa forma e esse conteúdo gerais, precisamos indicar o papel especial e a classe central de aplicação das liberdades fundamentais de maneira suficientemente clara para orientar o processo de especificação posterior nos estágios subseqüentes.”. E, mais expressamente: “todos os direitos e liberdades legais que não as liberdades fundamentais protegidas pelas várias cláusulas constitucionais (inclusive a garantia do valor equitativo das liberdades políticas) devem ser especificados no estágio legislativo à luz dos dois princípios de justiça e de outros princípios relevantes.”⁵⁸

desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. *O 1º princípio de justiça tem prioridade em relação ao 2º* (pp. 344-5).

⁵⁶ Essa lista segue a tradição histórica do pensamento democrático e fará com que as partes, na “posição original”, cegadas pelo “véu de ignorância”, concordem com os dois princípios, atingindo assim o “objetivo inicial” da justiça como equidade, mostrar que se trata de uma melhor compreensão das sociedades democráticas do que as doutrinas do “utilitarismo”, do “perfeccionismo” ou do “intuicionismo” (RAWLS, *O liberalismo político*, pp. 345-6 e 359).

⁵⁷ RAWLS, *O liberalismo político*, pp. 348-50. A prioridade das liberdades não se infringe quando são reguladas, na tradicional distinção (que se aplica à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda) com a restrição (ao conteúdo do discurso). Por exemplo, proibição de discutir questões gerais e particulares “relevantes para avaliar a justiça da estrutura básica da sociedade”. De algum modo, a prossecução de interesses legítimos opera como regra de ordem na livre discussão, traduzindo-se “estrutura básica” por interesse público ou comunitário.

⁵⁸ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 352 e 395, respectivamente. Atribui duas capacidades morais às pessoas: a de ter um senso de justiça (de respeitar termos equitativos de cooperação, de “ser razoável”) e a de ter uma concepção do bem (ser racional) – p. 356. Justamente o conteúdo dos “termos equitativos de cooperação” passa pelas “liberdades fundamentais e sua prioridade”, numa base de “respeito mútuo” (p. 357). Uma sua suposição crucial é que os cidadãos iguais têm “concepções do bem diferentes e até mesmo irreconciliáveis e incomensuráveis, o que é norma e, respeitados os limites dos princípios de justiça, desejável: um regime de “liberdade pode acomodar essa pluralidade, de modo a que se alcancem os muitos benefícios da diversidade humana” (p. 358).

As partes, diante do véu de ignorância da posição original, fazem um acordo racional e listam bens primários, que são enumerados em cinco tipos. O primeiro tipo engloba as liberdades fundamentais, “condições institucionais essenciais e necessárias para o desenvolvimento e exercício pleno e bem-informado das duas capacidades morais”. Exemplifica com a liberdade de consciência: este princípio deve ser adotado, “pois o véu de ignorância implica que as partes não sabem se as crenças professadas pelas pessoas que representam constituem uma visão majoritária ou minoritária”.⁵⁹

O componente democrático da liberdade de imprensa, na linha de Rawls, não é tratado de forma especial, porque a vida política e a participação nos negócios públicos são consideradas “bens proeminentes para cidadãos plenamente autônomos”; ao revés, atribuir um lugar central à vida política é uma concepção de bens entre outras (no grande Estado Moderno, as liberdades políticas até são menos valorizadas pela maioria dos cidadãos). Todavia, tal garantia resulta “essencial para estabelecer uma legislação justa e também para assegurar que o processo político equitativo especificado pela constituição esteja aberto a todos numa base de igualdade aproximada.”. Ao se concretizarem, ajustam-se as liberdades fundamentais. As liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento requerem um regime democrático e a proteção à liberdade de expressão política e de imprensa.⁶⁰

A *importância* da liberdade fundamental depende de seu envolvimento no “exercício pleno, bem-informado e efetivo das capacidades morais (...) ou na medida em que é um meio institucional mais ou menos necessário para protegê-las. Assim, o peso de reivindicações específicas de liberdade de expressão, de imprensa e discussão deve ser avaliado de acordo com esse critério.”. Alguns tipos de expressão não são especialmente protegidos e outros podem até constituir delitos (calúnia, difamação), o que não dispensa reflexão cuidada. A calúnia e a difamação de “pessoas privadas (em contraposição a personalidades políticas) não têm nenhuma importância para o uso público da razão, no sentido de julgar e regular a estrutura básica (...)”.⁶¹

Rawls detalha sua concepção com a liberdade de expressão política e de imprensa (que pertencem à categoria “liberdade fundamental de pensamento” no seu sistema). Parte das

⁵⁹ RAWLS, *O liberalismo político*, pp. 363 e 366, respectivamente. O que também vale para as concepções do bem, sendo que “deve nos ser permitido (...) enganarmo-nos e cometer erros, dentro dos limites estabelecidos pelas liberdades fundamentais” (p. 369).

⁶⁰ RAWLS, *O liberalismo político*, pp. 386-7 e 391. A liberdade e a integridade da pessoa sustentam às primeiras.

⁶¹ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 392.

limitações recíprocas e da autolimitação (requisito de que sejam as mesmas para todos). Há pontos fixos, na ótica da história da doutrina constitucional americana, a configurar o “interior da esfera central” da liberdade de expressão: não existe crime de libelo sedicioso; não há restrições prévias à liberdade de imprensa; é possível a defesa de doutrinas revolucionárias e subversivas.⁶²

Tal liberdade básica, embora não seja absoluta, só pode ter o conteúdo restringido “se isto for necessário para evitar uma perda maior e mais significativa, direta ou indireta, dessas liberdades”,⁶³ o que introduz um vocabulário de proporcionalidade. Quanto à propaganda, trata-se de uma liberdade muito importante mas não fundamental, pois não desempenha um papel indispensável. Especificamente no que tange à publicidade, “a lei pode impor penalidades para informações imprecisas e falsas, o que não pode fazer no caso da liberdade de pensamento e de consciência”.⁶⁴ Em síntese, o 2º princípio de justiça subordina-se ao 1º, que é aquele a garantir as liberdades fundamentais requeridas para o “exercício pleno e bem informado das duas capacidades morais”, ao passo que o papel do 2º é assegurar a “igualdade equitativa de oportunidades e regular o sistema social e econômico” a fim de que os recursos sociais sejam usados de forma apropriada – o que mostra por que as liberdades associadas ao 2º “são menos significativas numa sociedade bem-ordenada do que as liberdades fundamentais asseguradas pelo primeiro”.⁶⁵

Seja como for, a aposta democrática fez o Estado avançar e, de Estado Liberal de direito, alçar-se a Estado Social de direito, o que acarreta, também é verdade, a crise do *Welfare State* e nos aproxima dos dias de hoje. Elías Díaz faz notar que, embora no contexto espiritual cultural da Idade Média se manifestassem tendências doutrinárias, teológicas e filosóficas limitadoras da vontade da autoridade, tratava-se de “limitações e controles de caráter mais ético-religioso e jusnaturalista que não autorizam, de modo algum, a falar-se de Estado de Direito”. Para falar em Estado de direito, segundo o autor, devem-se agregar quatro características: império da *lei* (como expressão da vontade geral); divisão de poderes;

⁶² RAWLS, *O liberalismo político*, pp. 397 e ss. – cita Kalven, que disse que “uma sociedade livre é aquela em que não podemos difamar o governo, pois tal delito não existe” (p. 399); lembra que a Suprema Corte rejeitou o crime de libelo sedicioso em *New York Times v. Sullivan* – p. 400. Em suma, a esfera central é o “uso público e livre de nossa razão em todas as questões relativas à justiça da estrutura básica e de suas políticas sociais” (p. 405). Quanto à regra do perigo claro e presente, destaca seu fundamento em Holmes e na sua interpretação da “lei das tentativas”, de cunho penal, vide pp. 406 e ss.

⁶³ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 413.

⁶⁴ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 422. O autor considera, como Locke, que as pessoas têm uma certa “virtude política natural”, no que se pode considerar uma visão de “otimismo antropológico” (p. 429).

⁶⁵ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 426.

legalidade da Administração (atuação segundo a lei e com suficiente controle judicial) e “direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material”.⁶⁶ Na seqüência, vai-se dar o passo do Estado liberal de direito para o Estado social de direito, numa fórmula que, através de revisão e reajuste do sistema, “evite os defeitos do Estado abstencionista liberal” (sobretudo do individualismo que lhe servia de base), postulando-se pilares de caráter *social*, também diferenciados dos sistemas próximos aos “totalitarismos fascistas”.⁶⁷ Já a passagem do Estado social de Direito para o Estado democrático de direito, o autor associa a um “passo em direção ao socialismo”: socialismo e democracia coincidem e institucionalizam-se no Estado democrático de direito – há um “salto qualitativo” de um nível a outro (do neocapitalismo ao socialismo).⁶⁸

Noutra perspectiva, Jorge Reis Novais distingue o *Estado de direito liberal* pelo “assumir da defesa e garantia dos direitos naturais do homem” como seu fim primordial – já se ingressa no Estado de direito *material*, “já que a limitação jurídica do poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”, o que se explica pela oposição originária ao Estado absoluto, que operou com o valor da *justiça material* como “um conceito de luta política”. Avulta uma concepção de Estado de direito que, ao reconhecer os direitos individuais, “considerava como dimensão determinante ou exclusiva da racionalização do Estado as próprias técnicas de garantias daqueles direitos, concebidas agora como valores autônomos”, o que vai conectar tal modelo com seus elementos *formais-instrumentais* (nomeadamente o princípio da legalidade da Administração).⁶⁹

Perante as novas exigências de socialidade e democracia no século XX, o Estado de direito torna-se Estado social e democrático de direito – com a correlata alteração dos elementos do Estado liberal. No plano dos direitos e liberdades individuais, tais exigências orientaram-se em três direções: (a) na fundamentalização dos direitos sociais (incluídos os econômicos e culturais), que passam a ser consagrados constitucionalmente; (b) numa reinterpretação dos direitos tradicionais “à luz do novo princípio de socialidade” (a afetar o pleno desenvolvimento do “homem abstrato”, que poderia *desumanizar* “homens concretos”,

⁶⁶DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8º d., 6º reimp. Madrid: Tarus, 1988, pp. 24 e 31 (citado *Estado de derecho*).

⁶⁷ DÍAZ, *Estado de derecho*, pp. 83 e ss.

⁶⁸ DÍAZ, *Estado de derecho*, pp. 111-5.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Separata do v. XXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1987, pp. 107-8 (citado *Contributo para uma teoria*).

com uma releitura especial do direito de propriedade); (c) os direitos fundamentais ultrapassam a mera técnica de defesa contra abusos da autoridade pública e são vistos como “valores que se impõe genericamente a toda a sociedade”, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, a adquirir relevância nas relações jurídico-privadas.⁷⁰ O último ponto será visto *infra* (item 4.2).

García-Pelayo vê o Estado social como intento de adaptação do Estado tradicional à sociedade industrial e pós-industrial, a trabalhar com a *interação* do Estado e da sociedade (a superar, portanto, a distinção/oposição entre os dois termos, que inibia o Estado liberal frente aos problemas econômicos e sociais).⁷¹ Adiante, reafirma uma certa convergência entre os requisitos funcionais do neocapitalismo e as finalidades do Estado social, quer dizer, o neocapitalismo dos países desenvolvidos constitui a “infra-estrutura econômica sobre a qual se vem erigindo o Estado social” – daí uma práxis relativamente simples: os sistemas econômico e político vinculam-se numa retroalimentação positiva. Todavia, na hipótese de que o sistema econômico estabelecido não ofereça insumos positivos para a realização da idéia social do Estado, “este se veria obrigado já não a operar mudanças para a manutenção do sistema, mas sim para sua transformação”.⁷² É um pouco o que acontece em tempos de globalização.

O Estado Social de direito, então e retomando, reorganiza sua atividade em função de finalidades coletivas, tornando-se atribuição prioritária dos Poderes Públicos a progressiva

⁷⁰ NOVAIS, *Contributo para uma teoria*, pp. 188-220. Por outro lado, a democracia política afirma-se como “dimensão essencial do Estado social de Direito, a cujos valores e elementos surge indissociavelmente ligada (p. 221). Assim: (1º) é a proteção dos direitos fundamentais que justifica a objetivo de limitação do Estado; (2º) a intenção material ocupa o cerne de sua dimensão social, “na medida em que a promoção das condições objetivas do desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais constitui simultaneamente, e por si mesma, um momento decisivo de realização de igualdade e justiça material na sociedade dos nossos dias”; (3º) tal axiologia impõe-se como limite “originário e transcendente ao poder do Estado no seu conjunto” – a afastar reduções formalistas, como os direitos públicos subjetivos “criados pelo Estado”, num processo de auto-limitação em que a Administração demarcava, legislativamente, as esferas individuais que se obrigava a respeitar (pp. 224-33).

⁷¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporaneo*. 2ªed. 11ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp. 18-25 (citado *Las transformaciones*). Numa de suas facetas, haveria unidade entre Estado social e comunidade nacional (sociedade integrada), sendo característico deste tipo de Estado “produzir a integração da sociedade nacional, ou seja, o processo constantemente renovado de uma pluralidade em uma unidade” (redução da pluralidade a conflitos parciais a serem resolvidos por acordo ou via judicial) – pp. 40-6.

⁷² NOVAIS, *Contributo para uma teoria*, pp. 81-2. Com olhos na Constituição Espanhola, cujo artigo 1.1 define o Estado Espanhol como “Estado social e democrático de Direito”, o autor diz que a fórmula é uma totalidade composta por três momentos ou componentes inseparáveis em interação recíproca: (a) o objetivo social; (b) a concepção ascendente ou democrática do poder; e (c) a submissão de ambos os termos à disciplina do Direito (pp. 93-4). O que parece servir, também, para o Estado Democrático de Direito plasmado no *caput* do art. 1º da CF 88 e substanciados pelos princípios fundamentais elencados nos incisos I a V (soberania, cidadania e pluralismo político como componente democrático; a dignidade da pessoa humana a suportar os direitos fundamentais; e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como basilares da ordem jurídica), e ligados

constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país (fenômeno que Bobbio chamaria de substancialização da democracia). Trata-se de uma espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. Daí a advertência de Comparato, de que a “passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais”. Classicamente, ela se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal.⁷³ À supremacia da lei sobre todas as demais manifestações da vontade estatal, no modelo clássico, corresponde o Legislativo como Poder Supremo (expressão da soberania popular), enquanto os demais poderes são meros executores de normas legais. Todavia, deslocando-se a legitimidade do Estado para a realização de finalidades coletivas, o critério classificatório só pode ser o das *políticas públicas* ou *programas de ação governamental* (com relevo para a função de planejamento). Segue que o papel hegemônico passa ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo.

É preciso considerar, ainda, a influência da revolução russa sobre a história do século XX, o colapso econômico entre as duas grandes guerras e a influência de Keynes (1936, Teoria geral do emprego, do juro e da moeda), para captar o sentido do direito no *Welfare State* – o Estado do Bem-Estar, o Estado Social em oposição ao Estado Liberal burguês do século XIX. Estado que patrocinou formidável desenvolvimento dos serviços públicos (do comportamento negativo aos comportamentos positivos), com singular incremento do Poder Executivo. A tarefa, de algum modo, é a realização da justiça distributiva. A ciência do Direito procura atenuar o individualismo, numa perspectiva mais solidária (a função social do contrato e da propriedade etc.), incorporando crescentes expectativas individuais de felicidade (dignidade da pessoa humana), aprendendo a lidar com a economia social de mercado. Entretanto, “a última imagem de conjunto coerente do direito privado, a pandectística, provinha da sociedade burguesa, que tinha começado a impor-se do ponto de vista social e econômico, desde o século XVIII, na Inglaterra, depois em França e, finalmente, na Alemanha, a partir do primeiro terço do século XIX’.”⁷⁴

aos vetores sociais indicados nos incisos I a IV do art. 3º da CF 88 (objetivos fundamentais, a principiar pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária).

⁷³ COMPARATO, *Políticas Públicas*, p. 43.

⁷⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 91-3 (citado *Direito, justiça social e neoliberalismo*).

Seja como for, a experiência tendente à solidariedade social restaria inconclusa, em face dos rumos recente da globalização financeira e da ideologia neoliberal. A rigor, as origens doutrinárias do neoliberalismo lançam raízes na plenitude do *Welfare State*. Friedrich August Hayek, desde 1935, na London School, seria o maior dos adversários de Keynes. Todavia, a reação teórica e política contra o Estado intervencionista permaneceria no purgatório pelo menos até o Nobel de 1974 recebido por Hayek. Foi na segunda fase de sua obra, depois dos anos 60 que Hayek desconstruiu e tentou ferir de morte o conceito de Justiça Social. Esse é um dos seus temas centrais de ‘Direito, Legislação e Liberdade’, obra publicada em 1979 e na qual, é verdade também, atingiu em cheio muita hipocrisia socialista. Dizia Hayek que “todos os fenómenos económicos – da simples divisão do trabalho à moeda – devem ser interpretados como exemplo da ordem espontânea”.⁷⁵

Milton Friedman foi o outro grande corifeu da neoliberalismo. Até 1977, foi professor da Universidade de Chicago. Antes, fora conselheiro econômico de Richard Nixon, em 1968, depois de Ronald Reagan em 1980. No interregno, recebeu o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1976. A oportunidade política para efetiva adoção de políticas econômicas neoliberais dar-se-ia com a dupla R&T (*Reaganism & Thatcheromics*), inaugurando-se, com as eleições de Reagan e Thatcher, nos Estados Unidos e Inglaterra, respectivamente, o turboliberalismo, cujo roldão alucinante poderia resumir-se no brado TINA (*there is no alternative*).

Impressiona que o receituário da ideologia neoliberal mantenha-se infenso aos desmentidos empíricos, notáveis o aumento do déficit público nos Estados Unidos e a explosão do desemprego britânico.⁷⁶ Alguns setores político-sociais, especialmente ligados ao poder econômico, não disfarçam um certo “desprezo” pelo direito, preconizando, com adeptos à direita e à esquerda, flexibilizações, inaugurando-se uma era de valorização (!) do regresso ao *status quo ante*.⁷⁷ Na contramão deste processo, recente decisão do Tribunal Constitucional Português, reconhecendo, no que tange à legislação assecuratória do direito à renda mínima, a dignidade constitucional da cláusula de proibição de retrocesso. Considerou, a Corte,

⁷⁵ GUEDES, Francisco Corrêa. *Economia e Complexidade*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 547-9 (citado *Economia e Complexidade*).

⁷⁶ Para maiores detalhes confira-se GUEDES, *Economia e Complexidade*, pp. 678 e ss., notadamente 690-1.

⁷⁷ Para uma crítica contundente de tal situação, vide AZEVEDO, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, pp. 109-14. Para uma visão ampla do processo de globalização e dos descontentamentos que se vão gerando com a nova mobilidade das pessoas e do dinheiro, especialmente o problema da imigração, da erosão dos direitos feministas, da queda de qualidade do serviço público e da economia informal, vide SASSEN, Saskia. *Globalization and its discontents: essays on the new mobility of people and money*. New York: The New Press, 1998.

inconstitucionais normas da Assembléia da República “por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana”.⁷⁸

Ao discorrer sobre o breve século XX (1914-1989) – em oposição ao longo século XIX (1789-1914) – Habermas reconhece a violência e a barbárie como sinais distintivos do último século, mas, também, a derrota do fascismo. O giro no clima cultural a partir de 1945, como pano de fundo para três progressos políticos (cfe. Hobsbawm): o fim da guerra fria, a descolonização e a construção do Estado Social europeu. Neste contexto, a *globalização econômica apresenta-se como principal desafio para a ordem político-social surgida na Europa do pós-guerra*.⁷⁹ Habermas, com probidade, admite que ao Estado nacional restam cada vez menos opções e que a economia globalizada escapa à intervenção do Estado regulador. O que não deve, contudo, representar o fim do compromisso social do Estado. Daí sua proposta, de ir além dos estados nacionais e alcançar a solidariedade cosmopolita.⁸⁰

A percepção geral, porém, e a recente condução da política econômica pelo governo de esquerda do PT a confirma, é a de que o Estado está refém dos grandes conglomerados econômicos.⁸¹ Por outro lado, a desregulamentação e a privatização, que preconizavam a volta ao “Estado Mínimo”, já não gozam do mesmo grau de consenso, no caso brasileiro bastando lembrar, a par do resultado das eleições presidenciais, o desastre do setor energético desregulado, a culminar com um sintomático e irônico “apagão”.

Com a crise do Estado (a “tragédia do Estado”, dirá Canotilho), agrega-se, ao cenário mundial, explosiva configuração de *apartheid social* (com evidentes reflexos no que concerne aos fundamentalismos, como se verá adiante).⁸²

⁷⁸ Acórdão nº 509/2002/T.Const. – Processo nº 768/2002, publicado no Diário da República nº 36, 12/02/2003, p. 905.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Barcelona: Piados, 2000, pp. 59-70 (citado *La constelación*). Sugestão correlata, na busca de uma democracia cosmopolita, em MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 98-9, ao discorrer sobre o estabelecimento de uma democracia e de uma cidadania multifacetadas e multipolarizadas.

⁸⁰ HABERMAS, *La constelación*. Que desenvolve nos dois capítulos seguintes de seus ensaios políticos: a constelação pós-nacional e o futuro da democracia (pp. 81-146); acerca da legitimação baseada nos direitos humanos (pp. 147-66).

⁸¹ Observação similar, no sentido de “quão difícil é gerir a economia apenas a partir de postulados políticos” em face da globalização econômica, em FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 23-5 (citado *Reflexões histórico-evolutivas*).

⁸² Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “consenso de Washington”, num quadro de globalização neoliberal que pugna pelo Estado Mínimo, v. especialmente SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 17-19. O que tem gerado o que o sociólogo português chama de *fascismo societal* (p. 23 e ss.):

1.3 A SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO

Longo foi o caminho do mundo ocidental, permeado de sobressaltos e tergiversações,⁸³ até que se plasmasse a concepção da liberdade religiosa como um direito. Mais tecnicamente, um direito fundamental que consagra a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e assegura o livre exercício dos cultos religiosos. Mas é cedo, nesta quadra, para antecipar a história...

1.3.1 Da partida teológico-confessional ao discurso jurídico-constitucional

O fenômeno religioso, com apelo ao transcendente, é evidência do mundo antigo que sempre se impôs com positividade social. Modelo típico da Antigüidade, o *monismo*, identificação entre o poder político e a religião, foi a característica fundamental do mundo pré-cristão, manifestando-se em duas variantes: “a teocracia, em que o elemento religioso predomina sobre o político, e o cesarismo, em que o elemento político prevalece sobre o religioso.”⁸⁴ Repare-se que, sendo a religião uma experiência da comunidade, revelava-se “necessariamente dissolvente do indivíduo”.⁸⁵ O *dualismo*, crismado no “dar a deus o que é de deus e a César o que é de César”, a par da valorização cristã da personalidade individual, afirma a independência entre poder político e religioso, com o que, naturalmente, ao dividir, introduz fator de limitação ao poder político. Todavia, o paradigma teocêntrico da Idade

dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas”, onde as pessoas –ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura - do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

⁸³ “... ela [a religião] é capaz de libertar energias incontroláveis, surgindo historicamente ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade.” MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 9 (citado *Liberdade religiosa*).

⁸⁴ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 39 (citado *A liberdade religiosa*)

⁸⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 9.

Média tornaria mais problemática a clara delimitação das esferas, de modo que a formalização jurídica da liberdade religiosa teria de esperar mais um pouco.⁸⁶

O dualismo e a afirmação da personalidade individual, na mensagem evangélica de Jesus, condicionariam “toda a reflexão sobre as relações que intercedem entre o político e o religioso e entre o direito e a moral nos dois mil anos subseqüentes”. O jogo do poder, ao início, afirmaria os direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático), penderia pela afirmação oposta, supremacia dos direitos do Estado em relação à Igreja (momento regalista) e culminaria na “afirmação dos direitos dos cidadãos em relação a ambos (momento constitucional)”.⁸⁷

O percurso, assim, inicia de uma partida teológico-confessional para desembocar, no discurso jurídico-constitucional, na afirmação da liberdade religiosa.⁸⁸ Como já ficou dito, os antecedentes pré-cristãos apresentam a tradição de *unidade teológico-política* (monismo), tempos em que a religiosidade era assunto prioritário de toda a comunidade, uma íntima e conhecida relação entre poder político e funções religiosas – como demonstram os registros antigos dos povos judeu, grego e romano.

Israel é uma boa partida, mesmo porque sua noção de Deus (Iahweh, Jeová ou “o Senhor”) era única no mundo antigo, um “fenômeno que desafia qualquer explicação racional”. Não se deve entender sua religião em termos de uma *idéia de Deus*, pois não se fundava em proposições teológicas abstratas, antes na “memória de uma experiência histórica interpretada e correspondida: Israel acreditava que Iahweh o livrara do Egito e, mediante uma *aliança*, o elegera como seu povo”.⁸⁹ Caracterizar a religião mosaica como um *monoteísmo* não é isento de problema, mesmo pela dificuldade de interrogar com uma categoria contemporânea “um povo antigo, que não pensava como nós”. Entendido em sentido

⁸⁶ Para uma perspectiva histórico-filosófica, vide ORTEGA, Abraham Barrero. “Origen y Actuación de la Libertad Religiosa”, *Derecho Y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano V, Julio/Dicimbre, número 9, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 93-121.

⁸⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 9 e 10, respectivamente.

⁸⁸ Excelente relato em STARCK, Christian. “Raíces historicas da la libertad religiosa moderna”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, nº 47, mayo-agosto 1996, pp. 09-27.

⁸⁹ BRIGHT, J. *História de Israel*. (trad. Euclides Carneiro da Silva) São Paulo: Paulinas, 1978 p. 190 (citado *História de Israel*). A aliança seguiu o modelo de “tratado de suserania”, fato de profunda significação teológica: por um juramento solene, as tribos israelitas “aceitaram o domínio absoluto do deus todo-poderoso” – justamente aqui começa a noção do domínio de Deus sobre seu povo, pelo que a organização tribal de Israel já era em si uma *teocracia*, sob o Reinado de Iahweh (p. 197). Dentre as cláusulas da aliança, a primária era Israel aceitar o domínio do Deus-Rei, não ter nenhum contato com nenhum outro deus-rei e obedecer à sua lei em todos os atos, o que explica o “sentido dos ataques proféticos posteriores contra o pecado nacional e também a suprema importância da lei em todos os períodos da história de Israel” (p. 199).

ontológico (afirmação explícita de que só existe um Deus), a religião primitiva de Israel não mereceria a designação (a literatura não fornece nenhuma negação explícita de que existam outros deuses), mas é difícil encontrar outro termo mais satisfatório. Certamente Israel não era politeísta: não negava a existência de outros (deuses eram realidades no mundo antigo, com imagens visíveis em qualquer templo), “mas negava efetivamente o seu *status* como *deuses*”.⁹⁰ Uma característica da teologia do judaísmo primitivo a sinalar é a tensão entre a *fé monoteísta* e a noção de *eleição*, a autopercepção de povo peculiar, *escolhido* por Iahweh, ao mesmo tempo que concedia ao seu Deus “um domínio supranacional, realmente universal”, cuja finalidade, em última análise, era o “estabelecimento triunfal de seu domínio sobre a terra”.⁹¹

A matriz teocrática da comunidade judaica “não deixava margem para uma clara distinção entre finalidades políticas e religiosas”, devendo as normas vigentes ter sua origem na vontade divina, o que explica a “precedência dos patriarcas, dos profetas e dos sacerdotes sobre o rei”. Na teocracia hebraica não havia espaço para a “liberdade de consciência individual. A coerção e a perseguição por motivos religiosos eram a regra.”⁹²

O mito fundador da Grécia antiga, a *Ilíada*, inicia o Canto I com a Ira, deusa, celebrando a cólera de Aquiles, “que aos Aqueus [gregos] tantas penas trouxe, e incontáveis almas arrojou no Hades (...) fez-se a lei de Zeus”.⁹³ Nesta época, o rei exercia uma função pessoal e espiritualmente integradora, “estendendo sua autoridade a todos os domínios da vida social”. Com o despertar filosófico-racional, há relativa secularização da *polis*, mas a religião, longe de ser posta de lado, mantém seu relevo público.⁹⁴ Bastaria lembrar que Sócrates é morto por desprezar os deuses da pólis, acusado de praticar novas religiões.

⁹⁰ “Como Israel estava ligado por aliança para servir a Iahweh, e só a Iahweh, dando-lhe todo o poder e toda a autoridade, era-lhe proibido dirigir-se a eles como deuses. O vassalo só pode ter um suserano!” – BRIGHT, *História de Israel*, pp. 204-5. Seja como for, no judaísmo o monoteísmo “triunfou completamente”, a religião da lei não fazia “nenhuma concessão à idolatria e olhava os deuses pagãos com desprezo” (p. 609).

⁹¹ BRIGHT, *História de Israel*, p. 603. Não faltavam “aqueles que sentiam uma obrigação ativa de conquistar os gentios para a fé e se irritavam com a estreiteza de vista de seus irmãos, que não levavam a sério a sua missão de conquistar o mundo” (p. 607).

⁹² MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 15.

⁹³ *Ilíada*, Canto I, 1-5. “Para o leitor moderno, nada é mais surpreendente, mais desconcertante, do que a presença constante de deuses e deusas na *Ilíada* e na *Odisséia*.” (VIDAL-NAQUET, Pierre. *O mundo de Homero*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 63).

⁹⁴ “A religião mitológica de outros tempos dá lugar agora a uma religião racionalizada e oficializada (...) o único problema que se colocava era o da conformidade do indivíduo em relação à coletividade.” – MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 16.

Na *civitas* romana não é muito diferente e, pese gradual distinção entre funções políticas e sacerdotais, Cícero lembrava que “cada cidade tem a sua religião; nós temos a nossa”. A religião é um serviço público, setor da administração pública, mas é de ressaltar uma certa tolerância com aqueles que professassem outros cultos, mesmo com a divinização do imperador – é a regra do *Panteão aberto*. Nas palavras de Jónatas Machado, “o politeísmo romano era não dogmático, eclético e inclusivo, deixando poucas margens para conflitos de lealdades no plano da consciência individual”,⁹⁵ fato desenvolvido no célebre ensaio de Michael Walzer sobre a tolerância, ao destacar cinco regimes de tolerância e iniciar com a tipologia dos “impérios multinacionais”, Roma inclusive.⁹⁶

Certo que, no paradigma ocidental, é o *cristianismo* o momento fractal, a introduzir “dados radicalmente inovadores” e a fissurar, de forma “revolucionária”, o monismo até então aceite na conformação do poder político e religioso. A consabida ênfase colocada no indivíduo e na sua “liberdade de responder positivamente ou negativamente à boa nova”, numa concepção da pessoa humana como imagem de Deus (*imago dei*, afloramento histórico da dignidade da pessoa humana),⁹⁷ “colocam o Cristianismo em rota de colisão, já com o fatalismo da antigüidade, já com as práticas coercivas no plano político-moral”. Outro aspecto novo, a *ecclesia* designa tanto a comunidade local de crentes como o conjunto das “comunidades locais sob a autoridade universal do Espírito Santo”, desconsiderando outros elementos tradicionais, tais como a raça, sexo, condição social etc.) – o que se pode aproximar do conceito islâmico de *Umma*.⁹⁸ Ademais, segundo os evangelhos, Cristo disse

⁹⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 17.

⁹⁶ WALZER, Michael. *Da tolerância*. (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 21- 7 (citado *Da tolerância*).

⁹⁷ A assertiva não é incontroversa. Se é possível afirmar que a “idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”, não parece correto reivindicar “para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa”, embora as referências, no Antigo e no Novo Testamento, de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (renegada historicamente, por exemplo, na “Santa Inquisição”) de que o ser humano é dotado de valor próprio e intrínseco, “não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (noção que seria secularizada, especialmente no âmbito do pensamento kantiano) - SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 29 e 30 (citado *Dignidade da pessoa*).

⁹⁸BALDI, César Augusto. “Os direitos humanos e as concepções não-ocidentais: o que o Islã tem a ver com isto?”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, v. 28, n 59, pp. 117-136, jun. 2004 (citado *Os direitos humanos e as concepções não ocidentais*). Às pp. 118-24, o autor salienta a progressiva expansão do Islã pelo mundo (já se fala numa “diáspora muçulmana”, em comparação com a judaica), a ensejar um novo imaginário em relação ao conceito de *Umma*. Vista inicialmente como uma comunidade de pessoas que são objeto do plano divino de salvação, passou de *Umma* dos árabes para *Umma* dos muçulmanos (podendo ajudar na aceitação de direitos coletivos de grupos ou povos) – hoje é vista como “lugar de pertença”, ou de “comunidade imaginária” e apresenta um sério desafio à idéia tradicional de nação, abrindo-se a possibilidade, na citação de Salman Sayyid, de “reconfiguração de uma formação cultural que é menos e menos particular e mais universal”. Fala-se, também, na esteira de An-na’im (com uma leitura do Islã do período de Meca), de uma mensagem eterna e

que seu reino não era deste mundo e, mais, “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. Em síntese: afirmada a soberania de Deus, o poder estabelecido está a serviço dos propósitos eternos (a prossecução do bem e da justiça); o crente tem deveres morais de obediência e cooperação com as autoridades, mas, no conflito entre normas divinas e normas dos poderes públicos, a evidente prevalência é das primeiras.⁹⁹

As medidas discriminatórias e as duras perseguições aos primeiros cristãos, num império romano tolerante, ligam-se à recusa de culto ao Imperador *sumo pontífice*. Nesta lógica, o conflito de lealdade tornava os cristãos ateus e alimentava as suspeitas (e as práticas) subversivas da ordem estabelecida. Os tempos podem-se ilustrar com Daniel na cova dos leões... Ora, no contexto de condenação à morte dos cristãos que se recusam a oferecer sacrifícios pagãos, autores cristãos articulam a idéia de *libertas religionis*, Tertuliano e Lactâncio, por exemplo, “advogando o respeito por um perímetro de privacidade individual dentro do qual a opção de fé deveria permanecer inatacável”.¹⁰⁰ Neste clima de perseguição, então, a “liberdade religiosa constitui o princípio fundamental do cristianismo primitivo” –¹⁰¹ “Não está na natureza da religião que se imponha pela força” (Tertuliano); “não há nada tão voluntário como a religião; esta desaparece e se anula se o sacrifício é oferecido contra a própria vontade” (Lactâncio).¹⁰²

Contra as expectativas, todavia, a nova religião vai-se expandindo, deixando de ser assunto dos escravos e açambarcando até membros da família imperial. Em 311 d.C., o édito de Galério reconhece o direito dos cristãos à existência e “autoriza a reconstrução dos seus templos, salvaguardado o respeito devido à tranqüilidade pública”. Constantino, num lance famoso, converteu-se no ano seguinte (312 d.C.) e funcionaliza o poder ao serviço de sua

fundamental que destaca a “dignidade de todos os seres humanos” – a *Umma* “inclusiva, da qual mulheres e não-muçulmanos (*dhiimi*) são partes”.

⁹⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 17-20. Mercê da ênfase na consciência individual, na distinção entre domínios político e religioso e na independência da comunidade cristã perante as autoridades públicas, o autor afirma que a “liberdade religiosa, enquanto espaço de autonomia da pessoa e das comunidades religiosas perante o Estado e na sociedade, tem um fundamento na mais autêntica tradição cristã” (p. 20).

¹⁰⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 21.

¹⁰¹ Pontes de Miranda assevera ser “erro vulgar” atribuir, à Reforma ou à Igreja Católica, a descoberta da liberdade religiosa, pois o princípio vinha fazendo, “desde séculos, o seu caminho subterrâneo, através da vida de mártires, seja um Sócrates, seja um Cristão primitivo, seja um Ário, no século IV, seja um Giordano Bruno, até que os homens religiosos o puseram no plano *inter-religioso*, e não mais no plano *intra-religioso*” (MIRANDA, Pontes, *Comentários à Consituição de 1967*, IV, São Paulo, RT, 1967 112 – citado *Comentários*, IV).

¹⁰² TAMAYO, Juan José. *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 210 (citado *Fundamentalismos*). Tertuliano, jurista de Cartago, teria elaborado o primeira tratado cristão a favor da liberdade religiosa, *Ad Scapulam* (160-220 d.C.?). Para maiores detalhes da concepção jurídica de tal liberdade, uma *optio divinitatis* (escolha que parte da pessoa), vide ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa*, p. 36.

nova fé.¹⁰³ Juridicamente, desde 313 d.C. (éditos de Constantino e Licínio, a ocidente e oriente), o cristianismo, ao lado das restantes, torna-se *religio licita* – o princípio da liberdade religiosa foi então consagrado nas dimensões de liberdade de crença (*sequindi religionem quam quisque vult*) e de culto (*colendi religionem suam*). O paroxismo atinge-se em 380 d.C., quando Teodósio proclama o cristianismo *religio ufficiale* (e utiliza seu potencial agregador para conter a desintegração do império) – a nova fé como religião civil encarregada de assegurar a *pax terrena*, vale dizer, a legitimação do poder e a estabilização social.

Neste contexto, o imperador imiscui-se no domínio episcopal das “questões dogmático-religiosas de verdade e de fé”, autoproclamando-se supremo moderador das relações entre a Igreja e a *civitas*. Tal prevalência do poder temporal sobre o espiritual costuma designar-se, na doutrina, como *cesaropapismo* (ou *jurisdicionalismo*). Convém ressaltar, entretanto, o substrato de cristianização do império, já que o próprio imperador autocompreendia-se a serviço de uma missão escatológica e soteriológica, vinculado, portanto, a uma suprema autoridade religiosa – no quadro da legitimação do poder pelo princípio teológico-político. Avança a *ortodoxia* evangélica, objeto de “imposição heterônoma unilateral”. A comunidade política, por conseguinte, “seria conformada, nos diversos planos, de acordo com os princípios teológicos cristãos, numa aspiração absoluta de unidade e plenitude moral e espiritual que não deixava qualquer margem para a inclusão de qualquer manifestação do pensamento e da acção não cristãos.”¹⁰⁴

Episódio histórico, ocorrido em 390 d.C, pode ilustrar tal clima. Tessalônica, cidade ilíria, levantou-se contra a autoridade romana; abortada a rebelião, Teodósio mandou massacrar sete mil cidadãos. Para punir o ato anticristão, o bispo Ambrósio, de Milão, exigiu penitência pública, pena de excomunhão. Testemunhou-se, então, o “espantoso espetáculo de um imperador romano, despido das insígnias imperiais, aparecer na igreja e pedir perdão pelo pecado de Tessalônica.”¹⁰⁵

¹⁰³ De acordo com a história, no ano de 312 d.C. Constantino preparava-se para uma batalha crucial, na ponte Milvio, perto de Roma, quando viu uma cruz brilhar contra o sol, com a inscrição *in hoc signo vinces* (com este signo vencerás). Nas duas noites seguintes, Cristo apareceu em sonho e explicou que os soldados deveriam ir para a batalha com sua cruz nos escudos. Sob o signo cristão, lutaram e venceram. A conversão formal só viria muitos anos depois, mas desde então Constantino tornou-se “amigo dos cristãos” (HISTÓRIA EM REVISTA 200-600. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995, p. 28 – citado *História em Revista 200-600*).

¹⁰⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 22.

¹⁰⁵ *História em Revista 200-600*, p. 35. Outro célebre enfrentamento deu-se quase sete séculos depois, entre Gregório VII (eleito Papa em 1073) e Henrique IV (Imperador do Sacro Império Romano), sendo o estopim a escolha do bispo de Milão, tendo Henrique investido pessoalmente seu candidato (com o anel e o báculo). Gregório ameaçou excomungá-lo, o que lhe retiraria a legitimidade de soberano cristão. Henrique, em resposta, incentivou um grupo de bispos alemães a enviar uma carta agressiva ao papa, chamando-o de “falso monge” –

De perseguidos a privilegiados, beneficiados com um *status* jurídico especial (inclusive com imunidades fiscais e jurisdicionais), foi uma alteração e tanto, a redundar em relação aos não-cristãos – pagãos e hereges – em *intolerância*, que transborda o plano dogmático da teologia e assume vestes jurídicas de intolerância formal, colocado o aparato de poder como instrumento público de coação e exclusão. A “cristianização estrutural” do império agregou, ao traidor político, novo vocabulário de estigmatização (heréticos, cismáticos, apóstatas, pagãos, gentios, idólatras), significando, nos sacrilégios considerados mais graves, pena capital.¹⁰⁶ Em resumo, “a concepção oficial de verdade objetiva assume primazia sobre a noção de liberdade subjetiva, com manifesta desvalorização da idéia de responsabilidade moral individual”,¹⁰⁷ a inaugurar tradição de colonização da vida religiosa pelo poder político, com penetração na vida interna das confissões religiosas – o que há de gerar a reação que confluirá nos princípios constitucionais de liberdade religiosa e de separação do binômio Igreja/Estado.

Gregório destituiu os bispos e excomungou Henrique (que, neste íterim, soube, pelos demais príncipes germânicos, que se não levantasse o ato em um ano, seria deposto). Pois Henrique cruzou os Alpes e veio ao encontro do Papa, que se refugiou no castelo de Canossa, nos Montes Apeninos – viera pedir perdão! “E assim realizou-se o encontro mais dramático do século XI [27/01/1077]. Durante três dias gelados de janeiro, o mais poderoso monarca do mundo ocidental aguardou em pé e descalço na neve, dentro da segunda muralha do castelo, vestindo a túnica grosseira de um pecador arrependido” (Henrique foi absolvido, mas não foi julgado, como combinado e foi novamente excomungado – só houve uma solução de compromisso pela Concordata de Worms, de 1122: os bispos seriam eleitos pelos capítulos de suas catedrais; o imperador perdia o direito simbólico de investidura; mas o bispo tinha de pagar vassalagem ao soberano) – HISTÓRIA EM REVISTA 1000-1100. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995, pp. 68-73. Ao discorrer sobre o “Estado medieval”, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de uma teoria geral do estado*. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, também refere o episódio (p. 57, nota 64), acrescentando um segundo fato histórico, ocorrido mais de 200 anos depois e com resultado diverso: Filipe, o Belo, em França, entra em conflito com o Papa Bonifácio VIII (divergências sobre impostos que incidiriam sobre os bens da igreja geram nova ameaça de excomunhão). Em 1301, um bispo francês é preso, acusado de conspiração a favor da Inglaterra e o Papa pretende que ele seja julgado em Roma, o que é recusado pelo monarca. Sucedem-se violentos ataques verbais e, em setembro de 1303, quando repousava no Castelo de Anagni, Bonifácio VIII foi preso pelos soldados do rei (que só admitia submeter-se ao papa em matéria espiritual) – três dias depois, humilhado, o Papa é solto e regressa a Roma, onde morre no mês seguinte. O evento simboliza a primeira grande vitória do absolutismo, “assinalando de maneira violenta a presença de um novo Estado”.

¹⁰⁶ Vale lembrar que os crimes religiosos permaneceram direito penal positivo, no Brasil, até o Código Criminal do Império, por via das “Ordenações do Reino”. O Título 1 do livro V das Ordenações refere-se ao crime de *heresia* (dizer, crer e afirmar “cousas que são contra o Nosso Senhor Deus e a Santa Madre da Igreja”), o afastamento da ortodoxia por parte de quem seja batizado e se diga membro da Igreja, competente o juízo eclesiástico que recorria ao *braço secular* se necessária execução de sangue. Mas há delitos contra a religião processados e sentenciados por juízos leigos, v.g., a lei de D. Dinis (1315) que cominava morte na fogueira após o arrancamento da língua pelo pescoço aos descrentes de Deus e de sua Mãe, temperada pelo título 99, § 4º, do citado livro V: “distingue-se o facto conforme é praticado *sanhudamente*, isto é, em estado de cólera ou irritação, ou *com tenção e propósito de arrenegar a fé*.”. O último caso remete à heresia, ao passo que na primeira hipótese, de simples blasfêmia, sendo nobre, o autor pagará multa, ou vinte açoites no pelourinho, se peão (durante os quais terá a língua atravessada por uma agulha). “Quando o ofendido seja um santo do calendário, então o nobre deveria pagar 500 réis; o peão terá de, em cinco sextas-feiras, durante a missa, dar uma volta ao redor da igreja ‘com uma silva ao pescoço’.” (CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. V. 1, *Fontes – Direito Público (1140-1495)*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1981, pp. 555-6) – citado *História*.

¹⁰⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 23.

Nesta partida teológico-confessional, a contribuição de Santo Agostinho é, simplesmente, decisiva, justificando a submissão da “cidade dos homens” à *Civitas Dei*. Na obra clássica, marcada pelo pessimismo antropológico que respira o caos de um império em frangalhos, a cidade terrena é dominada pelo pecado e a política aceita-se como “remédio realista e temporário cuja função é, essencialmente, evitar a *magna latrocinia*”. Contrastada pelo “otimismo teológico que caracteriza a história da salvação”, a cidade dos homens vai ceder à “afirmação do ideal hierocrático da Cristandade”.¹⁰⁸

Ao discorrer sobre a influência da Patrística nas bases filosóficas da concepção medieval de Estado, Ingo Sarlet lembra que o Estado, para Santo Agostinho, subordina-se aos ditames da justiça, que é o principal objetivo do Estado. Ora, sendo a verdadeira justiça a justiça divina, somente se encontra na *civitas celestis*, no “Reino de Deus”. Naturalmente, é a “Igreja quem decide se o Estado é justo ou não, pois a lei eterna de Deus limita o Direito Positivo que não a pode contrariar, sob pena de se tornar injusto”, o que explica por que o “Estado está subordinado a Igreja”.¹⁰⁹

Com a queda do império romano, completa-se o substrato político-social para a supremacia da Igreja, que persiste com seu arraigado referencial teológico e que se credencia com aspiração universal. Assim o Papa Gelásio I logo escreveria ao Imperador de Constantinopla visando ao sutil consenso entre a *auctoritas* do pontífice e a *potestas* do imperador – que, na mundivisão teocêntrica medieval, significava chamar para si a suprema autoridade. A “teoria das duas espadas”, como ficou conhecida, admitindo a sujeição da Igreja às leis seculares nos assuntos terrenos, sustentava a prevalência geral do papa no domínio espiritual, a implicar a submissão do imperador às leis divinas, administradas pela Igreja. Um golpe no cesaropapismo, sem, contudo, alterar o “tipo de integração holística de fundo teológico de que resultam efeitos tão nocivos do ponto de vista da consciência individual”.¹¹⁰ O resultado do equilíbrio instável seria a longa luta medieval pela preponderância de um braço sobre o outro, em que a única constante era a sobreposição dos discursos político e religioso.¹¹¹

¹⁰⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 25.

¹⁰⁹ SARLET, *Maquiavel*, pp. 106-13.

¹¹⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 26.

¹¹¹ O dualismo gelasiano verte-se em princípios de caráter prudencial, na carta escrita ao Imperador Anastácio em 494 d.C., um difícil equilíbrio nas relações entre o poder político e a religião, a realizar-se historicamente, em cada época. Para uma síntese sistemática das teses do Papa Gelásio I, vide ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa*, p. 41.

A oriente, prevaleceu o modelo cesaropapista até a queda de Constantinopla, no século XV. O *cristianismo ortodoxo eslavo* seria o herdeiro da tradição bizantina, com reflexos na “terceira Roma” que sobreviveram até o fim da monarquia czarista (1917). No ocidente, a disputa entre o regalismo absolutista e o hierocratismo medieval (simbolizado pela coroação, pelo papa, de Carlos Magno, no natal do ano de 800) seria finalmente desequilibrada, em favor da realeza, pela Reforma Protestante. Depois da tomada de Roma (476 d.C), a única instituição genericamente capacitada para preencher o vazio normativo era a Igreja, mormente no *topos* das duas espadas, a secular e a espiritual, unificadas a serviço da cristandade.

Consolidou-se, portanto, o paradigma teológico, num modelo fechado com a Igreja católica. Podem-se lembrar os Papas Gregório VII e Inocêncio III – corifeus da doutrina da superioridade dos papas, assentada tanto em argumentos jurídicos quanto teológicos, que se apresentavam entrelaçados. Em termos jurídicos, o papa não é apenas sucessor de Pedro, mas também de César, “herdeiro direto da dignidade imperial (...) por força da doação que Constantino fez a Igreja”, o que lhe daria suprema autoridade em questões políticas e exigiria a subordinação dos monarcas (consta que foram até forjados documentos probatórios da tal doação) – *summus pontifex*, por exemplo, era um título imperial apropriados pelo papado. Ao passo que, realmente decisivo, no plano teológico, o papa, sucessor ininterrupto da cadeira de Pedro, é o “Vigário de Cristo na terra”, a corporificar a legitimidade de todo o poder temporal, que deve ser exercido nos limites de uma espécie de investidura papal. O Papa é o intendente de Deus, a “cabeça de uma ordem espiritual e temporal homogênea” (a Cristandade ou *Respublica Chistiana*), e tal unidade será vertida na Bula *Unam Sanctam* (1302, Bonifácio VIII), que possibilitaria a instrumentalização do poder público como “braço secular”, a intervenção nos assuntos temporais *ratione peccati* e a capacidade de demarcar as esferas do espiritual e do temporal.¹¹²

Portugal, neste contexto e em pequena digressão, só poderia refugiar-se na suserania da Santa Sé, para consolidar o condado cristão e evitar ser tragado pela Espanha, fato ocorrido em dezembro de 1143, quando, aproveitando a presença de um legado pontifício na Península ibérica, Dom Afonso Henriques envia uma carta ao Papa, na qual afirma que se “constituía, a ele e a todos os seus sucessores, ‘censual’ da Igreja de Roma e se declarava a si próprio

¹¹² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 28-9. O Papa, chefe político do mundo cristão, e só ele, podia decidir em última instância, sobre a guerra e a paz, repartir as terras descobertas (Tratado de Tordesilhas) e dispor das pessoas e coisas de todo o mundo.

‘homem e cavaleiro do papa e de S. Pedro, sob a condição da Santa Sé o defender de quaisquer outros poderes eclesiásticos ou civis’.¹¹³

O conceito chave, nesta altura, é o de *libertas ecclesia*, a designar “as prerrogativas da Igreja Católica derivadas da sua pretensão teológica exclusiva de corporificar a verdade objetiva”, que só podia frutificar num ambiente político-confessional, em que o direito está subordinado a concepções teológicas específicas. Fatalmente, a partir de “premissas indiscutíveis de verdade material absoluta”, chegar-se-ia “à desqualificação da consciência individual”. O substrato de tal doutrina já estava em Santo Agostinho, na célebre assertiva “Fora da Igreja não há salvação” (*extra ecclesia nullam salus*). Seu discurso teológico, assim, mesmo que numa primeira fase recomendasse “atitude benevolente e paciente tolerância”, era fechado e exclusivista, a desembocar, em momento posterior, na integralização dos hereges, à Igreja, mediante o uso da força. Não há porque fazer concessões ao erro: “A visão da Igreja como corporização da verdade absoluta acaba por traduzir-se na aferição da consciência de acordo com uma medida objetiva, válida para as questões morais e éticas, materialmente identificada com a interpretação centralizada e autoritativa da palavra de Deus.”¹¹⁴

Também Tomás de Aquino, ao conceber a Igreja e a sociedade como um corpo unitário (*corpus christianum*), reforçaria a idéia de liberdade eclesiástica, certo que, em sua concepção, os indivíduos poderiam ser sacrificados ao todo, aos interesses superiores da comunidade. A consciência tomista é “conhecimento do bem mediado pela razão e pela fé” e a “verdadeira liberdade significa liberdade de toda a irracionalidade e de todo o erro”. A regra, então, será a intolerância, salvo (mal menor) “nos casos em que a presença fática de pluralismo religioso tornasse indesejável a sua aplicação estrita e viesse a dar lugar a divisões, *escândalos e distúrbios*.” – o mal menor, bem entendido, seria a tolerância.¹¹⁵ Ao tratar do pensamento escolástico na concepção do Estado, Sarlet ressalta a clareza da insistência de São Tomás de Aquino na subordinação do poder temporal ao espiritual: o “Estado que se opõe à Igreja carece de legitimidade, pois o Papa é o representante de Deus e o soberano, conseqüentemente, lhe deve obediência”.¹¹⁶

¹¹³ SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 63 (citado *História de Portugal*). “Censual” equivale a “dependente”, obrigado ao pagamento de um tributo ou *censo*. O reconhecimento formal da realeza de Afonso Henriques, por parte da Igreja de Roma, só veio muito mais tarde, em 1179.

¹¹⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 30-1.

¹¹⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 34-5.

¹¹⁶ SARLET, *Maquiavel*, p. 119, onde refere, também, críticas marxistas a Tomás de Aquino, visto como “ferrenho defensor da classe dominante de sua época”.

Diante desta base teológica, como num silogismo, a conclusão inexorável é a de que as duas espadas, uma empunhada pelo poder político, outra brandida pela Igreja, estão ambas a serviço dos ideais da cristandade. Afirmada a legitimação teológico-política, o poder político instrumentaliza-se como braço secular da Igreja – “fiel depositária da verdade objetiva, é a única titular da verdadeira liberdade na acepção teológica do termo.”

Interessante perceber que o *fundamentalismo* caminha junto com a noção de *heresia*, conceito que, segundo a historiografia medieval, está “no coração da construção do Ocidente”, a permitir o nascimento do *procedimento inquisitorial*: “a necessidade de extorquir a qualquer preço uma confissão dava à verdade, e assim ao erro, um novo valor absoluto. Da Igreja o procedimento deslocou-se para a realeza, e encontra-se na base da exagerada reivindicação de poder total própria ao Estado moderno.” A constatação, logo a seguir: “O problema da heresia nasce com o cristianismo.”¹¹⁷ Neste contexto, Rawls afirma que a *Inquisição*, antes de um acidente, foi um elemento estrutural do arranjo teológico-político dominante. Referindo-se ao que chama de “o fato da opressão”, o filósofo pretende chamar a atenção para uma de suas idéias fundamentais, isto é, que um entendimento compartilhado e contínuo de “uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente só pode ser mantido pelo uso opressivo do poder estatal”. Dito de outro modo, a aceitação de uma única doutrina abrangente significa que o uso opressivo do poder estatal será necessário para manter a comunhão política. “Na sociedade da Idade Média, mais ou menos unida na afirmação da fé católica, a Inquisição não foi um acidente; a supressão da heresia era necessária para preservar aquela fé religiosa compartilhada.”¹¹⁸

Para ser compreendida, há que lembrar a Inquisição no contexto da Reforma, da Contra-Reforma e da Reforma Católica, servindo de marco o Concílio de Trento que, depois de dezoito anos, concluiu finalmente sua terceira sessão em 04 de dezembro de 1563, fixada a doutrina da igreja romana vergastada por várias insurreições: luteranos, calvinistas, anglicanos, socinianos, anabatistas. A partir daí, o catolicismo procura recuperar terreno, “agrupando os fiéis numa sociedade espiritual disciplinada e hierarquizada”, isso no contexto de uma “gigantesca confrontação entre católicos e protestantes”. Além de aprofundar a fé

¹¹⁷ LE GOFF, Jacques; SCHIMITT, Jean-Claude (coord). *Dicionário temático do Ocidente Medieval*. V. 1 (trad. Hilário Franco Júnior) EDUSC: São Paulo, 2002.

LE GOFF, Jacques Le Goff/SCHIMITT, Jean-Claude (coord). p. 503.

¹¹⁸ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 81 – o mesmo se aplica a “toda a doutrina filosófica e moral abrangente e razoável, seja ou não religiosa”, isto é, o fato da opressão continuaria presente numa sociedade unida por uma forma razoável de utilitarismo ou liberalismo (vide nota 39, quanto ao aparente paradoxo em relação às doutrinas de Kant ou de Mill).

enter os fiéis, a Reforma Católica pretendia *recuperar os heréticos*.¹¹⁹ O que envolveu, também, uma atuação da Igreja entre as massas populares, “muitas vezes desamparadas e seduzidas por todas as espécies de superstições” – foi a vaga da *feitiçaria*, que atingiu a maior amplitude entre 1550 a 1650, o que também envolveu a repressão dos doentes mentais, vistos como possessos pelo demônio. O mundo católico viu multiplicar-se os processos por bruxaria, na base da delação e da tortura até a obtenção da confissão, sincera ou forçada.¹²⁰

Os reflexos da Inquisição em Portugal alinharam o país à Europa católica, sendo que a repressão começa no mesmo ano que em França (1534), embora faltasse quase completamente o motivo: “só de um modo ténue a heresia luterana se fez sentir”, pelo que o objeto deslocou-se para a *questão judaica* (no qual o confisco das fortunas teve papel fundamental). Concedida a bula da Inquisição em 1536, o primeiro auto-de-fé realizou-se em 1541. A par das fogueiras (horror mais visível – até 1684 foram queimadas 1.379 pessoas), outras conseqüências não menos graves foram a “dimensão da denúncia e a censura intelectual”. Mais, os regulamentos foram aplicados com todo o rigor, surpreendente a eficiência do Santo Ofício.¹²¹ Em Espanha não seria diferente. Os Reis Católicos, Fernando e Isabel, plantada a cruz no Alhambra (simbolizando a vitória contra o Islã), impõem a unidade religiosa em conexão com sua política, e a Igreja sente renascer seu poder, numa hierarquia integrada com os órgãos do Estado e a afirmar seu domínio ideológico por meio da Inquisição. Já com Felipe II, “cavaleiro andante do catolicismo na Europa”, a Inquisição cortaria qualquer laivo de rebeldia cultural, religiosa ou sexual.¹²²

¹¹⁹ O que se dilata no tempo. A Contra-Reforma agressiva só começou na Hungria em 1671, o Édito de Fontainebleau é de 1685. A Igreja via sua missão como um *combate*, “menos por imperialismo do que por caridade cristã” – em face do pecado mortal, importa mostrar o erro e reconduzir à ortodoxia (para evitar que os pecadores sofram castigos eternos). E esperava, dos soberanos católicos, que assumissem suas grandes responsabilidades. Foram os jesuítas espanhóis e italianos que mais fortemente imprimiram seu cunho ao Concílio de Trento (BÉRENGER, *História*, pp. 345-52).

¹²⁰ BÉRENGER, *História*, pp. 352-3. Repara-se que Jean Bodin, o “politique” da soberania, tinha um muito celebrado tratado sobre *Demonologia*. O fato de resistir-se à dor era “considerado prova de pacto com o Demo”. Foram precisos “os progressos do sentido religioso e do racionalismo nos magistrados europeus para que estes deixassem de dar curso às acusações de feitiçaria”.

¹²¹ SARAIVA, *História de Portugal*, pp. 184-8. O maior número de condenados à morte era acusado de judaísmo, mas há execuções por feitiçaria e depravação dos costumes. A discussão sobre a herança deste período de dois séculos vai às pp. 188-92. No século XIX, via-se na Inquisição a origem de toda a “decadência portuguesa” (“túmulo da nacionalidade”, numa expressão famosa de Antero de Quental). Cem anos antes, o Marquês de Pombal acusava os jesuítas – os quais, afirma o autor, “foram a única força que se opôs ao império da Inquisição”. O Santo Ofício já foi uma manifestação de decadência, numa linha de intolerância anterior (v.g. a política antijudaica do reinado de D. Manuel), mas serviu para institucionalizar e internalizar tal espírito de intolerância, “que é o lado mau da alma portuguesa. Organizou e forneceu base moral à denúncia e ao genocídio cultural, que vimos nascer com a própria nacionalidade”.

¹²² GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando; GONZÁLEZ VESGA, José Manuel. *Breve historia de España*. Madrid: Alizanza editorial (libro de bolsillo), 1999, pp. 31 e 34. Os autores tributam à Inquisição ter afastado a península ibérica da revolução científica, tecnológica e moral que se iniciava no continente, um atraso intelectual

No Brasil, a primeira visitação do Santo Ofício deu-se ainda na época colonial, entre 1591 e 1595. Embora nunca fosse aqui ostensivamente estabelecida, a ação indireta da Inquisição chegava por intermédio dos Bispos, de visitas e pela ação dos chamados “familiares do Santo Ofício”.¹²³

A Inquisição, assim, fornece um quadro inteligível para uma série de acontecimentos históricos persecutórios: 1401, *De haeratico comburendo*; a condenação de Leão X à assertiva de Lutero (*haereticus comburi est contra voluntatem spiritus*); a exaltação de Gregório XIII ao “êxito” da noite de São Bartolomeu; a contestação do Editto de Nantes por Clemente XVIII; e a condenação, por Inocêncio X, aos artigos da paz religiosa de Westfália – tudo a partir do silogismo que embasa a doutrina da *libertas ecclesiae*, também chamado de *silogismo aquiniano*, numa formulação simples e de pureza aristotélica: “só a verdade tem direitos; só a Igreja Católica tem a verdade; logo, só a Igreja Católica tem direitos.”¹²⁴

O potencial de conflito de tal construção teológico-política para com o nascente Estado moderno, que pretende, em importantes correntes, ser solução política para os conflitos religiosos, é evidente.¹²⁵ Assim, a Igreja vai manejar o conceito de *libertas ecclesiae* contra os estados independentes e soberanos surgidos nos modelos de Westfália, amoldando seu uso conforme o catolicismo fosse majoritário ou minoritário em cada realidade concreta – é a conhecida doutrina da tese e da hipótese, pela qual o “Estado (tese) está obrigado a

que não se recuperará nunca, “reafirmando a imagem de uma Espanha negra, dominada por uma religião asfixiante, que impede seu progresso”. Adiante (pp. 226-8), notam que a questão judaica também vinha de antes na Espanha, instalando-se os conceitos de *limpieza de sangre* e a sobrevalorização dos *cristianos viejos*. Noutra ótica, com minudente base historiográfica, TOMÁS Y VALENTE, Francisco. *La tortura judicial em Espanha*. Barcelona: Editorial Crítica (bolsillo), 2000, p. 7 (citado *La tortura*), trata da *tortura* na qual se falava em finais do século XVIII, princípios do XIX, “aquela que desde o século XIII se vinha praticando dentro do processo penal dos tribunais reais ou do Santo Ofício da Inquisição”, vale dizer, aborda a questão do “tormento” como procedimento juridicamente regulado “para obter a rainha das provas, a confissão do suspeito, do réu indiciado de culpa, submetido então a uma presunção de culpabilidade de acordo com a antropologia cristã do homem pecador”. Sobre a confissão como “prova perfeita”, em face da similitude entre delito e pecado, pena e penitência (vivo reflexo da mundivisão religiosa), vide pp. 100 e ss.

¹²³ VIANNA, Hélio. *História do Brasil*. 4ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1966. v. 1, pp. 106-7. Consta, sem maiores provas, ter sido queimado um herege francês na Bahia em 1573. O primeiro visitador do Santo Ofício (já Portugal sob domínio espanhol) mandado ao Brasil foi o Desembargador Heitor Furtado de Mendonça – chegando em Salvador em 1591, deu início às *confissões* dos moradores, seguindo-se *denúncias* e *ratificações*. Nos nove livros que registram os autos da visita não faltam confissões e acusações de blasfêmia, de infrações aos mandamentos da Igreja e de feitiçaria – embora autorizado a usar a tortura e a entregar ao “braço secular, para a execução da pena última, não consta que tivesse utilizado dessas prerrogativas”, sendo bastante suaves as condenações que proferiu. Para uma breve referência à Igreja no Brasil, no século XVII, e ao episódio da expulsão dos jesuítas, pp. 47-8 e 111-2, respectivamente.

¹²⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 35-6.

¹²⁵ Apenas para reforçar, e ainda com Tomás de Aquino, o Papa, “representante do poder divino, tem direito de punir os soberanos e pode dispensar os súditos do dever de obediência, desligando-os do juramento de fidelidade. Esta maneira de pensar teve enorme importância na história política da Idade Média” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 67) – citado *Lições*.

reconhecer a Igreja Católica como verdadeira Igreja e a promover o culto a Deus de acordo com os seus ritos”. O Estado, então, tem o direito e o dever de suprimir a expressão pública da falsa religião, embora, “na prática (hipótese), a tolerância da falsa religião seja aceitável quando o reconhecimento, nos planos legal e constitucional, da posição privilegiada da Igreja Católica não fosse possível”.¹²⁶

A *tolerância* não se apresenta como um imperativo moral derivado da igual dignidade de todas as pessoas, mas sim como um *modus vivendi* circunstancial. O Estado cristão, todavia, definido pela Cúria Romana, não seria a única forma teologicamente legitimada de poder, pois a soberania do monarca também vai repristinar “as velhas fórmulas da *teocracia régia* características do Constantinismo cesaropapista”, ao passo que, politicamente, solidifica-se o princípio da soberania territorial. Natural, neste passo, que o rei, dentro do seu território, queira submeter a Igreja, prescindindo da mediação papal (chamando para si um complexo de *jura majestatica circa sacra*). Ainda contra o centralismo da Santa Sé (doutrina curialista e canonista), as doutrinas conciliaristas e episcopalistas sobre o governo da Igreja muitas vezes eram apoiadas pelos monarcas, que ficavam ao lado dos bispos. Como resultado prático, não obstante a proposta de parceria espiritual da Cúria Romana (Igreja e Estado concebidos como sociedades juridicamente perfeitas), tensão permanente e conflitos recorrentes.¹²⁷

Vale desvendar a origem etimológica do termo *regalismo*. Filipe, o Belo, foi o fundador do galicanismo com a singular pretensão do direito da “Regalia”. Com a expressão, “designavam-se certos direitos úteis ou honoríficos de que gozavam os Reis de França em algumas Igrejas daquele país, no tempo da vacância dos Bispados”. Recebiam as rendas e propunham candidatos para os ofícios eclesiásticos. A prerrogativa, “que deu lugar a odiosos abusos, está na origem da designação dos defensores do cesarismo como *regalistas*.”¹²⁸

¹²⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 36-7. Veja-se MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 110: “Na Idade Média, a Igreja opõe-se ao Estado, de modo que a liberdade de consciência e de crença da pessoa é apenas exterior à Igreja, reflexo da *libertas ecclesiae*, algo de direito coletivo da Igreja”.

¹²⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 37-8. Novamente MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 113: “Os inícios da liberdade religiosa foram simples armistícios (...) Não só: onde uma preponderava, não abria mão do seu prestígio; tolerava as outras. Era a chamada religião ‘dominante’. Em vez de se falar de liberdade religiosa, falava-se de tolerância religiosa, espírito de tolerância”. Cita, então, Thomas Paine: a tolerância não é o oposto da intolerância, “mas a sua falsificação”; ambas são despotismos – “uma se atribui a si mesma o direito de impedir a liberdade de consciência, e outra, de autorizá-lo”. Conclui Pontes, que a *tolerância* era o resto de pensamento despótico. A questão da tolerância será discutida *infra*, item 2.1.1.

¹²⁸ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa* p. 52.

Daí a assertiva de que a história das concordatas escreveu-se como história de dores (*historia concordatorum historia dolorum*), podendo-se exemplificar com a Concordata de Worms (*Pactum Callixtum*, 1122) ou a concordata de 1821, celebrada com Napoleão. Sob ponto de vista jurídico, o instituto da concordata oscila entre duas correntes, uma que defende o primado da Santa Sé, outra que enfatiza a soberania territorial do governo, que remanescem na polêmica entre canonistas e publicistas acerca das relações entre Igrejas e Estados. Os primeiros defendem a *teoria dos privilégios*, que fundamenta todo o poder no plano transcendente, intermediado pela Santa Sé, a resultar em concordatas vistas como liberalidades, “instrumentos não sinalagmáticos, de direito canônico, para a concessão, *ex mera gratia*, de privilégios pontifícios ao monarca, suscetíveis de livre e unilateral revogação, modificação ou suspensão, bem como de interpretação autêntica por parte da suprema autoridade eclesiástica.” (trata-se, muitas vezes, da formalização *ex post*, para salvar aparências, de usurpações regalistas, por exemplo na nomeação de bispos).

A segunda corrente, dos publicistas, conhecida por *teoria legal*, cujo apogeu coincide com o absolutismo tardio mas que conserva traços no advento do constitucionalismo, ao recusar paridade entre Igreja/Estado, aceita o postulado de que a Igreja está subordinada juridicamente em relação ao Estado, “como qualquer outra formação social” (a concordata como um acordo de direito público interno, cuja vigência depende de incorporação legislativa posterior).¹²⁹

A Igreja Católica, desafiada especialmente pela Revolução Francesa e pelo constitucionalismo liberal, passará o século XIX e boa parte do século XX (a rigor, até o Concílio Vaticano II) rearticulando o substrato teológico da *libertas ecclesiae*, já que o discurso liberal coloca o *direito à liberdade religiosa* (que é, repita-se, diferente da tolerância) num nível de generalidade mais elevado, abrangendo os diferentes credos e culminando com o princípio da separação das confissões religiosas do Estado. Ainda em cima da hora, em sua carta *Quod aliquantum* (10 de março de 1791), o Papa Pio VI qualificou os direitos humanos de *insensatos*, não razoáveis no plano natural e contrários à lei divina. Pio VII, pouco mais tarde, pediria a Luís XVIII que se negasse a subscrever a Constituição, em face da previsão de liberdade religiosa e de imprensa, o que acarretaria duas graves conseqüências: ataques à Igreja e fomento às desordens e sedições de todo tipo.¹³⁰

¹²⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 40. Implicações atuais do chamado “modelo concordatário europeu” serão vistas adiante, item 3.2.7.

¹³⁰ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 217.

Contra tais ameaças libertárias, Gregório XVI (*Mirari vos*, 1832) recusa a liberdade de consciência e de religião (*absurda ac erronea sententia*), taxando o princípio da separação de *pestilentissimus error*. Leão XIII (*Libertas protestantissimum*, 1888) retoma as idéias de “liberdade da verdade”, de “liberdade dentro dos limites da verdade”, tudo a confluir na “afirmação da *potestas mediata* da Igreja” e na “confessionalidade do Estado”, convidado a conceder “à Igreja Católica um estatuto jurídica e politicamente privilegiado, enquanto *sola religio*, e a aprender com ela a admitir a tolerância apenas nos casos em que, realisticamente, uma *melhor* solução se revele de todo em todo impossível”. A restauração neotomista pontificaria com Pio XII, que afirmava, ainda em 1953, que o que não corresponde à verdade não tem, objetivamente, direito à existência, à propaganda e à atividade.¹³¹

Eis que, tardiamente ou não, na segunda metade do século XX a *Igreja Católica encontra-se com a modernidade*, representando o Concílio Vaticano II um ponto de inflexão, a viragem histórica mais importante dos últimos séculos, pela qual a Igreja renova-se doutrinária e teologicamente e, preservando sua identidade, torna-se contemporânea. Um novo discurso, aberto aos “sinais dos tempos”, a acolher os direitos fundamentais, com terminologia explícita do constitucionalismo liberal, como “dignidade da pessoa humana”, “liberdade de consciência” e, de particular relevo, *direito à liberdade religiosa*. Refere-se, inclusive, que os *direitos humanos seriam o filho enjeitado que a Igreja adotou a partir de 1968*, “depois de ter lutado contra a sua afirmação durante séculos”. Inclinando-se a fazer preceder a liberdade sobre a verdade, a Igreja Católica estaria, ao relativizar os tempos de intolerância e obscurantismo (ou desculpar-se por eles...), procurando “canonizar retroativamente os direitos fundamentais” e recuperar o protagonismo na luta pela afirmação de valores constitucionais de primeira grandeza (liberdade, igualdade e fraternidade – numa reconversão do refrão revolucionário).¹³²

Os textos do Vaticano II apostam, no que tange à liberdade religiosa, numa “prudente ambigüidade”. A Declaração *Dignitates Humanae* consagra de modo categórico e solene o reconhecimento da *liberdade religiosa* a todos os indivíduos (imunidade de coerção na

¹³¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 41-2. O paralelo no direito público seria o pensamento conservador e romântico e o constitucionalismo de restauração, que parte de uma visão organicista da sociedade, com uma estrutura política naturalmente hierarquizada – crítico, portanto, do racionalismo e do individualismo, “dissolventes da identidade orgânica e histórica da comunidade e do *espírito do povo (Volksgeist)*”.

¹³² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 43-4. João Paulo II, ao visitar Lourdes, teria dito ao Presidente Mitterrand “que os ideais revolucionários eram, na verdade, noções cristãs de que os jacobinos se tinham apoderado. (...) processo de *recupération* pela Igreja Católica dessas noções alegadamente usurpadas pelo Iluminismo.”.

sociedade civil), a acolher o princípio da igualdade jurídica entre crentes e não-crentes. Na *Constitutio Gaudiam et Spes*, a “igualdade jurídica surge como corolário da igualdade essencial, fundamental, entre todos os homens, condenando-se a *discriminação que certos governantes introduzem entre crentes e não crentes, com desconhecimento dos direitos essenciais da pessoa humana.*”. Nas relações entre a Igreja e o Estado, a ênfase estaria na “desinstitucionalização” – afirmada a independência da comunidade política e da Igreja, nos seus domínios próprios, e o princípio da “*sã cooperação* entre ambos ao serviço da *vocação pessoal e social dos homens*”. Quanto aos “privilégios concedidos pelas autoridades civis, a fórmula enuncia que *a Igreja não põe neles a sua esperança.*”¹³³

Os antecedentes ao Concílio Vaticano II, na linha de contribuição da doutrina da Igreja Católica para a liberdade religiosa, são importantes demais para não receberem referência. Assim o Papa Pio XII (1939/1958) reconheceu a “legítima laicidade do Estado” – o dualismo cristão já não é mais visto como dois âmbitos de poder (eclesiástico e temporal) no mesmo plano, “mas como duas sociedades de ordem diferente, a ordem sobrenatural (a Igreja) e a ordem natural (o Estado). João XXIII (1958/1963), já iniciados os trabalhos conciliares, defende, na Encíclica *Paschem in Terris* (1963), “os direitos fundamentais da pessoa humana e a sua tutela constitucional, para permitir uma *sã convivência, na paz e na justiça*”. Ao enumerar os direitos fundamentais da pessoa humana, o documento inclui expressamente a liberdade religiosa.¹³⁴

Seria mais que pretensão, antes equívoco metodológico, avaliar juridicamente documentos produzidos num espaço discursivo especificamente teológico e a resposta acerca das tendências, em termos definitivos, deverá ser dada por um teólogo. Estará superado o *silogismo aquiniano*? Dito de outra forma, se os textos conciliares afirmam que a nova noção de liberdade religiosa concilia-se com a doutrina católica tradicional (o dever moral que os homens e as sociedades têm para com a verdadeira religião e a única Igreja de Cristo), o espaço teológico continua, segundo Jónatas Machado, cativo à idéia da *libertas ecclesiae*. A preocupação, pela influência marcada que tais questões exercem sobre o espaço público cristão e intercultural, com relevo para o diálogo inter-religioso, recrudescer na medida em que documentos posteriores parecem retomar a tradição das “concepções exclusivistas e privilegiadas assentes numa particular compreensão da verdade objetiva”, como João Paulo II em “*Veritas Splendor*” (1993) ou Bento XVI na “*Dominus Iesus*” (2000), óbvio que redigida

¹³³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 44-5.

quando Arcebispo Ratzinger, o que pode implicar não pequenas modificações, em face da magnitude do papel assumido posteriormente, que parece revestir as pessoas de nova identidade (indiciada, até, na troca de nome).

Quanto à primeira, entre críticas ao subjetivismo, ao relativismo e ao ceticismo moral e ético, “a Igreja Católica, autoproclamada ‘perita em humanidade’, apresenta-se como instância privilegiada de mediação da verdade objetiva universal em torno da qual o Estado e a sociedade devem ser edificados.”¹³⁵ O segundo documento, pela renovada atualidade em função da importância do autor, e pelo que representa em si, comporta breve referência. Tamayo considera a “Declaração *Dominus Iesus* sobre a unicidade e a universalidade salvífica de Jesus Cristo e da Igreja”, da Congregação para a Doutrina da Fé e ratificada pelo próprio papa, um documento que beira o fundamentalismo, um retrocesso de mais de quarenta anos para o diálogo inter-religioso.¹³⁶ Sem ousar adentrar em qualquer refração teológica, por motivos óbvios, é de ressaltar que o documento, de caráter *doutrinal*, pretende reafirmar as crenças e dogmas da Igreja Católica, que perfazem sua *identidade*, de fato assestando baterias contra relativismo, seja pragmático ou de princípio. Lida-se, de forma plena e definitiva (discurso teológico, não coercível), com a revelação e salvação divinas em Jesus Cristo. Talvez possa ser melhor contextualizada, de uma forma menos negativa, adiante, na resenha do diálogo Habermas/Ratzinger (item 1.3.2). Vale lembrar que o discurso dos Direitos Humanos também rejeita o relativismo (*infra*, itens 1.4 e 2.1.2) e adiantar que a investigação considera que há uma posição jusfundamental, no direito à liberdade religiosa como um todo, que pertence às igrejas, de autodeterminação, que se consubstancia, entre outras, na autocompreensão e autodefinição no que tange à identidade religiosa e ao caráter próprio da confissão professada (*infra*, itens 3.2 e 3.2.6).

¹³⁴ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa* pp. 95-6.

¹³⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 48. A bonita expressão “perita em humanidade”, que aliás carrega grande lastro de verdade histórica na visão da investigação, é de Paulo VI, utilizada na Alocução à Assembléia Geral das Nações Unidas, em 04 de outubro de 1964 (idem, nota de rodapé nº 160).

¹³⁶ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 194-203. A dura visão do autor, extremamente crítica, vai resumida: trata-se de uma declaração inoportuna, pois agrava as outras religiões, insultante aos não cristãos, que, embora possam receber a graça divina, “*objetivamente* se encontram numa situação gravemente deficitária, se comparada com a daqueles que na Igreja têm a plenitude dos meios de salvação”, conforme item 22 da citada declaração, disponível em (http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc); encerra uma visão negativa da cultura ocidental, que estaria marcada pelo relativismo e o indiferentismo; é insensível aos avanços da atividade ecumênica; tem uma concepção redutora e caricata do diálogo”; identifica a Igreja de Cristo com a Igreja Católica; defende uma visão eclesiocêntrica da salvação; menospreza os ritos não cristãos; é apologética em relação à romanidade; nela estão ausentes os pobres; contraria a própria atitude ecumênica do Papa (então João Paulo II) e nega o pluralismo e o reduz ao relativismo.

Ainda que vincadamente crítica, a posição de Jónatas Machado, impregnada da mundivisão de defesa das minorias religiosas, reconhece que, do ponto de vista constitucional, é “perfeitamente natural e legítimo que a Igreja Católica, como qualquer outra confissão religiosa, desenvolva suas próprias posições nesta e noutras matérias”. As confissões religiosas podem “autodefinir-se como *societas juridice perfecta*, portadoras da verdade absoluta e de prerrogativas morais exclusivas”, nem sendo o direito constitucional quem vai ajuizar da correção ou incorreção de tais dogmas. O problema surge, entretanto, quando se pretende “trazer para o discurso jurídico-constitucional concepções teológicas de uma particular confissão religiosa e conferir-lhes um valor decisivo na disciplina jurídica da liberdade religiosa individual e coletiva, pondo em perigo a consideração dos cidadãos e grupos de cidadãos como livres e iguais.”¹³⁷

Vale o alerta de que a liberdade eclesiástica, *institucional* e *exclusivista*, “não deixava lugar para qualquer liberdade religiosa na acepção jurídico-constitucional atual do termo”. A *libertas ecclesiae*, neste contexto, fruto da coligação teológico-política dominante, revelava-se “onipresente aos olhos do não católico, criando ao seu redor um forte envolvimento simbólico que funcionava como um não despidendo mecanismo de coerção no sentido da conformidade com a maioria.”. Mesmo os católicos acabavam insulados em relação ao leque das outras idéias religiosas, ideológicas e filosóficas. É tal estado de coisas que o discurso jurídico-constitucional pretendeu superar, elevando o conceito de liberdade religiosa a um nível mais alto de abstração, de forma a sagrar uma igual liberdade religiosa, tanto individual quanto coletiva, a única harmonizável com a exigência constitucional de *equal concern and respect*. Neste sentido, o *discurso constitucional é inclusivo e qualitativamente diverso* dos argumentos da *libertas ecclesiae*, que não se apresenta “antecessora direta do direito à liberdade religiosa como hoje o conhecemos” – ao contrário, o direito à liberdade religiosa surge num “contexto de luta secular contra a transposição coerciva de quaisquer pretensões teológico-exclusivistas para o discurso jurídico-político.”¹³⁸

Nesta quadra, convém chamar Jellinek e sua obra sobre as declarações dos direitos, conhecida sua tese de que a liberdade religiosa, nas colônias anglo-americanas, está na origem da idéia da consagração legislativa de um direito universal do homem. Nas suas palavras, tal idéia (de consagração legislativa dos direitos naturais, inalienáveis e invioláveis do indivíduo), “não é de origem política, e sim religiosa. O que até aqui se tem recebido como

¹³⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 49 – grifou-se.

obra de uma Revolução, é na realidade o fruto da Reforma e de suas lutas”. Seu primeiro apóstolo, segue o autor, em vez de Lafayette, foi Roger Williams, que, “embalado em seu entusiasmo religioso, emigra para as soledades, para fundar um império sobre a base da liberdade de crenças, e cujo nome os americanos ainda hoje recordam com veneração”.¹³⁹

A *libertas ecclesiae* pode-se apresentar como um *topos* que dominou os espaços jurídicos e políticos durante toda a Idade Média, até que a Reforma Protestante quebrou a unidade da cristandade, embora a fissura já mencionada da Igreja Ortodoxa (daí que se diga que a data mais relevante para a Europa ocidental, a demarcar o fim da Idade Média, não está na queda de Constantinopla, mas cerca de cinquenta anos depois, com as 95 teses de Martinho Lutero).

O *Protestantismo*, já foi dito, como um divisor de águas, desencadeia as guerras religiosas: relaciona-se, por conseguinte, com o advento do Estado Moderno, que é soberano como solução política para os conflitos teológicos.¹⁴⁰ O processo passa pela questão da tolerância religiosa e da igualdade entre as confissões, questiona a justificação do poder político, abrindo-se o discurso jurídico para postulados contratualistas e jusnaturalistas, a par da liberdade individual. O *constitucionalismo* liberal e revolucionário, na mesma linha de desdobramentos, funda raízes no *paradigma secular e racional* e desemboca no discurso jurídico-constitucional, que proclama o direito à liberdade religiosa.

Neste espaço, e porque tal história já está bem escrita, descabe aprofundar aspectos variados da Reforma Protestante, bastando gizar, em manchete, a quebra da unidade religiosa da cristandade e o fato de que os primeiros reformadores “não romperam imediatamente com as tradicionais concepções exclusivistas da liberdade eclesiástica”.¹⁴¹ Vale acrescentar, entretanto, a par da fragilização experimentada pela Igreja Católica, o amplo

¹³⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 50-2.

¹³⁹ JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre e do ciudadano*. (trad. Adolfo Posada). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 115-25, extraída a citação da p. 125. O autor refere o *individualismo soberano em matéria religiosa*, que teve “conseqüências práticas extraordinárias”. Os princípios remontam à idéia democrática que embasa a Constituição inglesa (que se desenvolve no final do século XVI por obra de Robert Brown e seus adeptos, que reconheciam como norma diretora a vontade de associação, da maioria; na Holanda transforma-se em congregacionismo, com separação da Igreja e do Estado e autonomia para cada comunidade – o “direito de governar-se e administrar-se nos assuntos espirituais, mediante o consentimento livre e comum do povo, e sob a autoridade imediata de Cristo”). Assenta-se, assim, plenamente a liberdade de consciência e mais, reclama-se esta liberdade como um “direito que, não havendo sido outorgado por nenhum Poder terreno, não deve ser constringido por nenhum poder terrenal” (p. 115).

¹⁴⁰ “Foi por obra da Reforma que o conflito entre Igreja e Estado se decidiu em favor do último. Até mesmo nos países católicos por excelência, a Igreja teve os seus alicerces tão abalados, que não teve mais condições de, como força política, competir com o poder do Estado.” – SARLET, *Maquiavel*, p. 106.

¹⁴¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 54.

movimento cultural do *Renascimento*, verdadeira alteração de paradigma, com um programa que, inspirado na cultura clássica, milita em favor da emancipação de base humanista e laica. Ainda, a ascensão da burguesia como classe social desequilibrada de vez a vetusta “doutrina das duas espadas”, polarizada em torno das elites medievais político-militar e cultural-religiosa. Lutero, Zwínglio e Calvino, os principais protagonistas da “reforma magisterial” (porque teve nas Universidades sua *plataforma giratória*) para além de solapar a hierarquia jurídico-institucional da Igreja, questionam a “competência hermenêutica centralista e heterônoma do Papa nos domínios da fé e da conduta”, colocando a tônica central na consciência individual – a erodir os alicerces da *libertas ecclesiae*, sem contudo romper com as premissas de identificação dos espaços políticos e religiosos (*os dois reinos*, na doutrina de Lutero, espiritual e temporal, embora autônomos, sujeitam-se ambos à vontade de Deus).¹⁴²

A rejeição de uma Igreja jurídica e hierárquica, a partir da rejeição progressiva da doutrina dos sacramentos, pode-se considerar uma “concepção comum aos protestantes, apesar das diferentes correntes”. Sem hierarquia espiritual própria, “a polaridade entre poder espiritual e poder temporal deixa de fazer sentido”.¹⁴³

Calvino, pessimista como Agostinho, nada via no homem além da concupiscência e, por consequência, transforma Genebra numa “espécie de república teocrática fundamentalista”, que impunha a todos os cidadãos uma disciplina religiosa totalitária. Os primeiros reformadores, seja como for, confluíam num ponto: “a espada secular deveria suprimir os dissidentes”. Jónatas Machado ressalta, todavia, que a “reforma radical” proposta por grupos cristãos minoritários, pretendia um retorno *neotestamentário* à *ecclesia* dos primeiros cristãos, depurados das distorções institucionais, hierárquicas e jurídicas – destacando os *Anabatistas* que, partindo de uma eclesiologia não institucional e da igualdade fundamental de todos os crentes, além do princípio da voluntariedade, faziam depender a adesão à comunidade cristã da decisão livre e esclarecida, com o que rejeitam o batismo infantil e “todas as formas de união entre as Igrejas e o Estado”.¹⁴⁴ Um acervo de idéias que

¹⁴² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 56-7. Zwínglio, de Zurique, “considera que a escolha da religião integra o quadro natural de competências do governo da cidade”, ao passo que Calvino pretende “transformar Genebra num exemplo teocrático de vida reformada”. No seu estilo próprio, MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 112, consigna que o fanatismo e a intolerância de Lutero e de Calvino continuaram a tradição eclesiástica.

¹⁴³ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa* p. 50.

¹⁴⁴ Foram os adversário que os apelidaram de “rebatizadores” (anabatistas), iniciando o movimento na Suíça, na Alemanha e na Holanda, mas a perseguição (tanto por autoridade católicas quanto luteranas), em face da radicalidade e pureza do movimento, “erradicou grande parte dele”. Sobreviveu na Holanda e, em contato com reformadores ingleses exilados, sob a liderança de John Smith, fundaram em 1609 a primeira das “Unições” batistas mais modernas, GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, p. 215.

os tornava únicos no século XVI, uma visão da liberdade religiosa genérica o suficiente para abarcar muçulmanos, judeus, católicos e protestantes, responsáveis apenas perante Deus por suas opções religiosas. Daí a afirmação de que se trata dos antecedentes diretos dos “princípios de liberdade e igualdade religiosas que frutificaram com a emergência do constitucionalismo liberal”.¹⁴⁵

O clima geral, esfacelada a unidade, de *odium theologicum* entre as diversas confissões oriundas da Reforma, todas com reivindicação de verdadeira religião, só podia eclodir as várias guerras religiosas que transpassaram a Europa nos séculos XVI e XVII, especialmente França, Alemanha e Inglaterra.¹⁴⁶ A busca de soluções teóricas e institucionais para a coexistência era, literalmente, questão de vida ou morte.¹⁴⁷

Boa parte das receitas passou pela “confessionalização do Estado e pelo reforço do seu poder, alicerçados em argumentos de ordem teológica e teórico-política”. O Estado confessional, assim, liga-se a uma confissão religiosa, católica ou protestante, e o Estado, novo ator do território politicamente centralizado (melhor dizer protagonista deste novo espaço nacional), deveria, em linha de princípio, ser neutro do ponto de vista teológico. Num esquema decalcado do direito privado, o rei é o grande proprietário, que dispõe dos súditos de forma incondicionada. Se os bens e os interesses do reino são os do rei, a religião do rei também será a do reino – *cuius regio eius religio*, a “escolha da religião é matéria da competência exclusiva do príncipe”. Um modelo de paridade biconfessional que se estabilizaria, pesem os antecedentes da Paz de Augsburgo (1555), com a Paz da Westfália (1648), uma união Igreja Estado de tipo regalista (nos territórios germânicos, Prússia e

¹⁴⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 58-60.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ-ARRESTO, *Milênio*, p. 336, observa que em todas as partes do mundo a Reforma religiosa foi inseparável da reforma das maneiras, num arco que vai dos intelectuais Ming (indignados com os ritos irracionais do budismo e do taoísmo), passa pelos fanáticos waabitas do Islã no século XVIII, pela luta da Igreja contra os “velhos crentes” da Rússia do século XVII, e chega à Inquisição espanhola, “um tribunal para o escrutínio da fé” que passou a maior parte do tempo “desancando o relaxamento moral” – a religião, além de uma questão de crença, “é parte do que se faz, de como se faz e com quem se faz”.

¹⁴⁷ Esta a intenção básica da obra de Jean Bodin (1530-1596), o teórico mais importante entre os *politiques*, tendo escrito sua obra capital, “Os seis livros da República” (na qual, em 1577, desenvolve a noção de *souveraineté*), impactado pelo “horror da guerra civil religiosa em geral, e da noite de São Bartolomeu em particular” – KRIELE, *Introducción* p. 59. Noutro exemplo histórico, e extremo, Giordano Bruno, executado pela Inquisição romana em 1600, ele que intuía na “epístola preambular” de sua obra *Acerca do infinito, do universo e dos mundos* (1598) o tempo em que vivia: “Se eu, ilustríssimo Cavaleiro, manejasse o arado, apascentasse um rebanho, cultivasse uma horta, remendasse um fato, ninguém faria caso de mim, raros me observariam, poucos me censurariam, e facilmente poderia agradar a todos. Mas, por ser eu delineador do campo da natureza, atento ao alimento da alma, ansioso da cultura do espírito e estudioso da atividade do intelecto, eis que me ameça quem se sente visado, me assalta quem se vê observado, me morde quem é atingido, me devora quem se sente descoberto.” (BRUNO, Giordano. *Acerca do infinito, do universo e dos mundos*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 1).

Saxônia seriam, desta forma, protestantes, enquanto na Baviera e na Áustria o catolicismo era forte). Em França, o privilégio da Igreja Católica amparou-se na máxima *un roi, une loi, une foi*. Na Inglaterra, o *Act of Supremacy* dispôs o monarca como cabeça da Igreja.¹⁴⁸

A consolidação do Estado Moderno, em seus plantamentos teóricos e políticos, seguiria a trilha de Maquiavel, Bodin e Hobbes. A literatura é muito farta, devendo-se apenas ficar com o essencial para a investigação. Maquiavel parte já da neutralidade valorativa, propondo-se a descrever o fenômeno político, que ganha explícita autonomia em relação ao discurso teológico e moral. Mais, sugere a funcionalização da Igreja, vale dizer, a utilização de seu capital simbólico para a centralização do poder político, dada a bondade do fator religioso no que tange à coesão social. Quando Maquiavel, “*maior do que Cristóvão Colombo*, chega às margens do continente que será o da modernidade política, não concebe a normatividade do Poder do Estado – ou dos jovens principados – sobre as bases filosóficas da romanidade”, já que o “Poder não se define pela idéia, mas pelos procedimentos que levam a ele e permitem nele se manter”.¹⁴⁹

Bodin e Hobbes, noutra patamar, padeciam da *síndrome da guerra civil*, testemunhas traumatizadas de tais guerras, que eram a um só tempo religiosas e políticas. Contra o caos e a desordem, um Estado forte, *soberano* na expressão de Bodin, cuja supremacia política haveria de pacificar as facções religiosas – suspenso qualquer juízo sobre o mérito teológico das confissões religiosas em disputa. O substrato ainda é, em parte, religioso, pois o Monarca estaria limitado pelo direito natural e pelo direito divino, além das regras de sucessão e da propriedade privada, “sendo responsável perante Deus pela maneira como exerce o poder”. Em Hobbes avança a secularização, legitimando-se o poder político centralizado no rei na figura contratualista. O Estado aproxima-se das “Luzes”, mas as teorias do direito divino do monarca, “de inspiração sacerdotal, davídica e constantinista, continuam a ter um peso extremamente significativo.”¹⁵⁰

A tese lapidar de Thomas Hobbes, no capítulo 26 do *Leviatã*, plasmou-se em latim: *non veritas sed auctoritas facit legem* – contra um jusnaturalismo ingênuo, as “normas

¹⁴⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 61-2. Bem de ver, a repriminção do velho *constantinismo cesaropapista*, prevalecendo o poder político sobre o espiritual e agora conformado à nova realidade política do Estado territorial.

¹⁴⁹ GOYARD-FABRE, *Princípios*, pp. 59-60. A expressão em itálico é de Léo Strauss, citado pela autora.

¹⁵⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 62-4.

jurídicas não fazem parte de uma natureza ao encontro da qual se vai contemplativamente.¹⁵¹ Elas são, antes, produzidas por homens; normas jurídicas não são naturais nesta medida, mas são artificiais ou ‘positivas’ no sentido de ‘estatuídas’, isto é por ‘estatuto.’. Sua tese de que o estado de natureza seria de guerra (*a war of every man against every men*) leva ao elemento decisivo, que não é a liberdade socialmente ilimitada, “mas o desejo de sobrevivência e de felicidade respectivamente, o temor da morte”, com o que chega muito perto do princípio da liberdade de ação, “mas resíduos de uma definição objetiva de felicidade o impedem de reconhecer sem rodeios o princípio”.¹⁵²

A soberania desta primeira fase, absoluta e territorial, tampouco conhecerá os limites tradicionais das portas da Igreja, o que é outra maneira de dizer que o rei tem direito de intervenção nos assuntos internos das confissões religiosas, submetido o poder eclesiástico à soberania territorial. Quanto à Igreja e no espaço teológico, avançam as concepções *episcopalistas*, concebido o monarca pelos reformadores como *sumus episcopus*. A autoridade política maneja um complexo e unilateral *jura in sacra*, a englobar tarefas de defesa, reforma, direção e fiscalização da Igreja – isso no mundo protestante, pois nos estados católicos não havia concessão formal de tal poder, embora os prerrogativas reais também fossem exercidas e legitimadas “a posteriori”, por meio de institutos jurídico-políticos como o direito de padroado e o beneplácito. A doutrina designa tal período de “intimidade” como de um *absolutismo confessional*, controlando os poderes públicos a nomeação dos bispos (questão das investiduras) e fiscalizando e interferindo numa série de assuntos eclesiásticos.¹⁵³ O

¹⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 32-6, citado *Consentimento e acordo*, refere a mesma máxima antecipada por Hobbes para discutir a posição do *direito penal* entre a “contemplação (e verdade) e a *poiese* (e autoridade), duas antinomias bem trabalhadas no século XIX (na área citada) e a influenciar o século XX.

¹⁵² HÖFFE, *Justiça Política*, pp. 109 e 273, respectivamente.

¹⁵³ Para ilustrar com dados brasileiro, refira-se a “primeira questão com a Santa Sé”, ocorrida no período das Regências (1831/1840), decorrência do estabelecimento do catolicismo apostólico romano como “religião oficial do Brasil” pela Constituição imperial de 1824. As relações, então, entre o Brasil e a Santa Sé eram reguladas pelo *padroado* (herdado de Portugal), que estabelecia competir ao governo brasileiro nomear os principais cargos eclesiásticos (o clero era pago pelo Estado e, de certa forma, equiparado ao funcionalismo público) – também bulas e breves do papa teriam que ter beneplácito imperial, insurgindo-se o Vaticano contra a *placitação*. O incidente, em si, envolveu a indicação, feita pela Regência, de um bispo para o Rio de Janeiro (que se manifestara, como político, pela abolição do celibato), com o que Roma não concordou, evidentemente. Depois de quase romperem relações o Brasil e a Santa Sé, o sacerdote desistiu do cargo (VIANNA, Hélio. *História do Brasil*. 4ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1966. v.3, p. 118). Certo que a questão religiosa foi decisiva, entre outras, para a proclamação da república, o que passa pela presença e ação da *maçonaria* no Brasil (pp. 145-6), a agudizar os conflitos, como nos casos dos Bispos de Olinda e do Pará (1872), que suspenderam sacerdotes que não queriam deixar a maçonaria, apelando as respectivas irmandades para a Coroa, de acordo com a legislação vigente, “contra a decisão dos Bispos” – que não quiseram responder, “limitando-se a declarar que o recurso ao poder civil era condenado por várias decisões da Igreja”. O governo, então, sob forte pressão, denunciou-os ao “Supremo Tribunal de Justiça”, tendo sido presos e conduzidos ao Rio de Janeiro. Acabaram condenados, em 1874, a quatro anos de prisão com trabalhos forçados (que Dom Pedro II imediatamente

sistema, é de notar, permanecia exclusivista, embora a admissão, mais relutante que tolerante, da coexistência entre católicos e luteranos (Augsburg) e calvinistas (Westfália), experiência traduzida na França pelo Edito de Nantes (1598). Era a pragmática do “mal menor”, um arranjo alicerçado em “noções rudimentares de paciente tolerância do culto doméstico”. Aliás, quando existe, o *ius tolerandi*, não prescinde da enumeração taxativa das confissões toleradas. A regra ainda era a perseguição aos dissidentes ou, “quando muito, a concessão aos *desconformes* da possibilidade, pouco prática, de deixar o país (*beneficium emigrandi, ius emigrandi*).¹⁵⁴

Certo é que, rompida a unidade da cristandade e erodidas as premissas teológicas que sustentavam o paradigma medieval, há que se buscar nova base comum de legitimação do poder político, enveredando os filósofos pelo contratualismo jusnaturalista, de modo a obter tópicos intersubjetivamente válidos. Trata-se de uma ruptura epistemológica, já que não eram mais mobilizadas a fé e a revelação de uma esfera transcendente ou sobrenatural, mas esgrimidos argumentos científicos e racionais, no plano imanente e natural. Como antecipou Grotius, era preciso alcançar princípios universalmente válidos, “mesmo que Deus não existisse” (*etsi deus non esset*).¹⁵⁵ Ainda que com hesitações filosóficas, faz depender o princípio da soberania pelas categorias da razão humana, pois, mesmo que “não haja Deus algum”, o direito dos homens, sob a luz da razão, seria aquilo que é. A intuição laicista não pode colocar em dúvida a sinceridade religiosa de Grotius, que, depois de fugir da prisão,

comutou para prisão simples, “a serem cumpridas em fortalezas do Rio de Janeiro). O Papa Pio IX, que censurara os bispos por “excesso de zelo” (seguindo negociações com a diplomacia brasileira), indignou-se e mandou destruir a carta de censura. Em 1875, os bispos foram anistiados, evidenciando a questão “a inconveniência da manutenção do regime de união entre a Igreja e o Estado” – pp. 146-7. Desdobramentos dogmáticos *infra* (item 3.2.7).

¹⁵⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 64-6.

¹⁵⁵ Dependendo da visada, o recuo pode ser ainda maior, para retratar a crescente autonomia do poder temporal sobre o espiritual, num “emergente processo de secularização do Estado”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente* / Antonio Carlos Wolkmer (org.), Florianópolis: Barueri : Manole : Fundação Boiteau, 2005, pp. 27-30, analisa a obra *Defensor Pacis*, de Marsílio de Pádua, dedicada a Ludovico da Baviera e concluída em junho de 1324 (foi condenada pelo Papa João XXII), caracterizada pela “crítica extremada e mordaz ao pensamento sociopolítico eclesiástico”. O autor considera-o precursor da moderna secularização e da positivação do direito fundado no poder político e não na vontade de uma pessoa, sendo que a autoridade humana “para legislar ou estabelecer leis compete, exclusivamente, ao conjunto dos cidadãos ou à sua parte preponderante”, numa distinção radical entre lei humana e lei divina (num corte em relação a São Tomás de Aquino). Mais, o “Direito positivo dos homens não está sujeito ao Direito natural, tendo sua normatividade coercitiva própria, independente das normas religiosas da Igreja, estando mais próximo a uma subordinação do poder do Estado”. Em suma, os abusos do papado e da sociedade eclesiástica é que perturbam a paz – uma “radical ruptura e a passagem do humanismo de tradição teocêntrica para o nascedouro do humanismo antropocêntrico, que vai marcar a sociedade moderna”.

divulgou em Paris (1622) uma *Defensio fidei catholicae* que lhe valeu uma condenação à morte pelos Estados Gerais da Holanda.¹⁵⁶

As várias vertentes do contratualismo partem de um *estado de natureza*, que não é concebido como fato histórico, antes suposto, posto de forma hipotética, no qual os homens viveriam qual mônadas isoladas, em época pré-política e pré-estatal na qual vigoraria a lei do mais forte e que seria insuficiente para suprir as necessidades vitais da humanidade – independente da visão antropológica assumidamente pessimista, como no lobo de Hobbes, ou de caráter otimista, como no bom selvagem de Rousseau. A necessidade/vontade de suplantar tal estágio natural impele os indivíduos ao *contrato social*, que fundamenta e constitui a sociedade política. O estado civil, ao qual aportam os diversos autores, é tão variado que se afirmou a utilização do “modelo contratualista para legitimarem *a posteriori* os resultados a que já tinha chegado”.¹⁵⁷

Hobbes, tendo os valores fortes da ordem e da segurança, repassa todos os direitos naturais dos indivíduos ao *Leviathan*. Locke faz seus indivíduos reterem os direitos naturais, enquanto transferem o respectivo “direito executivo” ao monarca. Rousseau, a seu turno, não permite que os cidadãos transfiram nada ao rei, pois cada indivíduo conservará sua parcela de soberania, que é indivisível e indelegável – o crítico da democracia representativa conceberia, assim, a lei como expressão da vontade geral, resultado da participação de todos no processo de decisão política. O constitucionalismo liberal afeiçãoou-se mais as idéias de Locke, desconfiado do excesso de poder concentrado no príncipe hobbesiano e percebendo o risco da tirania das maiorias rousseauianas. John Locke, de forma razoável, compõe os vetores do consentimento, da reciprocidade, da liberdade e da igualdade, legitimado o poder público na linha da proteção dos direitos naturais dos cidadãos, a par de avançar na idéia de separação dos poderes, que, “aliada aos contributos de Montesquieu e dos Federalistas americanos, iria constituir um pilar essencial e definitório dos modernos estados constitucionais.”¹⁵⁸

Locke, que não pode admitir outro guia que não a razão, reconhecia, todavia, que as pessoas baseavam sua opinião na palavra de outrem, “teses que o tempo e o hábito

¹⁵⁶ GOYARD-FABRE, *Princípios* pp. 151-2, especialmente nota 115.

¹⁵⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 68.

¹⁵⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 69. A finalidade puramente teórica do modelo contratualista, a superar a legitimação teocrática e patriarcal do monarca e afirmar a centralidade do sujeito individual, não esconde as “virtualidades revolucionárias” da proposta do jusnaturalismo contratualista. E se, para tanto, Locke, no dizer de Stephen Holmes, “atomizou” a autocompreensão humana, “fê-lo por razões políticas, para atacar cadeias

estabeleceram tão profundamente no seu espírito e que ele acha evidentes e de uma certeza irrefutável”, mais ainda se consideradas “impressões recebidas do próprio Deus e ou de homens enviados por Ele”. Daí a recomendação de termos “comiseração da nossa ignorância mútua e tentar removê-la através de todos os meios suaves e equitativos de informação e não imediatamente tratar mal os outros, chamando-lhes obstinados e perversos (...)”.¹⁵⁹

O fato é que a justaposição do absolutismo territorial e confessional com as idéias jusnaturalistas e jusracionalistas vai desembocar no *absolutismo iluminista*, também chamado despotismo esclarecido, em que coexistem duas vertentes de justificação do poder político: a contratualista-voluntarista, na tradição hobbesiana; e a de ressonância religiosa-patriarcal, em que o príncipe se vê como responsável perante Deus (em última instância, a reedição do *jus divinum*). Importa que tais concepções exercerão “significativa influência nas relações entre as confissões religiosas e o Estado”, mesmo que ambíguas a ponto de apontarem tanto para a “relativa secularização dos fins do Estado como para a sua quase glorificação na pessoa do Monarca.”. É a *razão de Estado*, agora convocada pelo príncipe cristão, quem conforma “a totalidade da vida social e cultural de acordo com a razão e a vontade divinas”, sendo a religião precioso instrumento pedagógico e de coesão popular, mas também “obstáculo ao processo de racionalização da sociedade”. A Igreja é um órgão estatal a serviço do Iluminismo, vista como uma corporação de direito público, cuja autonomia jurídica, institucional e teleológica, inclusive com certa dose de *jus imperii*, não escapa à efetiva fiscalização do Estado (uma nova/velha intervenção regalista nos assuntos eclesiásticos). Assim, fácil de ver, em termos de liberdade religiosa coletiva há déficit, pois as confissões religiosas submetem-se a sistemático controle estatal – sem descurar do postulado da “teoria da corporação”, de que a existência jurídica de tais confissões dependeria, a final, de uma decisão do soberano.¹⁶⁰ Por outro lado, se a atenção vai para o membro individual da corporação, esboça-se a tutela da “própria liberdade de consciência e de religião, enquanto direito negativo de defesa perante o Estado.”.¹⁶¹

O contratualismo jusnaturalista, ficou dito, superando as amarras teológicas, vai buscar noutra plano, aquele da *racionalidade*, a legitimação jurídico-política do poder, com o que “contribuiu decisivamente para a diferenciação dos espaços discursivos político e

orgânicas de dependência e subordinação, bem como para minar perigosos clãs e agrupamentos sectários” (p. 70).

¹⁵⁹ LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*, v. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 918.

¹⁶⁰ A questão será desenvolvida *infra*, item 3.2.6 (a liberdade religiosa titulada pelas igrejas).

religioso”, plantando, assim, “bases sólidas sobre as quais o direito à liberdade religiosa viria a ser edificado”. Mas a tanto não chegaram seus teóricos, ainda movendo-se no contexto da *tolerância*.

Jónatas Machado oferece o diferencial entre *liberdade religiosa* e *tolerância*, que “radica, fundamentalmente, no fato de que a *primeira é vista como integrando a esfera jurídico-subjetiva do seu titular*, ao passo que a *segunda é vista como uma concessão graciosa e reversível do Monarca*, do Estado ou de uma maioria política e religiosa”. O poder soberano do rei, em Hobbes, assenta num voluntarismo absoluto (*might makes right*), inclusive a direção do culto público e a “exigência de uniformidade política e social implica a intolerância diante de qualquer manifestação de dissenso”. Locke avançaria, numa concepção eclesiológica próxima dos anabatistas suíços e alemães, em que a Igreja é uma associação voluntária (*free voluntary society*), cuja tolerância é marca da própria autenticidade. Todavia, é consabido que ateus e católicos (papistas), na sua visão, não deveriam ser tolerados.¹⁶² O que poderia nos remeter à pergunta de Walzer: “Devemos tolerar os intolerantes?” – questão com frequência descrita como o problema central e mais difícil na teoria da tolerância, pelo que será tratada adiante (item 2.1.1).¹⁶³

A religião ocupa, ainda, “um lugar verdadeiramente central nas suas mentes e nos seus corações” e, sob ponto de vista teológico, percebem que as idéias agostinianas e aquinianas sobre a perseguição dos hereges “afrontam radicalmente o conceito cristão de pessoa, degradando a sua liberdade e racionalidade”. Pese a crença nas verdades absolutas da teologia, cientes dos aspectos históricos que influem na formação da consciência, permeados de uma gama plúrima de fatores, reconhecem que o “respeito pela pessoa humana implica necessariamente a tolerância religiosa”, mormente em face da constatação de que o Estado não tem critério imparcial e infalível para distinguir dentre “várias pretensões igualmente sérias e honestas de verdade”.¹⁶⁴ Daí ao momento subsequente, de constitucionalização do

¹⁶¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 71-3.

¹⁶² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 73-5. Os ateus padeciam de estrutural incapacidade para cumprirem seus juramentos e os católicos estigmatizam-se pelo compromisso histórico com a intolerância e o espírito politicamente subversivo. Durante o *Long Parliament*, sob jugo da Igreja Presbiteriana, muitos puritanos fugiram para colônias americanas em busca de liberdade religiosa. Fato é que, no século XVII inglês, os católicos apóiam as pretensões restauracionistas dos Stuarts (contra o Parlamento) – pelo que seriam excluídos do *Toleration Act* de 1689 (juntamente com socinianos, judeus e ateus), “com algumas culpas para Locke” (nota 257, p. 76). O filósofo francês Pierre Bayle, cuja família fora vitimada pela revogação do “perpétuo e irrevogável” Edito de Nantes, teria ainda maior abertura em relação à liberdade religiosa, mas continuava a excluir os católicos intolerantes e os ateus (p. 77).

¹⁶³ WALZER, *Da tolerância*, p. 104.

¹⁶⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 77.

direito à liberdade religiosa e do princípio da separação Igreja/Estado, faltava pouco tempo. Mas havia um oceano de distância.

Em solo norte-americano é que germinaria a constitucionalização da liberdade religiosa. Não sem avanços e recuos, o discurso jurídico constitucional lutou para impor-se à mundivisão teológico-confessional, num novo mundo habitado por puritanos perseguidos, calvinistas e congregacionalistas, que migraram para a Nova Inglaterra em busca de um espaço de liberdade, todavia “ainda teologicamente compreendida, assumindo um caráter exclusivista”. Alguns dos *Founding Fathers* pretendiam, simplesmente, edificar uma “república cristã, teocrática e fundamentalista, constitucionalmente subordinada à palavra de Deus revelada nas escrituras sagradas, sem qualquer margem, no plano dos princípios, para o pluralismo religioso.”. Nas vésperas da revolução, a maioria das colônias mantinha uma religião oficial ou íntima relação entre religião e política, o que acarretava um discurso teológico-político exclusivista, discriminatório de católicos, judeus e puritanos minoritários.¹⁶⁵

Eis que a primeira das dez emendas de 1791, que integram o *Bill of Rights* da Constituição Americana de 1787, introduz lógica completamente diversa, uma alteração de princípio estruturante da comunidade política. Literalmente: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.*”. São, a rigor, duas cláusulas. A primeira, na ordem do texto, consagra o princípio da separação das confissões religiosas do Estado – *establishment clause*. A segunda garante o direito à liberdade religiosa – *free exercise clause*. Da leitura conjunta extrai-se o estatuto do *livre exercício da religião* como um direito. Adragão faz notar que o texto americano “inspira-se nos elementos liberal e cristãos conjugados, reflete uma concepção positiva da religião, refere-se também à convivência religiosa em sociedade e insere-se no avanço prático no sentido do ‘livre exercício da religião’.”.¹⁶⁶

As origens da disposição são múltiplas. Salienta-se a influência do pensamento de Roger Williams, um batista liberal fundador da colônia de Rhode Island que, tendo como premissas argumentos teológicos, eclesiológicos e históricos, recusa qualquer associação entre a política e a religião e sustenta uma liberdade religiosa alargada. Decisivos, também, os contributos teóricos de James Madison e Thomas Jefferson, que se refletiram do Estado da

¹⁶⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 78-9.

¹⁶⁶ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa*, p. 74.

Virgínia para a Convenção da Filadélfia. Para ambos, o problema genérico da liberdade não prescindia de uma abordagem adequada do problema específico da liberdade religiosa – e a argumentação vai situar-se no plano imanente do contratualismo jusnaturalista. Madison,¹⁶⁷ convicto da necessidade de radical separação entre Igreja/Estado, preconiza um *modelo técnico*, abstrato, “de matriz newtoniana, que funcionasse como antídoto a toda a concentração de poderes nas mãos de um monarca ou de uma maioria político-democrática”. A difusão do poder religioso, ou sua fragmentação, permitida a livre competição entre as *seitas*, impediria o predomínio hegemônico de uma qualquer confissão. Jefferson, a seu turno, acreditando que o evangelho é questão de vínculo *in foro constientia*, “recusa a assimilação dos imperativos divino e humano no mesmo plano de normatividade”. Neste contexto, em 1878, numa carta dirigida a Danbury Baptist Association, crismará uma expressão que faria história na doutrina e na jurisprudência constitucionais norte-americanas, referindo-se a existência de uma “parede de separação entre a igreja e o estado” – *wall of separation between church and state*.¹⁶⁸

Michael Walzer refere-se ao muro entre a Igreja e o Estado, salientando que a *Carta de Locke* expressou-se na Primeira Emenda, que estabelece, a um só tempo, liberdade religiosa e igualitarismo religioso, uma norma de igualdade complexa que não “distribui igualmente a graça”, nem a distribui de todo. O muro erguido tem profundas conseqüências distributivas: “deixa a todos os crentes o encargo da própria salvação”, a produzir, no campo político, a “igualdade entre crentes e não crentes, santos e pessoas mundanas, salvos e réprobos: todos são igualmente cidadãos, possuindo o mesmo conjunto de direitos constitucionais. A política não domina a graça, nem a graça a política”.¹⁶⁹ Curioso que tal modelo, justamente, tenha sido adotado pelos meios de comunicação, na década de 20, nos Estados Unidos, pioneira a revista *Time*, para significar, em termos de ideal administrativo, a independência entre o jornalismo (religião) e a publicidade (estado).¹⁷⁰

¹⁶⁷ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge/Mass, Harvard University Press, 1991, p. 6, lecionam que a Constituição foi, desde sua criação, percebida como um documento que tinha que encontrar um delicado balanço entre o *poder governamental* (para realizar as grandes finalidades da sociedade civil) e a *liberdade individual*. Citam, no que interessa mais de perto, James Madison (*The Federalist Papers*), que afirma que, “se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários”. Daí a dificuldade num governo de homens sobre homens: primeiro, há que capacitar o governo para que controle os homens; no próximo passo, é preciso obrigá-lo a controlar-se a si próprio.

¹⁶⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 80-3.

¹⁶⁹ WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Trad. Nuno Valadas, Lisboa: Editorial Presença, 1999, p. 237. (citado *As esferas da Justiça*) Acrescenta que os americanos são muito sensíveis à primeira (a política não domina a graça), pelo que seu intento é sublinhar a segunda (a graça não domina a política).

¹⁷⁰ BUCCI, Eugênio. *Sobre Ética e Imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 60-2.

O enunciado normativo, é claro, só vai ganhando operatividade aos poucos, gradualmente. Primeiro porque se o texto é simples e claro, está longe de apresentar-se hermeneuticamente singelo, menos ainda de lograr interpretação unânime ou inequívoca. Segundo, porque a inserção das *religions clauses* no âmbito do *Bill of Rights* “veio ao encontro de preocupações antifederalistas por parte de determinados Estados onde existia uma religião oficial” ou íntima relação entre os dois planos. O princípio da separação, neste caso, erguia-se como uma norma de competência negativa, com a qual se “pretendia colocar certas situações, de direito e de fato, fora do alcance da intervenção do Estado federal”. A tal ponto, que apenas na década de 40 do século XX ocorreu a incorporação das disposições religiosas na cláusula de *due process* da 14ª emenda, “fato que determinou a extensão da sua vinculatividade a todos os Estados federais, eliminando, a esse nível, qualquer possibilidade de instituição de uma religião oficial”.¹⁷¹

Singrando de volta os mares, a constitucionalização da liberdade religiosa, no velho continente, também sofreria alterações e sobressaltos, naturais tendo em vista a tradição histórica de unidade teológico-política, seja com primado católico, protestante ou ortodoxo. A sedimentação jurídica, então, encontrará mais embaraços e pode-se afirmar que ainda hoje o “problema está longe de ser resolvido de forma adequada e definitiva”, acicatadas as idéias por um clima de confronto político-religioso, que se dicotomiza em posições extremadas, de teor clerical e anticlerical, às vezes embaraçado, confundido ou mistificado com outras lutas, “reais ou imaginárias, entre católicos e maçônicos”.¹⁷² Podem-se ofertar os exemplos francês e alemão, ilustração suficiente.

A ruptura, obviamente, dá-se com a Revolução Francesa, vista como o cume de um longo processo de afirmação do constitucionalismo liberal que lançou alicerces em múltiplos e conhecidos fatores: a ascensão da burguesia como classe social hegemônica, o jusnaturalismo contratualista, a reação aos privilégios do *ancien regime* e à concentração de poderes nas mãos do monarca, a afirmação da soberania popular e nacional, a defesa das idéias de dignidade e liberdade iguais para todos os cidadãos, além da propriedade privada e da livre

¹⁷¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 83-4, inclusive notas 290 e 291. Trata-se dos casos *Cantwell v. Connecticut* (1940 – cláusula de liberdade religiosa) e *Everson v. Board of Education* (1947 – separação das confissões religiosas do Estado). Nada obstante, até 1961 subsistiu no Estado de Maryland o requisito da crença em Deus como pressuposto da titularidade de cargos públicos. Mesmo hoje, há quem sustente que a cláusula de separação não deveria ter sido incorporada à 14ª emenda, “por encerrar um princípio federalista de separação vertical de competências” – referências na *Harvard Law Review*, 105, 1992, pp. 1700 ss.

¹⁷² MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 85. Para uma visão da história espanhola, vide CAVERO, José Martínez de Pisón. “El Derecho a la libertad Religiosa en la Historia Constitucional Española”, *Derechos Y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, n 8, pp. 325-91, enero-junio 2000, p. 325-91.

iniciativa econômica. Boa parte do antigo regime estava amalgamado com dogmas religiosos impostos pelas Igrejas tradicionais e seria anatemizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em 1789, espécie de “catecismo político dos tempos modernos”, consagraria o *direito à liberdade de opinião e de expressão – a englobar questões religiosas* – como um *direito natural, inalienável, sagrado e irrenunciável*. Outra vez com Adragão, é de reparar que o texto francês respira sobretudo o “anti-absolutismo liberal, considera a religião pela negativa, reflete uma visão individualista do fenômeno religioso e deve considerar-se uma proclamação teórica, porque contrariada pela perseguição religiosa, sua contemporânea.”¹⁷³

No programa revolucionário, impregnado de individualismo e igualitarismo, também estava agendada a “abolição dos privilégios patrimoniais, eclesiásticos e clericais, que durante séculos haviam favorecido o enriquecimento desproporcionado da Igreja Católica”, visto o catolicismo, por várias correntes racionalistas, como nada mais que um conjunto de superstições a abandonar, e a Igreja, em si, como instituição a submeter ao poder público. De sua banda, no calor dos graves conflitos do fervor de radical separação, a Igreja esgrimiria com a *libertas ecclesiae*. Certo é que a Constituição de 1791 proclama pela primeira vez a *natureza laica do Estado francês* e consagra a liberdade de culto no seu título primeiro. Lei de 29 de setembro de 1795 criminalizaria, expressamente, a “tentativa de instituir um *culto exclusivo, dominante e perseguidor*”.

O quadro francês importa especialmente, pois serviu de grande modelo aos republicanos brasileiros.¹⁷⁴ Calcados no *Appel aux conservateurs* que Augusto Comte publicara em 1855, os brasileiros beberam da visão particular de “conservador” de Comte, que procurava fugir do jacobinismo (que chamava metafísico) e do reacionarismo do “restauracionismo clerical”. Era conservador ao tentar conciliar o progresso com a ordem, para apressar a transição para “sociedade positivista baseada na Religião da Humanidade”.¹⁷⁵

¹⁷³ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa*, p. 74.

¹⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 12 (citado *A formação*). O uso dessa simbologia revolucionária era facilitado pela corrente liberal, cujo modelo norte-americano, não contava com a mesma riqueza simbólica. Mas o “entusiasmo pela França era inegável”: o tratamento de cidadão foi adotado, substituindo o solene e católico “Deus guarde Vossa Excelência” da correspondência oficial – tudo relacionado com a visão histórica, filosófica e religiosa de Augusto Comte

¹⁷⁵ CARVALHO, *A formação*, pp. 20-1. Tal positivismo, na versão de Laffitte, era relevante para a discussão da situação brasileira, já que Comte, depois de seu encontro com Clotilde de Vaux (1845) operou profunda transformação na sua obra, na qual os “elementos religiosos passaram a predominar sobre os aspectos científicos, o sentimento foi colocado acima da razão, a comunidade foi sobreposta ao indivíduo. Para um setor da população urbana (pequenos proprietários, profissionais liberais etc.) a solução liberal ortodoxa não era atraente,

De toda sorte, a busca de identidade coletiva para o país, de uma “base para a construção da nação, seria tarefa que iria perseguir a geração intelectual da Primeira República (1889-1930)”. Neste contexto, a *representação da República como mulher* reforçou-se na já existente *mariolatria católica*, da qual se apropriaram os positivistas buscando substituir Maria por Clotilde. Todavia, o culto mariano acabou utilizado como arma anti-republicana, sobretudo num esforço dos bispos para incentivar o culto a Nossa Senhora Aparecida (que foi coroada rainha do Brasil em 08 de setembro de 1904, “um dia após a comemoração da independência, uma designação monárquica”).¹⁷⁶

A história de várias medidas estatais é bem conhecida: supressão parcial das ordens religiosas, nacionalização dos bens da Igreja, secularização dos atos da vida civil e, numa fase posterior, até o estabelecimento de novos cultos públicos (culto ao Ser Supremo, à Razão, à República – uma associação de religiosidade teísta de algumas concepções jusnaturalistas com o anticlericalismo radical do jacobinismo revolucionário, a estabelecer uma *religião civil*, de matriz rousseauiana), enquanto a reação da Igreja procurou reciclar a idéia de “religião organizada como serviço público, implicando a concessão de importantes benefícios materiais”. Alguma estabilidade viria com a Concordata napoleônica de 1801, que significou, no seio da Igreja, a vitória de posições curialistas, e, para o Estado francês, a reabilitação da imagem interna e externa. Como ganho, a “satisfação de exigências mínimas de igualdade conduziu ao alargamento do sistema de serviço público primeiramente ao culto protestante e mais tarde ao culto judaico”.¹⁷⁷

“pois não controlavam recursos de poder econômico e social” (p. 26) Sentiram-se mais atraídos pelos apelos abstratos (de referências quase simbólicas) da liberdade, igualdade e fraternidade. Para esse grupos, servia a versão positivista da república, em que a Monarquia correspondia à fase “teológico-militar”, sendo a separação Igreja/Estado uma demanda atraente para professores, estudantes e militares (p. 27). A Constituição do Rio Grande do Sul foi a que mais incorporou tais elementos positivistas: predominância do Executivo, ausência de referência a Deus, substituído pelo trinômio Família, Pátria, Humanidade (pp. 28-9).

¹⁷⁶ CARVALHO, *A formação*, pp. 32 e 93-4 No Brasil, contudo, Clotilde sequer arranhou a mariolatria, sendo de lembrar que a separação entre Igreja e Estado “gerou animosidade entre a população, como o atesta a revolta de Canudos. O uso de um símbolo católico para representar a República poderia soar como profanação”. Em 1930, Pio IX declarou Nossa Senhora Aparecida padroeira do Brasil”, sem dúvida uma vitória simbólica da Igreja sobre a república (com a vantagem adicional de que a figura era brasileira e negra) – uma derrota do cívico perante o religioso. Para maiores detalhes da manipulação do imaginário pelos positivistas, vide pp. 129-40, com uma sugestiva conclusão (constatando que Tiradentes é o herói republicano por excelência): “A seu lado, apesar dos desafios que surgem nas novas correntes religiosas, talvez seja ainda a imagem da Aparecida a que melhor consiga dar um sentido de comunhão nacional a vastos setores da população. Um sentido que, na ausência de um civismo republicano, só poderia vir de fora do domínio da política. Tiradentes esquetejado nos braços da Aparecida: eis o que seria a perfeita *pietá* cívico-religiosa brasileira. A nação exibindo, aos pedaços, o corpo de seu povo que a República ainda não foi capaz de reconstituir” (pp. 141-2). Adiante (item 4.4.1), vai-se explorar a disputa entre símbolos religiosos e a escola pública laica.

¹⁷⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 86-8. O século XIX francês continuaria a testemunhar os conflitos entre Igreja e Estado, que “culminariam na Lei de Separação de 1905” (p. 130).

Na Alemanha, embora a maior abertura da tradição de paridade entre as confissões religiosas dominantes (católica e protestantes), também o século XIX inaugura-se, em 1803, com um “conjunto de medidas do regalismo absolutista de secularização”, a destruir o anterior sistema de direito público eclesiástico, secularizando-se os bispados, arcebispados e abadias, com o que se pôs termo às “situações de monopólio religioso, o que deu lugar à necessidade de garantir direitos iguais de liberdade e autodeterminação religiosa aos indivíduos e às confissões religiosas”, a par de introduzir o *princípio de neutralidade* e de *não identificação do estado com matéria religiosa*.¹⁷⁸ Os ulteriores desenvolvimentos confluem com as linhas do próprio Estado de Direito (*Rechtsstaat*), num processo permeado por duas visões contraditórias e em tensão. De um lado, a *autonomia racional e moral-prática dos indivíduos* em Kant (a dignidade como um fim em si mesma) – a acentuar a dimensão subjetiva, a liberdade de consciência individual e a neutralidade do Estado;¹⁷⁹ em sentido oposto, a crença hegeliana na autonomia ontológica do Estado, elemento objetivo do processo de automanifestação da razão absoluta – a favorecer o desenvolvimento de uma teologia política. Com o Estado de direito, pessoa jurídica autônoma em relação ao monarca, implode o princípio tradicional *cuius regio eius religio*. Ademais, a centralidade em torno das normas jurídicas de um estado secularizado vai operar com direitos fundamentais concebidos como *direitos subjetivos públicos* e, finalmente, a subsistência de envolvimento financeiro estatal com as confissões religiosas explica-se agora em termos de “responsabilidade cultural e não com base em argumentos de tipo regalista”, tudo num contexto que diferencia as normas jurídico-estatais, “vinculativas de todos os membros da comunidade política”, das normas eclesiásticas, “de validade restrita ao âmbito intraconfessional”.

A rigor, o processo iniciado em 1803 vai encerrar-se apenas em 1919, com a Constituição de Weimar a consagrar a liberdade religiosa e autodeterminação das confissões

¹⁷⁸ Como princípio da *não confessionalidade*, desenvolvimento ulterior (item 3.2.7).

¹⁷⁹ Kant admite, além das formas de intuição sensível e das categorias do intelecto, os *princípios da razão*, ou seja, a *idéia* de alma, de mundo, de Deus, mas como princípios *regulativos* e não a princípios *constitutivos*. Por exemplo, às perguntas é a alma imortal ou existirá uma divindade, pode-se responder afirmativamente ou negativamente – “a respeito de semelhantes idéias metafísicas, não é possível a experiência” (DEL VECCHIO, *Lições* pp. 131-2). O imperativo categórico na formulação do próprio autor: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* – KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. (trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59, citado *Fundamentação*. NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. (trad. Paulo César de Souza) São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 57-8, (citado *A gaia ciência*), responderia, a respeito de deveres incondicionais, que recorrem a filosofias da moral que pregam algum imperativo categórico: “Quem sente a própria dignidade incompatível com a idéia de ser um *instrumento* de um príncipe (...) necessita ter (...) princípios de uma incondicional obrigação, aos quais pode, sem vergonha, submeter-se e mostrar-se submisso. Toda servilidade mais sutil se apega ao imperativo categórico e é inimiga mortal daqueles que querem tirar ao dever seu caráter incondicional”.

religiosas, passando por marchas e contramarchas. O restauracionismo nacionalista, romântico e neotomista, ganhou fôlego na luta contra o imperialismo francês, mas os ideais constitucionais serão afirmados em afloramentos legislativos, como na Constituição Prussiana (1850) e na *Kulturkampf* do mesmo Estado prussiano (1870-78). Os direitos fundamentais religiosos seriam reafirmados na Lei Fundamental de Bonn (artigos 4º e 140), junto com a obrigação de neutralidade e a proibição de discriminação (artigos 3º-3 e 33-3). Não imune a sobressalto, com destaque para a tragédia do nacional-socialismo, pode-se dizer que a “questão ainda não se encontra definitivamente resolvida”.¹⁸⁰

Goyard-Fabre salienta que apresentar a Revolução Francesa como consequência do movimento iluminista é uma tese simplificadora, proveniente de informações insuficientes e inexatas. Entretanto, para além da polêmica, essa forma “aproximativa e tendenciosa” de apresentar o acontecimento revolucionário explica o “amplo movimento de crítica que, das primeiras intuições do romantismo político à doutrina da Escola histórica do direito, combateu as pretensões da razão que militava para construir uma ordem de direito sobre as bases do intelectualismo artificialista e universalista” – cujo lugar, por excelência, pertence às correntes iluministas. Assim, de “Burke a Rehberg e de Gentz a Savigny, a ‘reação’ contra revolucionária, adotando vias filosóficas diferenciadas, instruiu com uma severidade taxativa o processo da racionalidade jurídica.”¹⁸¹

1.3.2 Um clima pós-secular

O paradigma teocêntrico, que dominou por séculos, obviamente conserva vestígios ou resquícios mesmo no quadro de Estados de democracia liberal. Apontam-se como exemplos de tal subsistência, pese o postulado secular, a realização de cerimônias religiosas oficiais, a presença de autoridades eclesiásticas em eventos públicos, a existência de capelarias ou a presença de símbolos religiosos em instituições públicas, a existência de feriados religiosos etc.¹⁸²

¹⁸⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 89-92.

¹⁸¹ GOYARD-FABRE, *Princípios*, p. 371. O auge da crise viria com Nietzsche e sua descendência, nas querelas da pós-modernidade (que serão referidas no item 2.1).

¹⁸² Adiante (itens 4.2.2 e 4.4.1) vai-se problematizar a questão dos feriados religiosos e dos símbolos religiosos nas salas de aula.

É incontroverso, em larga medida, que a religião funcionou, e bem, como poderoso instrumento de coesão social, garantindo unidade axiológica. Também parece certo, todavia, que o custo desta mundivisão, no que se erigiu como exclusivista, especialmente em termos de consciência individual e travestida de proselitismo político-militar dirigido contra os *infieis* (a par das iniciativas de banimento sistemático dos judeus da vida comercial, ou da perseguição pessoal a Giordano Bruno, Copérnico, Galileu etc.), foi muito alto.¹⁸³

Daí a cunha de *secularização*, que se insere na luta contra a intolerância religiosa, e interage recursivamente com os discurso jurídico-constitucional. John Swomly define o fenômeno como o “processo pelo qual a sociedade se afastou do controle da Igreja, de forma que a ciência, a educação, a arte e a política ficaram livres da conformidade com o dogma teológico e as hierarquias eclesiásticas”.¹⁸⁴

Da banda brasileira, ainda no início de 1970, fez-se ouvir a voz do Padre José Comblin, numa lúcida análise do fenômeno. Primeiro, ao observar que, à época, já não eram os “teólogos que orientam os movimentos de idéias no meio cristão”; atualmente contentam-se em “retomar os tema que orientam a reflexão cristã situada no nível da ‘opinião pública’.”¹⁸⁵ Nota, o autor, que a secularização contém três elementos: (1) um movimento a partir de um mundo sacralizado em direção a um mundo profano autônomo; (2) um movimento a partir de uma concepção religiosa da existência em direção a uma concepção não religiosa e histórica; (3) um movimento a partir de um Cristianismo ligado à concepção sacral do mundo em direção a um Cristianismo autêntico, isto é, pós-cristão ou inspirado pelas tendências do pós-cristão. Impressiona que já acreditasse, naquele então, “que a teoria da secularização é transitória. Exprime um primeiro passo em direção ao mundo. Mas o

¹⁸³ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 117, comenta o quanto “minou as almas a contradição cristã das Cruzadas”. Quando bombardeou-se Roma, nas duas Guerra Mundiais do século XX, e o “Vaticano apelou para os homens, faltavam-lhe forçar para falar contra as guerras. Que errara na perseguição aos infieis, o futuro mostrou”.

¹⁸⁴ *Apud* MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 93. Para uma análise comparativa sobre as dimensões filosóficas e institucionais da secularização, vide DAVUTOGLU, Ahmet. *Philosophical and institutional dimensions of secularisation*. In: TAMIMI, Azzam e ESPOSITO, John *Islam and secularism in the middle east*. Londres: C. Hurst & Co, 2000.

¹⁸⁵ COMBLIN, José. *Mitos e realidades da secularização*. São Paulo: Herder, 1970, p. 2, citado *Mitos e realidades da secularização*. Ademais, a secularização situa-se no próprio coração do cristianismo: “define a situação do cristão entre Deus e o mundo. O cristão, filho de Deus, livre neste mundo cuja responsabilidade lhe cabe, é, por vocação, um ser secularizado. Existe, pois, um acordo profundo entre a história dos últimos séculos e o Cristianismo autêntico. A secularização é a grande oportunidade do cristianismo” (p. 29).

segundo passo apagará o primeiro. Uma vez situado na perspectiva da história da sociedade global, o fenômeno da secularização se desvanecerá”.¹⁸⁶

Carl Schmitt já dizia que sem a idéia de secularização seria impossível compreender os últimos séculos da nossa história.¹⁸⁷ Ancorada na *modernidade* e em múltiplos fatores, que demandariam cada um desenvolvimento apartado, passa por fatos como a comercialização e a industrialização, mobilidade social acelerada, reestratificação social, cultura de massa, alfabetização, educação e meios de comunicação, dentre outros. Se as guerras religiosas demonstraram cabalmente a fratura do consenso teológico, foi preciso buscar novas bases, racionais e acessíveis a todos, para edificar as diversas esferas de ação social. As “estruturas cognitivas prevalecem agora sobre as normativas”, num movimento em que a “razão toma o lugar da revelação, a ciência o lugar do fé, a funcionalidade o lugar da moral.”. Noutro plano, o “princípio de autoridade é substituído por uma ética dialógica, conversacional”. Este “racionalismo empirista” surtirá efeitos na “desdogmatização e desmitologização de instituições, crenças e práticas”, assistindo-se a uma verdadeira “rotura epistemológica, uma transição para um novo paradigma”.

Max Weber, a seu turno, diria que a discordância entre ciência e religião “brota do fato de que a ciência ‘sem pressupostos’, recusando submissão a uma autoridade religiosa, não conhece nem ‘milagres’ nem ‘revelação’”.¹⁸⁸ Adiante, usa da famosa expressão: tudo se dá “exatamente como se passava no mundo antigo, que se encontrava sob o encanto dos deuses e demônios, mas assume sentido diverso. (...) embora nosso comportamento haja rompido o encanto e se haja despojado do mito que ainda vive em nós”. A religião tornou-se, “em nossos tempos, ‘rotina quotidiana’. Os deuses antigos abandonam suas tumbas e, sob a forma de

¹⁸⁶ COMBLIN, *Mitos e realidades da secularização*, pp. 41 (para a primeira citação) e 167 (para a segunda), que prossegue: “Haverá apenas uma variedade muito grande de conseqüências religiosas da evolução. São todas ela reflexo da história total. Não se traça uma história reagrupando o conjunto dos reflexos”.

¹⁸⁷ Ao publicar, com meio século de intervalo (1922 e 1969), dois textos sugestivamente chamados *Teologia Política*, Schmitt, indo ao fundo das coisas, insere-se no clima: a secularização política da modernidade, na terra *desencantada*, a legitimação teológica ou axiológica da ordem política tornou-se impossível (de resto, inútil), a política “é nosso destino de homens ligados a um solo profano” (GOYARD-FABRE, *Princípios*, p. 270).

¹⁸⁸ Neste particular, NIETZSCHE, *A gaia ciência*, aforismo 344, pp. 234-5, ironizava, alguns anos antes, a assertiva de que na “ciência as convicções não tem direito de cidadania”. Afirmava: “Vê-se que também a ciência repousa numa crença, que não existe ciência ‘sem pressupostos’. A questão de a *verdade* ser ou não necessária tem de ser antes respondida afirmativamente, e a tal ponto que a resposta exprima a crença, o princípio, a convicção de que *nada* é mais necessário do que a verdade, e em relação a ela tudo o mais é de valor secundário”.

poderes impessoais, porque desencantados, esforçam-se por ganhar poder sobre nossas vidas”.¹⁸⁹

E há vetores de influência que provêm do próprio âmbito cultural-religioso, sinalando-se o contributo dado pelo “protestantismo no sentido do *desencantamento da religião*” (ao negar os sacramentos e desvalorizar o simbolismo de ritos e imagens), na sua aposta por uma religiosidade mais interior e racional. Em ondas sísmicas, os vários subsistemas sociais – admitida a progressão diferenciadora e a autonomia de cada campo, com sua racionalidade específica e teleologia intrínseca, idéias caras à sociologia contemporânea – contaminam-se com o refluxo religioso. A função, por exemplo, “anteriormente desempenhada pela moral passou a ser ocupada, em larga medida, pela deontologia”. A política, de arte de realização coletiva do bem comum, passa a “instância sistêmica de finalização (*goal-attainment*), de agregação de preferências e de alocação autoritativa de valores”, num contexto social influenciado por fluxos multidirecionais de informação (*inputs, outputs, feedback*). O direito vai afirmar sua autonomia em figuras geométricas, certas e neutras, seja na pirâmide kelseniana, seja no círculo auto-referencial e autopoietico. Não mais pretendendo a maximização de um dado sistema moral, o sistema jurídico “contenta-se com a prossecução de um *mínimo ético*, mantendo-se cognitivamente aberto e normativamente fechado em relação a qualquer ordem de valores holística”. A religião, antes cimento da estrutura social, passa a ser um entre muitos outros subsistemas sociais, cuja especificidade é ser um “*sistema de orientação cognitiva relativo aos problemas de sentido*” – ainda importante, é “privatizada, relegada para os juridicamente insindicáveis domínios das preferências individuais”.¹⁹⁰

Ora, num mundo plural e complexo, não há espaço para o discurso teológico unificador. O sistema social, cético de ontologias, aposta na epistemologia de natureza discursiva-teorética (*infra*, item 2.1.1). De roldão com a *linguistic turn* (como Lênio Streck refere-se à viragem lingüística),¹⁹¹ vem a crise de legitimação e de legitimidade das

¹⁸⁹ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1968, pp. 40 e 42-3 (citado *Ciência e política*). A ciência, para o autor, alicerçada na *especialização*, é consciente e está a serviço do conhecimento das “relações objetivas”, mas não lhe compete refletir sobre o *sentido* da mundo”, apanágios da religião e da teologia (e de sábios e de filósofos) – pp. 47-9. Adiante (pp. 112-24), o autor discorre sobre a ética política, relacionando-a com o instrumento específico da *violência legítima* (p. 118), que caracteriza o Estado, e a ética religiosa, problematizando a ética da convicção e a ética da responsabilidade (pp. 113-4).

¹⁹⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 94-6.

¹⁹¹ Remete-se à resenha feita em WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 pp. 104-5, especialmente nota 246 (citado *Honra*).

democracias ocidentais. O problema crucial do século XX parece ser a necessidade de assentar-se em valores comuns, que mantenham a sociedade unida, “na ausência de uma ampla e firme base religiosa”. Na justiça política, ganham corpo princípios de justiça e reciprocidade, desponta um constitucionalismo dialógico (*infra*, itens 2.1.2 e 2.1.3).

O fato é que a colonização da racionalidade estético-expressiva pela cognitivo-instrumental é também fruto do avassalador desenvolvimento tecnológico.¹⁹² É a noção de *desencantamento do mundo* – a reencantar-se, em nível privado, no século XX – que já era expressa por Bulfinch em meados do século XIX, ao discorrer sobre o paganismo: “A imaginação dos gregos povoava todas as regiões da terra e do mar de divindades, a cuja diligência atribuíam os fenômenos que nossa filosofia considera como consequência das leis naturais. Às vezes, em nossos momentos de poesia, sentimo-nos inclinados a lamentar a mudança ocorrida, e a achar que, com a substituição, o coração perdeu tanto quanto o cérebro ganhou”.¹⁹³

As críticas ao estágio descrito também são várias. Para vários movimentos *fundamentalistas*, de modo simples e direto, este é o *inimigo cuja tarefa é destruir*. É preciso combater o *declínio moral*, o *indiferentismo*, o *relativismo*. Este ponto merecerá desenvolvimento posterior (*infra*, item 2.1.4). Nesta sede, pode-se questionar até que ponto a secularização implica ou não hostilidade do estado em relação ao fenômeno religioso, sendo negativa, por exemplo, a resposta de Jónatas Machado, que na esteira de Hannah Arendt encara o processo, do ponto de vista jurídico-constitucional, como “algo natural e desejável”, o que não quer significar o declínio da religião, mas traduz a autonomia dos diversos subsistemas sociais de acordo com uma “lógica não holística”. Aliás, quem “atentar para o fenômeno religioso em nossos dias não vê águas paradas, mas sim vitalidade e movimento”. Talvez o coração da cultura seja a religião, o que significaria que uma sociedade secularizada

¹⁹² A classificação, que parte de conceitos weberianos, encontra-se em SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto: Afrontamento, p. 193 (citado *Pela mão de Alice*).

¹⁹³ O poeta Wordsworth manifesta, de maneira bem enérgica, tal sentimento. Oxalá um pagão ainda eu fosse./ Por velhas ilusões acalentado./ A paisagem seria bem mais doce/ E o mundo muito menos desolado”. Schiller (Die Götter Griechenlands), ao manifestar pesar pelo desaparecimento da “bela mitologia dos velhos tempos”, provocou a resposta triunfal da poetisa cristã E. Barret Browning (Pã é Morto): O mundo deixa além as fantasias/ Que, em sua juventude, o embalaram/ E as fábulas mais belas e mais vivas/ Tolas parecem em face da verdade./ De Febo o carro terminou o curso!/ Olhai de frente o sol, olhai, poetas!/ E Pã, e Pã é morto – BULFINCH, Thomas. O livro de ouro da mitologia (a idade das fábulas): histórias de deuses e heróis. 11ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, pp 206-6.

pode ser “fortemente influenciada pelo fator religioso”, sendo notável o paradigma norte-americano.¹⁹⁴

Justamente a descrença numa doutrina filosófica abrangente, ou, mais rigorosamente, em “doutrinas e concepções abrangentes” (*comprehensive doctrines and conceptions*) – que englobariam de maneira mais ou menos sistemática e completa a totalidade dos aspectos da existência humana (ou a maior parte dos diversos aspectos) -, fez com que John Rawls renunciasse ao projeto de ampliar sua *teoria da justiça* (formulada em 1971) no sentido de uma concepção filosófica do “justo como equidade”, contentando-se em delimitar uma *concepção política da justiça*, “válida para uma sociedade democrática”. E o projeto anterior é condenado, com grande probidade (no prefácio de *Justiça e Democracia*, de 1992), em face do “fato do pluralismo” e da diversidade de crenças. Nas suas palavras: “Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto. E não se deve esperar que isso aconteça num futuro previsível.”. Assim, o *fato do pluralismo*, prova que não é realista a “idéia de uma sociedade bem-ordenada e governada pela teoria da justiça como equidade” (no sentido original de “Uma Teoria da Justiça”). Mais, tal idéia “é incompatível com a própria realização de seus princípios nas melhores condições imagináveis”. O problema de hoje, portanto, é “saber como uma sociedade democrática estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais, mas profundamente divididos por doutrinas – religiosas, filosóficas e morais – incompatíveis entre si, pode existir de maneira durável.”. Um problema de atualidade urgente... E no entanto, “essas são questões antigas, que se levantaram a propósito da tolerância religiosa no momento da Reforma protestante e que podem ser até talvez mais antigas. Elas estão sempre presentes, porém, numa democracia, e pedem uma resposta particular.”.¹⁹⁵

Quanto ao sentimento de declínio moral, pode-se dizer que o discurso público da modernidade, se não apregoa a “morte de Deus”, visa sim a “*descentralizar a autoridade para definir a felicidade individual*, combatendo os imperialismos morais e subvertendo os poderes de todos quantos se arrogavam o direito de controlar a consciência individual.”. É certo que a

¹⁹⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 97-8. Os norte-americanos dão mais dinheiro e tempo para organizações religiosas do que ao conjunto de todas as outras associações voluntárias, sendo que 40% participam de cerimônias religiosas ao menos uma vez por semana e 60% da população confessa filiação religiosa – embora aceitem “esmagadoramente” a separação Igreja/Estado, acreditam que a religião tem um importante papel a desempenhar na esfera pública (nota 353, os dados são fornecidos por Robert Bellah, *Habits of the Heart*, New York, 1985, p. 219).

¹⁹⁵ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000 – prefácio, pp. IX a XI.

ascensão da burguesia a da lógica capitalista jogaram papel decisivo, célebre a observação de Voltaire de que a *lex mercatoria* não distingue cristão de judeus, crentes ou ateus. A modernidade preconizaria a privatização do fenômeno religioso, um retorno ao culto doméstico (*devotio privata*) da “cidade antiga”, ou exigiria uma praça pública vazia de símbolos religiosos (*naked public square*)? A indagação ganha redobrada atualidade, cujos contornos jurídicos serão aprofundados adiante (*infra*, item 4.4.1), mas a disputa simbólica é evidente. No Estado laico, então, “não se proíbe o culto público nem se preclui a influência das confissões religiosas na esfera pública. Antes se pretende, na formulação de Holmes, *restringir o abuso privado das instituições públicas.*”¹⁹⁶

Pode-se aventar, contudo, que a virulência dos embates travados hoje entre os discursos jurídico e teológico, de explosivas conseqüências políticas e históricas e com desafio teórico e praxiológico essencial ao Estado constitucional, abeberam-se de um *novo ambiente cultural*. Na época das transições, o dado novo poderia ser uma mundivisão *pós-secular*, um novo “paradigma inter-religioso e intercultural”, que assumiria dialeticamente a categoria sociológica e hermenêutica da secularização?

Segue-se a análise de Juan José Tamayo, teólogo e filósofo espanhol de grande fecundidade, que se propõe a tarefa de fundamentar um novo paradigma teológico que sirva de ponte para as diferentes reflexões e práticas do Primeiro e do Terceiro Mundo.¹⁹⁷ Interessa, nesta paragem, o destaque das ambigüidades do processo de secularização e a percepção do retorno da religião na sociedade atual – o que se ligará, adiante, com o fenômeno do fundamentalismo (*infra*, item 2.1.4).

Dietrich Bonhoeffer, teólogo alemão que foi prisioneiro de Hitler por atentar, com pensamentos e palavras, contra o nazismo, dá partida à “lúcida aproximação teológica à secularização”, vertendo suas idéias em belíssimas cartas escritas do cárcere. Caminhamos para um mundo adulto, maior de idade, que já não necessita da hipótese de Deus para explicar-se, ao passo que a religião e a teologia cristãs sempre se basearam no *a priori* da divindade, apresentando-se o cristianismo como um “arquetipo” da religião. Demonstrando-se, entretanto, que o arquetipo “não era mais que uma expressão cultural transitória e que os seres humanos tornam-se irreligiosos”, as conseqüências para o cristianismo são de grande monta. Perguntava-se, então, que significaria uma Igreja, uma paróquia, uma liturgia, a vida

¹⁹⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 99-101.

¹⁹⁷ TAMAYO, *Fundamentalismos*, *passim*.

cristã num mundo sem religião – indagações que, pese apenas interpretar teologicamente um clima cultural amplamente estudado por sociólogos, refletido por filósofos e descrito por escritores, escandalizaram ambientes religiosos. A opção de Bonhoeffer seria, naquela ambiência, por uma “interpretação não religiosa do cristianismo”, por “renunciar a falar de Deus de forma metafísica e individualista”, formas contrárias à “mensagem bíblica e à cultura atual” – a metafísica, com as chaves do absoluto e do infinito, situaria Deus fora do mundo; o individualismo pensaria Deus “fora do âmbito público da existência humana”, situado na esfera do pessoal, do íntimo e do privado.

Ao invés de combater o mundo (secularizado), é melhor falar de Deus nos limites das nossas possibilidades, em plena vida descobrir Deus no que conhecemos e no que não conhecemos e nas questões por resolver, em cujos limites é melhor guardar silêncio: “Jesus não chama a uma nova religião, mas à vida”. Deus não está na onipotência, “mas na debilidade e na impotência, no sofrimento e na cruz”. A par da interpretação não religiosa do cristianismo, o teólogo alemão propõe viver *mundanamente* (viver no mundo sem Deus), “ante Deus e com Deus, vivemos sem Deus”.¹⁹⁸

A evolução posterior (na segunda metade do século XX) da religião e da cultura ocidentais confirmariam as suspeitas de Bonhoeffer: no clima sociocultural secularizado a religião perdeu o protagonismo de outrora. Tamayo cita os conceitos de H. Cox, que caracteriza a secularização pela “liberação do ser humano do controle religioso e metafísico, pela liberação do mundo de suas concepções religiosas, pela ruptura dos mitos sobrenaturais e pela desfatalização da história”; e de P. Berger, que a vê como um fenômeno sociocultural, político e religioso consistente em que “alguns setores da sociedade e da cultura são subtraídos da dominação das instituições e dos símbolos religiosos”. O processo percebe-se como um movimento pelo qual as realidades históricas e naturais emancipam-se de toda tutela religiosa – a filosofia deixa de ser “escrava da teologia”, a ética torna-se autônoma, a arte rege-se por regras estéticas e não por normas morais, a “cultura tem o selo laico e não a marca religiosa de épocas passadas”. Nenhuma realidade precisa de legitimação religiosa para ter consistência. Na feliz expressão de Max Weber, é o clima de *desencantamento do mundo*.

Neste contexto, a religião deixa de ocupar o centro e passa à periferia; já não possui o monopólio de universo de sentido numa cultura caracterizada pela fragmentação e pelo

¹⁹⁸ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 26-9.

pluralismo de “deuses e valores, a religião é mais uma oferta de sentido, que tem que se validar no diálogo e na confrontação com outras ofertas de sentido, religiosas ou não.”¹⁹⁹

O posto de honra, que o poder abomina o vácuo, foi ocupado pela ciência, uma nova espécie de absoluto que goza dos atributos das deidades (onipotência, onipresença, onisciência) e que, na conversão da natureza em instrumento, ganha capacidade operacional para dominar o mundo. A razão técnico-científica submete-se à autoridade última da ciência, que carece de sensibilidade moral, alheia, portanto, aos valores da justiça e da liberdade. O *cientificismo*, como se manifestou na tradição neopositivista, é o desaguadouro de uma ciência “que não se vigia a si mesmo e que não admite vigilância” e tende ao “dogmatismo e à repressão”, podendo cair em estreitamentos similares ao das religiões dogmáticas – Tamayo acompanha Horkheimer, ao sinalar o terreno duvidoso que a ciência pisa quando “reivindica um poder de censura cujo exercício por outras instituições denunciou nos tempos do seu passado revolucionário”. O império absolutista da economia, núcleo da consciência secularizada e burguesa, passa a ser a “nova religião de todos os dias”.²⁰⁰ Plauto Faraco de Azevedo, no particular, vai referir-se a *Sociedade de Mon Pèlerin* como a vertente econômica sancionadora da exclusão social, negadora da política e do direito, uma “espécie de franco-maçonomia neoliberal”.²⁰¹

Em sua célebre “Oração de Sapiência” proferida na abertura solene das aulas na Universidade de Coimbra, no ano letivo de 1985/86, Boaventura de Sousa Santos, depois de apresentar as fissuras no paradigma dominante, procurou caracterizar a mundivisão emergente (o paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente).²⁰² No início do século XIX, a ciência moderna já se convertera numa espécie de religião (Copérnico, Kepler, Galileu, Newton, Bacon, Descartes estabeleceram seus fundamentos). Sua profissão de fé foi a racionalidade que emergiu a partir da revolução científica do século XVI e desenvolveu-se

¹⁹⁹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 29-30. WEBER, *Ciência e política*, pp. 47-9, dia que a ciência, alicerçada na *especialização*, é consciente e está a serviço do conhecimento das “relações objetivas”, mas não lhe compete refletir sobre o *sentido* da mundo”, apanágios da religião e da teologia (e de sábios e de filósofos).

²⁰⁰ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 31. Os novos doutores da lei são os economistas do sistema e a economia que triunfa com a secularização é a liberal (hoje *neoliberal*).

²⁰¹ “uma espécie de franco-maçonomia neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos’, sendo seu propósito ‘combater o Keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases para outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro’. (...) Mas a partir de 1973, com ‘a grande crise do modelo econômico do pós-guerra’, caracterizada por profunda recessão, as idéias neoliberais passaram prosperar.” - AZEVEDO, *Direito, globalização e neoliberalismo*, pp. 100-1.

²⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 11ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, pp. 50-5 (citado *Um discurso sobre as ciências*). “A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistémico mas expulsou-o, tal como a Deus, enquanto sujeito empírico.” (...) Assim ressubjectivado, o conhecimento científico ensina a viver e traduz-se num saber prático.”

nos séculos seguintes basicamente segundo o modelo das ciências naturais, que servem, portanto, de padrão para as incipientes ciências sociais. Um modelo totalitário, “na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”. Só existe uma forma de conhecimento verdadeiro e é com indisfarçada arrogância que os cientistas se medem com seus contemporâneos. Kepler, numa única ilustração, *Harmonia do Mundo* (1619, sobre as órbitas dos corpos celestes): “Perdoai-me, mas estou feliz; se vos zangardes eu perseverarei; (...) O meu livro pode esperar muitos séculos pelo seu leitor. Mas mesmo Deus teve de esperar seis mil anos por aqueles que pudessem contemplar o seu trabalho.”²⁰³

Os grandes avanços técnicos baseiam-se na observação e na experimentação, presididas pelas idéias matemáticas. O que não é quantificável passa ao estatuto de “cientificamente irrelevante”. Claramente, “o método científico assenta na redução da complexidade”. O pressuposto metateórico de um conhecimento baseado na formulação de leis é a idéia de *ordem* e de *estabilidade* do mundo, o mundo da mecânica de Newton, estático e eterno, a matéria a flutuar num espaço vazio, decomposto analiticamente pelo racionalismo cartesiano. “Esta ideia do mundo-máquina é de tal modo poderosa que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna”.²⁰⁴

Como consequência, “Por volta de 1900, a filosofia está gravemente afligida. As ciências naturais, ligadas ao positivismo, empirismo e sensualismo, roubam-lhe o ar que ela respira. A sensação de triunfo das ciências apóia-se no conhecimento exato da natureza e no domínio técnico da natureza.”. A época, desde meados do século XIX, impressionada com os resultados práticos das ciências empíricas, “desenvolve uma verdadeira paixão por reduzir, por expulsar o espírito do campo do saber”. Depois dos altos vãos idealistas do espírito absoluto, começa a surgir “por toda parte a vontade de ‘diminuir’ o ser humano. Naquela ocasião começava a vida da seguinte figura de pensamento: O homem não é senão...”²⁰⁵

A crítica ao paradigma da modernidade, com seu misto de ingenuidade epistemológica e arrogância metodológica, já está feita. Em parte, pelo próprio aprofundamento do

²⁰³ SANTOS, Boaventura de Souza, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, v. I. Porto: Afrontamento, 2000 p. 58, (citado *A crítica da razão indolente*), donde extraiu-se a citação de Kepler.

²⁰⁴ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, p. 61.

²⁰⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger, um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, pp. 53 e 56-7. “O projeto da modernidade começa com a disposição de rejeitar tudo que é

conhecimento, que desvelou a fragilidade de seus fundamentos. As rachaduras parecem irrecuperáveis: a relatividade da simultaneidade (Einstein), alteração do objeto pelo observador (física quântica, Heisenberg), o teorema da incompletude de Gödel, a teoria das estruturas dissipativas, a ordem através de flutuações (Prigogine).²⁰⁶ Recupera-se a irreversibilidade da flecha do tempo (turbilhões, oscilações químicas, radiação laser) e fere-se de morte a física tradicional, que “unia conhecimento e certeza: desde que fossem dadas condições iniciais apropriadas, elas garantiam a previsibilidade do futuro e a possibilidade de retrodizer o passado. Desde que a instabilidade é incorporada, a significação das leis da natureza ganha um novo sentido. Doravante, elas exprimem possibilidades”,²⁰⁷ o que será visto *infra* (item 2.1.1).

De toda sorte, do amplo movimento da secularização, podem-se extrair duas dimensões, segundo a perda de controle e influência da religião afete a vida pública e a sociedade (*secularização objetiva*) ou ao conjunto da vida, inclusive e notadamente as consciências (*secularização subjetiva*) – a família, último reduto da religião, sente os efeitos do fenômeno e a consciência “erige-se em juiz último da conduta humana, sem buscar ratificação ou retificação em instância religiosa alguma”. A secularização, como não poderia deixar de ser, tem conseqüências especiais em relação ao mundo do sagrado. Com a morte de Deus, antecipada por Nietzsche, o sobrenatural parece ter desaparecido do mundo atual sem deixar rastro, “a realidade transcendente não é significativa para o ser humano e deixa de englobar o conjunto da vida”. Por conseguinte, o lógico é varrer do mundo os símbolos religiosos, com o horizonte de sentido a que estes remetem e as perguntas antropológicas surgidas nesta esfera. No dizer de Tamayo, filha do “racionalismo como é, desembocou numa redução racionalizante. Sua sobrecarga cognoscitiva a tornou insensível aos símbolos e aos mitos.”²⁰⁸

excessivo e fantasioso. Mas mesmo a fantasia mais excessiva não teria podido imaginar, naquele tempo, as coisas incríveis que o espírito da sobriedade positivista ainda produziria.” (p. 57).

²⁰⁶ A literatura neste sentido é farta. Veja-se, para ilustrar, SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, pp. 23-35; *A crítica da razão indolente*, pp. 65-70.

²⁰⁷ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora da UNESP, 1996, p. 12.

²⁰⁸ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 32-3. É sempre conveniente lembrar que boa parte da responsabilidade por este estado de coisas pode ser tributada aos próprios crentes: “Deus pereceu na loquacidade de suas testemunhas oficiais” (Gottfried Bachl sobre o mundo que glorifica a palavra e que resume, no fim, tudo a linguagem); o “eclipse de Deus, seqüestrado pelas superstições dos crentes que o manipulam com familiaridade” (Martin Buber); a “auto-suficiência de não poucos teólogos de ofício” e de instituições religiosas, que tendem a “convertê-lo em dogma, lei e instituição a seu serviço” (Tamayo).

Seja como for, é produtor de algumas interpretações da secularização do ponto de vista do cristianismo. Muitos teólogos consideram o processo uma “conseqüência legítima e necessária do impacto que provoca a fé bíblica na história”, uma derivação da revelação cristã que há de ser acolhida favoravelmente. Não ruptura, vislumbra-se *continuidade entre cristianismo e secularização* (na linha, já referida, de Comblin), contribuindo o primeiro para uma sociedade secular, laica e ilustrada. Precisamente, a secularização “comporta o fim do cristianismo medieval” e constitui uma “purificação da fé, ao tempo que liberta da tendência de absolutização do mundo”. Nesta linha, a idéia de *progresso* arranca da “concepção escatológica da religião judaico-cristã”. Nascidos os conceitos de história e historicidade da religião bíblica, a herança secularizadora pode estar no advento das “ciências naturais, das instituições democráticas e do pluralismo cultural”. Harvey Cox, por exemplo, numa obra chamada “A cidade secular. Como uma teologia comprometida chega a converter-se em política.”, postula que a *criação*, descrita no Gênesis, é o primeiro ato de *dessacralização do mundo* (que, sendo uma realidade criada, não tem caráter sagrado nem transcendente). Nem Deus nem o homem fazem parte da natureza, que não domina, “como destino fatal, a vida humana, nem influi na vontade divina”; o ato criador do Deus de Israel “exclui toda a concepção panteísta do mundo e a existência de deuses e demônios” – é a fonte bíblica para o desencantamento do mundo. Também é a Bíblia que fornece as bases para a *dessacralização da política*, por meio do “acontecimento libertador do êxodo”, que romperia com a coincidência entre a ordem política e religiosa das religiões arcaicas.²⁰⁹

Antes de prosseguir, convém esclarecer que não se pretende avaliar sequer a consistência teológica da versão apresentada, inclusive por absoluta incompetência do sujeito da investigação, mas destacar a presença de narrativas alternativas mesmo no seio da história religiosa, a reafirmar o fato do pluralismo.

É certo que o cristianismo primitivo opera uma original *dessacralização da política e do poder*, tanto que sua negativa em render culto ao imperador (embora rezassem por ele)

²⁰⁹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 34-6. O êxodo quebra este mundo político-sacral, operando o Deus do êxodo como “elemento de deslegitimação da (des)ordem social faraônica do Egito e de sua política de opressão e de injustiça.” Estão destruídas as bases religiosas que serviam de fundamento ao Império, o que serve de “crítica ao poder político dominante e gera uma consciência alternativa à ordem estabelecida”. O êxodo, assim, mostra que o curso da história pode mudar, possibilidades que se tornam realidade “graças ao levantamento de todo um povo contra o poder constituído, que pode ser derrocado porque perdeu sua aura sagrada”.

custou-lhes a perseguição.²¹⁰ Neste sentido, a idéia de secularização como um “acontecimento originalmente cristão”, pois a religião, “que operava como elemento legitimador da autoridade política estabelecida, no caso do cristianismo distancia-se do poder e renuncia a converter-se em fonte de legitimação”.²¹¹

Há, porém, outra visão concorrente, não positiva, que entende a secularização como “fenômeno patológico do cristianismo”. Para os teólogos e sociólogos que a defendem, a secularização desemboca na ruína e na autoliquidação do cristianismo, visto o Concílio Vaticano II (1962-65) como um de seus resultados mais perniciosos, acusado de otimismo ingênuo e de falta de sentido crítico ao optar pelo diálogo com o mundo moderno, ao invés de combatê-lo. A dissolução dos dogmas, a absolutização da consciência, um certo flerte com o ateísmo, a vida secularizada que certos religiosos e sacerdotes levam, sem abertura à transcendência, “o diálogo com o mundo moderno desembocou no entreguismo. O pluralismo converteu a opção cristã em uma a mais. (...) A teologia dissolveu-se em sociologia e antropologia”. O vislumbre pessimista animou a atuação do Cardeal Ratzinger (celebrizado posteriormente como Papa Bento XVI) à frente da Congregação para a Doutrina da Fé”, cujo pensamento é descrito por Tamayo – intimamente ligado à Teologia da Libertação, convém esclarecer – como “mais próximo da restauração do cristianismo medieval do que da renovação (pós)conciliar”. Ratzinger, na resenha de Tamayo, crê que se passou da autocrítica à autodestruição e do entusiasmo ao desalento. Os conceitos de “obediência” e “autoridade” caíram como herança de um passado autoritário a superar. A confiança no dogma entrou em crise. O pluralismo teológico desemboca em subjetivismo e individualismo. “A criatividade teológica leva à desintegração da fé. Também a ética passa por momentos de crise que têm dado lugar à permissividade moral e à destruição do vínculo entre sexualidade e matrimônio e entre sexualidade e procriação.”²¹²

A ambivalência diante da secularização angustia os mais radicais críticos do cristianismo, como Nietzsche (*A Gaia Ciência*) relata a história do *homem louco* que, em plena manhã, acendeu uma lanterna e pôs-se a gritar: “Procuro Deus!”. Diante das gargalhadas dos descrentes, o homem louco lançou-se no meio deles: “‘Para onde foi Deus?’”,

²¹⁰ “O choque do monismo romano com o dualismo cristão era inevitável: os cristãos recusavam-se a prestar culto divino ao Imperador e a Roma. Isto deu lugar a perseguições que conheceram momentos de especial virulência no século III, tornando-se gerais e institucionalizadas, promovidas pela autoridade imperial.” (ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa* pp. 36-7).

²¹¹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 37.

²¹² TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 39.

gritou ele, ‘já lhes direi! *Nós os matamos* – vocês e eu. Somos todos seus assassinos!’²¹³ Nietzsche sinala duas grandes linhas da filosofia: “a constatação da ausência de Deus e o reconhecimento da ferida que causa dita ausência; a tendência à racionalização de Deus e a insatisfação que provoca um racionalismo estreito; o questionamento da transcendência de Deus e a insatisfação da instalação da imanência; a crítica do ídolo e a busca de uma alteridade transcendente.”²¹⁴

E a sensação de desamparo seria ainda maior no século seguinte, diante do Holocausto, pois, no mundo desencantado, como continuar confiando no homem depois de Auschwitz? Assim que as perguntas multiplicam-se, especialmente surgidas em face do sofrimento – historicamente testemunhado – de pessoas inocentes. E a literatura aqui é mais que farta, lembrando-se Dostoievski e Camus, ao passo que outras vertentes teológicas também se rebelam, como a feminista ao dirigir suas perguntas à “teologia patriarcal”, que teria assumido os pressupostos da modernidade, ou a teologia da libertação, indignada com a situação de injustiça global em que padecem dois terços da humanidade.

Em tal contexto, sem tomar qualquer partido, é possível afirmar com Tamayo que tais perguntas denotam que “a secularização não é um fenômeno linear, transparente, luminoso, e sim que tem seus prós e seus contras e que está cheio de armadilhas”. *O clima secularizado é ambíguo e traz luz e sombra*. Na pretensão de tudo explicar, a razão instrumental, filha da secularização, “elimina de seu âmbito uma parte nada desdenhável da realidade, aquela que não é nem pode ser objeto de verificação empírica, de comprovação racional, de explicação

²¹³ NIETZSCHE, *A gaia ciência*, aforismo 125, pp. 147-8. Seguem-se as impressionantes indagações (o texto foi escrito entre 1882 e 1886): “Mas como fizemos isso? Como conseguimos beber inteiramente o mar? Quem nos deu a esponja para apagar o horizonte? Que fizemos nós, ao desatar a terra do seu sol? Para onde se move ela agora? Para onde nos movemos nós? (...) Não sentimos na pele o sopro do vácuo? Não se tornou ele mais frio? Não anoitece eternamente? Não temos que acender lanternas de manhã? (...) Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! Como nos consolar, a nós, assassinos entre os assassinos? O mais forte e mais sagrado que o mundo até então possuía sangrou inteiro sob os nossos punhais – quem nos limpará este sangue? Com que água poderíamos nos lavar? Que ritos expiatórios, que jogos sagrados teremos de inventar? A grandeza desse ato não é demasiado grande para nós? Não deveríamos nós mesmos nos tornar deuses, para ao menos parecer dignos dele? (...) ‘Eu venho cedo demais’, disse então, ‘não é ainda meu tempo. Esse acontecimento enorme está a caminho, ainda anda: não chegou ainda aos ouvidos dos homens”. No mesmo dia, o homem louco irrompeu em várias igrejas, em cada uma entoando um *Requiem*. “Levado para fora e interrogado, limitava-se a responder: ‘O que são ainda essas igrejas, se não os mausoléus e túmulos de Deus?’”. Antes (aforismo 128, p. 135) já dizia que “Deus está morto; mas, tal como são os homens, durante séculos ainda haverá cavernas em que sua sombra será mostrada”. Adiante (aforismo 343, pp. 233-4) traduz o “maior acontecimento recente” (Deus está morto) no fato de que “a crença no Deus cristão perdeu o seu crédito”, o que já começava a lançar “suas primeiras sombras sobre a Europa”. Especulava sobre “tudo quanto irá desmoronar, agora que esta crença foi minada, porque estava sobre ela construído, nela apoiado, nela arraigado: toda a nossa moral européia, por exemplo”. A notícia de que “o velho Deus morreu” ilumina os filósofos e espíritos livres, que podem zarpar novamente ao encontro de todo o perigo, provavelmente nunca houve tanto “mar aberto”.

²¹⁴ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 40.

científica: o mistério, o sagrado, o simbólico, a mística, o mito, e, em geral, tudo que tem que ver com o mundo da religião.”. Assim que uma *dupla redução* ameaça uma teologia que siga mimeticamente os passos da Ilustração: a redução *racionalizante* (ao renunciar aos mitos e aos símbolos) e a redução *privatizante* (ao converter a religião em assunto privado).²¹⁵ Stephen Toulmin mostra “como a razão perdeu seu equilíbrio” (título do ensaio), situando o fenômeno a partir de meados do século XVII, “quando certas temas e métodos de investigação foram considerados filosoficamente sérios ou ‘racionais’ de uma forma que não se aplicava a outros”.²¹⁶

Tamayo acrescenta, ainda, que, ao excluir do horizonte humano a experiência religiosa, a secularização desemboca numa concepção burguesa – o sujeito histórico da sociedade secular já não é o ser humano religioso, e sim o sujeito burguês, cuja classe social toma as rédeas da economia a seu serviço, “gerando novas formas de exploração marginalização e exclusão” (seguindo tal lógica, o processo de secularização acabaria por excluir os pobres de seu horizonte).²¹⁷

Neste contexto, talvez o despertar das religiões não seja um retorno contra todos os prognósticos. A esta altura, parecem historicamente fracassadas as previsões sociológicas de que as religiões não conseguiriam sobreviver ao século XX e se converteriam num fenômeno puramente residual, sem relevância nenhuma. Contra a “religião invisível”, pode-se falar na “revanche de Deus”.²¹⁸ A partir da segunda metade dos anos 70 do século passado produz-se

²¹⁵ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 44.

²¹⁶ TOULMIN, Stephen. Como a razão perdeu seu equilíbrio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente – Um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 271.

²¹⁷ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 45-6. Nenhuma das considerações, todavia, pretende negar “os abusos da religião quando deteve o poder político e social” ou a legitimação emprestada pelo cristianismo à ordem estabelecida, autoritária e injusta, durante muitos séculos – mas isso não é o todo do cristianismo, antes sua parte mais perversa e deformada, já que sua “verdadeira face é profética e mostra-se humanitária e libertadora” (a religião não tem por que exercer sempre uma função alienante; Leonardo Boff observa que na América Latina a religião opera como “ópio da burguesia e libertação para o povo”). Parafrazeando o certo título da obra de Adorno e Horkheimer (*Dialética da Ilustração*), bem se poderia falar da “dialética da secularização”.

²¹⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. “Freedom of religion: a view from europe”, *Roger Williams University Law Review*. v.10, nº 2, 2005, pp. 464-7 (citado *Freedom*), dá conta da *religious resurgence* e da *deseccularization* percebidas pelos teóricos nos últimos anos do século XX e primeiros do século XXI. A derrocada do comunismo teria solapado a última das metanarrativas seculares. O fundamentalismo islâmico vem nesse roldão, assim como o incremento da influência dos movimentos evangélicos (*Moral Majority* e *Christian Coalition*) – a mostrar a forte presença dos temas religiosos na esfera pública, a par do crescimento mundial dos evangélicos. O Papa João Paulo II tornou-se um fenômeno “pop”; nas ciências naturais, surge o “design inteligente”; mais recentemente, os ataques (religiosamente motivados) de 11 de Setembro – tudo leva a religião a ser uma questão central da vida pública. Mel Gibson roda “A paixão de Cristo”, Dan Brown é sucesso de venda com o “Código da Vinci”. A Europa, entretanto, parece uma exceção nessa ressurgência religiosa: tem havido, de fato, especialmente na intelectualidade, um “recente surto de secularismo”, alimentado pelo medo do Islã político – embora, gradativamente, a religião seja apresentada como um “reservatório ético da sociedade secular”. Ainda é cedo para avaliar este fenômeno complexo e avaliar o seu impacto no campo do Direito, mas é

um fenômeno conhecido como “surpresa do divino”, ressurgindo as religiões como força social, recobrando vitalidade política e reconquistando o espaço público, convertendo-se, enfim, em “elemento fundamental de identidade cultural e nacional, sobretudo em países onde o fator religioso foi severamente reprimido ou simplesmente neutralizado.”²¹⁹ Sem desconsiderar os lados negativos das religiões, e no bojo de esforços pela paz entre as religiões, Hans Küng pondera que as pessoas talvez estejam interessadas na função positiva das religiões e pergunta por que “em todos os continentes bilhões de pessoas são religiosas (...) qual a contribuição das religiões para o etos da humanidade, para uma ética mundial que aos poucos toma forma na consciência da humanidade?”²²⁰

João Paulo II pôs em marcha um programa de “recristianização” ou “segunda evangelização” da Europa, começando por sua Polônia natal, com o controle doutrinário de seu braço direito, então cardeal Ratzinger, numa hiperatividade de vários “novos movimentos eclesiais” (dentre os quais se destaca o *Opus Dei*, projeto lido por teólogos à esquerda como “neoconservador”), pretendia recuperar o espaço decaído e agora aberto pelo fim do comunismo. Tampouco pode deixar de ser referida a influência de movimentos religiosos, vários de matriz fundamentalista cristã, no triunfo eleitoral de Reagan em 1980 e 1984 (movimentos pentecostais e neopentecostais). No mundo islâmico, a Revolução do Irã, em 1979, significou o refluxo da modernidade – apontada como responsável pelo males da região – e um processo sem parada de *reislamização* dos Estados e de suas respectivas sociedades.²²¹ Em muitos países muçulmanos, tudo se rege pelo Corão e pela *Shari’a*, nada escapando ao controle da religião de Alá. Também no mundo judeu experimentou-se fenômeno similar.²²²

perceptível a tendência, mesmo em setores do discurso liberal, para acomodar, num papel maior, os argumentos religiosos. O autor apresentou um *paper*, num recente Seminário realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (13 a 22 de julho de 2005 – “VII Summer Law School in Human Rights”, *Religion and international law: past and present*), intitulado “As if god existed”: *religion and international law in history*. Pelo menos duas participações no curso trataram do tema: “The global resurgence of religion: facts, statistics and analysis” (Helena Vilaça, socióloga da Universidade do Porto); “The global religious resurgence and international law” (Mark W. Janis, Universidade de Connecticut).

²¹⁹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 48. O autor cita obra de Gilles Kepel, de sugestivo título, *La revanche de Dios. Cristianos, judíos y musulmanes a la reconquista do mundo*, Anaya & Muchnik, Madrid, 1991 (o original, em francês, consigna *La revanche de Dieu*).

²²⁰ KÜNG, Hans. *Religiões do mundo. Em busca dos pontos comuns*. (trad. Carlos Almeida Pereira) Campinas: Verus, 2004, p. 17 (citado *Religiões do mundo*).

²²¹ “Embora odiasse outras formas de modernização, Khomeini aceitara avidamente as técnicas da comunicação de massa e absorvera um dos princípios fundamentais do anúncio: uma mensagem simples adquire credibilidade com a repetição”. No caso, repetir que “o regime do xá era obra – literalmente – do demônio e que era um dever religioso destruí-lo” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, *Milênio*, p. 674). No capítulo XIX da obra, o autor trata sugestivamente do tema: “O Labirinto de Deus: ressurgimento islâmico no final do milênio”.

²²² TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 49. Há movimentos reformistas dentro do Islã que não consideram inerente à religião muçulmana a confessionalidade do Estado (defesa da laicidade), bem como correntes feministas. Para

Nesta linha, o fim do século marcou o “êxito de Deus”, contra todos os prognósticos e em meio à cultura da frivolidade-trivialidade, desinteressada do mistério. A expressão é do jornalista espanhol Vicente Verdú, que escreveu, no *El País* de junho de 1997: “Nada mais antigo que Deus, mas, ao mesmo tempo, nada mais novo, transcultural ou apreciada iguaria num mercado que, dia à dia, só expende vulgarizações do real.”²²³

Teólogos percebem que “Deus volta a aparecer onde menos se esperava, fora das Igrejas oficiais”, fenômeno dificilmente reconhecido pelas instituições religiosas, que tendem a valorar a situação religiosa em função da pertença ou não às grandes Igrejas, da adesão ou não a credos oficiais e da participação regular em atos de culto. O fenômeno das *nova religiosidades* no ocidente terá repercussões adiante, ao buscar-se um conceito de religião (*infra*, item 3.2.2), farta a literatura sociológica em expressões como “campo religioso ampliado, religião difusa, novos movimentos religiosos” etc.²²⁴ Todavia, quem nota é Samuel Huntington, essa “revitalização religiosa” envolve, em parte, que algumas religiões conquistem novos recrutas em sociedades nas quais não penetravam anteriormente – e, num grau muito maior, “redundou em que as pessoas voltassem para as religiões tradicionais de suas comunidades”, revigorando-as e dando-lhe novo significado. Em todas, “surgiram movimentos fundamentalistas dedicados à purificação militante das doutrinas e das instituições religiosas, bem como à reformulação do comportamento pessoal, social e governamental de acordo com os preceitos religiosos” – mas são apenas “ondas da maré religiosa, muito mais ampla e mais fundamental, que está dando um formato diferente à vida humana no final do século XX”, a manifestar-se, “em todas as sociedades, na vida e no trabalho quotidiano das pessoas e nas preocupações e projetos dos governos”.²²⁵

uma leitura do “Islã reelaborado a partir da visão das mulheres”, vide BALDI, *Os direitos humanos e as concepções não-ocidentais*, pp. 125-30.

²²³ Apud TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 50.

²²⁴ Vide SIQUEIRA, Deis. *As novas religiosidades no Ocidente. Brasília, cidade mística*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, *passim* (citado *As novas religiosidades*).

²²⁵ HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. (trad. M. H. C. Côrtes) Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 115-24 (citado *O choque de civilizações*). As evidências podem exemplificar-se com os ex-Estados Comunistas. “Esses países, da Albânia ao Vietnã, foram varridos por uma revitalização religiosa, que preencheu o vácuo deixado pelo desmoronamento da ideologia. Na Rússia, a Ortodoxia passou por um grande ressurgimento. Em 1994, 30% dos russos com menos de 25 anos de idade disseram que tinham passado do ateísmo para a fé em Deus. O número de igrejas em funcionamento na área de Moscou aumentou de 50 em 1988 para 250 em 1993. (...) um revitalização islâmica varreu a Ásia Central. Em 1989, havia na Ásia Central 160 mesquitas e um *medressah* (seminário islâmico); ao começar o ano de 1993, havia cerca de 10 mil mesquitas e 10 *medressahs*” (o que envolveu alguns núcleos fundamentalistas, mas “consistiu essencialmente de um movimento cultural de maiorias, com uma base extremamente ampla”) – pp. 116-7

Exercendo uma plural funcionalidade sociopolítica, os *novos movimentos religiosos* costumam ser agrupados pelos sociólogos da religião em três tipologias com importantes diferenças: os movimentos *fundamentalistas* do islã, do judaísmo e do cristianismo; os movimentos de inspiração e procedência orientais; e os movimentos psicológico-terapêuticos quase-religiosos (alguns também influenciados por religiões orientais) – atualmente gozam de um rápido crescimento e de uma espetacular expansão. Em sua maioria (o primeiro tipo será aprofundado adiante, item 2.1.4.), dão *prioridade à experiência direta* sobre o raciocínio abstrato, ao fervor emocional sobre o pensamento racional, e têm uma “concepção holística da realidade e do ser humano”. Apóiam-se em “certezas intuitivas” e tendem a adaptar-se e mesmo legitimar o *statu quo* (mesmo que incorporem atitudes contraculturais). Os novos movimentos religiosos exercem uma decisiva influência na orientação das atitudes e opções sociopolíticas de seus membros, em geral oscilando entre o conservantismo e a alienação. Os sociólogos, de toda sorte, consideram tais movimentos, antes que contraprova, uma “comprovação do imparável processo de secularização em que está imersa a sociedade ocidental”. O *revival* religioso seria um fenômeno patológico, trivial e irrelevante, que carece de “capacidade para mudar a ordem sociocultural da Modernidade” – movimentos marginais, apesar da imagem de vitalidade, artigos exóticos de consumo nos “grandes supermercados espirituais”.²²⁶

Uma interpretação, em todo caso, que elimina os aspectos que não casam com a teoria da secularização, notadamente o fenômeno fundamentalista. Outros autores há que tributam o aparecimento das novas religiões à convicção, difundida em algumas comunidades ocidentais, de que o racionalismo científico, por si só, é incapaz de orientar a vida social contemporânea. Tratar-se-ia, portanto, de colocar limites no racionalismo moderno, de rebater princípios estabelecidos como axiomas: “fora da razão técnico-científica não há razão”, “fora do racionalismo científico não há conhecimento”, “fora da secularização não há salvação para o mundo”. Certo, nesta altura, que o retorno da religião manifesta-se freqüentemente em movimentos irracionais e intolerantes – sendo o fundamentalismo um dos focos da investigação –, mas que também há versões libertadoras e dialogantes – especialmente intentos de abertura a outras religiões, a par de movimentos religiosos comprometidos com a defesa dos direitos humanos e com a transformação de injustas estruturas sociais e

²²⁶ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 51-2. Para uma visão doutrinária da ressurgência da religião articulada com o fundamentalismo, vide MARTIN, David. “Fundamentalism: an Observational and Definitional *Tour d’ Horizon*”, *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, volume 61, nº2, abril-june, Former Editors, 1990, p. 129-31.

econômicas.²²⁷ Se bem que a meta de um entendimento universal entre as religiões deve “ser um etos comum da humanidade”, não deverá substituir a religião, nem se trata de ‘chegar a uma religião única, nem a um coquetel de religiões, nem de substituir a religião por uma ética.’²²⁸

A *mística*, por exemplo, hoje é vista não só pela teologia, mas pelas ciências humanas e da religião, como um campo de investigação antropológico-cultural, a par de experiência religiosa radical, não mais como um fenômeno anti-intelectual e anti-racional, sublinhando-se inclusive sua dimensão histórica. Outra das manifestações do novo despertar religioso é a *espiritualidade feminista*, disposta a questionar o que chamam de “mediações clérigo-patriarcais ou hierárquico-institucionais” que acabariam por sufocar ou negar a subjetividade feminina.²²⁹

Talvez despercebido, o ressurgir religioso pode explicar parte do fervor nos *deuses econômicos*, a *religião do mercado*, com inescandíveis matizes de fundamentalismo econômico. Seu dogma reitor é a força expansiva do “Dinheiro”, seu proselitismo é feito pelos meios de comunicação, que anunciam o “evangelho da felicidade”; seus sacramentos são os produtos comerciais e o consumo, os templos profanos são os “bancos” e os sacerdotes oficiais os banqueiros e financistas – sua contra-ética prega a competitividade e a ganância sem limite. Seu deus, naturalmente, é o *mercado*, que não admite qualquer rival ou limite (um rigoroso *monoteísmo de mercado*). Deuses tão óbvios que geralmente não são assim chamados, legitimam de modo transcendente a aplicação das leis da economia, cuja lógica é a *violência sacrificial estrutural*. No altar da “religião econômica imolam-se vidas humanas ao ídolo-capital, que converte em bodes expiatórios os setores mais depauperados” (com efeitos purificadores para os ricos). Um “deus invisível”, salvo nos ídolos de ouro e prata.²³⁰

²²⁷ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 52-3.

²²⁸ KÜNG, *Religiões do mundo*, p. 17.

²²⁹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 54-7. Trata-se, a feminina, de uma espiritualidade situada no horizonte hermenêutico da sabedoria – sapiencial, mas não intimista e sim política. O autor refere até a “religião da deusa, corrente cultural promovida por pensadoras e militantes feministas, *crentes ou não*, empenhadas em recuperar as deidades femininas como portadoras de valores humanos e religiosos ausentes – ou reprimidos nas – das religiões monoteístas ou politeístas com deidades masculinas. (...) A mulher, a quem nem o *cristianismo histórico* nem a *Ilustração* reconheciam em sua subjetividades, começa a experimentar-se como sujeito religioso e moral.” (grifou-se).

²³⁰ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 57-8. O *fundamentalismo econômico*, tema por demais instigante, não é obviamente objeto da investigação, mas recomenda-se a leitura do capítulo IV da obra (O fundamentalismo econômico: a religião do mercado, pp. 99-109), que remonta aos escritos de Walter Benjamin e de Max Weber, no clássico “A ética protestante e o espírito do capitalismo”.

Em linhas confluentes, mas com especificidades que os tornam dificilmente classicáveis na tipologia clássica da sociologia da religião ou conforme categorias consagradas da antropologia cultural, brotam novos movimentos “religiosos ou parareligiosos” animados pela idéia de *retorno do sagrado por via mágica*. Geralmente não contam com grupos muito numerosos, pese viverem a experiência religiosa de maneira intensa e com elevado grau de coesão, não passam pela mediação das grandes Igrejas ou instituições religiosas. Aliás, “a decadência da religião como instituição e a vivência da mesma de maneira desinstitucionalizada é precisamente uma das principais características do novo clima religioso”. É a magia, agora coberta e ampliada pela mídia: cresce a fé nos horóscopos, aumentam as consultas aos magos, videntes, gurus, na maioria dos casos em busca de mensagens positivas, embora não falem sessões de satanismo ou cultos esotéricos. Contra o vazio espiritual e a frieza da racionalidade tecnológica, também aparecem as *seitas*, “associações reduzidas somente a uma minoria, fechadas à sociedade e desafiadoras (*enfrentadas*) das Igrejas ou religiões.”. A segurança (contra o desamparo e a solidão) que proporcionam, todavia, cobra um preço muito alto: “a manipulação da consciência na forma de lavagem cerebral e de importantes rupturas psicológicas”.²³¹

É preciso referir, ainda, que a secularização nunca conseguiu eliminar as múltiplas manifestações de *religiosidade popular*. Mesmo minguada, persiste viva e até promovida por instâncias civis e políticas, às vezes por via do folclore, outras como componente de identidade cultural. Somem-se ao fenômeno “novas formas de religiosidade grupal comprometida”: comunidades de base, movimentos cristãos proféticos, grupos de oração etc. De muitas e variadas formas manifesta-se a religião. Numas vertentes, revestida de fanatismo e intolerância; noutras veredas, travestida de neoconservadorismo, “querendo ocupar espaços públicos de modo exclusivo, como nos tempos da cristandade triunfante do Medievo”; renasce em forma de “organizações sociais, culturais e políticas confessionais”; desenrola-se por atos religiosos multitudinários liderados pelos imãs, aiatolás e pelo papa, com tintas de espetáculo; outras vezes, é a ponta de lança de uma crítica subversiva e comprometida com os desfavorecidos, encarnando a solidariedade. Tal o *eclétismo* da vida religiosa, já não há espaço para uma adesão total e incondicional a um determinado credo, recolhe-se daqui e dali e fica-se com o mais razoável e coerente de cada religião (ou mais atraente, ou mais fácil...) –

²³¹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 59-60. O Sínodo de Bispos Católicos celebrado em Roma em 1985 apostava no “retorno ao sagrado” como resposta mais adequada ao secularismo ambiental.

tende-se a introduzir elementos das religiões orientais nas grandes religiões monoteístas.²³² Em suma, há uma “tendência a viver a religião fora das instituições religiosas”, as religiões vagam por múltiplos lugares e refugiam-se na subjetividade.²³³

Pela sintética descrição dos principais traços do atual retorno religioso, percebe-se que se caracteriza pela ambigüidade, variando as interpretações das otimizistas (a significar uma volta à prática messiânica do amor) às céticas (uma tentativa de aplacar a má consciência social, a busca de um cúmplice útil para manter o *statu quo*). Em termos de funcionalidade sociopolítica, há uma tendência ao *escapismo* nas novas formas religiosas, a “criar mundos fantásticos fora da realidade, a sublimar os problemas e a desviar sua solução pela via intimista ou espiritualista”. Trata-se, contudo, a religião, de um *fenômeno de massa, de notável capacidade mobilizadora e de grande força aglutinadora*. Mais de três quartas partes da população mundial está ligada a algum movimento religioso: cerca de 800 milhões ao hinduísmo, um bilhão e 200 milhões ao Islã; mais ou menos dois bilhões ao cristianismo, em torno de 350 milhões ao budismo; 200 milhões seguem outras religiões asiáticas, mais 200 milhões praticam religiões tradicionais, 16 milhões professam o judaísmo.²³⁴ Aproximadamente um quarto dos Estados do mundo mantém vínculos formais com alguma religião. Tal realidade tem sido menoscabada, talvez com ligeireza intelectual (Tamayo fala de certa irresponsabilidade), não se levando em conta, com o devido cuidado, na política internacional. Neste contexto, não se pode seguir repetindo a crítica moderna da religião “nos mesmos termos em que se formulou nos séculos passados”. Tampouco parece justo “qualificar as religiões, em bloco e sem matizes, como obstáculos para o progresso e considerá-las produtos do medo e da ignorância”. Menos ainda “combatê-las frontalmente desde um laicismo militante anti-religioso tão rançoso quanto algumas manifestações que pretende combater”. Tal constatação não implica, necessariamente, cair numa “nova apologética das religiões”. Trata-se, enfim, de manter uma permanente atitude de autocrítica e

²³² Aliás, não só nas religiões, mas também na ciência, tendência descrita pelo historiador de Oxford no lema “O Tao da Ciência” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, *Milênio*, pp. 814-22).

²³³ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 60-1.

²³⁴ No esquema apresentado, há certa dificuldade em classificar o espaço religioso chinês. Prefere-se, portanto, a proposta de Hans Küng, que distingue três grandes correntes globais: as religiões originárias da Índia (hinduísmo e budismo), as religiões originárias da China (confucionismo e taoísmo) e as religiões originárias do Oriente Médio: judaísmo, cristianismo e Islã. Remanesce espaço para as religiões “tribais”. Uma visão mais detalhada sobre as “religiões chinesas” (que abarca cerca de 1,2 bilhão de pessoas), vide KÜNG, *Religiões do mundo*, pp. 96-148. Desdobramento *infra* (item 3.2.2).

crítica. A primeira, “para desmascarar as perversões das religiões”; a segunda, na perspectiva da própria sociedade, “para defender a laicidade e evitar o perigo do neoconfessionalismo”.²³⁵

Do ponto de vista teológico, há interessantes leituras, como a do teólogo batista norte-americano Harvey Cox que, depois de um otimismo quase celebratório no início dos anos 60 para com “a Cidade Secular” (título de sua obra), voltou à reflexão poucos anos depois, ainda no final da mesma década, numa visão mais crítica para com a secularização e mais receptiva para com a religião (o novo livro, “as Festas dos Loucos”, *The Feasts of Fools*, foi publicado em 1969). Anos depois, ao final da década de 70, Cox publicou outra obra, “a Sedução do Espírito” (*The Seduction of the Spirit. The Use and Misuse of People’s Tradition*), na qual analisa o abuso, a deformação e até o seqüestro dos deuses, dos heróis e dos rituais do povo, por parte dos poderes estabelecidos, tanto religiosos quanto civis.²³⁶

Finalmente, em meados da década de 80, Cox publica nova obra, “a Religião na Cidade Secular” (*Religion in the Secular City. Toward a Postmodern Theology*), na qual dá conta das duas principais críticas à teologia moderna: a conservadora, que provém do fundamentalismo, e a radical, surgida das comunidades eclesiais de base e na teologia da libertação. Sua tese é que, contra todos os prognósticos (o “eclipse do sagrado”, a “reclusão na esfera privada”), a religião restabeleceu-se e “ressurge na cidade secular com vigor político e força social”. Parece disposta a recuperar, até de forma beligerante, o “espaço público do qual lhe havia expulsado a Ilustração três séculos antes”.²³⁷

²³⁵ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 62-3.

²³⁶ *Apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 63-5. O autor propõe a confluência de Francisco de Assis e Karl Marx, o santo e o revolucionário, o festivo e o libertador. Festa e fantasia, nesta perspectiva, são componentes fundamentais do ser humano e da cultura, não tem caráter instrumental (valem por si mesmas, como necessidade imperiosa da vida humana) e, por isso, foram afastadas do estreito mundo da civilização técnico-científica. Na rotina da vida do cálculo e da precisão, perde-se o sentido lúdico-festivo, e Cox pretende, justamente, recuperar o caráter ritual do ser humano e da religião, visto como veículo de fantasia e de expressão lúdico-festiva da existência humana. O “sedutor do espírito” converte os impulsos interiores autênticos em “instrumentos de dominação” e as esperanças populares numa vida melhor em “dependências debilitadoras”. A recuperação da religião do povo, com sua riqueza simbólica, cerimonial, lúdica e festiva, é apresentada como fator de libertação.

²³⁷ *Apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 66-7. Cox, em sintonia com o novo clima religioso festivo e popular, propõe uma nova teologia, nascida e elaborada da base e da periferia, “uma espécie de jogo”, teórica e arlequinesca, com consciência lúdica, cujas funções passam por desmascarar os significados fraudulentos dos mitos e os falsos mistérios e “rebaixar a autoridade mágica dos textos sagrados e a falsa legitimação dos governantes”. Tamayo cita também Sallie MacFague, que pensa uma teologia, numa era ecológica e nuclear, que deve ser metafórica, experimental, iconográfica e pluralista (pp. 67-8). Inevitável a lembrança da metáfora do barroco, cara a algumas correntes pós-modernas. Veja-se SANT’ANNA, Affonso Romano de. *Barroco: do quadrado à elipse*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp. 17-8. Uma arquitetura, por exemplo, como “metáfora que sintetiza a passagem do mundo renascentista para o cosmo barroco. Um privilegia o centramento; outro o descentramento. Do ponto de vista renascentista, estando no centro do círculo, tudo parece ter uma ordem geometricamente perfeita. A visão cêntrica, o ponto de vista fixo, elide as colunas atrás das colunas. O universo esférico parece plano. Mas, ao se caminhar para fora do círculo, o movimento do corpo se transfere para os

Outros vozes reforçam o contorno de um clima pós-secular, que se vai esboçando. Assim o filósofo Eugenio Trias, que critica a tendência de algumas tradições iluministas a eliminar toda referência religiosa da Modernidade (“não está claro que seja assim. Deus também está presente.”) e justifica sua advertência em duas obras (*A idade do espírito*, 1994, *Pensar a religião*, 1997). Na última, pensa a religião como tarefa ineludível, com dupla finalidade: como “antídoto frente ao fundamentalismo religioso, hoje em ascensão em todas as religiões – não só na islâmica – e como corretivo em face da frivolidade com que a tradição ilustrada tratou o tema da religião e da experiência religiosa”, vertentes que ou esquecem ou censuram a religião – explicações valiosas mas que não abarcam a totalidade do fenômeno religioso. Neste sentido, a Modernidade é o *tempo da grande ocultação* – o sagrado não se aniquila, mas se oculta ou inibe, “subsiste no inconsciente cultural e, por isso, sempre está disposto a retornar de forma deslocada, seja pela via da perversão ou da neurose”. A simbolização do sagrado deslocou-se de variadas formas: no Renascimento, da religião à *magia naturalis*; na Era da razão e do Barroco, na alegoria urbanística e teatral;²³⁸ desde meados do século XVIII, para a estética e a arte etc. Daí a necessidade de pensar a religião e salvar seu fenômeno constitutivo: a “natural, ou conatural, orientação do homem para o sagrado; sua religação congênita ou estrutural”.²³⁹

Vale ainda menção às reflexões do filósofo italiano Gianni Vattimo, que no final dos anos 90 e início do novo século, fala de uma pós-cristandade, de um cristianismo não religioso, uma “apologia da fé cristã, mas não por via metafísica e sim a partir de uma ontologia do acontecer”. Vattimo defende que é possível crer novamente graças a Nietzsche, Heidegger e ao “pluralismo reinante em nossa sociedade”. Para desfazer o paradoxo aparente, lembra o viés crítico à modernidade na obra dos filósofos citados. Nietzsche, ao anunciar a morte de Deus, “não estava fazendo uma profissão de ateísmo, e sim mostrando que não existe um fundamento último” – anunciou, antes, a morte do “Deus moral”, da escolástica

objetos e figuras do cenário. O que estava oculto, elidido, expõe-se. E o que era círculo estático se transforma numa elipse em movimento” (pp. 18-9). A pintura barroca verá surgir as figuras alongadas de El Greco e as “anamorfoses”, jogos visuais deformadores e enigmáticos, “que tiram a perspectiva e o ponto de fuga da frente ou do fundo do quadro, colocando-o nas laterais” (pp. 26-7). Não por acaso, Boaventura de Sousa Santos utiliza o *barroco* como metáfora cultural para caracterizar a subjetividade da transição paradigmática, inspirado no “espaço de criatividade e imaginação” que ela abre, na “sociabilidade turbulenta” que promove, ao viver “confortavelmente com a suspensão da ordem e dos cânones, mas cuja “experiência de vida implica algum desconforto, já que carece das certezas evidentes das leis universais”. Enfim, “o paradigma emergente é uma vertigem, cada passo deve ser dado com prudência” (SANTOS, Boaventura, *A crítica da razão indolente*, pp. 330-33).

²³⁸ Vide MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco. Análises de una estructura histórica*. 6ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, *passim*.

medieval, da metafísica, o “Deus dos filósofos”. Com Heidegger, não é possível pensar a realidade como uma estrutura ancorada num fundamento último, absoluta, eterna e imutável, e também pelo fato do pluralismo, é “possível crer hoje de novo em Deus”, não no Deus das certezas metafísicas, mas escutar a palavra de Deus e levar a sério a Bíblia. Pois a filosofia pós-moderna há de concluir, também, pela necessidade de um ateísmo filosófico, já que só uma “filosofia ‘absolutista’ pode sentir-se autorizada para negar a experiência religiosa”. Vattimo critica a desconstrução de Derrida,²⁴⁰ que esquece ou desconhece a encarnação, e volta ao Deus do Evangelho e à idade do espírito.²⁴¹

Ganha corpo, de toda sorte, a idéia de que se vive, no ocidente, uma nova ordem política e cultural que passa pela *reacomodação dialética entre razão e fé*. Em 19 de janeiro de 2004, neste contexto, travou-se debate que mereceu reatualização jornalística recente em face da explosão de notoriedade de um dos interlocutores. Na Academia Católica da Baviera, em Munique, ao impacto da Guerra do Iraque, encontraram-se o filósofo Jürgen Habermas e o cardeal Joseph Ratzinger, atual Papa Bento XVI. Sob a manchete “O cisma do século XXI”, discutiram “as bases pré-políticas e morais do Estado democrático”, tendo sido o “confronto” saudado como a liça entre o filósofo da “iluminação” e o cardeal do dogmatismo.²⁴²

Habermas inicia resgatando a pergunta feita na década de 60 do século passado pelo historiador Böckenförde: o Estado liberal e secularizado proclama princípios que ele mesmo não pode garantir? Expressa, assim, a incerteza que paira sobre a legitimação do Estado constitucional democrático e a suspeita de que está voltado para concepções de mundo próprias e localistas (tradições autóctones, éticas coletivamente obrigatórias), o que se chocaria com o “fato do pluralismo” e com a neutralidade quanto às mundivisões. As dúvidas

²³⁹ Apud TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 69-70. Isso não por motivos apologéticos, mas por “rigor filosófico e fenomenológico”.

²⁴⁰ Confira-se, na mesma linha crítica ao desconstrutivismo, PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999 (citado *Hermenêutica e sistema jurídico*). “Nessa moldura lábil, uma vez que todo o significado faz sentido, qualquer leitura assume, automaticamente, um *topos* privilegiado e exclusivo, tornando inútil o trabalho hermenêutico. Quando o relativismo serve de disfarce à astúcia da vontade, a conveniência do intérprete ganha o *status* de sentido inquestionável. Numa frase, concede-se ao impulso a licença para legitimar a força do arbítrio.” (pp. 28-9) “(...) os desconstrutivistas cometem a inominável soberba de serrar o galho onde se acham acomodados. Usam a razão para destruir (desconstituir) o próprio horizonte de racionalidade em que, desde o início, se movimentam.” (p. 30 e ss.).

²⁴¹ Apud TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 70-2. Uma concepção pós-moderna da fé cristã que nada tem a ver com a aceitação de dogmas rígidos impostos por uma versão oficial. Em Vattimo há influência do monge calabrés Joaquín de Fiore (que teria Novalis e Dostoievski como discípulos espirituais). Deus baixa do céu da transcendência (a violência na história do cristianismo é vinculada à tradição metafísica) e encarna em Jesus Cristo, pelo que os homens deixam de chamar-se servos e filhos e passam a chamar-se “amigos”.

²⁴² HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *O cisma do século XXI* <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2404200506.htm>, acesso em 24/4/2005.

são várias. É possível justificar-se secularmente (uma justificação não-religiosa ou pós-metafísica) o domínio político positivado no direito? O pluralismo das concepções de fundo pode ser estabilizado normativamente por um entendimento de fundo apenas formal, limitado a procedimentos e princípios? Se os Estados liberais pressupõem a solidariedade dos cidadãos, uma secularização “descarrilada” levaria ao seu fracasso?

A sugestão de Habermas, contudo, é que se entenda a secularização cultural e social como um *processo didático duplo*, que obriga as tradições do Iluminismo e as doutrinas religiosas a uma *reflexão* acerca de suas *respectivas fronteiras*. O liberalismo político, na forma de um republicanismo kantiano, é entendido por Habermas como uma “justificação não-religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado constitucional democrático” – na tradição de um direito racional, que prescindir de suposições cosmológicas ou soteriológicas das doutrinas do direito natural, clássicas ou religiosas. Se na genealogia dos direitos humanos encontra-se a teologia cristã medieval (em especial a escolástica tardia espanhola), os fundamentos legitimadores de uma visão estatal neutra em relação às concepções de mundo originam-se das “fontes profanas” da filosofia dos séculos XVII e XVIII. Já no século XX, os princípios constitucionais liberais fundam-se na legitimação democrática pelo procedimento, na suposição da aceitabilidade racional de suas conseqüências – delimitam-se mutuamente, na Constituição, a institucionalização jurídica da democracia e os direitos fundamentais. Tendo como ponto de referência a Constituição, que os “cidadãos associados dão para si mesmos”, uma violência de Estado “constitutiva” (e não apenas domada) é “legítima até o seu âmago”. Ao revés do positivismo da vontade do Estado, na teoria do direito de estado alemã, que deixou um “esconderijo” para uma substância ética político-estatal “livre do direito”, não há, *no Estado Constitucional, um sujeito dominador que se nutra de uma substância anterior ao direito*.²⁴³

Voltando a Böckenförde, pareceria que o direito positivo estatal precisa de uma “religião” (ou outro “poder de contenção”) para sua validação, uma âncora nas convicções pré-políticas e éticas das comunidades religiosas e nacionais – rejeitada, assim, uma

²⁴³ Em linha confluyente, Zagrebelsky enfatiza o pluralismo e a inexistência de senhores do direito. O legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como “partes do direito e não como todo o direito”, mas pode pretender que se mantenham abertas as possibilidades de exercer seu direito a contribuir politicamente na formação do ordenamento jurídico. Então, os juízes não são os “senhores do direito” (como era o legislador no século passado), são antes garantes da complexidade estrutural do Direito do Estado Constitucional, garantes da necessária e dúctil coexistência entre leis, direitos e justiça. Não há senhores (no sentido de donos do poder) no Estado Constitucional, já que o direito é objeto do cuidado de todos. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999 – citado *El derecho dúctil*).

legitimação auto-referenciada a partir de “procedimentos jurídicos gerados democraticamente”. Habermas, todavia, contra essa compreensão hegeliana, prefere a Constituição processualista de inspiração kantiana: com legitimação auto-suficiente, sem necessidade de recorrer a tradições religiosas e metafísicas. Este Estado constitucional democrático trata, mais exigentemente, os cidadãos do Estado como sujeitos do direito, e os cidadãos da sociedade como objeto do direito – dos últimos, espera apenas que “não ultrapassem as fronteiras legais”; já dos primeiros, espera que “exercem o papel de co-legisladores”. Os cidadãos do Estado dispõem de direitos de comunicação e devem participar de forma ativa na constituição da ordem jurídica, orientados não por seus próprios interesses, mas pelo “bem da comunidade”, gasto motivacional não coercível legalmente. Uma espécie de “solidariedade decretada” não seria viável, é algo esperado, mas não pode ser imposto. Conclui-se que as virtudes políticas “são essenciais para a existência de uma democracia” (o tema das virtudes voltará *infra*, item 4.3, ligado a uma questão hermenêutica).

Neste contexto, a cidadania está encaixada numa sociedade civil que vive de “fontes espontâneas” (“pré-políticas”), o que não quer dizer que o Estado liberal seja incapaz de fundar-se em seus “próprios efetivos seculares”, já que as práticas democráticas desenvolvem uma “dinâmica política própria”. É claro que, diante das liberdades comunicativas, a participação dos cidadãos nos temas de disputa pública (a Guerra do Iraque, a reforma do *Welfare State* etc.) é conformada também pela “diversidade de nossos modos de vida culturais” e pelo “pluralismo de nossas concepções de mundo e convicções religiosas”. Mas, isso é importante, também é marcada por “disposições republicanas” que nesse meio tempo (de formação histórica de nacionalidade, no pano de fundo religioso comum) “desprenderam-se amplamente desses lastros pré-políticos”.

Não há problema, portanto, de justificação interna do Estado constitucional democrático, que não “apresenta nenhuma fraqueza intrínseca ao sistema político como tal”. Mas e as causas externas? Uma modernização “descarrilada” poderia afrouxar o vínculo democrático e esmaecer a solidariedade para a qual o “Estado democrático, sem que a possa obrigar juridicamente, está orientado” – é o caso dos mercados, que não podem ser democratizados como administrações estatais (com mecanismos de ação orientados para o sucesso, de acordo com preferências próprias). Desemboca-se num *privatismo cívico*, que é fortalecido pela desencorajadora “perda de função de uma formação de opiniões e vontades democrática, que por enquanto só funciona nas arenas nacionais pela metade e por isso não

alcança mais os processos decisórios deslocados para planos supranacionais” (é a tendência de despolitização dos cidadãos).

Do lado do catolicismo, prossegue Habermas no debate em questão, se um ceticismo radical quanto à razão é estranho, por princípio, à tradição católica, é fato que pelo menos até o Vaticano II houve dificuldade para lidar com o “pensamento secular do humanismo, do iluminismo e do liberalismo político”. Daí a ressonância que ganha corpo: a modernidade, num beco sem saída, precisa retornar à orientação religiosa, dirigir-se para um “ponto de referência transcendental”. Habermas prefere indagar se uma *modernidade ambivalente* poderá estabilizar-se a partir das “forças seculares de uma razão comunicativa” – questão em aberto (não quer incluir o “fenômeno da permanência da religião em um ambiente ainda secularizado como um fato puramente social”).

Ora, ao passo que o pensamento pós-metafísico caracteriza-se pela moderação ética, subtraído todo conceito obrigatório acerca da vida boa e exemplar, a tradição religiosa articula “intuições acerca do erro e da libertação, do fim salvador de uma vida experimentada como sem solução, que, por séculos, foram sutilmente soletradas até a exaustão e mantidas hermeneuticamente despertas”. Por isso, na vida comunitária de sociedades religiosas (bloqueados o dogmatismo e a coação moral), “pode permanecer algo intacto que alhures se perdeu” – possibilidades de “expressão e sensibilidades suficientemente diferenciadas para uma vida fracassada, para patologias sociais, para o malogro de projetos individuais de vida e para a deformação de contextos desfigurados de vida”.

É histórica a interpenetração entre cristandade e metafísica, com resultados benéficos para ambos os campos, como a “tradução da crença na imagem de Deus presente no homem para a dignidade igual” (uma tradução “salvadora” que torna acessível o “conteúdo de conceitos bíblicos para além das fronteiras de uma comunidade religiosa, para o público genérico dos que não crêem ou crêem em outras coisas”). Sendo assim, é do próprio interesse do Estado constitucional “circular de forma que mantenha contato com todas as fontes culturais das quais se alimenta a consciência normativa e a solidariedade dos cidadãos” – uma consciência, hoje conservadora, que se espelha no *discurso da “sociedade pós-secular”*, a significar não só o fato de que a “religião se afirma num ambiente crescentemente secular e de que a sociedade, por agora, conta com a permanência das comunidades religiosas”; ou o reconhecimento público pela “contribuição funcional” que a religião executa em vista de motivos e atitudes desejáveis (a refletir-se, por exemplo, nos princípios da cooperação e da

solidariedade – *infra*, item 3.2). Na “consciência pública de uma sociedade pós-secular” espelha-se um juízo normativo com conseqüências para o “contato político entre cidadãos não-crentes e crentes”.

A Igreja, fustigada pela secularização do saber, pela neutralização da violência do Estado e pela liberdade geral de credo, teve de *abandonar a reivindicação do monopólio interpretativo*.²⁴⁴ Por outro lado, muito mais que uma acomodação do “etos religioso a leis da sociedade secular impostas”, é preciso apostar numa união dialética entre o “ordenamento jurídico universalista e a moral social igualitária” e o “etos da comunidade”. O que abre às comunidades religiosas, na confluência das expectativas normativas do Estado liberal, a possibilidade de desempenhar, “para além do espaço público político, uma influência própria sobre a sociedade como um todo”. Certo que seu peso não se distribui de forma simétrica entre crentes e não-crentes (como demonstram as regras de aborto), a *tolerância*, em sociedade pluralistas de Constituição liberal, encoraja os crentes, no convívio com descrentes ou com quem crê diferente, a perceber que é preciso “contar, de modo racional, com a permanência de um dissenso” – igual percepção, de vetor inverso, é exigida dos não-crentes em contato com os crentes. A neutralidade, no que concerne às visões de mundo, da violência do Estado, é “incompatível com a generalização política de uma visão de mundo secularizada”, pelo que cidadãos secularizados não devem negar, fundamentalmente, “um potencial de verdade a visões de mundo religiosas nem colocar em questão o direito dos concidadãos crentes de contribuir, por meio de uma linguagem religiosa, para com discussões públicas” (deveriam, até, esforçar-se por traduzir “contribuições relevantes da linguagem religiosa para uma linguagem que seja publicamente acessível”).²⁴⁵

Ratzinger, noutro ponto de vista, começaria por acentuar a aceleração histórica que vivemos e, no turbilhão, destacar dois fatores: a formação de uma sociedade mundial e, em face das possibilidades destrutivas alcançadas, a necessidade de controle jurídico e moral do poder. Sua pergunta é “como as culturas que entram em contato podem encontrar

²⁴⁴ Boaventura, na sua crítica da razão indolente, observa que só pode haver discurso argumentativo dentro de “comunidades interpretativas”, os auditórios relevantes da retórica. Por outro lado, “o fim dos monopólios de interpretação é um bem absoluto da humanidade”, embora o perigo, igualmente temível, da “renúncia à interpretação”. Contra ambos, a estratégia é a proliferação de comunidades interpretativas, que são comunidades políticas. O produto de tais comunidades (o conhecimento emancipatório pós-moderno) será retórico, uma verdade retórica, “uma pausa mítica numa batalha argumentativa contínua e interminável travada entre vários discursos de verdade; é o resultado sempre provisório de uma negociação de sentido realizada num auditório relevante” – SANTOS, *A crítica da razão indolente*, pp. 90-1.

²⁴⁵ Vejam-se os desdobramentos adiante (itens 4.4.1 e 4.4.3.1).

fundamentos éticos” que conduzam, em comunhão, ao caminho justo e à ordenação jurídica capaz de domar o poder.

O então cardeal refere-se ao projeto “Étos Mundial”, exposto pelo teólogo suíço Hans Küng, para mostrar que a questão está em debate.²⁴⁶ Ademais, com a interpenetração das culturas, as “certezas éticas (...) encontram-se amplamente despedaçadas” – a pergunta “o que é o bem” permanece sem resposta. Evidente que uma “consciência ética renovada não pode surgir como produto de debates científicos”, ao mesmo tempo que foi a evolução científica responsável pela “ruptura de velhas certezas morais”. Seja como for, a função da política continua a ser submeter o poder ao direito, colocando-se a pergunta da legitimação do direito, que se dá na medida em que se apresente como “veículo da justiça”, não um privilégio dos que têm o “poder de estabelecer o direito”, mas expressão do interesse comum, o que se resolve pelos “instrumentos de formação democrática da vontade”. Remanesce, todavia, o problema dos desvios majoritários (a maioria pode ser cega ou injusta) e fica em aberto a pergunta acerca dos princípios éticos do direito, do que é injusto em si e da existência de um direito imutável, que “antecede qualquer decisão tomada pela maioria e que deve ser respeitado por ela”.

Os tempos modernos, neste desiderato, formaram um acervo de direitos humanos, que foram retirados do jogo da maioria; portanto, há “valores em si, os quais decorrem da essência do ser humano e por isso são intocáveis por todos os portadores dessa essência” – o que seria admitido, de alguma maneira, em todas as culturas (o Islã tem seu catálogo de direitos humanos, a China é marcada por uma forma cultural ocidental, o marxismo), mas é válida a indagação, no caso dos direitos humanos, se não se trata de uma “típica invenção ocidental” (*infra*, item 2.1.2).

Por outro lado, o pavor diante do novo poder de destruição faz surgir a pergunta sobre quais mecanismos políticos são necessários para afastar tal risco, como mobilizar potências éticas para moldar a forma política. Na prática, por largo período, foi o medo recíproco que garantiu a sobrevivência, num quadro de guerra fria. Hoje, o grande medo que assola atende por *terror*. Quais suas fontes? Como “banir essa nova doença da humanidade a partir do seu interior”? Pior, é assustador que, ao menos em parte, o terror possa justificar-se moralmente (Bin Laden como resposta dos povos oprimidos à arrogância dos poderosos), motivação persuasiva, na linha da “defesa de uma tradição religiosa contra o ateísmo da sociedade

ocidental”. Então, se o terrorismo é também alimentado pelo fanatismo religioso, seria o caso de colocar a religião sob tutela da razão? Quem poderia fazer isso? Como? A superação da religião seria mais um passo para um mundo de tolerância?

Neste ínterim, outra forma de poder assoma, a ciência consegue fazer o “homem produto do homem” – ele, produzido em um vidro com reagente, não é mais um “presente da natureza ou do Deus criador; ele é seu próprio produto.” (com todas as implicações bioéticas a explorar). Emerge, assim (a bomba atômica também é produto da razão), a “incerteza acerca da confiabilidade da razão”, capaz de criar e selecionar seres humanos. Seria, pois, o caso de colocar a razão sob tutela? Quem o faria e como?

Talvez, superando a disjuntiva, a “religião e a razão deveriam se demarcar mutuamente”. Talvez uma sociedade mundial pudesse encontrar uma “evidência ética válida que tenha força de motivação e realização suficientes”. Ratzinger, neste passo, volta aos gregos para aventar o direito natural, “corretivo para o direito positivo”. Num recuo histórico menor, aponta a dupla ruptura do começo da modernidade: o rompimento das fronteiras do mundo europeu cristão, com a descoberta da América e a correlata questão da comunhão jurídica com os povos nativos (eram desprovidos de direitos ou “há um direito que perpassa todos os sistemas jurídicos”?); a segunda ruptura, naturalmente, foi a fragmentação da fé cristã por força da Reforma. Restaria, neste contexto, desenvolver um “direito comum que antecede o dogma, ao menos um direito mínimo, cujos fundamentos não devem repousar na fé, mas na natureza, na razão do homem” – o direito natural permaneceu como figura de argumentação da Igreja Católica nas discussões com a sociedade secular e com as comunidades de outras crenças, mas este instrumento “se tornou gasto”.

Permanecem, entretanto, como último elemento do direito natural (cuja aspiração profunda é ser um direito racional), os direitos humanos, o homem como sujeito de direitos por sua simples filiação à espécie humana, que carrega em sua existência “valores e normas que devem ser descobertos, mas não inventados” – talvez seja o caso de acrescentar, à pauta de discussão, uma *doutrina dos deveres humanos e dos limites do homem*.²⁴⁷ Com isso, agregar à

²⁴⁶ KÜNG, *Religiões do mundo*, pp. 281-3.

²⁴⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: direitos humanos, direitos fundamentais*. v. 2. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2002, pp. 148-50, refere fecunda teorização no México, onde Jorge Adame trabalha a fundamentação dos direitos pelos deveres (sem esconder sua fidelidade a uma ortodoxia aristotélico-tomista e colocando-se sob a autoridade da Igreja Católica). Para o autor citado, a lei natural compreende “deveres positivos e negativos (preceptivos os primeiros, proibitivos os segundos) – os positivos são os “deveres de Amor: a si, ao próximo e a Deus”. Partindo de uma funcionalização dos direitos aos deveres enunciados, estabelece uma

agenda a questão da *interculturalidade* de um direito racional para os homens (a criação e o criador para os cristãos; o conceito de *darma* para os indianos, a legitimidade interna do ser; as ordenações do céu, na tradição chinesa). Para Ratzinger, a interculturalidade é hoje uma “dimensão indispensável para a discussão acerca dos fundamentos do ato de ser humano, que não pode ser conduzida nem unicamente dentro do universo cristão nem totalmente dentro de uma tradição racional ocidental.”²⁴⁸

Razão e fé, embora as pretensões universais, atingem apenas partes da humanidade e também somente são inteligíveis a partes da humanidade. Note-se, ainda, que sequer há unidade dentro dos espaços culturais, que “são moldados por tensões profundamente arraigadas em sua própria tradição cultural”.²⁴⁹ Isso é evidente no Ocidente, em que a cultura secular de uma racionalidade estrita é dominante, mas no qual o entendimento cristão da realidade também é uma força efetiva – ambos os pólos encontram-se em “proximidade ou tensão diversas, em uma disposição de aprendizagem recíproca ou em uma recusa, mais ou menos enfática, de um em relação ao outro”. Tensões semelhantes há no espaço cultural islâmico (do absolutismo fanático à racionalidade tolerante), como no mundo hindu e budista etc.

Qual a conclusão? Primeiro, a “não-universalidade factual das duas grandes culturas do Ocidente – a cultura da fé cristã assim como a cultura da racionalidade secular”. A última categoria “não é sensata para qualquer *ratio*; ela, como racionalidade, em sua tentativa de se fazer evidente, se depara com limites”, não poder ser compreendida por toda a humanidade. Em síntese, *não existe fórmula ou etos mundial, seja racional, ético ou religioso*. Como decorrência prática, Ratzinger concorda com Habermas acerca de uma *sociedade pós-secular*, com “*disposição de aprendizagem e de autolimitação de ambos os lados*”.

Há patologias na religião, extremamente perigosas, pelo que esta “sempre deve se deixar purificar e organizar novamente”. Mas há também patologia da razão (do que hoje a humanidade não tem a mesma consciência), “uma *hybris* da razão, a qual não é menos perigosa”, pelo que a “razão também deve ser lembrada em seus limites e aprender a

“teoria da limitação dos direitos”, pois só as proibições da lei natural têm caráter absoluto. Assim, os “direitos em concreto encontram limites nas próprias prescrições e proibições dos deveres naturais, no bem comum e nos direitos de terceiros” (Paulo Ferreira da Cunha diz que poderiam ser chamados de *limites imanentes*, porque decorrem da própria essência dos direitos, como concebidos na teoria).

²⁴⁸ Esta é uma das linhas mestras da hermenêutica diatópica, adiante (item 2.1.2).

²⁴⁹ Noção desenvolvida em BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 (citado *Direitos humanos*).

disposição de ouvir as grandes tradições religiosas da humanidade” – há uma “necessária correlação entre razão e fé, entre razão e religião, as quais são convocadas para uma purificação e salvação recíproca”. Trata-se de uma regra fundamental que deve ser concretizada no contexto intercultural de nossa atualidade. Sem “falso eurocentrismo”, Ratzinger considera a fé cristã e o racionalismo secular ocidental as partes principais dessa correlação mundial – o que não autoriza colocar de lado ou negligenciar as outras culturas (pagaríamos caro, e em parte já pagamos, por essa *hybris* ocidental). O fecho pugna pela tentativa de uma “correlação polifônica, na qual elas próprias se abram para uma complementaridade essencial entre razão e fé”, um processo universal de purificação em busca de normas e valores essenciais, de alguma forma “conhecidos ou pressentidos por todos os homens”, para que, numa bela imagem, “possam adquirir uma nova intensidade luminosa, de sorte que novamente possa vigorar na humanidade aquilo que segura o mundo”.

Por agora e em relação aos novos movimentos religiosos, teóricos ou praxiológicos, ainda que evidente, convém esclarecer que não há qualquer adesão, mesmo por falta de condições amplas de apreciação, no que tange ao mérito intrínseco de alguma das propostas, visões ou movimentos mencionados. O enunciar de uma certa pluralidade espiritual vigorosa tem apenas o intuito de ilustrar um ambiente cultural, talvez importante na reconformação paradigmática que o século XXI dificilmente poderá adiar, que não se encaixa na descrição majoritária das ciências sociais, um mundo, ao menos no padrão ocidental, resolutamente secular, um Estado olímpicamente laico (aliás algo muito longe da realidade, como se vê na própria Europa). Como também não se trata de um retorno à confessionalidade, salvo inflexões fundamentalistas (justamente um limite bloqueável na argumentação da tese), parece razoável, à espera de terminologia mais adequada, trabalhar-se a nova categoria aventada, do *pós-secularismo*.

Um mundo em que o fenômeno religioso conta e muito na cena pública e no qual os desafios testam os limites do Estado Constitucional, que precisa, para continuar sendo democrático e de direito, encontrar, reconhecer e operar os seus limites fundacionais. A idéia ganhará concretude nos próximos dois capítulos e será testada no último. Antes, em vôo de pássaro, uma visão da configuração da liberdade religiosa no seio da comunidade internacional.

1.4 QUADRO INTERNACIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA

Antes de fornecer uma descrição geral acerca do reconhecimento da liberdade religiosa no direito internacional, convém mencionar o movimento de internacionalização dos direitos humanos e tecer breve síntese sobre a recepção dos marcos regulatórios internacionais no sistema jurídico brasileiro.

Os tratados internacionais, bem de ver, passaram a preocupar-se com os *direitos humanos* muito recentemente.²⁵⁰ Foi no pós-guerra, diante do regime do terror instituído pelo nazismo, que se deu o nascedouro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Richard Bilder pondera que substancial parcela do que constitui o chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surgiu apenas em 1945, quando, com as implicações do “holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos das Organizações das Nações Unidas.”²⁵¹

Na atual agenda, tem-se apontado a interdependência e as inter-relações, no Sistema das Nações Unidas, entre direitos humanos, paz, democracia e desenvolvimento. Como obstáculos e ameaças aos direitos humanos, destacam-se: (a) miséria e exclusão (violação da dignidade humana); (b) *discriminação e intolerância*, sendo as respectivas violações fontes de conflitos e ameaças à paz e à estabilidade; (c) terrorismo, crime organizado e corrupção (ameaças aos direitos humanos, à democracia e à paz). Novos desafios, por outro lado, são postos pela ciência e pela tecnologia: biotecnologia, engenharia genética, bioética, a questão

²⁵⁰ A própria terminologia não é isenta de dúvidas. Sempre que positivados nas constituições, ou incorporados com tal hierarquia, prefere-se o termo *direitos fundamentais*, mesmo para sinalizar as virtualidades dogmáticas da categoria em análise. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 33-41(citado *A eficácia*). Ainda que sejam utilizados amiúde como sinônimos, a distinção “corriqueira e procedente” reserva a expressão “direitos fundamentais” para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, “por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (p. 36). Na esteira de Otfried Höffe, citado pelo autor, os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. De toda sorte, e também segundo tendência inaugurada no Brasil por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pode-se (mormente no caso da liberdade religiosa) utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais” – com o que se destaca, no plano dos direitos humanos de matriz internacional, sua fundamentalidade em sentido material (pp. 38-9 e nota nº 18).

²⁵¹ *apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p 23 (citado *Temas de Direitos Humanos*).

do genoma humano, as novas tecnologias de informação e comunicação.²⁵² Também na ordem do dia está a tensão entre a universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural, sendo que a Conferência de Viena (1993) rejeitou tal relativismo (*infra*, item 2.1.2). A globalização, a seu turno, e os correlatos regionalismos e nacionalismos, acarreta possibilidades e perigos. Fala-se, ainda, para tornar os direitos humanos *realidade*, da “educação em direitos humanos” e da “informação pública rumo a uma cultura dos direitos humanos”.²⁵³

Seja como for, o sistema de proteção concebido, para ser eficaz, precisa ultrapassar os limites da ordem interna do Estado, relativizada a concepção tradicional de soberania e atribuindo-se ao *indivíduo* a categoria de *sujeito de direito* na esfera internacional – também evidente, os compromissos selados na ordem externa necessitam de compatibilização com o direito interno dos Estados. Ponto nevrálgico no “direito das gentes”, portanto, é encontrar um equilíbrio ótimo nas relações entre o ordenamento internacional e o direito pátrio.

As teorias que digladiam, neste ponto, são bem conhecidas. Alfred von Verdross, seguido por Carl Triepel na Alemanha e Dionísio Anzilotti na Itália, cunhou a idéia de *dualismo*, a significar que o direito internacional e o ordenamento interno do Estado são sistemas autônomos, vale dizer, incapazes de gerar conflitos. Por conseguinte, os compromissos assumidos na ordem exterior devem materializar-se internamente na forma prevista em cada sistema de direito público interno. Já os *monistas* batem-se pela unicidade da ordem jurídica, mas divergem em relação ao primado dos ordenamentos. Os *internacionalistas*, que tiveram em Hans Kelsen²⁵⁴ o maior expoente, defendem a supremacia do direito internacional, a postular, inclusive, pela inaplicabilidade da Constituição do Estado quando esta contrariar o ordenamento externo. Os *nacionalistas*, a seu turno, fundados na idéia de Estado soberano, cultuam a Constituição e pregam a superioridade do ordenamento interno, sob o argumento de que a recepção dos compromissos externos ingressa na seara da discricionariedade do Estado. Para além dos desencontros teóricos, releva observar que a

²⁵² SYMONIDES, Janusz. “Novas dimensões e desafios para os direitos humanos: observações iniciais”. in *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios* Janusz Symonides (org). Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, pp. 23-54 (citado *Novas dimensões*).

²⁵³ SYMONIDES, *Novas dimensões*, pp. 55-75. Para uma consideração sobre o aumento da proteção dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, numa perspectiva que vai da internacionalização à globalização, vide CANÇADO TRINDADE, Antônio A., Os direitos humanos e o meio ambiente, In: SYMONIDES, Janusz (org.) *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, pp. 161-203.

incorporação dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro coincide com o processo de redemocratização do país. Importantes documentos foram ratificados sob a égide da Constituição Federal de 1988.²⁵⁵

Celso Lafer, agregando a experiência de chanceler ao conhecimento teórico, refere que as Constituições contemporâneas têm “características diferentes das Constituições-garantia dos séculos XVII e XVIII” (são Constituições-programáticas de ânimo dirigente, que contêm normas definidoras de programas de ação e linhas de orientação).²⁵⁶ Nesta linha, a *expansão axiológica do Direito* é um dos “objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas”, sendo que a CF 88 caracteriza-se pela “substantiva incorporação de princípios gerais”, destacando-se seu art. 4º, representativo da “abertura ao mundo, inerente a um regime democrático”. No dispositivo, a nota marcante da passagem do “regime autoritário para o Estado democrático de direito” é o princípio que assevera a *prevalência dos direitos humanos* (inc. II do art. 4º da CF 88).²⁵⁷

O desdobramento do citado inciso, na prática diplomática brasileira, tem sido uma “política de Direito voltada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos” – o que foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 45 (08/12/2004), que adicionou o novo § 4º ao art. 5º da CF 88 (o Brasil submete-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, aliás em cumprimento ao art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). No plano interno, prossegue Celso Lafer, o § 2º do mesmo art. 5º respalda e estimula a política jurídica exterior. Relata as controvérsias que suscitou, ao argumento que sua aplicação literal “ensejaria mudança constitucional por maioria simples” (maioria requerida para aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna) – pelo que, não cumprindo os requisitos da votação de emenda constitucional (CF 88, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos “não poderiam ter a validade de

²⁵⁴ Hans Kelsen já abordava o papel do direito internacional em sua Teoria Pura do Direito. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 356-386 (citado *Teoria Pura do Direito*).

²⁵⁵ Flávia Piovesan destaca a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1989); a Convenção sobre os direitos da criança (1990); o Pacto internacional dos direitos civis e políticos (1992); o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (1992); a Convenção americana de direitos humanos (1992); a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1995). PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*, p 33.

²⁵⁶ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 12 (citado *A internacionalização*). Observa que o papel dos princípios foi versado com anterioridade no âmbito do Direito Internacional Público (o art. 38 da Corte Permanente de Justiça Internacional, depois da 1ª Guerra Mundial, já os estabelecia como fonte de direito), numa “contestação ao positivismo jurídico”.

normas constitucionais”. Por conta desta controvérsia, a EC nº 45 adicionou o novo § 3º ao art. 5º, que o autor considera uma “lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º”.²⁵⁸

A Carta, além de elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio fundamental, enuncia em seu artigo 5º uma gama de direitos e garantias a serem complementados pelo ordenamento internacional, como prescreve o § 2º do referido artigo. Já antes do § 3º, uma interpretação sistemática e teleológica de tal preceito garantiria aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de normas constitucionais com aplicabilidade imediata. Neste sentido, ilustrativa da doutrina majoritária, Flávia Piovesan, ao afirmar que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, ao passo que “os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.”²⁵⁹

Desta visão doutrinária, entretanto, não compartilha o Supremo Tribunal Federal. Há mais de vinte anos a Suprema Corte sustenta a paridade normativa dos tratados com leis ordinárias editadas pelo Estado. Segundo o STF, a Constituição representa a expressão máxima da soberania estatal e está acima de qualquer tratado ou convenção que com ela conflite. A posição verteu-se numa decisão de 1977.²⁶⁰

²⁵⁷ LAFER, *A internacionalização*, pp. 13 e 14, notando que os princípios adotados estão próximos dos que basicamente regem o direito internacional público, a comunidade internacional (art. 2º da Carta da ONU).

²⁵⁸ LAFER, *A internacionalização*, pp. 15 e 16. O § 3º do art. 5º da CF 88 dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão *equivalentes às emendas constitucionais*” (grifou-se).

²⁵⁹ PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*. p 38. No mesmo sentido, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista da AJURIS*. Ano XXXII, nº 98, junho, 2005, pp. 305-6 (citado *O novo § 3º*).

²⁶⁰ RE 80004 / SE – SERGIPE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE - Julgamento: 01/06/1977 - Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO - Publicação: DJ DATA-29-12-1977 PG-09433 DJ DATA-19-05-1978 PG-03468 EMENT VOL-01083-02 PG-00915 RTJ VOL-00083-03 PG-00809 - Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal, impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei n. 427, de 22.01.1969, embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec. lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso Extraordinário conhecido e provido. No mesmo sentido, mais atual, por maioria: HC 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Rel. Acórdão - Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 23/11/1995 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ DATA-01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650 (neste, foram vencidos os min. Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence). No HC 82.424-2/RS (Caso Ellwanger – *infra*, itens 4.1 e 4.4.3), o voto do min.

Neste diapasão, é de mencionar que a recente introdução do § 3º ao artigo 5º, reacendeu a discussão acerca da recepção dos tratados internacionais. Celso Lafer, por exemplo, entende que os “tratados internacionais de direitos humanos” (TIDH) anteriores à CF 88, aos quais o Brasil aderiu e que foram devidamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, “têm a hierarquia de normas constitucionais”, pois foram como tais “foram formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º”. Com a vigência da EC nº 45, os “tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo § 3º do art. 5º”. Há uma terceira situação jurídica, de direito intertemporal distinta: a dos muitos TIDH a que o Brasil “aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 45” (dentre os quais os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos). Sustenta Celso Lafer que, embora não tenham sido aprovados com o quórum de uma emenda constitucional, “não poder ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias”, pois, forte no § 2º do art. 5º, suas normas são *materialmente constitucionais* (integram o bloco da constitucionalidade), ainda que “estejam fora do texto da Constituição documental”, servindo de “parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas” – daí que não são meras leis ordinárias, pois sua hierarquia advém de sua “inserção no bloco de constitucionalidade” (o que se apóia na interação operada pelo § 2º do art. 5º entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica externa). Observa, ainda, que a EC nº 45 confere à União a “responsabilidade nacional e a competência federal que lhe faltava para lidar com um aspecto da sua responsabilidade internacional”, já que é a União que responde pelas hipóteses de violação da obrigação internacional – refere-se o autor ao § 5º do art. 109 da CF 88 (acrescentado pela citada emenda)²⁶¹ e visto como “expressão adicional de que o respeito e a abertura ao Direito Internacional é uma das características do Estado democrático de direito”.²⁶²

Carlos Velloso foi favorável ao “status” constitucional dos tratados de direitos humanos – *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

²⁶¹ No particular, manifestando-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, SARLET, Ingo Wolfgang et al. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1, pp. 49-105, em que analisa a constitucionalidade da introdução do incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nos casos de grave violação dos direitos humanos, tal como estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, e

Valério de Oliveira Mazzuoli, ao comentar a eficácia do novo § 3º do art. 5º, mostra que vários países latino-americanos têm conferido *status* normativo constitucional aos TIDH.²⁶³ Indaga se os TIDH ratificados antes da EC nº 45 “perderiam o *status* de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição”, caso não aprovados pelo novo quórum do § 3º. Responde que não, e que o novo quórum “serve tão somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados” e não para lhes atribuir o nível materialmente constitucional que já têm em virtude do § 2º. De todo modo, se formalmente constitucionais, há dois efeitos mais amplos: (1º) os TIDH passarão a “*reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional”; (2º) não poderão ser *denunciados*, “podendo o Presidente da República ser responsabilizado em caso de descumprimento desta regra.”²⁶⁴

Ingo Sarlet, debruçando-se sobre o tema em recente artigo, inicia por gizar que o § 3º reforçou a posição que defende ser possível distinguir entre direitos humanos e direitos

posiciona-se claramente contra a “...tendência centralizadora e concentradora – ainda mais quando demonstrada a inconveniência e desnecessidade da mudança implementada (como ocorre precisamente no caso do incidente de deslocamento de competência) –, [que] coloca o nosso País na contramão dos desenvolvimentos mais recentes, inclusive na esfera internacional, onde, a despeito da criação de instâncias supranacionais, impera o respeito pela descentralização e o primado do princípio da subsidiariedade. Para além da tendencial violação do pacto federativo (de há muito vítima de um processo deliberado de fragilização), também restou demonstrado – no que diz com a forma pela qual foi implementado o incidente de deslocamento de competência –, que este viola elementos nucleares dos princípios da segurança jurídica e da legalidade, bem como do princípio-garantia (além de direito humano e fundamental) do juiz natural, representando uma restrição absolutamente desproporcional e, portanto, sempre inconstitucional, deste princípio”.

²⁶² LAFER, *A internacionalização*, pp. 16-8. Quanto ao art. 4º da CF 88, “são diretrizes que claramente almejam promover ações de política externa” e torna mais específicos a fiscalização e o controle do Congresso Nacional (CF 88, art. 49, X) e também pela opinião pública, o que se vem incrementando em face da globalização. Ademais, pode ensejar o controle jurídico, pelo Judiciário, de iniciativas de política externa, “na medida que se traduzem em normas suscetíveis de apreciação de constitucionalidade” (p. 19). Estabelece não regras, mas princípios; refere-se à realidade internacional, mas a ela não se reduz – marcado pela *realizabilidade* (necessário apoio que precisa ter na realidade) e *inexauribilidade* (significado vetorial de um dever-ser, que se projeta para o futuro) – p. 20. Em face das antinomias entre alguns incisos (prevalência de direitos humanos e princípio da não intervenção, v.g.), talvez “não possa existir uma ‘ciência’ sobre sua articulação, mas apenas uma prudência na sua ponderação” (p. 21)

²⁶³ MAZZUOLI, *O novo §3º*, pp. 308-12. Acusa o dispositivo de causar “graves problemas interpretativos”, sendo o primeiro e “mais estúpido” (sic) ter feito tábula rasa de uma interpretação do § 2º do art. 5º “sedimentada na doutrina humanista mais abalizada” e na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros.

²⁶⁴ MAZZUOLI, *O novo §3º*, pp. 314 e 319-27. Sobre “em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º” vide pp. 315-9. Sinala (“detalhe que poderá passar despercebido de todos”) ser *perigoso* atribuir *equivalência de emenda* aos TIDH, “bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é *mais benéfica* em determinada matéria” – sendo que, nos termos do § 2º, o problema se resolveria aplicando-se o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (p. 323). Quanto à objeção que, nestes casos, TIDH, equivalentes a emendas constitucionais, seriam inconstitucionais a teor do art. 60, § 4º, IV, CF 88, diz que “seria imenso trabalho verificar”, nas várias comissões congressuais, quais dispositivos poderiam eventualmente conflitar e, ademais, às vezes, sem abolir, certo dispositivo do TIDH trata do respectivo direito de “*forma menos protetora*” (o exemplo, já clássico, é a prisão do devedor de alimentos, mais restrita na CF 88 do que na Convenção Americana de DH).

fundamentais.²⁶⁵ Relembra o significado do § 2º do art. 5º, que abrange os tratados internacionais, mas não se encerre neles – *princípio d abertura material do catálogo de direitos fundamentais* (o rol, expressamente consagrado, “apesar de analítico, não tem caráter taxativo”; cita Juarez Freitas, que fala de uma “autêntica norma geral inclusiva”), sendo certo que abrange os direitos positivados noutras partes do texto constitucional, quanto os sediados em tratados internacionais (lato senso, “regras aplicáveis de direito internacional”; o § 3º agora também menciona “convenções”) e os “direitos implícitos”, como “posições jusfundamentais não amparadas em texto constitucional expresso” (direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição).²⁶⁶ Dois pontos, de alto relevo prático e de constante atenção teórica, dizem respeito: (a) à forma de recepção do direito internacional na ordem interna; (b) à sua posição hierárquica em relação ao direito nacional. O autor destaca que *inexiste* “preceito expresso na Constituição dispendo de forma favorável à recepção automática” – daí a posição dominante na jurisprudência do STF (a exigir procedimento formal incorporatório, em ato complexo que integra o Executivo e o Legislativo, arts. 84, VIII, e 49, I, CF 88). Nada obstante, há doutrina que considera, forte no § 2º do art. 5º, os TIDH (fundamentais) diretamente incorporados, bastando a ratificação.²⁶⁷

No que toca à posição hierárquica das normas internacionais no ordenamento interno, Sarlet refere quatro alternativas: (a) tese de hierarquia supraconstitucional para os TIDH; (b)

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, artigo em homenagem ao Professor Celso de Albuquerque Mello (não publicado), pp. 02-8 (citado *Os direitos fundamentais*). A diferença é textual na CF 88, constando *direitos humanos* nos arts. 4º, II, e 109, V, “a” e § 5º; e *direitos fundamentais* no Título II (enunciados no art. 5º e ss.). Retoma a distinção didática: direitos humanos são os “positivados na esfera do direito internacional”; direitos fundamentais “os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Convoca Pérez Lufo, para quem o critério de diferenciação mais adequado é o da *concreção positiva*, revelando-se os direitos humanos conceito de “contornos mais amplos e imprecisos” que a noção de direitos fundamentais, mais precisa e restrita (o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado – direitos delimitados espacial e temporalmente). Reconhecer a diferença, todavia, não importa descurar a “íntima relação” entre ambos, em face de um “processo de aproximação e harmonização” rumo a um denominado “direito constitucional internacional” – daí que o termo “direitos humanos fundamentais” tem a vantagem de ressaltar, em relação aos direitos humanos de matriz internacional, que também reconhecem e protegem “valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos” (fundamentalidade material). Em suma, “os direitos humanos, enquanto não constitucionalizados e assegurados na condição de direitos fundamentais, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade”.

²⁶⁶ SARLET, *Os direitos fundamentais*, pp. 09-11.

²⁶⁷ É o que defende, e.g., MAZZUOLI, *O novo* §3º, p. 328: os TIDH podem ser imediatamente aplicados pelo Judiciário, independente de “promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do novo § 3º do art. 5º”. Neste ponto, refere SARLET, *Os direitos fundamentais*, pp. 12-13, a construção doutrinária pós-CF 88 afirma a adoção de um sistema misto para a recepção de tratados internacionais: se forem TIDH, a recepção é automática, bastando a ratificação (teoria monista); para os demais, necessário o procedimento legislativo e o Decreto presidencial (teoria dualista) – mas segue prevalecendo a tese agasalhada pelo STF (para o autor, forte no § 2º do art. 5º – não no § 1º –, bastaria a ratificação: o tratado é firmado pelo Presidente e referendado por Decreto do Legislativo, dispensável nova intervenção do Executivo).

hierarquia constitucional; (c) hierarquia supralegal, mas infraconstitucional; (d) tese da paridade entre lei e tratado. O STF, embora haja prevalência da tese (d), respalda, por alguns de seus membros, também (b) e (c), ao passo que a tese (a) tem adeptos no plano doutrinário. É importante definir a questão, para saber do controle de constitucionalidade dos TIDH e de sua sujeição às cláusulas pétreas da Constituição. Segundo o STF (tese “d”), no conflito entre tratado internacional e leis internas, *lex posterior derogat priori*. Considera, o autor, viável, desde o § 2º do art. 5º da CF 88, concluir que os direitos fundamentais oriundos do direito internacional (pese a não consagração formal), aglutinam-se à Constituição material, com *status* equivalente – pelo que incide também o “princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF)”, além de “estarem sujeitos à proteção das assim chamadas cláusulas pétreas”.²⁶⁸ Quanto à colisão entre os direitos decorrentes de TIDH e aqueles assegurados na CF 88, deve-se buscar a harmonização no âmbito da concordância prática, na dúvida impondo-se a solução mais afinada com a “proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*)”.²⁶⁹

Chegados ao polêmico § 3º, Sarlet interpreta-o, em sintonia com o § 2º do art. 5º, como tendo “assegurado – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formal e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais”. Quanto aos anteriores, questionável defender que passam a ter *status* de emenda constitucional (pois a aprovação por maioria simples não se coaduna com o fórum qualificados exigido), mas poderão tornar-se formalmente constitucionais (já o são materialmente, “*ex vi*” do § 2º) se obedecido o plano do § 3º (o que, aponta certa doutrina, poderia ser menos vantajoso, pois seria passíveis de declaração de Inconstitucionalidade se o Judiciário vislumbrasse ofensa aos limites materiais à reforma constitucional). Quanto ao procedimento, parece compulsória a adoção das regras do § 3º – o que, se dificulta a internalização dos TIDH, em contrapartida garante hierarquia constitucional formal e robustece a legitimação democrática desses direitos. Ademais, além de reformarem a Constituição (como emenda constitucionais), “também assumem a condição de limites materiais à própria reforma” (os TIDH anteriores à EC nº 45, também de caráter jusfundamentais, reclamam proteção contra limitações e retrocessos por conta do “núcleo essencial” e dos demais limites às limitações).²⁷⁰ O significativo avanço percebido pelo autor

²⁶⁸ SARLET, *Os direitos fundamentais*, pp. 11-5. A última posição já defendia o autor em artigo de 1996.

²⁶⁹ SARLET, *Os direitos fundamentais*, p. 16.

²⁷⁰ SARLET, *Os direitos fundamentais*, pp. 17-21. Quanto ao argumento de Mazzuoli (a incorporação por emenda poderia piorar a situação, notadamente se a Constituição for mais benéfica), pondera Sarlet que, se a

é o fato do novo § 3º assegurar uma “hierarquia supralegal dos direitos consagrados nos tratados, impedindo, nestes casos, a manutenção do princípio da paridade entre lei ordinária e tratado ainda prevalente na jurisprudência do STF”. Com a premissa de que não há hierarquia abstrata entre normas formal e materialmente constitucionais e outras, apenas materialmente constitucionais, a incorporação via § 3º poderia ser desvantajosa em relação ao sistema anterior, mas *desde que o STF passasse a assegurar* a “hierarquia constitucional (em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos, ainda que incorporados por Decreto Legislativo”. Em suma, exegese teleológico-sistemática (que parte do art. 4º, II, CF 88, e conjuga o § 2º e o § 3º do art. 5º) da inovação conduz à conclusão de que está assegurada a hierarquia constitucional material dos TIDH anteriores à EC nº 45, com a possibilidade de tratamento distinto e mais reforçado para aqueles que se incorporem pelo rito de emenda constitucional (integram a Constituição textual e não podem ser denunciados).²⁷¹

No particular, valiosa contribuição no sentido de redução legislativa das complexidades do tema vem de ser ofertada pela doutrina pátria. Paulo Caliendo e Valério Mazzuoli elaboraram “Projeto de Lei Complementar sobre a Aplicação das Normas Internacionais no Brasil”, dispondo, em capítulo específico, sobre as “normas gerais aplicáveis aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”.²⁷² Nas definições, tratado internacional, de forma ampla, é qualquer acordo internacional, seja qual for a sua designação particular (art. 4º), sendo enumerados os tratados *especiais*, “com relevante interesse nacional”, logo sobressaindo os de *proteção dos direitos humanos* (art. 5º, “a”). Ao dispor sobre a *ratificação*, prevê-se que o Congresso Nacional, se assim entender por bem,

situação regulada pelo tratado resultar pior para a pessoa humana (do que a decorrente de nosso sistema constitucional positivo), então “não haverá de se incorporar o tratado nesse particular, já que violador de ‘cláusula pétrea’ de nossa Constituição”. O problema, isto sim, é o tratado dispor de forma mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os “órgãos jurisdicionais nacionais privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das ‘cláusulas pétreas’” (assume relevo apenas a questão da prisão civil do depositário infiel).

²⁷¹ SARLET, *Os direitos fundamentais*, pp. 23-5.

²⁷² CALIENDO, Paulo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Projeto de Lei Complementar sobre a Aplicação das Normas Internacionais no Brasil*, publicado na *Revista Internacional y del Mercosur*, año 9, nº 5, Buenos Aires: La Ley, out./2005 e disponibilizado pelos autores via internet. O projeto já foi encaminhado a Senador da República, também chamado pelos autores de *Carta de Porto Alegre* (a idéia de sua elaboração nasceu em 2003, na capital gaúcha). Na apresentação, destacam a necessidade de uma *lei de tratados* no Brasil, “onde se deixem bem fixadas as regras brasileiras relativas à integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados internacionais em nosso país”. Estruturalmente, são 63 artigos, os primeiros 42 tratando de normas gerais aplicáveis aos tratados internacionais (redação, elaboração, assinatura, referendo etc.). Os arts. 43 a 47 versam sobre os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dos quais o Brasil é parte”. Destaque, ainda, para os arts. 55 a 62, que se ocupam da aplicação dos tratados atinentes à matéria tributária (a respeito vide CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). No “Preâmbulo” do projeto, consignou-se que os “tratados internacionais são a fonte mais concreta do Direito Internacional Público contemporâneo”.

poderá aprovar os TIDH, mesmo antes da ratificação, pelos três quintos dos votos dos membros de suas duas casas, em dois turnos, “nos termos do que dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição em vigor, para que os mesmos passem a, formalmente, equivaler às emendas constitucionais” (art. 14, § 1º), caso em que deverá vir expresso no respectivo Decreto Legislativo “que o tratado somente entrará em vigor com equivalência formal de emenda constitucional após ratificado pelo Executivo e já se encontrar em vigor internacional” (art. 14, § 2º).²⁷³

No que tange ao quadro internacional da liberdade religiosa propriamente dito, sem adentrar sequer na imensa literatura a respeito do tema genérico (que foge ao âmbito da investigação e, de resto, é praticamente inabarcável), pretende-se apenas, em traços gerais, descrever o processo gradativo de densificação da liberdade religiosa como um direito na moldura das relações internacionais – sem descurar do interesse dogmático para a tese, já que, mesmo que lidos na ótica de legislação ordinária, há informes importantes para uma melhor interpretação sistemática do direito em tela. Embora, fique claro, a investigação assuma, na esteira na doutrina dominante, a posição segundo a qual os TIDH, ratificados pelo Brasil, configuram direito materialmente constitucional, com todas as conseqüências já referidas.

Voltando ao direito internacional,²⁷⁴ a declaração adotada pelas Nações Unidas em 1948 foi responsável pelo início do processo de universalização e positivação dos direitos humanos (sem descurar os antecedentes, aliás já referidos, das declarações americana e da França revolucionária).²⁷⁵ A preocupação centrou-se em estabelecer os patamares de igualdade e de liberdade, extensíveis a todos os homens *ipso facto*. O artigo 2º garante aos cidadãos o gozo dos direitos estabelecidos pela declaração, sem qualquer espécie de distinção, vedada expressamente a manipulação da categoria *religião* como fator restritivo de direitos e

²⁷³ No regime específico dos TIDH, veda-se a aposição de *reservas* por parte do Estado brasileiro “que excluam ou restrinjam a sua implementação no ordenamento jurídico doméstico” – se o país não puder alcançar imediatamente os resultados previstos, deve apresentar um plano de metas de implementação (agenda), sendo que o governo brasileiro dará *preferência* à celebração de TIDH (art. 43, § 1º, § 2º e § 3º), o que se manifesta em prioridade na pauta interna do Congresso Nacional (art. 44). Ainda, para que não parem dúvidas, os TIDH “possuem aplicação imediata, independentemente de equivalerem ou não às emendas constitucionais” (art. 47).

²⁷⁴ O quadro doutrinário pode ser conferido em JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn. *Religious and International Law*. London: Martinus Nijhoff, 1999.

²⁷⁵ Não se pode deixar de referir que a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 já previa em seu artigo 10 a liberdade de opinião, assegurada no seu âmbito a *liberdade religiosa* – Art. 10 – Ninguém deve ser molestado pelas suas opiniões, mesmo *religiosas*, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida em lei.

liberdades.²⁷⁶ René Cassin, um dos grandes inspiradores e redatores da Declaração Universal, entendia que seus arts. 1º e 2º constituem o *pórtico do templo dos direitos humanos*.²⁷⁷

Tal garantia é ampliada e detalhada adiante, no artigo 18, que estabelece a *liberdade de religião* como terceiro elemento da tríade (liberdade de pensamento e liberdade de consciência são os outros dois). A liberdade de religião, no acréscimo, refere não só a liberdade de escolha da crença, mas, também, seu livre exercício e manifestação, o que inclui o direito de mudar de religião e de manifestação por meio do ensino.²⁷⁸

A par das garantias morais estabelecidas pela declaração de 1948, “com a adoção dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a ONU conseguiu traduzir em normas convencionais os princípios expostos na Declaração Universal de 1948”.²⁷⁹ Foram elaborados dois pactos com o objetivo de regular a aplicação dos direitos reconhecidos internacionalmente. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, por exemplo, refere o objetivo de “promover o entendimento, a *tolerância* e a amizade entre todas as nações” (art. 13), ao passo que, no mesmo ano, o *Pacto dos Direitos Civis e Políticos* (1966), conferiu obrigatoriedade aos direitos de primeira dimensão (seu art. 20 manda proibir, por lei, qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou *religioso* que constituam incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência).

A liberdade religiosa aparece nos artigos 2º e 4º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, como *garantia de não discriminação*.²⁸⁰ O artigo 18 praticamente repete a redação

²⁷⁶ Artigo 2º - Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, *religião*, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (grifou-se, como nas citações que seguem).

²⁷⁷ *Apud* LAFER, *A internacionalização*, pp. 37-8, que comenta: “Em síntese, os princípios gerais da liberdade, igualdade, não-discriminação e fraternidade, que Cassin considerava os princípios embaixadores do pórtico do templo dos direitos humanos, são a expressão do processo de generalização”.

²⁷⁸ Artigo 18 - Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de *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 dos *ritos*, isolada ou coletivamente, em público ou em particular – algumas traduções vertem, em vez de *crença*, “convicção”.

²⁷⁹ ZANGHI, Claudio, Os direitos humanos e tolerância. In: SYMONIDES, Janusz (org). *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p. 270 (citado *Direitos humanos e tolerância*)

²⁸⁰ Artigo 2º - *I.* - Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, *religião*, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação. Artigo 4º - *I.* - Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrente do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito

da declaração de 1948.²⁸¹ A novidade vem estampada no artigo 27, que visa a proteger as minorias étnicas, *religiosas* ou lingüísticas, garantindo-lhes vida cultural.²⁸² Trata-se a religião como um dos elementos de identidade cultural – o direito coletivo à *identidade religiosa*.²⁸³

Em ampla conexão com a Declaração de 1948 e os Pactos de 1966, o *Estatuto dos Refugiados*, de 1951, objetiva garantir a dignidade e a integridade do ser humano. Já na definição de refugiado, a convenção estabelece que a religião não poderá configurar motivo de perseguição. Entretanto, é o artigo 4º que garante aos refugiados a ampla liberdade de manifestação de crença, prevendo, inclusive, a *liberdade de instrução religiosa dos filhos* – ao menos em igualdade de condições com os nacionais do país onde se encontram refugiados.²⁸⁴

Em 1981, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a *Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções* (Resolução nº 36/55), a par do princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Trata-se, nesse campo, do documento da ONU, sem dúvida, “mais importante dos últimos anos”.²⁸⁵ O artigo 1º repete o disposto pelos tratados anteriormente referidos. Os artigos 2º, 3º e 4º preocupam-se em assegurar a não discriminação por motivo de crença religiosa, bem como os instrumentos para *prevenir e eliminar* toda e qualquer discriminação.²⁸⁶ Pode-se notar: o reconhecimento de que a discriminação pode não vir

Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, *religião* ou origem social.

²⁸¹ Artigo 18 – 1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de *religião*. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

²⁸² Artigo 27 – Nos Estados em que haja *minorias étnicas, religiosas* ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria *vida cultural*, de professar e praticar sua própria *religião* e usar sua própria língua. SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 110 (citado *Liberdade religiosa*), comenta que se trata do “único dispositivo com força vinculativa entre os Estados signatários, que ampara as minorias”. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 363, trata dos direitos dos estrangeiros e das minorias no âmbito da *inclusividade* (*infra*, item 2.1.3).

²⁸³ Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 quanto o Pacto de São José da Costa Rica (*infra*) estão incorporados ao direito brasileiro (vide o voto condutor do Min. Maurício Corrêa, no julgamento pelo STF do HC 82.424/RS, *Crime de racismo*, p. 35). O primeiro foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/91, e promulgado em 06/12/96 pelo Decreto nº 592. O segundo, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, Decreto 678/92 e Decreto 44463/02).

²⁸⁴ Artigo 4º – Os Estados Contratantes proporcionarão aos *refugiados* em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua *religião* e no que concerne à liberdade de *instrução religiosa* dos seus filhos.

²⁸⁵ ZANGHI, *Direitos humanos e tolerância*, p. 271.

²⁸⁶ *Artigo 2 - 1.* Ninguém será objeto de discriminação por motivos de *religião* ou convicções por parte de nenhum estado, *instituição, grupo de pessoas* ou *particulares*. *2.* Aos efeitos da presente declaração, entende-se por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em *igualdade* dos direitos humanos e das *liberdades* fundamentais. *Artigo*

apenas dos estados, mas *também de grupos de pessoas, instituições e particulares*; a ligação direta entre discriminação religiosa e ofensa à dignidade da pessoa humana e, no plano internacional, a valoração de tais violações como obstáculo para as “relações amistosas e pacíficas entre as nações”. Dispõe o artigo 5º da declaração em comentário acerca da *organização da vida familiar e educação da prole conforme as convicções da religião*. Já o artigo 6º compreende a *liberdade de culto, difusão e ensino da religião*.²⁸⁷ O primeiro dispositivo consagra, como direito, a possibilidade de organização da vida familiar de acordo com parâmetros religiosos, a par do direito da criança à educação religiosa, conforme mediação de seus pais (reafirmado o princípio essencial do interesse superior da criança) – a educação, ademais, será plasmada por conteúdo de tolerância. No segundo, explicita-se o direito de fundação e manutenção de instituições benemerentes ou humanitárias (na esteira dos fins religiosos), assim como de confecção e utilização dos meios materiais para os ritos; a liberdade de publicação e difusão de escritos religiosos; o ensino religioso em lugares

3 - A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma *ofensa à dignidade humana* e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações. *Artigo 4 - 1.* Todos os estados adotarão medidas eficazes para *prevenir e eliminar* toda discriminação por motivos de religião ou convicções no reconhecimento, no exercício e no gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural. 2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para *promulgar ou derogar leis*, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por *tomar as medidas adequadas* para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.

²⁸⁷ *Artigo 5 - 1.* Os pais, ou, no caso, os tutores legais de uma criança, terão o *direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião* ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditem e queiram educar suas crianças. 2. Toda criança gozará o direito de ter acesso à *educação em matéria de religião* ou convicções conforme seus desejos ou, no caso, seus tutores legais, e *não lhes será obrigada a instrução em uma religião* ou convicções contra o desejo de seus pais ou tutores legais, servindo de *princípio essencial o interesse superior da criança*. 3. A criança estará protegida de qualquer forma de discriminação por motivos de religião ou convicções. Ela será educada em um espírito de compreensão, *tolerância*, amizade entre os povos, paz e fraternidade universal, *respeito à liberdade de religião* ou de convicções dos demais e em plena consciência de que sua energia e seus talentos devem dedicar-se ao serviço da humanidade. 4. Quando uma criança não esteja sob a tutela de seus pais nem de seus tutores legais, serão levadas em consideração os desejos expressos por eles ou qualquer outra prova que se tenha obtido de seus desejos em matéria de religião ou de convicções, servindo de princípio orientador o interesse superior da criança. 5. A prática da religião ou convicções em que se educa uma criança não deverá prejudicar sua saúde física ou mental nem seu desenvolvimento integral levando em conta o parágrafo 3 do artigo 1 da presente Declaração. *Artigo 6 -* Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do artigo 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades: a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins; b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas; c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção; d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas; e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins; f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições; g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção; h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção; i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional.

adequados; a liberdade de arrecadação de fundos e de estruturação de quadro dirigente; o direito a observar dias de guarda e de celebrar efemérides religiosas e a ampla comunicação de intercâmbio religioso, seja nacional ou internacional.

A *Proclamação de Teerã* de 1968 e a *Declaração de Viena* de 1993 (ambas resultados de *Conferências Mundiais sobre direitos humanos*, preocuparam-se com a questão religiosa sob dois enfoques. A *Proclamação* aduz que a discriminação por motivo de religião ofende a consciência da humanidade e põe em perigo os fundamentos da liberdade, da paz e da justiça. A *Declaração* dispõe sobre a proteção de minorias nacionais ou étnicas, *religiosas* ou *lingüísticas*.²⁸⁸ A tutela da minoria remete à “peritagem qualificada”, com ênfase para a prevenção e a “resolução de diferenças”, recomendando, ao lado da proteção, o fomento aos direitos das pessoas pertencentes a minorias religiosas, inclusive a plena participação em todos os aspectos políticos, sociais, religiosos e culturais, sem esquecer do progresso econômico.²⁸⁹

Relevância especial, em face do papel que assume no ordenamento jurídico brasileiro, reveste o *Pacto de São José da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos), notadamente seus artigos 12 e 13, com implicação no âmbito normativo do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo e questão dos limites (*infra*, itens 3.2 e 4.1, respectivamente).²⁹⁰

²⁸⁸ Pessoas pertencentes a *minorias* nacionais ou étnicas, *religiosas* e *lingüísticas* - 25. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem apela à Comissão sobre Direitos do Homem para examinar formas e meios de fomento e proteção efetivos dos direitos das pessoas pertencentes a minorias tal como estabelecido na Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas. Neste contexto, a Conferência Mundial sobre Direitos do Homem apela ao Centro para os Direitos do Homem para que providencie, a pedido dos Governos interessados e no âmbito do seu programa de serviços de consultoria e assistência técnica, por uma *peritagem qualificada* sobre questões relacionadas com as minorias e os direitos humanos, bem como sobre a prevenção e a resolução de diferenças, para fins de assistência em situações potenciais ou atuais envolvendo minorias. 26. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem insta os Estados e a comunidade internacional a fomentar e proteger os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e lingüísticas, em conformidade com a Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas. 27. Se necessário, as medidas a serem tomadas deverão incluir a *possibilidade de participação plena* dessas pessoas em todos os aspectos políticos, sociais, religiosos e culturais da vida em sociedade e no progresso econômico e desenvolvimento dos seus países.

²⁸⁹ Para uma ampla visão doutrinária, vide DUFFAR, Jean. “La protection internationale des droits des minorités religieuses”, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a L'étranger*. Novembre-Décembre, Paris: Editions juridiques associées, 1995, pp. 1495-530.

²⁹⁰ Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião - 1 . Toda pessoa tem direito a liberdade de consciência e de *religião*. Este direito implica a liberdade de *conservar sua religião* ou suas crenças, ou de *trocar* de religião ou de crença, assim como a liberdade de *professar e divulgar* sua religião ou sua crença, individualmente, tanto em público como em privado, 2 . Não será objeto de medidas a restrição a liberdade de religião ou suas crenças ou de trocar de religião ou de crença. 3 . A *liberdade de manifestar* a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às *limitações prescritas por lei* e que sejam necessárias para proteger a *segurança*, a *ordem*, a *saúde* ou a *moral pública* e os *direitos ou liberdades dos demais*. Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de

Ilustrativa, também, a *Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (Roma, 04/11/1950), mesmo pelas referências à doutrina européia, sendo central o art. 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), além do art. 14 (proibição da discriminação).²⁹¹ Merece citação, ainda, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*. O documento foi aprovado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Européia e pela Comissão Européia, em dezembro de 2000, e acresce novos parâmetros à configuração jurídica dos direitos fundamentais. Além da referência literal do art. 10º, há refrações no direito à educação (art. 14), a par da reiteração do princípio da não discriminação (art. 21), respeito pela diversidade cultural e religiosa (art. 22).²⁹² Registra-se, ainda, no trato do “âmbito dos direitos garantidos” (art. 52, 1), as referências expressas ao “conteúdo essencial” e ao “princípio da proporcionalidade” no manejo das restrições – bem como a proibição do abuso de direito (art. 54).

Há, também, referência à liberdade religiosa, no *Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos*.²⁹³ A questão comporta alguns nuances, tanto em relação aos Estados Africanos quanto aos Estados Asiáticos, havendo afirmação de “valores asiáticos” e de

expressão - 5 . Estará proibida por lei toda a propaganda em favor da guerra e da apologia ao ódio nacional, racial ou *religioso* que constituam incitações a violência ou a qualquer outra ação ilegal similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, *religião*, idioma ou origem nacional.

291 Artigo 9º – 1 . Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de *religião*; este direito implica a liberdade de *mudar de religião ou de crença*, assim como a liberdade de *manifestar* a sua religião o a sua suas crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do *culto*, do *ensino*, de *práticas* e da celebração de *ritos*. 2 . A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, *não pode ser objeto de outras restrições* senão as que, previstas na *lei*, constituírem disposições *necessárias*, numa sociedade *democrática*, à *segurança pública*, à proteção da *ordem*, da *saúde* e *moral públicas*, ou à *proteção dos direitos* e das *liberdades de outrem*. Para uma visão doutrinal, vide GOY, Raymond. “La garantie européenne de la liberté de religion: l’article 9 de la Convention de Rome”. *Revue du Droit Public et de la Science*.... pp.5-60.

292 Artigo 10º – Liberdade de pensamento, consciência e de religião - 1 . Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de *religião*. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à *objeção de consciência* é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício. Artigo 14º Direito à educação (...) 3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o *direito dos pais assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas*, filosóficas e pedagógicas. Artigo 21º Não discriminação - é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. (...) (Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. *Direito e Democracia*. Vol 2, nº 2, 2001, pp. 457-475, citado *Carta*)

293 Artigo 2º - Toda a pessoa tem o direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de ração, etnia, de cor, de sexo, de língua, de *religião*, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

“direitos islâmicos”, o que remete para o tema da “universalidade dos direitos humanos” versus “relativismo cultural” (*infra*, item 2.1.2),

Os documentos internacionais, consabido, necessitam da atividade dos Estados pactuantes para efetivação, bem como de forte fiscalização da sociedade civil. É por isso que existem organizações tanto na esfera estatal como na privada com tais objetivos, como por exemplo a *United States Commission on International Religious Freedom*,²⁹⁴ a *International Coalition for religious freedom*,²⁹⁵ a *International Association for Religious Freedom*,²⁹⁶ a *International Religious Freedom Watch*,²⁹⁷ o *Center for Religious Freedom*.²⁹⁸ Há, também, um vigoroso movimento internacional que congrega vários grupos religiosos, que vem de produzir a *Declaração do Parlamento das Religiões do Mundo*, solenemente proclamada em 04 de setembro de 1993 (na mesma Chicago em que ocorreu o primeiro “parlamento”, em 1893). A reunião contou com 6.500 participantes e foi assinada “pela maioria dos quase 200 delegados das religiões mundiais” presentes (Hans Küng teve decisivo papel na elaboração do documento).²⁹⁹

Ainda nesta sede, é de referir dois pontos. O primeiro apenas para registrar que a *Santa Sé* é, na prática diplomática e com o respaldo da doutrina,³⁰⁰ reconhecida como *sujeito*

²⁹⁴ <http://www.uscirf.gov/countries/publications/currentreport/>

²⁹⁵ <http://www.religiousfreedom.com/>

²⁹⁶ <http://www.iarf.net/>

²⁹⁷ <http://www.internationalreligiousfreedomwatch.org/>

²⁹⁸ <http://www.freedomhouse.org/religion/>

²⁹⁹ A primeira reunião do referido Parlamento deu-se em Chicago, em 1893, como mencionado, por ocasião da “Exposição Universal”. O segundo, um século depois (1993), na mesma Chicago. O terceiro ocorreu na Cidade do Cabo (África do Sul), em 1999. O quarto, em Barcelona, entre 07 e 13 de julho de 2004. Para maiores detalhes, inclusive sobre o diálogo inter-religioso e sobre as relações das religiões com os direitos humanos, vide TAMAYO, *Fundamentalismos* pp. 20 e 131 a 274.

³⁰⁰ “A personalidade jurídica da Santa Sé (Papa e Cúria Romana), ao contrário de outros países, não foi formalmente definida a partir de um certo momento, de uma certa época, e, embora, de ato, alguns atos tenham levado a isso, é certo que pesou muito a própria história da religião cristã, que, através de uma série de fatores conseguiu lugar dentro da comunidade internacional (...) Aí está por que a Santa Sé é sujeito de direitos na ordem internacional. Um Estado teológico, sendo o Vaticano apenas o complemento territorial. Faz a Santa Sé parte de diversos organismos internacionais; contudo, não participa da ONU” (HUSEK, Carlos. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2002. pp. 44-6); “Quando se entenda de afirmar, à luz do fator teológico, que a Santa Sé não é um Estado, cumprirá concluir, face à evidência de que ela tampouco configura uma organização internacional, que ali temos um caso único de personalidade internacional anômala, objetivamente irrecusável” (REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 53-4); “A Santa Sé é o órgão central da Igreja Católica, uma organização internacional não-governamental. Porém, ela apóia-se sobre um sujeito de direito internacional *sui generis*: A Cidade do Vaticano. Apesar de situada em Roma, a Itália reconheceu à Cidade do Vaticano, através dos acordos de Latrão, de 1929, sua independência absoluta. A Santa Sé é então titular de um poder exclusivo e de uma jurisdição soberana sobre seu território, qual seja Basílica de São Pedro e os 44 hectares que a cercam. O Vaticano abriga uma população de cerca de 1.500 habitantes e dispõe de instituições próprias e serviços públicos. Se é verdade que o Vaticano não possui força material, não se pode duvidar do importante papel que a Santa Sé exerce no cenário internacional. Mais do que viagens do Papa, a Cidade do Vaticano mantém a participação de diversos delegados e

de direito internacional público, o que não deixa de ser uma posição privilegiada da Igreja Católica Apostólica Romana em relação às outras confissões e comunidades religiosas – uma questão que, no Brasil, tem menos relevância do que noutros países, especialmente no seio europeu, em face de um modelo concordatário ainda adotado (as refrações dogmáticas da matéria serão vistas *infra*, item 3.2.7).

O segundo para dar conta da polêmica que envolveu a menção ou a supressão de referência às *raízes cristãs* na Constituição da União Européia que está em processo de adoção. Em junho de 2004, o Vaticano lamentou a falta de inclusão das “raízes cristãs” no texto aprovado pelos líderes políticos dos 25 países que compõem a União Européia. Em comunicado, o Vaticano divulgou seu descontentamento com a “oposição de alguns governos” à menção a Deus na Carta. O preâmbulo do documento consignou que a Constituição inspira-se “na herança cultural, religiosa e humanista da Europa, de onde emanaram os valores universais sobre os direitos invioláveis do homem e a democracia”. O porta-voz do Vaticano, Joaquim Navarro-Valls, lamentou a “concepção errada das evidências históricas e da identidade cristã da população européia”.³⁰¹

A controvérsia vale um breve olhar doutrinário.³⁰² Houve uma dicotomia, desde que o projeto começou a ser discutido, em outubro de 2003, entre os partidários de uma referência ao *cristianismo* e os adversários de qualquer forma de menção religiosa. O Preâmbulo da já citada Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000) refere uma União “consciente do seu patrimônio *espiritual* e moral”.³⁰³ O projeto de Constituição, no art. 51, §

observadores junto a diversas organizações internacionais. Recebe também, representações diplomáticas de diversos estados. Além disso, várias encíclicas papais foram consagradas, total ou parcialmente, às questões internacionais” (SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2003, p. 35). “Em face do tratado de Latrão já não se poder existir a menor dúvida acerca da personalidade internacional do Papa, ou da Santa Sé. A esta, de fato, já não falta elemento que muitos exigiam para lhe reconhecer tal qualidade, isto é, a soberania territorial. (...) A Santa Sé - escreveu o professor Delos - não é soberana porque constituiu um Estado.; ao contrário, a criação do Estado pontifício é o que constituiu uma consequência da soberania inerente à natureza da Igreja.” (NASCIMENTO E SILVA, G.E; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual De Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁰¹ “Igreja lamenta ausência de Deus na Constituição da EU”, *Folha Online*, acesso em 19/6/2004.

³⁰² Segue-se CLERGERIE, Jean-Louis. “La place de la religion dans la future Consituicion européenne”. *Revue du droit public*. nº 3, 2004, pp. 739-54. (citado *La place*)

³⁰³ *Carta, Direito e Democracia*, p. 457. Veja-se, a respeito, a importância conferida aos *preâmbulos* como “figura cultural, científica, literária e constitucional” por HÄBERLE, Peter. Aspectos de uma teoria constitucional para Europa. In: SARLET, Ingo Sarlet. *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1, pp. 341-2 (citado *Aspectos de uma teoría constitucional*), que chega a dizer que uma teoria constitucional européia deve levar em conta o “potencial” específico dos preâmbulos, que proporcionam muito: “incorporam um concentrado da Constituição e favorecem seu conhecimento e compreensão, reelaboram a dimensão temporal (o patrimônio cultural e o desenvolvimento utópico de futuro) e podem desprender uma força normativa de caráter irradiante” – se formulados com um significado próximo dos

1º e 3, afirma que a União “respeita e não prejudica o *status* que beneficia, em virtude do direito nacional, às Igrejas e as associações ou comunidades religiosas nos Estados Membros”, com as quais “mantém um “diálogo aberto, transparente e regular”.³⁰⁴

Jean-Louis Clergerie aborda o tema em duas etapas: (a) se a referência ao cristianismo ainda corresponde à realidade europeia (na medida em que os sucessivos “alargamentos” abriram a Europa à Igreja Ortodoxa, ao judaísmo e ao islamismo), sendo de levar em conta um contexto no qual, com exceção da França, da Bélgica e da Holanda, a maior parte dos países mantêm relações mais ou menos estreitas com suas igrejas;³⁰⁵ (b) qual o impacto jurídico da referência ao cristianismo. Neste caso, o autor cogita que a menção poderia acarretar conseqüências na linha da “lei natural” contra, por exemplo, o aborto; além de desdobramentos na interpretação dos textos europeus. Menciona, ainda, o risco da “comunitarização”, fornecendo-se a setores do islamismo (já a segunda religião europeia) o pretexto para reivindicação de estatutos particulares. Sem falar numa certa erosão da separação entre política e religião, passível de incrementar fundamentalismos. Seria, então, preferível afirmar solenemente o princípio da separação? Ou evocar os princípios das “grandes tradições religiosas e da cultura laica dos povos europeus”? Ou abstrair qualquer referência religiosa? O debate continua aberto, concluía o autor, desejando que a religião não fosse um agente de contencioso jurídico-político na União Europeia.³⁰⁶

Num clima pós-secular, em que tolerância e complexidade circulam, por entre Constituições e realidades interculturais, a esconjurar traços de fundamentalismo (religioso e político), o debate só pode acirrar-se. E não prescinde, do lado jurídico, da reafirmação de princípios ancilares, como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. É a próxima paragem da investigação.

cidadãos, contribui para atraí-los e “ganhá-los”. Uma teoria assim elaborada é “pedra angular de uma teoria constitucional para a Europa”.

³⁰⁴ CLERGERIE, *La place*, pp. 741-3. O Papa João Paulo II, em 16/02/2003, apelou aos políticos para que inserissem uma frase relativa às “raízes cristãs comuns da Europa”. Houve apoio, em maior ou menor grau, da Espanha, da Irlanda, da Polónia, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Dinamarca, República Tcheca, Eslováquia – na linha de que se trata de um *fato*, não de uma opinião, a “herança do cristianismo”. A oposição foi liderada pela França e pela Bélgica, a par de movimentos laicos e alguns deputados socialistas (pp. 744-5).

³⁰⁵ CLERGERIE, *La place*, pp. 745-51, e *infra*, item 3.2.7.

³⁰⁶ CLERGERIE, *La place*, pp. 752-4.

2 APROXIMAÇÃO DISCURSIVA

2.1 CONCEITOS OPERACIONAIS

2.1.1 Tolerância e complexidade

É dado de percepção geral a crise da sociedade moderna, sendo a proliferação dos fundamentalismos uma de suas facetas mais visíveis, pelo que parece interessante examiná-la no bojo de transições paradigmáticas mais amplas.³⁰⁷

Acredita-se que o paradigma da modernidade, cientificista, de leis causais rigorosas, de um determinismo mecanicista, apresenta já rachaduras irrecuperáveis (*supra*, item 1.3.2), a clamar por um paradigma emergente, científico (um conhecimento prudente) e social (uma vida decente). Trata-se de um conhecimento que é sempre autoconhecimento e que visa a constituir-se em senso comum: “Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas.” É um senso comum retórico e metafórico, que “não ensina, persuade”, no qual “a prudência é a insegurança assumida e controlada”.³⁰⁸ Wallerstein, a seu

³⁰⁷ A humanidade atravessa um período de transição. Immanuel Wallerstein, que foi presidente da Associação Internacional de Sociologia entre 1994-1998, argumenta que se vive um “momento de bifurcação do sistema e de grande instabilidade, cujo resultado é o fim de nossas certezas e da crença no progresso. Mas, também, simultaneamente, a possibilidade de criar um mundo mais democrático e igualitário.” Essa a suma da conferência que pronunciou em Praga (1997), sob o título *Uncertainty and creativity* – WALLERSTEIN, Immanuel. “Incerteza e criatividade”, *Logos*, ano 12, nº 2 (especial), setembro de 2000: Cachoeira do Sul, Universidade Luterana do Brasil, pp. 5-8. Para uma visão de caráter mais epistêmico, vide WALLERSTEIN, Immanuel. As estruturas do conhecimento ou quantas formas nós temos de conhecer?, In: SANTOS, Boaventura Souza (org) *Conhecimento prudente para uma vida decente – Um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez Editora, 2004, pp. 123-30 (citado *As estruturas do conhecimento*).

³⁰⁸ SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, pp. 55-7, citado. A idéia forte do autor é chegar-se ao conhecimento prudente para uma vida decente, um novo senso comum (uma tópica de emancipação): ético (solidário), político (participativo) e estético (reencantado) – SANTOS, *A crítica da razão indolente*, pp. 100-10. Socorre, ainda, Miró, contra (em diálogo com) o matematismo estático e na busca do autêntico resultado (vivo), que se prova a cada milímetro de linha (prudência como insegurança – na falta de leis rígidas – assumida e controlada). O termo *pós-modernidade* vem sendo utilizado na falta de outro melhor: surgiu em querelas literárias na década de 30 nos Estados Unidos e progressivamente foi sendo apropriado pelas ciências sociais

turno, fala na possibilidade de reintegrar o conhecimento do que é verdadeiro com o que é bom, já que “somos nós que construímos as probabilidades dos nossos futuros, no quadro das estruturas que nos limitam”.³⁰⁹

Boaventura de Sousa Santos, que se orienta para uma concepção “pós-moderna” do direito (a rigor, na falta de expressão mais adequada – em texto mais recente prefere o termo “pós-colonial”),³¹⁰ postula um espaço pautado pelo princípio da *transição paradigmática*, que quer “ampliar o conhecimento dos paradigmas em presença e promover a competição entre eles de modo a expandir as alternativas de prática social e pessoal e de lutar por elas”. Nesta transição, o Estado tem uma dimensão providencial em “promover a pluralidade e a permeabilidade das identidades pelo incentivo à confrontação entre os dois paradigmas (...) Não se trata de obter a transparência total nas relações sociais, mas antes de lutar sem limites contra a opacidade que as despolitiza e desingulariza (...) Daí que na transição paradigmática se tolere a imperfectibilidade das palavras e dos cálculos se ela se traduzir numa maior razoabilidade e equidade das acções e das consequências”.³¹¹

Configura-se, assim, um espaço para a *tolerância*, complacente com a livre expressão de opiniões e com a livre divulgação de informações – um espaço de circulação de idéias e vigilante contra a opacidade das relações sociais.³¹²

(CANOTILHO, *Direito Constitucional*. p. 12); na arte, foi o jovem arquiteto Charles Jencks que introduziu a discussão, em 1975, cansado do funcionalismo da arquitetura moderna (GOMBRICH, *História da Arte*, p. 619).

³⁰⁹ WALLERSTEIN, *As estruturas do conhecimento*, p. 129: “O bem é, afinal, o mesmo que a verdade, uma vez que a verdade é a escolha racional ótima, substantivamente racional, entre as alternativas que se nos apresentam. (...) Entramos numa bifurcação das estruturas do conhecimento que aparenta ser, em muitos aspectos caótica. Mas é claro que vamos emergir dela com uma nova ordem. Essa ordem não é determinada, mas determinável. Mas só podemos ter a *fortuna* se a agarrarmos”.

³¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do Pós-moderno ao Pós-colonial. E para além de um e de outro* – conferência de abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 16/18 set. 2004 – disponível em www.ces.fe.uc.pt.

³¹¹ SANTOS, *Pela mão de Alice* pp. 277, 281, 293 e 297-8, respectivamente.

³¹² “Em Cloé, grande cidade, as pessoas que passam pelas ruas não se conhecem. Ao verem-se imaginam mil coisas uma das outras, os encontros que poderiam verificar-se entre elas, as conversas, as surpresas, as carícias, as ferroadas. Mas ninguém dirige uma saudação a ninguém, os olhares cruzam-se por um segundo e depois afastam-se, procurando novos olhares, não param. (...) Assim entre os que por acaso se encontram juntos a abrigar-se da chuva debaixo de um pórtico, ou se apinham debaixo de um toldo de um bazar, ou param para ouvir a banda no coreto da praça, consomem-se encontros, seduções, ligações, cópulas, orgias, sem que troquem uma palavra, sem que se toquem com um dedo, quase sem se olharem. Uma vibração de luxúria move continuamente Cloé, a mais casta das cidades.” (CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. Lisboa, Teorema, 1999. trad. José Colaço Barreiros, p. 53). Vide o movimento das cidades, conectadas por rotundas: “As *metrópolis* cada vez mais beneficiam a velocidade e o deslocamento. Numa linguagem simbólica, há mais ruas do que praças. *‘Juntos, individualismo e velocidade, amortecem o corpo moderno; não permitem que se vincule’*. Nos automóveis, a cidade contemporânea procura conforto, segurança, rapidez e solidão.” (PASQUALINI, Alexandre. O Público e o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 32-3 (citado *Público e Privado*) Restaria indagar se a comunicação social poderia aproximar tais pessoas...

Ao discorrer sobre as ambivalências da opinião pública moderna, Esteves destaca que os modelos clássico e moderno do “espaço público partilham uma componente comunicacional: a ideia de que o esclarecimento resultará da prática argumentativa”. Na busca de definir uma “verdadeira” prática comunicacional (racional e emancipadora) lançam-se alguns critérios orientadores, forte em Habermas: 1º o não-fechamento do *público*, a deixar em aberto a possibilidade de um alargamento ilimitado dos sujeitos; 2º o não-fechamento *temático* das discussões, e 3º a *paridade* na argumentação (igualdade de estatuto conferida aos participantes).³¹³

Tolerância é um valor muito caro e necessário, a incentivar o diálogo epistemológico travado no respeito pelo outro e pela diferença.³¹⁴ Insere-se, tal discurso, num plano de ambiência cultural mais amplo, cuja ética vem sendo delineada por muitos. Umberto Eco, por exemplo, parte das migrações como fenômeno forte do terceiro milênio para discorrer sobre a tolerância e o intolerável.³¹⁵ Tais migrações, aliás, modificaram a França, por exemplo, o Estado-nação clássico e ao mesmo tempo a principal sociedade imigrante da Europa, um estudo de caso especialmente útil e complicado no que concerne à tolerância.³¹⁶ Adiante (item 4.4.1), discute-se o problema da utilização de símbolos religiosos na escola pública).

Realizou-se em Paris, em 1997, um grande “Foro Internacional sobre a Intolerância”, promovido pela Academia Universal das Culturas. Elie Wiesel, filósofo romeno Prêmio Nobel da Paz (1986) e presidente da Academia, logo no prefácio da coletânea consigna: “Ausência de linguagem, a intolerância não é apenas o instrumento fácil do inimigo; ela é o inimigo. Ela nega toda riqueza veiculada pela linguagem. Quando a linguagem fracassa, é a violência que a substitui. A violência é a linguagem daquele que não se exprime mais pela

³¹³ ESTEVES, João Pissarra. *A Ética da Comunicação e os ‘Media’ Modernos. Legitimidade e poder nas sociedade complexas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 203-5. Os três princípios, com se verá adiante, chocam-se com o fundamentalismo.

³¹⁴ “Em 1721, com uma ingenuidade fingida que não escondia a acidez do sarcasmo, Charles-Louis de Secondat perguntou-nos: ‘Persas? Mas, como é possível ser-se persa?’ Vai já para trezentos anos que o barão de Montesquieu escreveu as suas famosas *Lettres Persanes* (...) continuamos a não entender como foi possível a alguém ter sido ‘persa’ e, ainda por cima, como se já não fosse desproporcionada tal extravagância, persistir em sê-lo hoje, quando o espectáculo que o mundo oferece nos pretende convencer de que só é desejável e proveitoso ser-se aquilo que, em termos muito gerais e artificialmente conciliadores, é costume designar por ‘ocidental’ (...) Ser ‘persa’ é ser o estranho, é ser o diferente, é, numa palavra, ser *outro*. A simples existência do ‘persa’ tem bastado para incomodar, confundir, desorganizar, perturbar a mecânica das instituições (...) A mesma névoa que impede ver pode ser também a janela aberta para o mundo do outro, o mundo do índio, o mundo do ‘persa’... Olhemos em silêncio, aprendamos a ouvir, talvez depois, finalmente, sejamos capazes de compreender.” SARAMAGO, José. Chiapas, nome de dor e de esperança, Visão, 09 de junho de 1998, In: *Folhas Políticas*. 1976-1998. Lisboa, Caminho, 1999. pp. 209-14.

³¹⁵ ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Record, 1998, pp. 103-24 (citado *Cinco escritos morais*).

³¹⁶ WALZER, *Da tolerância*, pp. 52-5.

palavra. A violência é também a linguagem da intolerância, que gera o ódio.”³¹⁷ Na conclusão do evento, diante de todos os casos de intolerância relatados, ressalta-se “a importância primordial do papel da informação que os cidadãos devem receber. A ética da mídia assume uma dimensão preponderante.”³¹⁸, o que se coaduna com a necessidade contemporânea de educar para a tolerância.

Eco discorre sobre o tema (no vetor do intolerável) a partir do julgamento de Nuremberg: em termos de estrita legalidade ou de usos internacionais, um inegável arbítrio, mas justificado racionalmente, sem lacunas: “diante de acontecimentos excepcionais a humanidade não pode permitir-se aplicar leis vigentes, mas deve assumir a responsabilidade de sancionar novas leis”. Diante de “comportamentos intoleráveis deve-se ter a coragem de mudar as regras, inclusive as leis”. À propósito do delicado tema da intervenção militar na arena internacional, o autor busca analogia com uma revolução, pois “não há uma lei precedente que nos diga se devemos fazê-la. Pelo contrário, devemos fazê-la contra as leis e os hábitos”. Em realidade, decide-se que, “por mais que se deva respeitar as opiniões, os usos, as práticas, as crenças alheias, algo nos parece intolerável. Aceitar o intolerável coloca em questão nossa própria identidade.”.

Nesta situação limite, “é preciso assumir a responsabilidade de decidir o que é intolerável e agir depois, prontos a pagar o preço do erro”. Então, “quando aparece um intolerável inaudito, o limiar da intolerabilidade não é mais aquele que foi fixado pelas velhas

³¹⁷ *Foro Internacional sobre a Intolerância* (1997: Paris, França). BARRET-DUCROCQ, Françoise. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 7 (citado *A intolerância*). Mário Soares, ainda presidente da República, dizia, acerca do debate fundamental entre liberdade de imprensa e direitos fundamentais, que os portugueses querem “viver numa sociedade aberta, numa sociedade livre, numa sociedade de tolerância (...) e, sobretudo, numa sociedade solidária” (*Seminário Os direitos da pessoa e a comunicação social*, p. 170). BECK, Ulrich. *Democracy without Enemies*. (trad. Mark Ritter), Cambridge (UK): Polity Press, pp. 122-40, (citado *Democracy*) analisa “how neighbours become jews: the political construction of the stranger in the age of Reflexive Modernity” e, num item crucial, como o estereótipo do estrangeiro transforma-se no “estereótipo do inimigo”.

³¹⁸ BARRET-DUCROCQ, *A intolerância*, p. 269. O capítulo 4 da obra discutiu “A Ética das Mídias” (pp. 245-62). No mesmo capítulo, DERAÏ, Yves, *A intolerância*, p. 248, diretor da *Tribune Juive*, lembra, por outro lado, que a “tolerância não deveria ser colocada sobre um pedestal. A ação de tolerar vem de aceitar com reticências. De fato, quando se tolera, não se ama. Quando se trata de nosso próximo, prefiro uma noção bíblica: a de fraternidade, por exemplo”. Compare-se com a assertiva de Jakobs: “a justificação pode afastar o ilícito, mas não a *soziale Auffälligkeit* da conduta”, a singularidade social do evento, sua repercussão. A questão, deste modo, encontra algum paralelo, em direito penal, no que tange à teoria geral do delito, parecendo a determinada corrente que, se a conduta está justificada (é tolerada), a rigor dever-se-ia falar de atipicidade, já que o cidadão, autorizado pela ordem jurídica, não estaria cometendo um fato penalmente relevante (típico, *a priori*). Vale dizer, descaberia o menoscabo (tolerar) em relação ao exercício de um direito. Todavia, assim como matar um homem, ainda que em legítima defesa, é diferente de matar uma mosca, toleram-se algumas condutas que se chocam com princípios estruturantes do Estado constitucional (o direito de expressar uma opinião fundamentalista, neste diapasão, não apaga o estrépio social ou a “irritação constitucional” experimentada pelo sistema do Estado democrático de direito).

leis. É preciso legislar de novo.”. É certo que é preciso buscar o consenso mais amplo possível sobre o novo limiar do intolerável, garanti-lo de algum modo pela “comunidade” – “conceito inapreensível, mas que está na base até mesmo do fato de acreditarmos que a terra gira. Mas depois é preciso escolher.”. O nazismo e o holocausto (que atingiu também ciganos e homossexuais, vítimas menos visíveis) são exemplos históricos de novo limiar de intolerabilidade, fenômeno programado e realizado “cientificamente”, com apelo explícito de consenso, até filosófico, e propagandeado como modelo planetário. Em conclusão: “Não atingiu apenas a nossa consciência moral: colocou em jogo nossa filosofia e nossa ciência, nossa cultura, nossas crenças no bem e no mal. Tinha a intenção de cancelá-las.” – deste ponto, não há retorno: “Era impossível não responder a tal apelo. E só se podia responder que não apenas naquele momento, mas cinquenta anos depois, e nos séculos vindouros, não seria tolerável.”³¹⁹

Tomás y Valiente, aliás vítima da intolerância do ETA, lança uma arguta pergunta: se hoje temos “liberdades que são direitos fundamentais, qual o sentido da tolerância?”. Articulado idéias de Bobbio, repara que passamos da tolerância para com o “erro” das diversas crenças para o problema da tolerância em face dos *diferentes*.³²⁰ Hoje, temos de ser tolerantes como “atitude e virtude cívica” que é melhor que o seu contrário. Tolerância deve ser entendida como o respeito entre homens igualmente livres – não há espaço para uma concessão generosa, vertical e de cima para baixo; antes, há de ser *horizontal*, como “respeito recíproco entre homens iguais em direitos e liberdades”.³²¹ Também da Espanha, Javier de Lucas entende que a institucionalização moderna da igualdade jurídica torna dispensável reivindicar a tolerância como princípio público, pois a “constitucionalização do pluralismo, das igualdades e das liberdades” torna o conceito supérfluo e resolve as aporias da tolerância pura (a discussão sobre a impossibilidade de que seja absoluta). Assim, o respeito às minorias está no plano da “garantia do cumprimento de direitos e não da concessão mais ou menos graciosa de respeito e reconhecimento da diversidade”. Mas a tolerância talvez possa manter-se como “método de persuasão” (Bobbio) – o respeito pelo outro como ponte histórica para

³¹⁹ ECO, *Cinco escritos morais*, pp. 120-3.

³²⁰ TOMÁS Y VALENTE, Francisco. *A orillas del Estado*, pp. 227 e 245. O autor foi magistrado do Tribunal Constitucional Espanhol desde a sua fundação e, desde janeiro de 1996, fora nomeado conselheiro permanente do Conselho de Estado. Executado em 14/02/1996, pelo ETA, enquanto trabalhava na Universidade Autônoma de Madri. VER

³²¹ TOMÁS Y VALENTE, *A orillas del Estado*, pp. 247-9. O respeito equivale a aceitação do outro tal qual é, funda-se na *reciprocidade*, “porque se tolero a quem me desagrade é porque quero ser tolerado por aquele que não goste da minha maneira de pensar, de dizer ou de ser”.

passar do ilícito ao direito. Ademais, como virtude privada e como instrumento provisório e transitório: não um objetivo a reivindicar, e sim “um ponto de partida desde o qual atuar”.³²²

Paul Ricouer apresenta as três etapas da tolerância, partindo das guerras de religião, em que as igrejas “ofereciam ao Estado a *unção* da sua verdade, em troca da *sanção* do braço secular que o Estado concedia às autoridades eclesiásticas”. Na primeira, tolera-se o que se desaprova “mas não se pode impedir” (é o limite mínimo, que marca o fim das guerras religiosas na Europa); na segunda, há uma vontade de compreender as convicções contrárias, sem adesão, uma “certa suspensão da violência”; na terceira e decisiva, reconhece-se o *direito ao erro*, “associado à idéia de que cada um tem o *direito* de viver segundo suas convicções”.³²³

No quadro “tolerância com os intolerantes”, Michael Walzer recorda que a finalidade da separação entre Igreja e Estado é “negar poder político a todas as autoridades religiosas, partindo da suposição realista de que todas são pelo menos potencialmente intolerantes” – também os crentes precisam da separação, uma “forma de proteger a si mesmos e a todos os demais contra o possível fanatismo de seus companheiros de fé”. Aliás, a democracia exige outra separação: “a da própria política em relação ao Estado”. O partido vencedor, se pode transformar sua ideologia num conjunto de lei, “não pode transformá-la no credo oficial da religião civil”. Avança o autor, em ponto crucial: “Religiões que almejam tornar-se oficiais e partidos que sonham com o controle total podem ser tolerados (...) [Mas] também se podem impedir que tomem o poder, e até mesmo que concorram para isso” – casos em que a separação significa que “estão confinados na sociedade civil: podem pregar, escrever e reunir-se; só lhes é permitida uma existência sectária”.³²⁴

Justo o reaparecimento das manifestações de intolerância, observa Claudio Zanghi, ressalta a “necessidade de proclamar a tolerância como um princípio fundamental para o adequado estabelecimento do processo civilizatório, da democracia e da observância dos direitos humanos” – daí a Assembléia Geral da ONU ter proclamado 1995 o “Ano das nações

³²² LUCAS, Javier. *Para dejar de hablar de la tolerancia?* www.cervantesvirtual.com, acesso em 28/11/2005, pp. 123-5.

Unidas para a Tolerância”.³²⁵ Na Ásia, relata o autor, a tolerância reporta-se a uma *virtude pessoal*, com poucas implicações sociopolíticas. Observa, ainda, que se a tolerância não admite uma verdade absoluta ou “revelada”, tampouco se identifica com a indiferença (que é a negação de toda relação social construtiva): não se trata de aceitação indiscriminada, pois baseia-se no “princípio geral de proteção dos ideais de liberdade, justiça, dignidade humana e paz”.³²⁶

Chame-se, ainda, Peter Häberle, que trata da educação para o respeito da dignidade humana como um “destacado objetivo pedagógico do Estado constitucional: dignidade humana, para cada um, bem como para o próximo, no sentido dos ‘outros’ (como ‘tolerância’, ‘solidariedade’)”.³²⁷

Neste espaço de transição paradigmática, de reforço à tolerância e ao pluralismo, pode-se ancorar a questão da *complexidade*. No início do século XIX, a ciência moderna já se convertera numa espécie de religião, cuja profissão de fé foi a racionalidade que emergiu a partir da revolução científica do século XVI. Pressuposta a crítica ao paradigma da modernidade, é preciso lidar com a instabilidade e a incerteza (*supra*, item 1.3.2).

Não uma única verdade, uma certeza que estaria no âmago da matéria esperando ser descoberta por um sujeito independente e por meio de um método asséptico que, percorrido, garantiria a correção da conclusão/solução. É preciso, ao revés, aproximar-se de uma realidade que se apresenta como um território livre, prenhe de vida instável e difícil, que

³²³ RICOUER, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a tolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 21. Ameaças novas surgem do próprio fato do pluralismo: apologia à diferença pela diferença e, finalmente, uma cultura da *indiferença*; e ao surgimento de fenômenos de anomia, de marginalidade e até de criminalidade (p. 22). Para uma abordagem histórica, vide YAVETZ, Zvi, “Intolerância: romanos e gregos, egípcios e judeus”, *A intolerância*, pp. 34-7; LE GOFF, Jacques, “As raízes medievais da intolerância”, *A intolerância*, pp. 38-41.

³²⁴ WALZER, *Da tolerância*, pp. 104-7.

³²⁵ ZANGHI, *Direitos Humanos e tolerância*, pp. 257-78. O autor acompanhar a evolução histórica do conceito, do mundo clássico ao iluminismo, sinalando os fundamentos da *tolerância religiosa* nos escritos filosóficos dos séculos XVII e XVIII e a articulação da tolerância religiosa com a tolerância política, a par da reinserção do tema no século XX.

³²⁶ ZANGHI, *Direitos Humanos e tolerância*, pp. 264-5. No quadro internacional, citam-se: a Recomendação nº 1.202/1993 do Conselho Europeu, sobre a “tolerância religiosa na sociedade democrática”; Resolução do Comitê de Ministros do Conselho Europeu nº (68)30, sobre as “medidas a serem tomadas contra o incitamento ao ódio nacional e religioso” – vê com desconfiança a Declaração do Cairo sobre direitos humanos no Islã (1990), em cujo preâmbulo consta que tais direitos “são considerados parte integral da religião islâmica”; no art. 10, o Islão afirma-se não corrompido, no sentido da compulsão por converter o homem a outra religião ou ao ateísmo, mas estão todos os direitos sujeitos à *Sharia* (art. 24).

³²⁷ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). trad. Ingo W. Sarlet e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 136 (citado *A dignidade humana*).

parece melhor retratada nos traços dinâmicos de Miró do que no ponto fixo de perspectiva cristalizada.³²⁸

Explicar tal realidade, intui-se, significa simplificar, o que é inexorável, desde que se atente para o fato de que a análise da complexidade não elimina a tessitura complexa, embora possa elaborar modelos aproximativos de padrões simplificados da dinâmica.³²⁹ Podem-se elencar algumas características do emergente paradigma da *complexidade*.³³⁰

a) ela é *dinâmica* (campo de forças contrárias, em que eventual estabilidade é sempre rearranjo provisório);

b) *não-linear* (um modo de ser em que pulsa a relação própria entre o todo e as partes, “feitas ao mesmo tempo de relativa autonomia e profunda dependência” – para continuar existindo é mister mudar não linearmente, de modo previsível e controlável, “mas criativo, surpreendente, arriscado”);

c) *reconstrutiva* (é devir intrinsecamente marcado pela flecha do tempo, irreversível, não se passa do depois para o antes, nem o depois é igual ao antes – a “natureza, a não ser em seus códigos formais, jamais se repete”, pelo que é “tipicamente produtiva”);

d) é um *processo dialético evolutivo* (ao contrário do computador, que é máquina reversível);

e) *irreversível* (também é impossível ir para o futuro permanecendo o mesmo, “acarreta inovação intrínseca, em maior ou menor grau, de tal forma que os produtos sempre são, também e essencialmente, processos. Fazer-se incessantemente é sua condição. Nada está propriamente feito, porque a incompletude não é defeito, mas modo de ser, sobretudo vir a

³²⁸ Desenvolveu-se a metáfora em WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 93 a 101, propondo que a pintura renascentista (e sua conquista da perspectiva tridimensional) está para os movimentos artísticos contemporâneos (o horizonte estético foi a obra de Miró) na mesma relação que se estabeleceu entre a centralidade legal cristalizada na codificação burguesa e o atual estágio de reflexão jurídica. Confirmam-se, ainda, a dinâmica da elipse barroca no centro da Praça de São Pedro em Roma, e os plúrimos pontos de vista da pintura de Cézanne e dos cubistas (pp. 97 e 100, respectivamente).

³²⁹ Adverte, todavia, GUEDES, *Economia e Complexidade*, p. XXV, que a complexidade “é uma propriedade da descrição de um objeto, não é uma propriedade do objeto. Simplicidade e Complexidade são conceitos ‘contexto-dependentes’, não são absolutos.”. Aliás, descrevendo o sistema complexo no vó de um bando de aves migratórias, o autor refere que se trata de um “fenômeno espontâneo de auto-organização do qual emerge um padrão, único e específico. Cada espécie tem o seu, resultante de princípios comuns e que, num paradoxo que é constante na complexidade, são em regras princípios de grande simplicidade” p. XXVI.

³³⁰ Segue-se DEMO, Pedro. *Complexidade e aprendizagem: a dinâmica não linear do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 13 a 31 (citado *Complexidade*).

ser. Todo o fenômeno complexo possui sua individualidade”, como condição própria distintiva);

f) *intensidade* (a causalidade linear como tendencialmente residual na natureza – questão, ainda, da pesquisa qualitativa, que “busca ir além de indicadores empíricos mensuráveis diretamente” e correlata à problemática da participação);

g) *ambigüidade/ambivalência* (a ambigüidade é estrutural, típica da dialética unidade de contrários “de algo que é, ao mesmo tempo, relativamente unitário (forma um todo) e naturalmente aberto (ultrapassa seus limites)”; a ambivalência refere-se à “processualidade dos fenômenos complexos” – a complexidade é “campo de força”, com dupla marca: “por ser ‘campo’, apresenta limites de espaço, relativamente discerníveis; mas, por ser ‘força’, aparece sua marca indomável, fazendo e desfazendo limites, por conta da criatividade intrínseca de fenômenos não lineares”.

À pergunta ontológica (que é o real?), responde-se, com humildade, que é indefinível e indevassável. Os dados que a ciência manuseia são constructos teóricos, nunca elementos originais. Não se lida com a realidade diretamente, mas com a realidade interpretada, reconstruída. Não se sabe bem nem o que é a realidade,³³¹ nem como tal realidade é captada – e aqui se chega à questão epistemológica. Morreu a coincidência entre realidade e realidade pensada. Não se tem, na cabeça, a realidade externa tal qual ela é, mas interpretação biológica e historicamente contextualizada. O xeque à epistemologia moderna, nas humanidades, derivou de discussões de estilo hermenêutico, exemplar Gadamer. Destronou-se a lógica, “porque é impossível erigir edifício completo que não seja também circular, eivado de pressupostos cujos fundamentos permanecem estranhos ou obscuros. O caráter lógico da explicação científica continua certamente de pé, mas desbancou-se a expectativa de que, sendo lógica, também seria verdadeira ou real.”³³²

O olhar crítico, essencial, “não elide o caráter intrinsecamente *interpretativo* da captação do real, dentro da tradição hermenêutica. (...) O real não desapareceu, o que

³³¹ “Na realidade, não há fundo último, porque se dilui ou expande em novas dimensões cada vez mais complexas, para cima (astronomia) e para baixo (microfísica), não parecendo haver algum ponto final. Na explicação, não há fundo último, pois toda explicação não começa do começo, é cultural e hermenêuticamente contextualizada, bem como não acaba, porque já não existiria último questionamento já inquestionável.” (DEMO, *Complexidade*, pp. 33-4).

³³² “Por isso, prefere-se hoje como critério de cientificidade a *discutibilidade*, formal e política (...) ele reconhece [o critério] que a ciência não vive só de formalização, mas igualmente de consensos políticos, como a problemática dos paradigmas fartamente documenta.” (DEMO, *Complexidade*, p. 40).

dasapareceu é a confiança ingênua em linearidades tranqüilamente visíveis e manipuláveis. (...) a hermenêutica bem conduzida não se afasta da modéstia da convivência com outros saberes, por conta de sua própria inserção cultural e do reconhecimento da trama implícita na linguagem.”. Disso não segue o relativismo e a fragmentação desconstrutiva do discurso (o “vale tudo” em ciência pós-moderna),³³³ pois, ao “ter sido desbancada a verdade única e impositiva, permanece a *pretensão de validade*, historicamente contextualizada, obtida por esforços formalizantes, ao lado de políticos, para que exista algum consenso.”³³⁴

Há, portanto, que se livrar da armadilha pessimista da incredulidade pós-moderna, “resgatando a crença em verdades objetivamente verificáveis”, visto que não há “ordem social sem confiança, e não há confiança sem verdade ou, no mínimo, sem procedimentos aceitos para apuração da verdade”.³³⁵

Uma derradeira referência aos sistemas complexos, que vão do vôo das aves ao formigueiro, das epidemias ao crescimento urbano, do desenvolvimento do embrião ao sistema tecnológico, da música à meteorologia, do sistema econômico ao legal, da ecologia ao trânsito, do cérebro à sociedade humana... A característica comum, que logo salta: a “interação de um número potencialmente infinito de unidades elementares constituindo enormes populações” (coisas, pessoas, moléculas, normas etc.). Tal o substrato da *ciência da complexidade*, o “estudo do comportamento coletivo dessas unidades básicas interativas”, no qual se reconhecem “resultados emergentes que são configurações dinâmicas organizadas” – os *padrões*, citando Guedes pelo menos cinco princípios ou propriedades comuns a todos os sistemas complexos:

(i) *interatividade*, cuja sede é a *rede* (um conceito fundacional na complexidade);

(ii) *hierarquia*, os sistemas complexos organizam-se hierarquicamente (com maior riqueza nas interações entre elementos pertencentes a um mesmo nível do que naquelas entre níveis distintos), existindo sempre um *elemento de regulação* de um nível hierárquico sobre o

³³³ Confira-se PASQUALINI, *Hermenêutica e sistema jurídico*: “Nessa moldura lábil, uma vez que todo o significado faz sentido, qualquer leitura assume, automaticamente, um *topos* privilegiado e exclusivo, tornando inútil o trabalho hermenêutico. Quando o relativismo serve de disfarce à astúcia da vontade, a conveniência do intérprete ganha o *status* de sentido inquestionável. Numa frase, concede-se ao impulso a licença para legitimar a força do arbítrio.” (pp. 28-9) “(...) os desconstrutivistas cometem a inominável soberba de serrar o galho onde se acham acomodados. Usam a razão para destruir (desconstituir) o próprio horizonte de racionalidade em que, desde o início, se movimentam.” (p. 30 e ss.).

³³⁴ DEMO, *Complexidade*, pp. 45-6. “Como não podemos ver a realidade de fora ou de cima o que vemos de dentro nunca será suficiente para exararmos qualquer palavra final.” (p. 47).

descendente seguinte, a regular os “fluxos de matéria, energia e informação que irrigam cada nível hierárquico que constitui um si mesmo um sistema aberto”;

(iii) *modularidade*, os sistemas complexos compreendem-se como hierarquias de módulos, pois apenas os “elementos que se interligam num agrupamento modular podem permanecer estáveis tempo suficiente para serem integrados em módulos sucessivamente mais amplos” – o cérebro e a sociedade humana são exemplares da “cascata modular hierárquica de subsistemas complexos”, sendo que as populações das unidades elementares fazem parte de *espaços imensos* de possibilidades e “representam frações infinitesimais desses espaços”, pelo que se afirma que o universo é *não ergódico*, em que “numa houve ou haverá uma única repetição de uma configuração nem será possível em toda a duração do universo emergir, da potência à materialização, mais do que uma fração insignificante do espaço de possibilidades”;

(iv) *redundância*, é a propriedade que permite “eliminar, alienar ou prescindir, no sistema, de um subconjunto numericamente expressivo de elementos, sem afetar, modificar ou pôr em questão o funcionamento ou o comportamento contextual” do sistema complexo – o que mais uma vez comprova-se nos exemplos do cérebro e do sistema político;

(v) *reconfiguração*, propriedade pela qual o sistema transfere, no limite, para outras áreas da arquitetura (neuronal, v.g.), “as responsabilidades atendidas pela área que desapareceu”.³³⁶

Socorre, ainda, Miguel Reale, numa visão filosófica que é vedado aprofundar neste trabalho, mas cuja natureza crítica é infensa a privilegiar tanto o pólo do *sujeito* como o do *objeto* do conhecimento (a procurar compreender sua essencial correlação) e que indaga, através de lente metafísica, acerca do *pensamento conjetural* – já que a conjetura tem desempenhado “função das mais relevantes na história das idéias, às vezes reduzido ao ‘pensamento problemático’, outras ao ‘metafórico’, quando me parece constituir um gênero

³³⁵ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade*. Rio de Janeiro: Record, 2000, pp. 23 e 17, respectivamente (citado *Verdade*).

³³⁶ GUEDES, *Economia e complexidade*, pp. XXVII a XXXIV. “No sistema político aconteceu coisa muito semelhante. Todos conhecemos a frase que nos lembra que os cemitérios estão repletos de homens indispensáveis. De fato, se no sistema político reformássemos compulsivamente metade dos governantes, veríamos como nos dias seguintes apareceriam outros tantos ou mais, dispostos a... sacrificarem-se! A redundância e a reconfiguração são pois propriedades dos sistemas complexos que os tornam invulgarmente robustos, ao contrário de certos sistemas concebidos e produzidos pelo homem que por falta de redundância são frágeis e frequentemente colapsam.”

abrangente de distintas formas de pensar segundo presunções, ou razões de plausibilidade”.³³⁷ Dá, assim, suporte filosófico para que se não confunda “mais verdade com certeza, conforme se dá quando se considera científico tão somente o que é verificável ou possa ser objeto de teste experiencial”.³³⁸ Este vertente pode arrastar para a aludida “viragem lingüística”.³³⁹

2.1.2 A perspectiva intercultural e a hermenêutica diatópica

O início do século XXI percebe-se dominado por duas realidades aparentemente antagônicas: o processo de globalização, de um lado; e a consciência da diversidade cultural e civilizacional do mundo, por outro. Uma possibilidade real (ou tendência) da globalização é que seja a culminância de um processo de homogeneização cultural protagonizado pela modernidade ocidental, com distintas estratégias (colonialismo, desenvolvimentismo, globalização) e bandeiras (cristianismo, modernização, democratização) que não mudam o

³³⁷ REALE, Miguel. *Verdade e Conjectura*. 2ª ed. rev. e actual. Lisboa, Fundação Lusíada, 1996, pp. 13-4, (citado *Verdade e Conjectura*)

³³⁸ REALE, *Verdade e Conjectura*, no prefácio à edição portuguesa, onde cita (da 3ª ed. alemã da obra de Karl Popper “A lógica da pesquisa científica”) velho escrito de mais de 2.500 anos, de Xenófanes: “No início, os deuses não revelaram tudo aos mortais; / com o correr do tempo, todavia, procurando, encontramos o melhor. / Verdades indubitáveis, o homem não alcança e nenhuma virá a alcançá-las, acerca dos deuses e das coisas a que me refiro. / E se alguém viesse a proclamar a Verdade, em toda a sua perfeição ele próprio não saberia disso: tudo é uma teia de suposições.” (pp. 11-2). Preciosa síntese da original abordagem de Reale forneceu o próprio autor, em conferência intitulada “A semiótica e o pensamento conjetural” e proferida na abertura do XIII Colóquio Internacional de Semiótica Jurídica (São Paulo, agosto de 1997). Os estudos semióticos redundaram no abandono da rígida separação entre asserções dotadas de sentido ou sem sentido (*meaningless*) – sequer na matemática há linguagem plenamente segura (há proposições plausíveis mas indemonstráveis), a par da lógica paraconsistente que abstrai do *princípio da não-contradição* (a respeito das limitações da lógica aristotélica, vide também FERNÁNDEZ-ARMESTO, *Verdade*, pp. 123-30) – donde “a atenção dispensada à ‘vaguidade’ ou à ‘indeterminação’, como algo de insuperável na cognição científica”. Assim, ao invés de ignorar essa realidade, a semiótica “se esmera em dar-lhes estatuto próprio na teoria da linguagem, apurando-lhes cuidadosamente o sentido, para que, não obstante sua indeterminação, sejam objeto de rigorosas cautelas lógico-lingüísticas em sua aplicação”. Neste contexto, “não há como confundir *conjeturar* com mero devaneio ou uma *suposição gratuita*”, pois na conjetura “a razão, aliada à imaginação criadora, visa a ir além da experiência, formulando suposições plausíveis porque fundadas na experiência, e jamais em contradição com ela, a fim de responder a perguntas que emergem necessariamente da experiência mesma, o que faz parecer, em relação a esta, um pensamento paralelo e metafórico”. Enfim, trata-se “de uma forma de pensar que, sem abandono do rigor plausível, nos liberta das retortas do que é certo ou certificável, reconhecendo-se o valor também do verossímil” (REALE, *Horizontes*, pp. 173-9).

³³⁹ Acerca das tensas relações entre a filosofia e a linguagem ao longo da história do pensamento ocidental, vide STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 97-153. O giro lingüístico generaliza-se, sendo a linguagem tema comum de reflexão das diversas abordagens filosóficas contemporâneas: a hermenêutica de Heidegger; a pré-compreensão de Gadamer; a teoria da ação comunicativa de Habermas. Liberta da ontologia (já que não se acredita possa o mundo ser identificado com independência da linguagem), a hermenêutica é concebida como “uma incômoda verdade”, que nem é uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta, mas “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem” (p. 153). Inexorável, pois, a mediação lingüística, “onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco” (a feliz

essencial – o sonho de uma só cultura humana universal, a mais homogênea e uniforme possível, como única maneira de assegurar a paz social e vida digna. Também é verdade que, no bojo do processo, há crescente reconhecimento do valor da diversidade cultural. Pode-se afirmar que “a humanidade encontra-se ante a disjuntiva de *sacrificar a diversidade cultural* no altar da globalização ou, pelo contrário, fazer do *diálogo intercultural* o instrumento a serviço do enriquecimento mútuo entre culturas”. A perspectiva cultural, nesta senda, pretende superar tanto a homogeneização globalizante quanto os *fundamentalismos culturais*, que, embora se apresentem como alternativa, “são processos tão destrutivos como ela”.³⁴⁰

É preciso, pois, clarificar ao menos quatro noções básicas, que sofrem de freqüente explosão semântica: cultura, diversidade cultural, pluralismo e interculturalidade. Definida cultura como o “conjunto de crenças, mitos, saberes, instituições e práticas pelas quais uma sociedade afirma sua presença no mundo e assegura sua reprodução e sua persistência no tempo”, o conceito vai além de uma simples dimensão, entre outras, da realidade social, para abarcar “toda a realidade existencial das pessoas e comunidades de uma sociedade” – pelo que toda realidade econômica, política, religiosa, jurídica etc. inscreve-se em uma determinada matriz cultural.³⁴¹ Numa síntese feliz, Plauto Faraco de Azevedo diz que a cultura “compreende todos os *artefatos* e *mentefatos* elaborados pelo homem, segundo certos valores, na busca de fins determinados”, já que não se pode conceber uma cultura que não seja orientada por um “conjunto de princípios, vale dizer, por valores que a fundamentam, conferindo-lhe simultaneamente a necessária estruturação”.³⁴²

Coll, seguindo a reflexão de Robert Vachon, apresenta três níveis estruturais de toda cultura. O primeiro refere-se aos valores e crenças, conscientes ou não, sobre os quais cada

expressão é de Manuel Maria Carrilho). Para uma resenha sintética, vide WEINGARTNER NETO, *Honra*, p. 104, nota 246.

³⁴⁰ Segue-se COLL, Agustí Nicolau. *Propuestas para una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización*. Barcelona, julho 2001, p. 3 – texto elaborado como contribuição à Assembléia Mundial da Aliança para um Mundo Responsável e Solidário (Lille, França, dezembro de 2002 (citado *Propuestas*). Vide também, como referência, SARDAR, Ziauddin. *Beyond difference: cultural relations in the new century – a lecture for the British Council's 70th Anniversary*. London: British Council, 2004. 38 pp.

³⁴¹ COLL, *Propuestas*, p. 4. O que abriria a questão de saber se é possível promover a diversidade cultural e, ao mesmo tempo, propor uma só cultura econômica (de troca e de mercado), política (estado-nação), educativa (escolarização e alfabetização), jurídica (de confrontação e castigo), *religiosa* (*secularização de toda a sociedade*), científica (ciência moderna experimental) etc. Não se “trata só de uma pluralidade de formas de uma suposta cultura universal”, nem apenas de uma “interculturalidade que persegue em última instância a mestiçagem e a unidade em um marco homogêneo aceito por todos” (p. 5). Como no slogan do 30 Aniversário do Instituto Intercultural de Montreal (1993), as diferenças não são uma realidade a superar, mas uma realidade que é preciso aceitar (p. 6).

³⁴² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 60 (citado *Limites e Justificação*).

cultura radica e desenvolve sua maneira de conceber a realidade – entra, portanto, no horizonte de inteligibilidade, a ordem do *mythos* (aquilo que se crê sem a respectivas consciência). Um segundo nível remete às instituições, que tanto servem de concreção estrutural aos valores e crenças como de marco referencial às práticas concretas, que se apresentam como o terceiro nível (práticas cotidianas nos distintos níveis de realidade), normalmente os elementos mais visíveis de toda cultura, que aparecem em primeiro lugar.³⁴³ Importa destacar que, nesta perspectiva, as culturas são mais que simples racionalidade – contra a tendência reducionista de encerrá-las num quadro de mera racionalidade (cultura como resultado de um cálculo racional a fim de responder aos desafios materiais), em que o todo complexo conservaria uma coerência lógica e racional e no qual os elementos que não se encaixam são descartados como portadores de sentido e valor, apodados de irracionais, mágicos ou imaginários. A experiência, todavia, mostra que a realidade, humana e em geral, não pode ser compreendida tão-só de um ponto de vista racional;³⁴⁴ identificam-se duas outras dimensões da realidade: a *mítico-simbólica* e a do *mistério*.

A primeira (*mítico-simbólica*) faz referência ao que “nos põe em contato com a realidade”, um nível mais profundo do que aquele alcançável pela razão reflexiva, conceitual e lógica – à *razão* definida como *verbum mentis* (a palavra do pensamento) corresponderia a dimensão mítico-simbólica como *verbum entis* (a palavra do ser). Tal dimensão não pode ser explicitada pela razão, mas o fato de não poder ser pensada ou dita não afasta que seja tão real quanto o que se percebe racionalmente. Quanto à segunda, o *mistério*, além de não poder ser pensado ou definido, “supera toda conceitualização e simbolização que possamos propor” o que não impede que o “mito possa ser o veículo do mistério e o logos sua explicitação

³⁴³ Segundo a “analogia da árvore” (inspirada por Kalpana Das, do Instituto Cultural de Montreal), os valores e crenças são as raízes, em geral não visíveis, mas sempre primordiais e essenciais para que a árvore possa viver e desenvolver-se; as instituições seriam o tronco que permite aos valores tomar forma concreta e visível; as práticas concretas e cotidianas são os ramos e folhas da árvore, que podem ser modificadas mais profunda e rapidamente que o tronco e as raízes – cfe. COLL, *Propuestas*, pp. 6 e 7 e notas 2 e 3.

³⁴⁴ No mesmo sentido, vindo da paragem econômica e com alguns dados eloqüentes, GUEDES, *Economia e complexidade*, pp. XXXVII e XXXVIII, ao assentar que a *racionalidade* “inspira a tradição prevalecente na teoria econômica (...) O mundo que nos rodeia envia-nos em cada segundo uma avassaladora torrente de informações da qual os sensores que equipam os nossos sentidos captam pouco mais de 11 milhões de bits por segundo. O nosso órgão da visão, de longe o mais eficaz, processa 10 desses 11 milhões, seguindo-se o tato que através da pele capta cerca de 1 milhão de bits por segundo e depois o ouvido e o olfato que captam 100 mil bits por segundo. O parente pobre é o paladar, com uns meros 1000 bits por segundo. À face destes números como se medirá a capacidade de percepção consciente? A resposta é surpreendente: são menos de 80 bits por segundo a quantidade de informação de que somos capazes de tomar ‘consciência’!, isto é, por cada milhão de bits por segundo que inconscientemente processamos, arquivamos ou rejeitamos, apenas sete passam pela nossa consciência! Uma das razões mais óbvias dessa abissal diferença é a de que a consciência procede em ‘série’ e a um só nível, enquanto o sistema nervoso central processa a informação em ‘paralelo e a múltiplos níveis’. As conseqüências são profundas mas a reflexão sobre elas não cabe neste escrito: o que pretende aqui é salientar a precariedade do ‘raciocínio consciente’ a que chamamos ‘racionalidade’.”.

conceitual” – mas sem confundi-los, pois o mistério “não é o enigma que ainda falta resolver, e sim a liberdade total da realidade que faz falta viver em toda sua profundidade”. Finalmente, em relação aos valores e crenças, estabelecem uma relação direta com as três dimensões de toda a “Realidade”: a antropológica, a cósmica e a divina. Nas palavras de Coll, “toda cultura veicula uma concepção de ser humano, do divino e do cósmico”, já que a realidade constitui-se por estas três dimensões e pelas “relações existentes entre elas. Neste sentido, podemos afirmar que todo valor cultural está sempre, ao menos, em relação com uma destas três dimensões.”³⁴⁵

A segunda noção básica é a da *diversidade cultural*, termo que já assume a inexistência de um modelo único preestabelecido, mas “distintos modelos, todos eles com suas luzes e sombras respectivas”. Mais que válida *per se*, a diversidade cultural é instrumental, importa apenas em relação às pessoas e às comunidades que são sua expressão e encarnação. Vista como “expressão real da criatividade humana mais profunda que intenta construir-se e localizar-se em um momento dado do tempo e do espaço, e sem a qual *ser persona* carece de sentido” (radica, bem de ver, na dignidade da pessoa humana). Tal criatividade não se insere apenas no âmbito individual-coletivo, mas também pessoal-comunitário, e defender a diversidade cultural implica mais “um profundo respeito pelo que as pessoas e comunidades são e menos uma obsessão pelo que alguém crê que elas deveriam ser”. O respeito à complexidade humana não admite “visões uniformes, nem imposições redutoras”.³⁴⁶

Coll refere três posições em face da diversidade cultural do mundo. Uma primeira que prevê/deseja a “progressiva uniformização cultural sob o impulso do modelo socioeconômico ocidental moderno de feição euro-americana (na sua versão extrema, a instauração do *American Way of Life* mundo afora) – *um só mundo monocolor*. Uma segunda assume o fato da diversidade no interior de um sistema mundial único, que seria o terreno para geri-la, um espaço delimitado pela cultura ocidental moderna (democracia, direitos humanos, mercado único, ONU), num arco de motivos e estratégias que vai de Samuel Huntington à UNESCO) – *um só mundo multicolor*. Uma terceira deixa de lado o horizonte de um sistema mundial, com valores universais supraculturais, para acentuar a “necessidade de intercâmbio relação e

³⁴⁵ COLL, *Propuestas*, pp. 7 e 8 (sempre seguindo os conceitos de Robert Vachon).

³⁴⁶ Aceitar a diversidade cultural não é um ato de tolerância ao outro, diferente de mim ou de minha comunidade, e sim o “reconhecimento deste outro (pessoal e comunitário) como realidade plena e contraditória, portador de saberes, conhecimentos e práticas através das quais é e intenta ser em plenitude. Implica, ainda, aceitar a

diálogo entre distintas culturas e civilizações, partindo da irreducibilidade e do fato de cada uma delas ser genuína – *um mundo que contém muitos mundos* (expressão do movimento zapatista mexicano).³⁴⁷

A terceira noção básica decorre da anterior (já que nenhum paradigma cultural pode pretender-se único e explicativo de toda a realidade). Na introdução de um texto clássico, Panikkar constata, sugestivamente: “Povo nenhum, não importa o quão moderno ou tradicional, tem o monopólio da verdade! Povo nenhum, não importa o quão civilizado ou natural (seja ele ocidental, oriental, africano, indiano), pode, por si só, definir a natureza da vida adequada ao conjunto da humanidade.”³⁴⁸ Trata-se do *pluralismo cultural*, que percebe que “cada cultura vê toda a realidade, mas parcialmente” e que se traduz numa atitude em prol de que a diversidade seja um espaço de paz e justiça. Como tal, exige mais que o simples reconhecimento da multiplicidade, além da superação do pensamento desejoso de unidade – que não é concebida como um ideal imperioso e necessário, pois o pluralismo assume e aceita positivamente a existência de aspectos irreduzíveis nas culturas, “não se alimenta de uma esperança escatológica de que finalmente todas as culturas cheguem por si mesmas à unidade”. Sob ponto de vista epistemológico, o pluralismo cultural “não afirma que exista uma só verdade, nem ao contrário, múltiplas verdades”, antes assume que “a verdade ela mesma é pluralista, como expressão do pluralismo da realidade, que se encarna em distintas culturas”. Não se coaduna, conceitualmente, com nenhum sistema universal – um “sistema pluralista” padeceria de contradição interna, pelo fato de que a incomensurabilidade das distintas culturas é insuperável (o que, em si, não é visto como algo negativo, a eliminar; antes, como revelador da natureza mesma da realidade, que “não pode ser abraçada totalmente por nenhuma cultura, por mais universal que possa pretender-se uma delas”. Assim, nos torna conscientes de nossa própria contingência e limites, mostrando que a realidade “não se caracteriza por uma transparência, alcançável pelo pensamento do *logos*” (o que decorre,

diversidade de culturas econômicas, políticas, sociais, científicas, educativas etc. (COLL, *Propuestas*, pp. 9 e 10).

³⁴⁷ COLL, *Propuestas*, pp. 10 e 11.

³⁴⁸ PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 205 (citado *Seria a noção ...?*) O artigo é uma versão ampliada e revisada de uma apresentação feita em Dakar, no Senegal, na sessão anual do “Institut International de Philosophie”, sobre “Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos”. O texto original, em inglês, foi publicado em *Interculture*, janvier-mars 1984, (82): 28-47. Ainda na introdução (p. 206), o autor, nascido em Barcelona e doutor em Filosofia, Ciências e Teologia (catedrático emérito de Filosofia Comparada da Religião na Universidade de Califórnia-Santa Bárbara), assevera: “Nenhuma cultura, tradição, ideologia ou religião pode, hoje em dia, falar pelo conjunto da humanidade, muito menos resolver seus problemas. São necessários o diálogo e a interação com vistas à fecundação mútua. Por vezes, todavia, as

também, do caráter *mythos + logos* da cultura). Como atitude, o pluralismo cultural expressa confiança na realidade e aceita uma “coexistência polar e em tensão de distintas últimas convicções humanas, de distintas cosmologias e religiões. Não busca nem a eliminação nem a absolutização do mal ou do erro.” – tampouco pressupõe um isolamento das culturas, ou seu fechamento, mas, ao revés, uma abertura e uma perspectiva intercultural.³⁴⁹

O que leva à quarta noção básica, a *interculturalidade*, um conceito que carrega fortes exigências. Pela *negativa*, (i) não pode ser reduzida ao encontro entre maiorias e minorias, nem ao simples “interetnismo” (o caráter intercultural de cada uma das culturas não significa que sejam todas iguais); (ii) não pode significar o estudo de uma cultura, ou de relações entre culturas distintas, com base em critérios e valores de só uma delas ou de um ponto de vista considerado neutro e universal (acultural, transcultural ou supercultural); (iii) não é uma técnica ou estratégia para: “melhor monoculturalizar segundo a ideologia cultural dominante” – posição defendida em nome da integração à cultura pública comum da maioria; ou para “tolerar” política e transitoriamente, a espera do melhor momento para des-culturalizar – posição defendida pelos que proclamam que é preciso emancipar-se da cultura e abraçar valores supostamente universais e aculturais do indivíduo autônomo, da racionalidade e da objetividade (que amiúde buscam a superação de toda cultura e religião). É preciso vigilância contra a homogeneização cultural e a tirania da racionalidade de tal perspectiva, já que “não existe uma realidade neutra, exceto na ficção da abstração conceitual”. Pela *positiva*: (iv) trata-se do encontro de culturas que parte das base, fundamentos, matrizes, lugares únicos de cada uma das culturas em presença (*topois*) “e do horizonte comum que nenhuma cultura possui com exclusividade”; (v) este encontro não é só de categoria lógicas (*logoi*), dos sistemas de signos e representações de cada cultura, mas “também das práticas, crenças, símbolos, rituais, mitos, matrizes e em última instância da totalidade da realidade existencial que cada uma delas, a sua maneira, constitui de forma única; (vi) a terminologia é preferível a “bicultural, pluricultural ou plural”, que seriam noções demasiado dualistas; (vii) tais encontros provocam um quebrantamento dos respectivos fundamentos culturais, “uma profunda crise de seus símbolos, de seus mitos e de seus pressupostos últimos”; (viii) proporciona uma experiência libertadora para todas e para cada cultura em interação, ao permitir o reconhecimento dos “limites inerentes a nossas respectivas culturas e mundos (...)

próprias condições para esse diálogo não estão dadas, pois são condições não-ditas, que a maioria dos participantes não pode cumprir.”.

³⁴⁹ COLL, *Propuestas*, pp. 12-3. O autor segue os conceitos de Raimon Panikkar.

tomar consciência do caráter infinito e transcendente de nós mesmos, de nossas identidades e de nossos respectivos mundos”.³⁵⁰

Quais seriam, nestas bases, as linhas gerais para um diálogo intercultural, que, na maioria dos casos, ocorrerá no marco da cultura ocidental moderna em contato com as culturas de outros âmbitos civilizatórios? O primeiro e crucial ponto a enfrentar refere-se a definição de certos *valores universais* – e sua relação com a diversidade cultural – cujos fundamentos inquestionáveis seriam os *Direitos Humanos*, alicerce para uma *Ética Universal*. Reconhecer, todavia, que sua matriz cultural é a modernidade ocidental, não significa negar o valor e utilidade da Declaração de 1948 como referente primeiro e último de promoção de dignidade das pessoas, e sim reconhecer os limites inerentes da construção e “abrir a porta a sua fecundação intercultural”. A respectiva história, no marco da Revolução Francesa, está escrita e vale apenas acentuar a noção central de *indivíduo*, no que tange aos fundamentos filosóficos (que provém, em sua formulação jurídica, do mundo clássico latino-romano e foi retomada pelo cristianismo), a conceber que a pessoa humana possa ser vista como uma realidade separada do resto do mundo. No universo cristão tal separação permite “estabelecer uma relação direta com Deus”; no ocidente secularizado, a relação se estabelece consigo mesmo, como “princípio e fim de cada coisa” – a ordem social é concebida como algo imposta do exterior ao indivíduo (universo cultural abrahâmico, no qual Deus, fundamento distinto do mundo que criou, é a instância suprema à qual se deve submissão. A secularização do mundo ocidental “no contexto da Modernidade, conduziu a substituição de Deus por um sistema de regras, normas e leis que estabelecem aquilo que é bom e justo”, o que fundamenta a idéia de que “existe um direito que é destinada a cada indivíduo por uma realidade que lhe é exterior, quer se trate de Deus ou do Estado, e que é homogeneamente igual para todos os indivíduos”. Claro que os direitos humanos avançaram da primeira geração (dimensão), esgrimidos como instrumentos de defesa no século XVIII, para os direitos econômicos e sociais frutos das reivindicações da classe trabalhadora ao longo do século XIX e primeira metade do século XX. Ambas marcam a declaração da ONU (1948), mas prepondera, em seu DNA, a primeira, ao passo que o quadro normativo precisa dar conta, na seqüência, da terceira geração de direitos culturais e de solidariedade (reconhecimento paulatino da diversidade cultural da humanidade). A terceira categoria, que tem dimensões individual e coletiva, não se inscreve, ao contrário das outras duas, na lógica do Estado, “mas fora dela e em algumas ocasiões contra ela”. Seja como for, mantida a função defensiva original, comete-

³⁵⁰ COLL, *Propuestas*, pp. 13-4 (aqui o autor retoma os pontos plantados por Robert Vachon).

se, agora, aos direitos humanos, a tarefa de constituírem o referencial máximo, talvez único, da organização da vida em sociedade mundo afora – refletida no dilema *direitos humanos ou barbárie*. Precisamente nesta segunda função assumida situa-se o conflito direitos humanos e diversidade cultural.³⁵¹

Panikkar, no texto já referido, demonstrou a ocidentalidade dos Direitos Humanos, fundados essencialmente em três postulados: (i) a crença numa *natureza humana universal*, cognoscível pela razão, que é instrumento universal de conhecimento e algo fundamentalmente diferente do resto da realidade – o ser humano dono de si próprio, de seu destino e do universo inteiro, o “legislador supremo”;³⁵² (ii) a *dignidade do indivíduo*, a ser defendida sobretudo em face do Estado e da sociedade – aqui talvez o “principal ímpeto da questão moderna dos direitos humanos”, a implicar, mais que a distinção, a *separação* entre indivíduo e sociedade, além da autonomia da humanidade frente ao cosmos (muitas vezes em oposição a ele) e a ressonância da idéia do homem *imago dei* a conviver com a “relativa independência desta convicção em relação a formulações ontológicas e teológicas”; (iii) a *ordem social democrática*, que se contrapõe à ordem hierárquica (assente em leis divinas ou de origem mitológica). Seguem as correspondentes críticas interculturais: (ia) a natureza humana universal não tem porque estar separada do resto da realidade, pois nesta situação os direitos humanos poderiam estar violando os direitos cósmicos. Ademais, toda interpretação da natureza humana é sempre particular, isto é, a “compreensão do homem acerca de si mesmo, integra da mesma forma a natureza humana” (escolher uma determinada interpretação pode ser válido mas não é universal); (iia) a pessoa humana não pode ser reduzida ao indivíduo, que é em última instância uma simples abstração (não se pode *a priori* determinar os limites de uma pessoa, que dependem de sua personalidade) – “Um indivíduo é um nó isolado, uma pessoa é o tecido como um todo em torno desse nó, urdido a partir da totalidade do real. (...) Sem os nós, a rede com certeza se desintegraria, mas, sem ela, os nós nem ao menos existiriam.”; (iia) é inconveniente a suposta alternativa entre democracia ou ditadura (impor aos povos tal escolha equivale à tirania), já que a ordem democrática não é a

³⁵¹ Não é o mesmo utilizar o respectivo ferramental para defender-se de abusos de empresas transnacionais ou de Estados (instituições de corte ocidental moderno), do que utilizar os direitos humanos para “impor uma maneira de conceber e articular a cultura social e jurídica através do mundo”. Vide COLL, *Propuestas*, pp. 16-9, que se baseia em Eberhard para os fundamentos políticos, filosóficos e sociais dos direitos humanos.

³⁵² PANIKKAR, *Seria a noção...?*, pp. 212-4. “Tal ateísmo prático, e mesmo ignorância prático, sobre qualquer outra questão filosófica ou fator religioso torna-se patente na apresentação e discussão da Conferência de Bangkok...” (p. 214, nota 11), provavelmente o primeiro simpósio promovido pela Unesco (dezembro de 1979) para avançar a questão, *Meeting of Experts on the Place of Human Rights in Cultural and Religious Traditions*, onde nove escolas fundamentais do pensamento religioso discutiram a questão e reconheceram a pouca atenção até então dispensada ao tema (p. 207, nota 3).

única ordem não-totalitária e não-ditatorial possível para assegurar a dignidade das pessoas. Pode ser a melhor para defender a dignidade das pessoas contra os abusos do Estado, da sociedade ou das empresas transnacionais, mas também pode ser a pior para tomar decisões levando em conta o equilíbrio ecológico ou a dignidade das pessoas situada fora da própria sociedade ou do estado democrático (pense-se nas decisões de estados democráticos que afetam as populações de outros estados), ou em relação às minorias etc.³⁵³

Se a noção de direitos humanos tem suas raízes na cultura ocidental moderna, é concretamente uma forma particular de conceber a cultura social – sua não-universalidade pode ser ressaltada no cotejo com outras culturas ou lógicas sociais distintas, como no marco do pensamento confucionista (China) ou do pensamento animista (África negra e povos indígenas), ou, ainda como exemplo, do pensamento indiano (tradições hindus e budistas, com a noção comum de *dharma*) e do mundo islâmico.³⁵⁴ Janusz Symonides, neste contexto, refere a discussão da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 (Conferência de Viena). Em 1992, na Declaração de Túnis, os Estados africanos ressaltaram a universalidade dos direitos humanos, mas rejeitaram um modelo preestabelecido, em face das realidades históricas e culturais da cada nação, das tradições, padrões e valores de cada povo. Os Estados asiáticos, na Declaração de Bangladesh (abril de 1993), reafirmam a universalidade dos direitos humanos, mas pedem consideração ao contexto de particularidades e aos vários cenários históricos, culturais e religiosos. Segundo o autor, a análise das declarações proferidas na Conferência de Viena mostra que “a universalidade dos direitos humanos não foi abertamente rechaçada, mas o relativismo foi”.³⁵⁵

Panikkar, no texto mencionado, quer responder à problemática intercultural: é possível extrapolar o conceito de Direitos Humanos, saindo do contexto cultural ocidental e da história moderna em que foi concebido, para uma “noção válida globalmente”? Poderia, ao menos,

³⁵³ COLL, pp. 19 a 21, com base em PANIKKAR, *Seria a noção...?*, pp. 214-25.

³⁵⁴ A comparação é feita por Eberhard, jurista e antropólogo, e resumida em COLL, *Propuestas*, pp. 21-5.

³⁵⁵ SYMONIDES, *Novas dimensões*, pp. 56-7. Cita, no repúdio ao relativismo cultural, as delegações da Tunísia, Kuwait, Indonésia, Irã e Vietnã. A China foi mais desafiadora à universalidade, ao mencionar “compreensão e prática de direitos humanos distintas”, pelo que não é certo que os modelos de certos países “sejam os únicos corretos”, nem se pode “exigir que todos os outros países concordem com eles”. O fato é que a Declaração de Viena (§ 1º) afirma que não se questiona a “natureza universal desses direitos e liberdades”, ao mesmo tempo (§ 5º) em que menciona *particularidades nacionais e regionais e contextos históricos, culturais e religiosos* que devem ser “levados em consideração” (pp. 57-9). O debate alastrou-se, principalmente em torno dos “valores asiáticos” – respeito à tradição e aos idosos, os fortes laços familiares, o comunitarismo e a ênfase em deveres e responsabilidades – se seriam compatíveis com os direitos humanos (o autor responde que sim, assim como afasta, do espectro cultural dos direitos humanos, os elementos criticados pelos asiáticos: individualismo excêntrico, consumismo, abuso de drogas, crimes violentos). Diferenças que não justificam a não-observância de princípios fundamentais, “como o da igualdade entre homens e mulheres”.

“*tornar-se* um símbolo universal”? Ou seria “apenas uma forma específica de expressar – e preservar – o *humanum*? Para fugir da dicotomia (a noção é ocidental ou não é – continuação da síndrome colonial no primeiro caso, crença no valor universal de uma cultura particular; impressão de indiscutível superioridade cultural ocidental no segundo caso, portadora de sua melhor expressão) o método de investigação proposto é a *hermenêutica diatópica* (um problema é como, a partir do *topos* de uma cultura, compreender os construtos de outra), entendida como uma “reflexão temática sobre o fato de que os *loci (topoi)* de culturas historicamente não relacionadas tornam problemáticas a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outras e as tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas”.³⁵⁶ Assente que as “traduções são mais delicadas do que os transplantes de coração”, é preciso “cavar até encontrar um solo homogêneo ou uma problemática semelhante” – o *equivalente homeomórfico*, segundo núcleo metodológico da investigação de Panikkar (que buscava o equivalente homeomórfico ao conceito de Direitos Humanos), que não é o mesmo que analogia, mas um “equivalente funcional específico, descoberto através de uma transformação topológica”, um tipo de “analogia funcional existencial”. No caso dos direitos humanos, se forem considerados como *base para exercer e respeitar a dignidade humana*, é de investigar como outra cultura resolve necessidade equivalente – o que não prescinde da construção de “bases comuns (uma linguagem mutuamente compreensível) entre as duas culturas.”³⁵⁷

Senda similar é percorrida por Boaventura de Sousa Santos, cuja plataforma aposta nos Direitos Humanos “enquanto guião emancipatório”, reconhecendo que sua complexidade

³⁵⁶ PANIKKAR, *Seria a noção...?*, pp. 207-8. A definição conceitual vem na nota 4 (p. 208), remonta à publicação do autor de 1979, *Myth, Faith and Hermeneutics*, New York (Paulist Press), e não vê qualquer problema em “admitirmos uma hierarquia de culturas, mas não se pode tomar essa ordem hierárquica como ponto de partida, e um dos lados não pode, por conta própria, definir os critérios necessários para seu estabelecimento”. Adiante: “Não existem valores transculturais, pela simples razão de que um valor existe como tal apenas em um dado contexto cultural. Mas pode haver valores interculturais, ou, podemos dizer, uma crítica intercultural é de fato possível (...) na tentativa de compreender e criticar um problema humano específico com as ferramentas de compreensão de diferentes culturas envolvidas, e, ao mesmo tempo, na consideração temática de que a própria consciência e, mais ainda, a formulação do problema, já são culturalmente condicionadas.” (p. 221).

³⁵⁷ PANIKKAR, *Seria a noção...?*, p. 209 – o ferramental foi introduzido pelo autor em 1978, *The Intrareligious Dialogue*, New York (Paulist Press). Exemplifica, na nota 5, com as palavras *brâman* e *Deus*: não são análogas, nem simplesmente equívocas (e certamente não são unívocas) ou precisamente equivalentes – são homeomórficas, “desempenham um certo tipo de função respectivamente correspondente nas duas tradições diferentes em que estão vivas”. A seguir (p. 210), o autor propõe uma imagem que ganhou fortuna, a *metáfora das janelas*: “os Direitos Humanos são uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não enxergam a janela; para isso, precisam da ajuda de outra cultura, que, por sua vez, enxerga através de outra janela. Eu creio que a paisagem humana vista através de uma janela é, a um só tempo, semelhante e diferente da visão de outra. Se for este o caso, deveríamos estilhaçar a janela e transformar os diversos portais em uma única abertura, com o conseqüente risco de colapso estrutural, ou deveríamos antes ampliar os pontos de vista tanto quanto possível e, acima de tudo,

reside no fato de que podem ser concebidos e praticados seja como “forma de localismo globalizado” (globalização hegemônica), seja como “forma de cosmopolitismo” (multiculturalismo emancipatório, globalização contra-hegemônica). A tese é que, concebidos como direitos humanos universais, tendem a ser instrumento de “choque de civilizações”, arma do Ocidente contra o resto do mundo (*the West against the rest*) – daí que tenham que ser reconceitualizados como multiculturais. De toda sorte, como artefato cultural (um tipo de invariante cultural ou transcultural), não são os direitos humanos universais – apenas a cultura ocidental tende a formulá-los assim. Justamente a tarefa central da política emancipatória atual – transformar os direitos humanos de um localismo globalizado (dado o caráter ocidental liberal do discurso dominante) num projeto cosmopolita – apresenta como primeira premissa a “superação do debate entre universalismo e relativismo cultural”, que o autor considera “intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais”. Explicita: “Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, enquanto posição filosófica, é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores válidos independentemente do contexto da sua enunciação, mas o universalismo cultural, enquanto posição filosófica, é incorreto.”. Contra o último, propõe “diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes”. Contra o primeiro, há que desenvolver critérios para distinguir uma “política progressista de uma política conservadora de direitos humanos, uma política de capacitação de uma política de desarme, uma política emancipatória de uma política regulatória”. Trata-se, bem de ver, de um “diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios de dignidade humana”.³⁵⁸

tornar as pessoas cientes de que existe, e deve existir, uma pluralidade de janelas? A última opção favoreceria um pluralismo saudável.”.

³⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, In: BALDI, César Augusto (org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita* /– Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 250-5 (citado *Por uma concepção*). São cinco premissas: a segunda é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, embora nem todas as concebam em termos de direitos humanos (daí a importância de identificar preocupações isomórficas em diferentes culturas); a terceira é que “todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana”; a quarta é que todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras”; a quinta é que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e grupos sociais “entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica”: o da igualdade (que opera através de hierarquias entre unidades homogêneas – condição socioeconômica e cidadão/estrangeiro, v.g.) e o da diferença (que hierarquiza identidades e diferenças consideradas únicas – raças e etnias, sexos, religiões, entre orientações sexuais). O texto, com igual título, foi anteriormente publicado em Portugal, na *Revista crítica de ciências sociais*, nº 48, junho de 1997, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, pp. 11-32. No texto, apresenta a hermenêutica diatópica proposta por Panikkar, e esboça aproximações com a cultura hindu (*dharma*) e com uma noção islâmica de direitos humanos (citando os trabalhos de Abdullahi An-na’im), pp. 23-8. Para um conceito descritivo de multiculturalismo, confira-se SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,

Peter Häberle, neste contexto, aponta claramente: a “dignidade humana possui uma referência cultural relativa, ela se situa no contexto cultural”; contudo, possui “também feições tendencialmente universais”. Daí que natureza e cultura devam ser “pensadas conjuntamente no fórum da dignidade humana e no âmbito do Estado constitucional”. A dignidade é *inata* à existência humana, constitui sua *natureza* de ser humano. Mas também, e porém, constitui *cultura*, “atividade de muitas gerações e dos Homens na sua totalidade (da ‘humanidade’): a ‘segunda Criação’”. A partir dessa ação recíproca se constitui a dignidade do homem.³⁵⁹

Boaventura de Sousa Santos desemboca na hermenêutica diatópica para aproximar os “universos de sentido” das diferentes culturas, que consistem em “constelações de *topoi* fortes” – os *topoi*, como lugares comuns mais abrangentes de determinada cultura, funcionam como premissa de argumentação, indiscutíveis dada sua evidência, a tornarem possível a produção e a troca de argumentos. Ocorre que os *topoi* fortes tornam-se “altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ numa cultura diferente” e o melhor que lhes pode acontecer “é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos”. Esta a função da hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico para guiar e auxiliar a compreensão de uma cultura a partir dos *topoi* de outra, baseado na idéia de que “os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem”. Seu objetivo, portanto, não é atingir a completude, antes, e pelo contrário, “ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside seu caráter dia-tópico.”³⁶⁰ Ademais, a hermenêutica diatópica requer, além de um tipo de conhecimento

2003, p. 28 (citado *Reconhecer para libertar*). Quanto às principais críticas ao multiculturalismo, *idem*, pp. 29-33. As condições para um multiculturalismo progressista elencam-se adiante, na mesma obra, pp. 454-8. O conceito, processual – “Qualquer conceito mais abrangente deve ser do tipo processual e não substantivo.” –, de globalização, vai à p. 433. Um exercício mais concreto de hermenêutica diatópica pode encontrar-se em BALDI, *Os direitos humanos e as concepções não-ocidentais*, pp. 117-36.

³⁵⁹ HÄBERLE, *A dignidade humana*, pp. 127 e 150

³⁶⁰ SANTOS, *Por uma concepção*, pp. 256-7. Além do exemplo já trabalhado por Panikkar (o diálogo entre o *topos* dos direitos humanos e o *topos* do *dharma* na cultura hindu), o autor avança noutra vereda a ensaiar a mesma hermenêutica diatópica com o primeiro *topos* (direitos humanos) e o *topos* da *umma* na cultura islâmica, que se refere “à comunidade étnica, lingüística ou religiosa de pessoas que são o objeto do plano divino de salvação” Com o progresso da atividade profética de Maomé, “a *umma* dos árabes foi transformada na *umma* dos muçulmanos” e hoje revela a incompletude dos direitos humanos individuais, em cuja base é impossível “fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver, e muito menos prosperar” (daí a dificuldade da concepção ocidental em lidar com direitos humanos coletivos de grupos sociais, como minorias étnicas, mulheres, crianças, povos indígenas etc. – que decorre da dificuldade mais ampla em “definir a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas, campo político dominado por uma obrigação política horizontal”). Mas a *umma* “sublinha demasiado os deveres em detrimento dos direitos e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis” (homens/mulheres, muçulmanos/não-muçulmanos) – pp. 259-60. Vale lembrar que o problema de uma “noção islâmica de direitos humanos”

diferente, um “diferente processo de criação do conhecimento”, uma produção coletiva, “participativa, interativa, intersubjetiva e reticular, uma produção baseada em trocas cognitivas e afetivas que avançam através do aprofundamento da reciprocidade entre elas”.³⁶¹

Retornando ao dilema “valores universais” e “diversidade cultural”, Coll esboça três princípios fundamentais a respeito: (1º) a definição de valores universais deveria corresponder à necessidade de resolver problemas que se colocam universalmente e afetam a todas as culturas, no contexto da globalização – tais valores não deveriam substituir automaticamente os sistemas próprios das diferentes culturas e civilizações, que podem, obviamente, ser questionados e enriquecidos pelos “universais”; (2º) a definição de valores universais não deveria partir de um código particular de valores (ainda que incorporassem em maior ou menor grau elementos heterogêneos), e sim plantar-se num diálogo intercultural real e profundo, no qual “nenhum sistema de valores estabeleceria unilateralmente as regras e o campo do diálogo”; (3º) a par de definir alguns valores universais, seria conveniente, necessário e instrutivo conhecer os sistemas de valores de outras lógicas e culturas, “com suas luzes e sombras, como maneira de sensibilizarmo-nos ao caráter profundamente pluralista no que concerne aos distintos sistemas de valores e crenças da humanidade”.³⁶²

Diante de substrato similar, Panikkar pergunta se o *símbolo dos direitos humanos* (diferentemente de um conceito, símbolos são polivalentes e polissêmicos por natureza) deve ser universal. E responde *sim e não! Sim* porque quando uma “cultura, como um todo, descobre determinados valores como máximos, estes passam a ter um certo sentido universal. Somente os valores universais expressos coletiva e culturalmente podem ser considerados como valores humanos” (destaca, aqui, o caráter particular e revolucionário da Declaração

comportar duas versões extremas: uma *fundamentalista*, para a qual “o sistema jurídico do Islão, a *Sharia*, deve ser integralmente aplicado como o direito do Estado islâmico” (a implicar um estatuto político inferior aos não-muçulmanos, para além de confrontos inevitáveis e segregação das mulheres), e outra *secularista*, pela qual os muçulmanos devem organizar-se politicamente em Estados seculares, visto o Islão como um “movimento religioso e espiritual e não político e, como tal, as sociedades muçulmanas modernas são livres de organizar o seu governo do modo que julgarem conveniente e apropriado às circunstâncias” (p. 261). Numa via *per mezzo*, Abdullahi An-na’im propõe uma relação positiva entre *Sharia* e direitos humanos, que implica uma “reconstrução” da primeira, uma “Reforma islâmica” forte numa “revisão evolucionista das fontes islâmicas que relativiza o contexto histórico específico em que a *Sharia* foi criada pelos juristas dos séculos VIII e IX”, a fim de superar a exclusão das mulheres e dos não-muçulmanos do princípio de reciprocidade (p. 262) – análise atenta do Corão e da Suna revelaria duas fases: o período de Meca Antiga, com a mensagem primitiva, eterna e fundamental do Islã (que sublinha a dignidade inerente a todo ser humano, independente de sexo, religião ou raça), entretanto muito avançada para as condições históricas do século VII (a fase de Medina), pelo que foi suspensa e sua aplicação adiada até que as circunstâncias a tornassem possível, nosso tempo e nosso contexto, segundo a proposta religiosa moderada de An-na’im.

³⁶¹ SANTOS, *Por uma concepção*, p. 264. Em síntese, “privilegia o conhecimento-emancipação em detrimento do conhecimento regulação” (p. 265).

³⁶² COLL, *Propuestas*, p. 26.

dos Direitos Humanos, a realçar o lado positivo do indivíduo frente à pessoa – cada ser humano, em sua individualidade, pelo simples fato do nascimento, tem dignidade e direitos iguais a qualquer outro). *Não* porque “cada cultura expressa sua experiência da realidade e do *humanum* por meio de conceitos e símbolos adequados àquela tradição e, com tais, não universais, e, muito provavelmente, não universalizáveis.” – assoma, nesta relação entre a verdade e sua expressão em conceitos e símbolos, um dos mais fundamentais problemas filosóficos. Por um lado, a “verdade tem a pretensão inerente de ser universalmente válida, aqui e ali, ontem e amanhã, para qualquer um de nós”, que, entretanto, não se “sustenta sem que se acusem de inépcia e maldade a todos os que não estejam de acordo”. Daí a proposta de um *caminho do meio* entre o “relativismo agnóstico” e o “absolutismo dogmático”, que se pode chamar de *relatividade*.³⁶³

Tal caminho do meio, de alguma forma, na doutrina jurídica pátria, parece antecipado pelos escritos de Plauto Faraco de Azevedo nos idos de 1979, quando discorreu longa e consistentemente sobre o relativismo cultural, então sugerindo reter-se as premissas de “necessidade de compreensão e de tolerância relativamente aos valores e instituições pertinentes aos agrupamentos humanos estrangeiros” e descartar a limitação “empobrecedora e potencialmente daninha a que conduz o etnocentrismo”. Não sem advertir, entretanto, que, “reconhecer e respeitar as instituições diversas das locais”, isto não significa “que se deva deixar de perquirir seu *substrato comum*.” É de evitar o extremo da “absolutização” ou radicalização do relativismo, expresso na assertiva de que todos os valores têm igual valor ou de que é impossível aquilatá-los, ou afirmando que “todos os valores absolutos são necessariamente etnocêntricos ou que todas as ideologias tenham o mesmo valor” – seja pelo argumento ético (a teoria acabaria por tolerar o canibalismo ou as leis nazistas “desde que inseridas no código social de determinada cultura”), inclusive de superar a indiferença (“o choque de valores conduz à necessidade de escolha”), seja pelo argumento político (a tese

³⁶³ PANIKKAR, *Seria a noção...?*, pp. 226-8. O caso dos Direitos Humanos é um exemplo de *pars pro toto*: “visto de dentro, ele aparece como um todo; visto de fora, parece uma parte, um fragmento”. Não “podemos ver o *totum*, a não ser no âmbito e através de nossa própria janela. (...) Ele só é visto no âmbito e através da respectiva *parte*, e não há posição a partir da qual se possa desenvolver a integração de todas as partes.”. O cerne da questão é que só “podemos visar o *totum* e, mesmo assim, muitas vezes esquecemos que tudo que vemos é *pars*, que, então, tomamos como *pro toto*. (...) Cristo será, para o cristão, o símbolo da totalidade; para o não-cristão, apenas o símbolo dos cristãos.”. Daí, em resumo, que é preciso uma nova hermenêutica, a hermenêutica diatópica, desenvolvida num “diálogo dialógico”, a demonstrar que “não podemos tomar a *pars pro toto*, nem crer que vemos o *totum in parte*. Devemos aceitar o que o nosso parceiro nos diz: simplesmente, que tomamos o *totum pro parte*, quando estamos cientes da *pars pro toto*, o qual é, com certeza, o que lhe responderemos sem vacilar. É a condição humana e eu não a consideraria como uma imperfeição; mais uma vez, este é o tema do pluralismo.” (p. 229).

conduziria ao isolacionismo, “incompatível com as condições da nossa era”. Explicitamente, é “necessário vencer este impasse porque é sensível o mal-estar que causa”.³⁶⁴

É preciso, portanto, retomando-se Coll, conhecer e debater as diversas culturas econômicas, políticas, educativas e ecológicas. Destaca-se o *âmbito religioso*, espaço privilegiado para o diálogo intercultural (e, de fato, um dos mais desenvolvidos na atualidade), que pode delinear-se em dois caminhos distintos, um diálogo interconfessional (em que os atores são essencialmente os responsáveis e hierarcas das diferentes instituições religiosas) ou um diálogo entre crentes, independente de que ocorra em outros níveis. Duas grandes motivações podem identificar-se: encontrar vias de compreensão e enriquecimento entre as distintas tradições religiosas; e encontrar respostas frente aos grandes desafios da humanidade. Os desafios postos são de monta: (i) superar a tendência exclusivista da experiência religiosa e espiritual, sem que isso signifique perder a própria identidade religiosa; (ii) abrir-se ao diálogo com o mundo moderno secularizado, não para combatê-lo ou para adaptar-se, mas para trabalhar conjuntamente pela maior dignidade humana; (iii) abrir-se ao questionamento e purificação das próprias crenças e valores religiosos.³⁶⁵

Finalmente, é de atentar que o diálogo intercultural responderá a estratégias diferentes conforme os distintos contextos: *sociedades multiculturais*, marcadas por *fluxos migratórios* e que em geral apresentam uma configuração cultural composta por um grupo dominante (normalmente os que geraram a cultura original do território) e por grupos sociais mais ou menos subalternos. Neste contexto, os conflitos e relações interculturais revelam-se em exclusão social e econômica, fatos e atitudes xenófobas e racistas, ausência de relações entre pessoas e comunidades de origens culturais distintas e marcos legais policialescos em relação aos imigrantes (não normas de inserção/integração). Dentre as causas: uma visão estreita e reducionista das migrações, caracterizada por uma concepção economicista; a “problematização” do fato migratório, explorada por políticos e mídia; além da falta de memória histórica, já que a maior parte das sociedades são frutos de aportes de distintas culturas e a olvidar, ainda, que as sociedades européias foi emigrante entre os séculos XVII e XX. Atrapalha, também, uma visão monista-utilitarista da coesão social, confundida com coerência, como se coesão social dependesse de uma mesma coerência cultural, para não falar do desconhecimento mútuo entre pessoas de distintas origens culturais. A integração social

³⁶⁴ AZEVEDO, *Limites e justificação*, pp. 62-84. O relativismo jurídico ocupa todo o capítulo V da obra, que analisa minudentemente seus reflexos no ordenamento jurídico e na Justiça do Estado nazista (pp. 85-190).

³⁶⁵ COLL, *Propuestas*, pp. 32-3.

amiúde defendida concebe tal processo como de inserção numa realidade culturalmente homogênea, seja à cultura nacional dominante ou numa pretensa cultura universal-cosmopolita (em geral autoproclamada de esquerda ou progressista) – no primeiro caso, defende-se uma identidade nacional que estaria ameaçada pela cultura dos imigrantes; no segundo, pretende-se libertar tais pessoas das correntes de suas culturas tradicionais. Noutra direção, Coll destaca que integração atinge a todas as pessoas de uma sociedade, não apenas aos imigrantes, e que encara com normalidade a diversidade cultural (*integratio* designa o processo pela qual uma sociedade completa-se, do latim *integer*, inteiro, completo), a envolver, portanto, um processo de mútua aprendizagem e de novas relações intercomunitárias – com a gradual e ativa participação dos imigrantes na vida econômica, civil, cultural e espiritual de sua nova sociedade. Por outro lado, há que aceitar, com naturalidade e sem temor (herança da Revolução Francesa), que a coesão social repousa sobre uma base comunitária, “dimensão que permite às pessoas ser plenamente o que são, muito mais que sua condição de cidadãos”. Ainda, é preciso lutar contra toda forma de exclusão social que, junto com a desigualdade econômica, são o fundamento do racismo e da xenofobia.³⁶⁶

Longe, como sinalado, de um relativismo, mas consciente da relatividade, Panikkar, em conclusão, assume que os direitos humanos são um conceito ocidental, mas nega que o mundo devesse, por tal condição, “renunciar a proclamar ou colocar em prática os Direitos Humanos”, aliás um imperativo para uma vida autêntica (ou humana) no moderno mundo tecnológico – mais, “na arena política contemporânea, da forma como é definida pelas atuais tendências socioeconômicas e ideológicas, a defesa dos Direitos Humanos é um dever sagrado”. Mas também devem-se criar espaços para que “outras tradições do mundo se desenvolvam e formulem suas próprias visões homeomórficas correspondentes ou opostas aos ‘Direitos’ ocidentais”, para o que o “diálogo dialógico parece ser o método inevitável”.³⁶⁷

³⁶⁶ COLL, *Propuestas*, pp. 33-8.

³⁶⁷ PANIKKAR, *Seria a noção...?*, pp. 236-7. Uma reflexão, indiana, homeomórfica, é apresentada pelo autor, que explora a noção de *Darma*, que ajudaria a mostrar que, na visão indiana, os direitos humanos não são apenas direitos individuais, nem são apenas humanos, e são também deveres e ambos são interdependentes, além de não serem separáveis nem absolutos (pp. 230-5). Noutra feliz imagem, o autor retorna à metáfora dos *nós* (individualidade) e da *rede* (pessoalidade): as culturas tradicionais enfatizaram a rede (parentesco, estrutura hierárquica etc.), “de forma que o nó tem sido muitas vezes sufocado e não se lhe permite espaço suficiente para sua própria auto-identidade”; já o modernidade enfatiza os nós (o livre arbítrio individual, as idiosincrasias etc.), “de forma que o nó perdeu-se na solidão, alienado por sua própria mobilidade social e ferido (ou morto) na concorrência com outros nós mais poderosos. Talvez a noção de pessoalidade, como uma interação entre os nós e a rede, bem como a concretização da liberdade, seja não apenas a capacidade de escolher entre opções apresentadas, mas também o poder de criar opções, e possa assim proporcionar um ponto de partida para a fecundação mútua proposta.” (pp. 237-8).

Quais atitudes, então, na terminologia de Coll, são necessárias para um verdadeiro diálogo intercultural? (a) *Auto-reconhecimento*, as populações de sociedades multiculturais devem assumir que vivem no contexto da diversidade cultural, longe tanto de visões monoculturais fechadas e conservadoras quanto de pretensos cosmopolitismos universais, o que permitira, por exemplo, o reconhecimento da “diversidade religiosa como uma das características das sociedades atuais que vai aumentar. Uma parte dos filhos dos imigrados que nascem em sociedades multiculturais terão a religião de seus pais (muçulmanos, hindus, budistas...) sentindo-se ao mesmo tempo membros da sociedade em que vivem.”; (b) *reconhecimento* da importância das redes comunitárias e da legitimidade de desenvolver-se com base em seus próprios critérios “e não de baixo da tutela institucional do estado” – romper a dicotomia *nós* e os *outros*, a fim de que os imigrantes não sejam vistos como um problema a gerir, um conjunto de necessidades às quais responder ou elementos a integrar na sociedade (embora os imigrantes apresentem problemas que é preciso gerir da melhor maneira possível, bem como necessidades a responder e não possam ficar à margem da sociedade). Há que considerar que também possuem um saber (saber-fazer e saber-ser), a par de numerosos recursos pessoais e comunitários e que podem enriquecer a sociedade com suas dinâmicas comunitárias – enfim, uma riqueza que é preciso descobrir, desde que se abandone a cultura mercantilista do custo-benefício para justificar sua presença, vista como um “fator positivo de transformação das sociedades”; (c) *conhecimento mútuo*, fruto de relações francas, abertas e dialógicas, possíveis apenas em condições de igualdade, o que significa instaurar um processo de “negociação e busca do consenso entre todas as partes implicadas”.³⁶⁸

Outro contexto para o diálogo intercultural são os *Estados plurinacionais e multiétnicos*, que se constituíram incluindo em suas fronteiras distintos grupos nacionais ou étnicos e em geral sob o impulso e a imposição de um destes grupos, que passa a ditar a cultura dominante, em maior ou menor grau- e contra os quais habitualmente reclama-se, na lógica da moderna política ocidental, o exercício do direito de *autodeterminação*, vale dizer, desenvolver novas estruturas políticas próprias do Estado-nação. O desafio intercultural estaria justamente em alcançar a autodeterminação dos povos sem a correspondente criação de um novo Estado-nação, que tendencialmente agravaria o quadro de conflito intercultural – o que ganha complexidade no marco da globalização, abrindo-se a possibilidade de âmbitos regionais ou continentais que superam o clássico estado-nação, além de levar em conta a

³⁶⁸ COLL, *Propuestas*, pp. 39-41.

distinta concepção cultural, especialmente não-ocidental, acerca da autodeterminação dos povos.

O terceiro contexto é o das *relações internacionais*, concretamente marcadas pela polarização Norte e Sul, num substrato de cooperação internacional visando ao desenvolvimento – conceito em si problemático, primeiro por autonomizar a atividade econômica do resto da realidade social, radicando na lógica do crescimento permanente e exponencial, independente de *outputs* negativos; segundo, ao necessitar incessante ampliação de seu raio de ação espacial, a ponto de absorver a economia em nível mundial (o processo de globalização econômica como resultado da lógica desenvolvimentista, “acentuada nos últimos cinquenta anos, mas iniciada a partir do século XVI”). Tal noção de desenvolvimento, chave para definição do bem-estar humano, radica em traços fundamentais: predominância do pensamento racional e racionalizante; a natureza vista como realidade exterior e separada do ser humano (um simples recurso a explorar); concepção linear do tempo, a desembocar numa visão histórico-evolucionista, do homem primitivo ao homem moderno e civilizado; percepção do bem-estar centrada no conceito de riqueza (em essência, a posse de bens materiais) – visão da realidade da qual não comungam grande parte das culturas não-ocidentais e tradicionais, nas quais: o pensamento mítico e simbólico e tão ou mais importante que o racional; a natureza é vista como parte constitutiva da realidade humana; a concepção do tempo e da história são de caráter antes circular ou não-evolucionista; e o bem-estar inclui noções não-materiais da realidade, como a cósmica e a espiritual. O diálogo, assim, não pode olvidar que a cultura de desenvolvimento é “intrinsecamente uma cultura de dominação e imposição” e que não se trata de integrar as distintas culturas na primeira, para que seja um “mito e uma realidade transcultural”, e sim de “estabelecer um diálogo profundo entre nossas respectivas concepções do cosmos, do humano e do divino”.³⁶⁹

Deliba-se, aqui, o problema dos riscos do diálogo, marcado por vicissitudes históricas, pois, “no passado, a cultura dominante tornou impronunciáveis algumas das aspirações à dignidade humana por parte da cultura subordinada” (colonialismo, que testemunha séculos de troca desigual), “imperialismo cultural e epistemicídio” como parte da trajetória histórica da modernidade ocidental.

³⁶⁹ COLL, *Propuestas*, pp. 41-3. *Development* (desenvolvimento) foi a expressão chave para uma série de ações concretas efetuadas por europeus para explorar e retirar lucros das fontes do mundo não-europeu, encarados os custos de vidas e humanas e sofrimento das populações locais, no eufemismo atual, como necessários e inevitáveis “danos colaterais” da “missão civilizatória” da Europa – WALLERSTEIN, Immanuel. “After Developmentalism and Globalization, What?”, *Social Forces*, March 2005, 83 (3): 1, p. 321.

2.1.3 As funções constitucionais: da integração à inclusividade. A hiperinclusão e os limites do Estado democrático de direito

O moderno Estado constitucional designava à constituição uma *função integradora*, sob a égide da *soberania nacional*. Confrontado com o pluralismo jurídico e o multiculturalismo social, tal função deve ser revista, para que a constituição tendencialmente estruture e garanta um *sistema pluralístico*. A “função de inclusividade multicultural” é assim designada por Canotilho, justamente em face do pluralismo e do multiculturalismo referidos, definidos: (a) o primeiro, pela existência de uma pluralidade heterogênea de direitos dentro do mesmo campo social, a pressupor; (b) o segundo, uma sociedade multicultural formada por vários grupos culturais (“índios”, “chineses”, “africanos”, “turcos”, “indianos”) que “produzem normas (relativas, por ex., a casamentos, modas, contratos, ensino de religião) que atuam no mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas ‘macroculturas’ dominantes nesse mesmo espaço”.³⁷⁰

Interessante que Peter Häberle, ao discorrer acerca dos “recentes desenvolvimentos sobre direitos fundamentais na Alemanha”, refira-se a uma nova e diferente fase: já não tanto um olhar para trás, um debruçar-se sobre os textos clássicos de Weimar (tendencial superação da comparação jurídica no *tempo* – típica do paradigma da modernidade, acrescenta-se); hoje, como nunca antes, “está na ordem do dia da interpretação e da política dos direitos fundamentais a comparação jurídica no *espaço* (um olhar por sobre as fronteiras)”.³⁷¹ Um olhar que se poderia chamar de pós-moderno.

Em permanente reflexão, Canotilho apenas em 2001 publicou uma segunda edição de sua tese de doutoramento, deixando intocada a narrativa de 1982, mas enfrentando no prefácio o que chamou de “sopro de pós-modernidade”, alinhando o “mal-estar da constituição” e o

³⁷⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1346-7. Vale lembrar que Canotilho concebe a constituição como um sistema aberto de regras e princípios (p. 1088), uma ordem-aberta, uma ordem-quadro e acrescenta às funções clássicas (consenso fundamental, legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional, garantia e proteção, ordem e ordenação e organização do poder político, pp. 1329-39) pelo menos outras três: a função de autovinculação; a de inclusividade multicultural; e, diante da autopoiesis (a indicar a fraqueza de um voluntarismo excessivo, que sobrecarregaria a constituição com uma extensa e inviável regulação política), uma função dialógica: “a constituição é ainda o local próprio para ouvir o outro – *altera pares audiat*. Queremos com isto significar que a auto-organização não dispensa um *diálogo*, uma *conversação*, uma conexão interativa entre os vários sistemas sociais” (op. cit., p. 1348)

³⁷¹ HÄBERLE, Peter. “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales e Alemania”, *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Revista n° 1, Febrero – Octubre, 1993, p. 151 (citado *Recientes desarrollos*).

“pessimismo pós-moderno”, além das “incertezas epistêmicas da ‘diretividade constitucional’”. Questiona a *constituição dirigente* segundo os problemas atuais da teoria da constituição, num rol de dez: problemas de *inclusão* (*autoreferencialidade* e auto-organização de vários sistemas e subsistemas sociais); de *referência* (novos sujeitos do poder); de *reflexividade* (inadequação funcional das fontes de direito); de *universalização* (as gramáticas específicas dos discursos reais emergentes); de *materialização do direito* (concepção piramidal); de *reinvenção do território* (perda do território e de funções soberanas); de *tragédia* (insucesso do paradigma político-estatal), de *fundamentação* (dos valores à racionalização argumentativa, à razão lógica dos discursos analíticos); de *simbolização* (reptos da sociologia crítica, da teoria sistêmica e da arqueologia mítico-retórica): e de *complexidade* (complexidade e auto-organização).³⁷²

Por tudo, “suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais”.³⁷³

Também Boaventura de Sousa Santos, como referido no item anterior, ao tratar das relações entre multiculturalismo e globalizações, defende que o debate sobre a concepção de direitos humanos (sua eurocentricidade) seja o fio condutor de uma nova concepção de cidadania “cosmopolita baseada no reconhecimento da diferença (...) Essa nova cidadania requer a invenção de processos dialógicos de construção de novos modos de intervenção política”.³⁷⁴

Em face do que ficou dito, é de perguntar: o estado territorial suportaria uma *constituição hiperinclusiva*, capaz de acolher grupos estratégicos *fundamentalistas*? O termo

³⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001. Prefácio, pp. XXIII-XXVI. Embora tratando de questões diferentes, como consignado no texto acima, dois problemas foram elencados com o mesmo título: 1.2. problemas de referência (do homem indivíduo para os sujeitos coletivos) e 1.10. problemas de referência (complexidade, auto-organização e códigos funcionais diferenciados – o acréscimo de um dilema congênito, “a sua ânsia de preformação normativa num espaço futuro imprevisível a não ser em termos utópicos”). O último problema, entretanto – a indicar lapso no texto mais recente –, é tratado como de “complexidade” em *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1263.

³⁷³ CANOTILHO, Prefácio, XXIX. Tais idéias já vinham desenvolvidas desde a 1ª edição (1997) da obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, pp. 1257-63, e foram apresentadas pelo autor em conferência proferida em Porto Alegre, na PUC, em 18/10/02

“hiperinclusiva” é de Canotilho, reconhecendo a dificuldade em responder à questão, “porque se trata de saber, no fundo”, se o estado territorial moderno deve ser substituído ou complementado “pela *personalização da ordem jurídica*” e sobretudo se poderá acolher “enclaves tradicionalistas iliberais”.³⁷⁵

Um dos campos privilegiados para verificação de tal realidade é aquele resultante da *interpenetração do subsistema religioso nos quadrantes do direito, da política e da constituição*. Em terminologia corrente, é preciso verificar o arcabouço disponível ao estado democrático de direito para enfrentar o *desafio do fundamentalismo*. Num texto publicado originalmente em Heidelberg em 1995, e que de lá para cá apenas ganhou atualidade, Peter Häberle já intitulava “O fundamentalismo como desafio do Estado Constitucional: considerações desde a ciência do direito e da cultura”.³⁷⁶ No texto, sinala que as diversas formas de aparição do fundamentalismo desafiam radicalmente toda ciência como forma racional de busca da verdade, baseada em métodos rastreáveis – o fundamentalismo, como “doutrina de salvação que predica com pretensões de verdade que não se questionam”, é o contrário da civilização científica atual, “iniciada na antiga Grécia”.

Daí a inevitável tensão com as Constituições, que são, hoje, “como talvez nunca anteriormente, seu tempo expressado em idéias”. Irônico que o desafio agudize-se justamente no momento em que o fundamentalismo político-ideológico do marxismo fracassou, apresentando-se o ano de 1989 como *annus mirabilis*. Ao revés da “hora mundial do Estado Constitucional”, o que se viu foi sua crise e debilidade para arrostar os desafios fundamentalistas: crise de identidade do Ocidente, regresso de nacionalismo militante e de guerras civis, “o materialismo e economicismo, que caracteriza as democracias ocidentais saturadas de bem-estar”. Palavras chaves, especialmente na Alemanha reunificada do autor: *falta de espírito cívico e incapacidade para compartilhar*.³⁷⁷

O fundamentalismo é um *fenômeno cultural*, “em sentido amplo, profundo e totalmente”, assim como os textos jurídicos vivem de seus contextos culturais. Assim que a teoria constitucional, uma “forma da modernidade”, é uma ciência cultural que colabora com outras na *busca da verdade* (como a história e a economia política), embora conserve seu

³⁷⁴ SANTOS, *Reconhecer para libertar*, p. 24.

³⁷⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 1347.

³⁷⁶ HÄBERLE, Peter. “El fundamentalismo como desafío del Estado Constitucional: consideraciones desde la Ciencia del Derecho y de la Cultura”, *Retos Actuales des Estado Constitucional*. Oñati, 1996 (citado *El fundamentalismo*).

³⁷⁷ HÄBERLE, *El fundamentalismo*.

proprium – a busca aberta da justiça e do bem comum – e sua responsabilidade, precisa e atualmente em face do fundamentalismo, que a desafia radicalmente. Häberle nota que, como problema cultural amplo, o fundamentalismo “tropeça” com o Direito como manifestação cultural (ocidental) com sua aspiração de universalidade, mas a ciência jurídica demarca apenas uma parte da confrontação e depende do trabalho prévio, simultâneo e posterior das demais disciplinas – o que não diminui seu trabalho, mas “preserva-o de expectativas exageradas”.³⁷⁸

O mesmo Estado constitucional, precisamente também em virtude da missão anterior, deve, “mediante os próprios princípios que o fundamentam, traçar e impor limites no âmbito interno e na convivência com os povos”. O objetivo “educar para a tolerância” poderia possibilitar, ao Estado Constitucional, a recuperação consciente da “história de conciliação e diálogo” entre as três religiões mundiais que durou até 1492 na Espanha. Finalmente, em face dos “diagnósticos” fundamentalistas, o Estado Constitucional pode encontrar “terapias”, mediante reformas que não signifiquem o abandono de sua *raison d’être*: dignidade humana, democracia, pluralismo, proteção da privacidade, tolerância e neutralidade, justiça social. Trata-se de um *modelo pluralista*, com muitas “identidades e verdades” competidoras, que necessita da Constituição como ordenamento-marco e do patriotismo constitucional de todos os cidadãos, sob pena de dissolver-se em arbitrariedades e guerra civil.³⁷⁹

A seguir, apresenta a *dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado Constitucional*, a manifestar-se nas liberdades culturais e na democracia pluralista como “conseqüência organizativa”. O Estado Constitucional “é uma obra que não cessa de escrever-se, de muitas épocas e gerações” – textos clássicos (de Aristóteles a Montesquieu, Rousseau, Kant) expressam um diálogo de titãs, em cujos ombros os grandes tribunais constitucionais (como a Suprema Corte norte-americana e o Tribunal Constitucional Federal alemão ou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos) operam, assim como o juiz de primeira instância, que cotidianamente, na linha de frente e em menor escala, procura realizar justiça – ou o jurista que exerce uma política de acúmulo científico. O “contrato cultural de gerações de muitas épocas e lugares encontrou sua expressão nos grandes aportes”, seja dos *founding fathers* de 1776, ou na Revolução Francesa de 1789, seja na Revolução Pacífica da Europa Oriental de 1989. Literatos e músicos participam da tessitura do Estado Constitucional como

³⁷⁸ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, p. 138.

³⁷⁹ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, pp. 146-8. Necessita, também, ao menos de elementos de uma “ética mundial”, citando o autor o já referido projeto de Hans Küng.

“foro do desenvolvimento da humanidade em nações” (observa que Beethoven, ao riscar a dedicatória que fizera a Napoleão de sua Terceira Sinfonia, a Heróica, quando da coroação do imperador, “contribuiu historicamente mais com a difusão das idéias republicanas do que vários tratados jurídicos”).

Neste diapasão, o princípio da dignidade humana de Kant, clássico da filosofia do direito e texto constitucional positivo, amplia-se como imperativo categórico e concebe-se na dimensão temporal como contrato geracional: o ser humano “não deve ser convertido em objeto da ação estatal e social; ele é – no espaço – sujeito de um contrato social ficto e, no tempo – contrato geracional – responsável frente à posteridade” (meio ambiente e dívida pública, v.g.). Da garantia da dignidade humana “emanam muitas liberdades culturais como as de religião e de consciência, também a liberdade científica e artística”. A consequência é uma “cultura de liberdade” e também a “liberdade de cultura”, que é estranha, ou impossível, ao fundamentalismo. Outra consequência organizatória da dignidade humana é a *democracia pluralista*, algo mais profundo que uma simples “forma estatal”. Andam juntos a dignidade própria do ser humano, inata, e seu crescimento num processo cultural de socialização, num status de liberdade atribuído pela participação democrática (o status de *homo politicus* como “natural”). De forma lapidar: “Dignidade humana e democracia formam as duas faces da mesma *res publica*, que caracterizam o atual estágio de evolução do Estado Constitucional. Há outras consequências da dignidade humana apresentar-se como premissa antropológico-cultural do Estado Constitucional: competências e diversidade, alternativas e oposição, a alternância de maioria e minoria, o desenvolvimento aberto. Particularmente, a “liberdade científica e artística não pode ser limitada no Estado Constitucional no interesse de verdade pretendidas ou reveladas”; permanece indisponível a dignidade do ser humano; “as crianças não devem ser alienadas a seus pais, nem subtraídas de sua ‘natural’ missão educativa”; o assassinato por motivações fundamentalistas continua sendo assassinato. A formulação de Häberle giza que conflitos e *problemas de direitos fundamentais* “são campos nos quais o Estado Constitucional tem que se afirmar frente ao fundamentalismo”. Noutro campo, formado pelas *questões democráticas*, as orientações fundamentalistas podem articular-se em partidos e associações, porém sujeitas às limitações do ordenamento jurídico geral, com destaque para os dispositivos constitucionais respectivos.³⁸⁰

³⁸⁰ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, pp. 149-51.

Nesta linha, “sociedade aberta” (Popper) é uma expressão chave para a caracterização *metajurídica* do Estado Constitucional (em contraste com os sistemas fechados de Platão, Hegel e Marx) – o que não significa ignorar “a fundamentação cultural de cada sociedade”, que não poderia ser tão aberta que restasse sem fundo, incapaz de criar identidade nacional e manter unido um povo. Assim, cada “singular Estado Constitucional vive de consenso fundamental e de pluralidade, de identidade alcançada em um desenvolvimento histórico”, por exemplo, através da “memória coletiva” e da diversidade, de *valores básicos e alternativas variáveis* – tais valores básicos são perceptíveis nas normas sobre língua oficial, bandeiras, escudos e hinos, nos feriados nacionais, e, naturalmente, em normas relativas a questões confessionais. Se o desenvolvimento da neutralidade ideológico-confessional do Estado é uma grande contribuição cultural do Estado Constitucional (expressão da disposição ocidental do mundo), não deve, todavia, fazer esquecer que é uma *cultura determinada* (o cristianismo), “que forma o contexto e o limite deste princípio” (de neutralidade) – prefere-se (*infra*, item 3.2.7) falar em imparcialidade do Estado, no contexto do princípio da não confessionalidade

É precisamente em *questões-limites*, as que o fundamentalismo provoca, que é “imprescindível o recurso ao ‘cristianismo como fator cultural’ (Tribunal Constitucional Federal)”. Dito de outro modo, o “princípio da não-identificação” – pelo qual o Estado não deve identificar-se com determinadas religiões, confissões, ideologias – tem certas premissas, *não vige de forma absoluta*. Explicitamente: “Existem, ‘*horribile dictu*’, *valores básicos fundadores do estado constitucional*, de que este necessita precisamente no conflito com o fundamentalismo, o que não o converte, todavia, num sistema fundamentalista”. O Estado Constitucional, que carrega consigo a experiência de lutas vitoriosas contra sistemas totalitários (nacional-socialismo, marxismo-leninismo), tem credenciais para este “difícil” ato de equilíbrio: “ser e converter-se, uma e outra vez, em sociedade aberta, por um lado, invocando seus valores básicos (...), afirmando-se em seu próprio pluralismo contra as sociedades fechadas e seu monismo, por outro”. Nesta linha, os fundamentos culturais da sociedade aberta – os *valores básicos ocidentais “aglutinantes”* –³⁸¹ erguem-se como limites às exageradas exigências e pretensões fundamentalistas. Juridicamente, apenas pode-se alcançar parte desta auto-afirmação (uma das várias parcelas deste conflito de culturas). Se

³⁸¹ HÄBERLE, *Aspectos de uma teoría constitucional*, p. 340, é explícito na conexão da identidade européia com sua história cultural e suas grandes criações, além de uma “inevitável referência geográfica”, referindo-se ao norte da África e à Turquia. “Há limites culturais ao crescimento da Europa”, justo a identidade européia – e as “delimitações (em relação à Ásia e à África) são imprescindíveis, ao passo que é necessário construir ‘pontes’ até o Estados Unidos e a América Latina”.

não se pode esperar demasiado do Direito, tem provavelmente uma missão de fronteira – o “monopólio estatal da violência, praticada como *ultima ratio*, conserva sua justificação”.³⁸²

Diante dos perigos (e referia, então, que “o fundamentalismo religioso, por exemplo islâmico, pode conduzir a guerras e atos de terror”), inclusive a ameaçadora perda de universalidade dos “direitos humanos”, já perceptível na Declaração de Viena de 1993 (grita contra o “imperialismo ocidental dos direitos humanos”), a cultura da humanidade está em jogo, imersa numa *crise de sentido* para a qual os fundamentalismo prometem remédio. Neste contexto, são os princípios *jurídicos* que primeiro oferecem apoio, referindo-se Häberle expressamente ao bom resultado do longo processo de secularização, mirando-se na “configuração gradual da tolerância e da liberdade religiosa, depois da coação religiosa e da Inquisição, das guerras de religião e da expulsão por motivos religiosos”. Antecipando-se a uma possível objeção – de que estaria absolutizando uma fase evolutiva da humanidade, privando-a de sua relatividade histórica –, entende que a série *dignidade do homem, família internacional, humanidade, direitos humanos* (conceitos dos textos da ONU) marca um *estado cultural do status civilis mundialis* “do qual não se pode voltar e que deveria ser irreversível”. O autor concebe o *estado natural* à Hobbes, “bellum omnium contra omnes”, e o *fundamentalismo como um projeto que conduz de volta a tais estados naturais*, assim como a anulação da liberdade do indivíduo. As crises são vistas como “custos” da modernidade, mas *não há regresso possível*, nem para um novo “fisiocentrismo”, nem para Estados Teocráticos ou Nacionais Absolutistas, nem para “militantes doutrinas de salvação” – embora sua “vis atrativa”, pois em geral faltam instâncias criadoras de sentido na sociedade aberta. Daí que o Estado Constitucional tenha que gerar, portanto, “muita força atrativa e dispor de meios pedagógicos para erigir diques contra o fundamentalismo”.³⁸³

Enquanto paladino de “nossa cultura de liberdade e tolerância”, o Estado Constitucional tem que seguir evoluindo, no sentido de “técnica de obra imperfeita do racionalismo crítico”. Assim, o fundamentalismo dá azo a perguntar-se pelos déficits e carências do Estado Constitucional: por um lado, trabalhar-se numa fundamentação

³⁸² HÄBERLE, *El fundamentalismo*, p. 152. A afirmação do pluralismo do Estado Constitucional não vai prejudicada pela novas cláusulas anti-ideologia estatal dos Estados pós-comunistas (Rússia, Ucrânia), exemplar o art. 2,1 da República Federativa Tcheca e Eslovaca (1991): “The state is founded on democratic values and must not be bound either by an exclusive ideology or by a particular religion” (nota 44). É de recordar que Estado e Direito, em qualquer caso, têm importância instrumental, não são fins em si, como nos “Estados Teocráticos” – o signo fundamental da sociedade aberta segue sendo a eterna busca da verdade em política, ciência e arte, “o conhecimento do possível fracasso em lugar da certeza da salvação” (p. 153).

³⁸³ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, p. 154.

aprofundada de *valores* (da transposição prática dos objetivos educativos, como tolerância, respeito aos direitos humanos, responsabilidade pelo meio ambiente etc., até a recuperação da dimensão dos deveres e cargos honoríficos a serviço do bem comum); por outro, conservar-se, apesar de toda diversidade cultural, a *abertura* do Estado Constitucional e sua *universalidade*. A esperança de Häberle repousa numa associação que proporcione confiança na condição aberta da história universal e na possibilidade de que os homens a dotem de sentido, o que passa pela articulação, no Estado Constitucional e na comunidade internacional, da arte, da ciência e da religião para esconjurar os fundamentalismos: “Porque a proteção e o ‘cumprimento’ destes três campos da antropologia cultural (liberdade de religião, arte e ciência), criam as melhores precauções frente a todos os fundamentalismos”. A “sociedade aberta”, então, não é uma expressão oca, mas “chave para nossa cultura de liberdade”.³⁸⁴

Retenha-se e atualize-se: é a dignidade humana, e não “do povo”, o “último ponto de referência antropológico-cultural do Direito e do Estado, da Constituição e do bem comum”.³⁸⁵

2.1.4 Fundamentalismo religioso: entre a crença e a ação

“Um fantasma percorre o mundo moderno: o fundamentalismo”. Com essa paráfrase das primeiras palavras do Manifesto comunista de 1848, no qual Marx invocava o “fantasma que ronda a Europa”, Tamayo inicia sua análise de uma “realidade empiricamente verificável de múltiplas formas”. A premissa é que a tolerância não tem sido uma virtude que caracteriza as religiões, seja no comportamento dos fiéis, seja na atitude perante a sociedade. Ao revés, a maioria das religiões “impuseram um pensamento único e perseguiram, castigaram e expulsaram de seu seio” os dissidentes e heterodoxos. A imposição de crenças, a invasão de espaços públicos, a ausência de diálogo inter-religioso, nada surpreende, em face da prática histórica de intolerância, especialmente das religiões monoteístas.³⁸⁶

A escavação etimológica da palavra *fundamentalismo* é tarefa que se impõe. Trata-se de expressão erudita no âmbito do cristianismo, utilizada primeiramente pelos especialistas para designar um fenômeno religioso muito concreto (depois, à semelhança de

³⁸⁴ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, pp. 161-2.

³⁸⁵ HÄBERLE, *A dignidade humana*, p. 151.

³⁸⁶ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 73.

“globalização”, o termo seria transportado para vários outros contextos). Hoje, a palavra foi apropriada pelos meios de comunicação, pelo grande público e faz parte das conversas cotidianas, aplicando-se para vários subsistemas sociais, notadamente o fundamentalismo econômico e o fundamentalismo político. Do primeiro, e do pensamento único neoliberal, não se vai ocupar a investigação. Quanto ao segundo, com alguma depuração conceitual, é de verificar como se dá a mediação sociopolítica do fundamentalismo religioso em diálogo e/ou conflito com o discurso constitucional. De sorte que, numa primeira limpeza de terreno, concentra-se a investigação em torno do *fundamentalismo religioso*, “termo que se aplica a pessoas crentes de distintas religiões, sobretudo a judeus ultra-ortodoxos, a muçulmanos integristas e a católicos tradicionalistas”, fenômeno que costuma ocorrer, ainda que não exclusivamente, em “sistemas rígidos de crenças religiosas que se sustentam, por sua vez, em textos revelados, definições dogmáticas e magistérios infalíveis” – embora não seja consubstancial a eles, mas uma grave patologia.³⁸⁷

O nascimento da expressão *fundamentalismo* tem uma origem muito circunstanciada, no entorno religioso concreto do protestantismo evangélico, com local e data determináveis: os Estados Unidos do início do século XX.³⁸⁸ Talvez seja até mais pontuável, remetendo-se ao editorial de um jornal de Nova Iorque (1920, *Watchman-Examiner*), em que o articulista e editor Curtis Lee Laws sugere e deseja que as pessoas que seguem apegadas aos “grandes fundamentos” (*Fundamentals*) – e pelos quais estão dispostos a lutar – sejam chamadas *Fundamentalists*. O teólogo J. Comblin, citado por Tamayo, faz duas observações pertinentes: o uso generalizado da palavra é uma prova inapelável da força atual do “pensamento USA”; por outro lado, a origem do termo reflete melhor o que é e como se vive a religião nos Estados Unidos do que em outros lugares.

Seja como for, entre 1910 e 1915 publicaram-se, nos Estados Unidos, 12 fascículos sob o título geral *The Fundamentals: a Testimony to Truth* (“Os fundamentos: um Testemunho da Verdade”), edição de três milhões de exemplares que coligiam artigos

³⁸⁷ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 74.

³⁸⁸ Como toda datação destinada a demarcar períodos e tendências, há variações na estimativa. DEMANT, Peter. *O mundo muçulmano*. São Paulo: Contexto, 2004, pp. 196-7 (citado *O mundo muçulmano*), v.g. refere que a reação fundamentalista do protestantismo contra o modernismo anunciou-se no final do século XIX, nos EUA, onde nasceu. Teólogos progressistas, para reviver o Deus que Nietzsche proclamara morto justamente nesta época (final do século XIX), propunham que não haveria contradição entre a escrita sagrada e a ciência, desde que a Bíblia fosse lida de maneira simbólica, alegórica, e não literal. O preço a pagar? O “*mysterium tremendum* de Deus, ciumento ou carinhoso, mas sempre pessoal, se transformou num Ser Supremo distante que no início deu corda no ‘relógio cósmico’, mas desde então pouco interveio no mecanismo, causando uma certa sensação

teológicos escritos por protestantes evangélicos norte-americanos, de distintas congregações. O objetivo era “defender pontos fundamentais da fé cristã ameaçados pela exegese moderna e pelo liberalismo, que haviam entrado na teologia e podiam destruir seus fundamentos”. Os *pontos fundamentais* estavam bem delineados: a encarnação de Cristo, Filho de Deus e ele próprio Deus; o nascimento virginal de Jesus; o caráter expiatório de sua morte na cruz para salvação da humanidade; ressurreição (corporal) de Jesus, a iminência da segunda vinda de Cristo; o pecado como vivência negativa que afasta de Deus; a salvação pela graça e não pelas obras; a inspiração verbal e, por conseguinte, a infalibilidade e a autoridade da Bíblia em todos os campos do saber (religiosos e científicos, filosóficos e teológicos). Em seguida, em 1919, funda-se a *World’s Christian Fundamentals Association* (Associação Mundial dos Fundamentos Cristãos), a congregar diferentes denominações protestantes e com o objetivo de combater o “liberalismo teológico e regenerar o protestantismo”. O clima de radicalização foi-se exacerbando e é neste contexto (de novo o *odium theologicum*) que Curtis Lee Laws publica seu editorial “fundador” (sob ponto de vista terminológico) do fundamentalismo: “Propomos aqui e agora que se adote um novo nome para designar as pessoas que entre nós insistem em que não sejam alterados os pontos de referência” – a palavra *Conservatives* foi descartada, por “demasiado ligada às forças reacionárias”; o termo *Premillenarist* não é suficientemente global, já que estreitamente ligado a uma doutrina particular; a expressão *Landmarkers* apresentava um inconveniente histórico e “designa um grupo particular de conservadores radicais”. Daí a sugestão, “para aqueles que seguem, todavia, firmemente apegados aos grandes fundamentos (*Fundamentals*) e que estão dispostos a empreender uma batalha em regra a favor desses fundamentos sejam chamados *Fundamentalists*.”. Assim deseja ser chamado o redator-chefe do *Watchman-Examiner*, que “entenderá como um elogio e não como um insulto”.³⁸⁹

Cinco anos depois, em 1925, ocorreu, em Dayton, o “caso Scopes”, também conhecido como “Processo dos Macacos”, que levou a juízo o jovem professor de biologia John T. Scopes, acusado de, em violação às leis do Estado de Tennessee, ensinar a teoria da evolução das espécies, na formulação de Charles Darwin (a proibição englobava qualquer teoria contrária ao relato do Gênesis acerca da criação do ser humano por Deus). Obviamente, os fundamentalistas envolveram-se profundamente na controvérsia. O processo terminou por condenar Scopes, mas os fundamentalistas experimentaram uma vitória de Pirro,

de abandono espiritual.”. As “classes perigosas” ainda eram crentes, pelo que a ordem social continuava justificada, mas este novo Deus “quase já não conseguia mais inspirar ou dar uma direção à vida”.

“ridicularizados pelos meios de comunicação, que reproduziram seus débeis argumentos e os acusaram de obscurantistas e inimigos do progresso científico”.³⁹⁰ Passados mais quatro anos, com a Grande Depressão de 1929, outra “epifania” fundamentalista, que interpreta o *crash* da Bolsa de Nova Iorque de forma milenarista e como castigo divino pela apostasia da América (o regresso de Cristo era apregoado como iminente). A radicalização fundamentalista provocou um racha insanável no mundo evangélico – o presbiteriano Carl McIntyre (1906-2002), à testa da corrente fundamentalista maximalista, fundou em 1932 a *Bible Presbyterian Church*; em 1942, o *American Council of Christian Churches* e, em 1948, o *International Council of Churches* contraponto ao “Conselho Mundial de Igrejas”.³⁹¹

Desde a década de 60 do século passado, o protestantismo norte-americano, na linha justamente do Conselho Mundial de Igrejas, vinha adotando um viés mais liberal, de compromisso social e tolerância moral, diálogo com as teorias evolucionistas e abertura respeitosa ao pluralismo religioso (nesta linha, a obra já citada de Harvey Cox, *A cidade secular*, de aproximação positiva da secularização). O contra-ataque fundamentalista seria virulento, não só no debate de questões teológicas mais internas, mas no discurso público acerca de questões morais como o aborto, homossexualidade, a supressão da oração nas escolas, utilizando-se de maneira competente de potentes e próprias cadeias de televisão – fenômeno conhecido como *Igreja eletrônica* (o mesmo Cox considerava, em 1985, a “relação amorosa” entre os fundamentalistas e a *mass media* como o “fato religioso mais significativo da história recente dos Estados Unidos”)³⁹². Surpreendendo intelectuais, que o enxergavam como movimento decadente e marginal, o fundamentalismo contava, agora, dentre os moralistas que predicavam contra os efeitos negativos da ciência, com próceres da era

³⁸⁹ *Apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 75-6.

³⁹⁰ Nem todos aceitaram, como se vê, que a ciência tomasse o lugar da religião. Dado relevante a acrescentar é que “um certo vazio espiritual nos torna vulneráveis, em particular quando as promessas da modernidade secular começam a decepcionar” – DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 197, destaca que um grupo muito amplo nunca vivenciou a modernização com emancipação, e sim como “perda, alienação ou vitimação”: camponeses depauperados, lojistas e varejistas que perderam a luta contra supermercados, funcionários e servidores supérfluos com o declínio da nobreza. A queda da auto-estima, historicamente, torna tais camadas sociais suscetíveis a ideologias nostálgicas, que prometem retorno aos “bons e velhos tempos”. Dois tipos de ideologia tiveram particular ressonância entre ditos grupos, uma na forma secularista (o nacionalismo extremo, “cujo prolongamento extremo foi o fascismo”), outra na forma religiosa – o fundamentalismo.

³⁹¹ TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 76.

³⁹² COX, Harvey *apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 77. Hugo Assmann, teólogo e sociólogo da comunicação brasileiro, também se ocupará do tema, inserindo o fundamentalismo norte-americano na crise de legitimidade do capitalismo na sua fase de transnacionalização, num momento de *débaçle* de valores tradicionais. Neste sentido, considera-o “mais que um literalismo bíblico, uma concepção puramente individualista da salvação, mais a defesa dos valores tradicionalistas, com ares [*en aras de*] da ‘livre iniciativa’ ou integrista político” (ASSMANN, Hugo *apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 78).

eletrônica, desenvoltos especialistas nas técnicas televisivas e radiofônicas, predicadores midiáticos, pastores campeões de audiência.

O fato é que do final dos anos setenta e durante a década de 80 do século XX, os fundamentalistas jogaram um papel importante na esfera política norte-americana, na intransigente defesa dos candidatos conservadores Reagan e Bush pai, destacando-se a criação da “maioria moral” – *The Moral Majority S.A.*, do pastor batista e tele-evangelista Jerry Falwell; *Christian Coalition*, do tele-evangelista Pat Robertson. Ao romperem com o isolamento político, mobilizaram a suposta *maioria moral* a serviço de uma política ultraconservadora, inclusive e especialmente nos aspectos culturais, religiosos, educativos e morais.

Jerry Falwell ataca explicitamente a decadência do sistema público (que teria sofrido grande revés com a decisão da Suprema Corte de retirar das classes escolares a leitura da Bíblia), que está “permeado pelo humanismo secular, que crê que cada homem é seu próprio deus e que os valores são relativos”. A educação sexual é acusado de perverter as mentes de milhões de estudantes, e a “grandeza da América pode atribuir-se ao Grande Livro, assim como aos *bons livros* científicos, literários e históricos que nos levaram a assimilar os fatos necessários para construir uma grande *república sob a tutela de Deus*.”³⁹³

O otimismo tonitruante do pastor amparava-se em estatísticas que, à época, apontavam 60 milhões de pessoas autoproclamadas “cristãos regenerados” (*born again*) – caso do atual e reeleito Presidente George W. Bush.³⁹⁴ Outros 60 milhões consideravam-se favoráveis à moral religiosa e mais 50 milhões gostariam que seus filhos crescessem numa sociedade moral. Cerca de 84% do povo americano segue crendo na validade dos “Dez Mandamentos”. Em conseqüência, a “maioria moral” não pode deixar que uma “ruidosa minoria” leve o país à “beira do abismo”. A defesa dos valores tradicionais do *american way of life* misturou-se com uma agenda confusa, da integridade da família à condenação da pornografia, apoio à “Guerra

³⁹³ FALWELL, Jerry, *apud* TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 78.

³⁹⁴ “Quem não está do lado de Bush está contra ele. Pior ainda – veja seu discurso de 3 de janeiro –, está do lado do inimigo. (...) O colonialismo americano à velha moda está prestes a abrir suas asas de chumbo sobre todos nós (...) O discurso religioso farisaico que vai enviar as tropas americanas à guerra é talvez o aspecto mais nauseante dessa surreal guerra que está por vir. Bush possui o monopólio sobre as revelações de Deus. E Deus tem opiniões políticas muito específicas. Deus escolheu a América para salvar o mundo de qualquer maneira que agrada à América. Deus escolheu Israel para ser o foco da política norte-americana para o Oriente Médio, e qualquer pessoa que queira contestar essa idéia é: a’ anti-semita; b’ anti-americana; c’ favorável ao inimigo; e d’ terrorista” - Folha de São Paulo, edição de 26 de janeiro de 2003, p. A 18, artigo de John Le Carré.

nas Estrelas” de Reagan e aos “contras” da Nicarágua, *lobby* favorável ao governo racista da África do Sul (visitado por Falwell em pessoa).³⁹⁵

Não importam, aqui, as várias formas fundamentalistas norte-americanas (espalhadas em alas mais ou menos reacionárias de Igrejas estabelecidas – metodistas e batistas, e.g. – ou em “congregações evangélicas separadas mais extremas”, como os mórmons, os pentecostais e os adventistas), mas sim o fato de que esses grupos constituem hoje aproximadamente 25% da população norte-americana e exercem enorme influência política, seja interna (orações escolares, direito ao aborto, liberdade de portar armas, pena de morte) seja nas decisões internacionais, inclusive aquelas com “relevância para o Oriente Médio e o mundo muçulmano”. O florescimento do fundamentalismo norte-americano ocorre numa sociedade economicamente avançada mas “socialmente ainda a meio caminho entre a tradição e o secularismo” – se comparada com a Europa protestante setentrional (regiões mais “modernas” que as católicas meridionais), mais vincadamente secular. Como resultado, os grupos europeus equivalentes aos fundamentalistas norte-americanos (os “derrotados” ou “alienados” da modernização) foram “apenas marginalmente atraídos pelos evangélicos”, embora suscetíveis à “sedução do ultranacionalismo e do fascismo, seculares”.³⁹⁶

Uma das características do fundamentalismo pentecostal norte-americano, destacada por Tamayo, é o *curandeirismo religioso*. A cura divina, transmitida *on line*, na linguagem do espetáculo. Pat Robertson é um dramaturgo talentoso que cura os telespectadores enfermos e

³⁹⁵ O ministro evangélico envolveu-se em inúmeras polêmicas. Ilustrativo, por todas, polêmico veredicto da Suprema Corte Americana no célebre caso “*Hustler Magazine*” and *Larry C. Flynt v. Jerry Falwell*. Em apertada síntese: na edição de novembro de 1983, a *Hustler Magazine*, publicação erótica de grande difusão, parodiou um anúncio de bebida alcoólica (*Campari*), ao caricaturar Jerry Falwell respondendo à indagação acerca de sua “primeira vez”. Disse que o fora, quando bêbado, durante um encontro incestuoso num banheiro, com sua mãe. Tanto no sumário da revista quanto em nota na página do desenho indicava-se o caráter ficcional do desenho. Flynt, editor da revista, condenado a pagar US\$ 150.000 de indenização por causação intencional de danos emocionais, recorreu à Suprema Corte. Em suma, uma figura pública teria de suportar os danos emocionais causados por uma paródia extremamente ofensiva e grosseira além dos limites aos olhos da grande maioria da população? Sim, na resposta jurisprudencial. A sentença ampliou a cobertura constitucional da difamação explicitamente para a causação dolosa de danos emocionais – no caso, através de uma caricatura. Nessa hipótese, não se julgam os bons ou maus motivos do editor, sendo descabido, ainda, pedir ponderação e racionalidade a uma caricatura, precisamente uma distorção deliberada (que tem exercido papel central no debate político); ademais, o caráter ultrajante, na área do discurso político e social, é inevitavelmente subjetivo e, portanto, inaceitável. SALVADOR CODERCH, (dir.) *El Mercado de las Ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 431-4 (citado *El Mercado*). Por demais discutível que se estivesse a tratar de “ideas and opinions on matters of public interest and concern”, embora, no dizer de Coderch, a natureza ficcional, o caráter de invenção (ainda que péssima), de fantasia (de atroz vulgaridade) é que levam a tolerar a expressão referida. Se a narração, ao revés, fosse verossímil, a vítima teria ação, segundo o critério da *actual malice*. “A Suprema Corte Americana deu carta branca ao chiste impossível de péssimo gosto, quando se refere a personagens públicos, mas não à informação descaradamente falsa que fere e angustia emocionalmente, além, talvez, de lesar a reputação da vítima”

³⁹⁶ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 198.

arroga-se a autoria de milhares de milagres (ao passo que, em Lourdes, na França, só estariam comprovados onze casos de cura milagrosa). Mais recentemente, ao sugerir “ao governo americano recorrer ao assassinato como solução sumária para seus problemas com Hugo Chávez” (presidente da Venezuela), ganhou a mídia internacional, tornando mais clara a ligação de “grupos evangélicos de extrema direita” (parte importante do eleitorado do governo Bush) com o fanatismo e gerando a indagação: “Terrorismo a favor não é terrorismo?”.³⁹⁷ Claro, também, que os tele-evangelistas estabelecem uma “relação intrínseca entre a leitura da Bíblia e o êxito financeiro – emblemático é Rex Humbard, que utiliza, em sua performance televisiva a linguagem dos banqueiros para falar da graça e da salvação, convidando os telespectadores a incorporarem-se à comunidade evangélica através da remessa de valores econômicos, que dão direito a receber o “sacramento” da “Chave do Banco de Deus”. O cerne do discurso tele-evangelista concentra-se em “intervenções iracundas contra o comunismo e o humanismo secular”, tons apocalípticos nas mensagens religiosas e nas análises políticas. A resposta a todos os males, dos domésticos aos mundiais, naturalmente, está somente num único livro: a Bíblia, cuja infalibilidade, segundo Falwell, não se aplica apenas às questões de fé ou de prática religiosa, mas também, com igual grau de certeza, aos temas geográficos, científicos, históricos etc.³⁹⁸

Na América Latina, o fundamentalismo religioso, apoiado pela Administração norte-americana e outros setores econômicos, políticos e financeiros, vai servir para contestar a Teologia da Libertação e as práticas das comunidades eclesiais de base, consideradas subversivas. Daí a erupção massiva de *seitas* fundamentalistas procedentes muitas delas do *pentecostalismo norte-americano* com algumas características bem definidas: “leitura literal da Bíblia, isolamento de outras tendências religiosas e condenação do ecumenismo, puritanismo moral, manifestações espetaculares e taumatúrgicas da vivência religiosa e posições políticas ultraconservadoras”. O sectarismo, em grau elevado, contamina diversas congregações pentecostais e, em seu pluralismo latino-americano, há uma série de elementos fundamentais que compõem seu universo simbólico: “a morte *vicaria* de Cristo e sua ressurreição, a segunda vinda do Senhor, a salvação pela fé, a cura divina, o batismo no Espírito e a *glosolalia* (falar em línguas), a infalibilidade da Bíblia e a presença de Satã”. O processo de secularização da sociedade latino-americana, assim, “retrocede graças à

³⁹⁷ *Veja*, editora Abril, edição 1920 – ano 38 – nº 35, 31 de agosto de 2005, p. 84. O título da matéria, sugestivo, fala por si: “O Aiatolá deles”.

³⁹⁸ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 79-80.

incorporação da religião na sua vida política e cultural e inclusive ao retorno da religião ao esporte oficial”.³⁹⁹

Tamayo, teólogo formado em Salamanca, pergunta-se pelos sintomas de *fundamentalismo católico* nos últimos séculos, vislumbrando-o na *absolutização da tradição e do dogma*, que suplantam a palavra de Deus, de Jesus e ao próprio Deus. Crítico, percebe-o não como um fenômeno instalado a partir das margens, antes como um movimento no “vértice da pirâmide”. Resgata, em socorro ao argumento, traços fundamentalistas no papado pós-Revolução Francesa: Pio VI (1755-1799), Gregório XVI (1831-1846), Pio IX (1846-1878). O último, beatificado por João Paulo II, ratifica as assertivas dos anteriores e converte-as em “patrimônio do magistério eclesiástico por quase um século”. Contrapõe a civilização cristã, obra da Igreja romana, às “desordens da história contemporânea, cujo fator importante são as sociedades bíblicas, herança de Lutero.” (*Quanta cura* e *Syllabus*). Condena como erro as seguintes manifestações culturais, filosóficas, religiosas e políticas: panteísmo, naturalismo, racionalismo absoluto, racionalismo moderado, socialismo, comunismo, sociedades secretas, sociedades bíblicas, sociedades clérico-liberais, autonomia das leis morais em relação à lei divina, autonomia da filosofia e da ética, liberdade de pensamento, de opinião, de religião, de cultos, reconciliação com o progresso. Na *Syllabus* condena a proposta de que o Papa pudesse e devesse reconciliar-se e transigir com o progresso, com o liberalismo e com a civilização. Ponto alto (“manifestação extrema do fundamentalismo” de seu pontificado) viria com a definição dogmática da *infallibilidade papal*, no concílio Vaticano I.⁴⁰⁰

³⁹⁹ O pentecostalismo é a religião que mais cresce, em números, na América Latina. Pulam seus fiéis, de 2% do protestantismo latino-americano (1935), para 75% dos 48 milhões de protestantes latino-americanos (1989). No Brasil, as Assembléias de Deus tinham, em 1993, cerca de 6 milhões de membros e mais de trinta mil centros de culto – e continuam crescendo espetacularmente. O autor recorda “cena peculiar” da final da Copa do Mundo de 2002: a equipe brasileira, depois da vitória, ajoelhou-se e invocou a Deus (fenômeno dos “Atletas de Cristo”). Há interpretações divergentes sobre a função social do pentecostalismo neste contexto, desde o horizonte de uma cultura de massas desenvolvida entre os setores mais pobres e marginais da sociedade, que assim evoluem à Modernidade e à modernização, até as análises que o descrevem como um “fenômeno culturalmente regressivo que resiste a entrar na Modernidade” – TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 80-1.

⁴⁰⁰ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 82-3. O dogma da infalibilidade formula-se nos seguintes termos: “O Romano Pontífice, quando fala *ex cátedra* – isto é, quando cumprindo seu cargo de pastor e doutor de todos os cristãos define por sua suprema autoridade apostólica que uma doutrina sobre a fé e costumes deve ser sustentada pela Igreja Universal –, pela assistência divina que lhe foi prometida na pessoa do bem aventurado Pedro, goza daquela infalibilidade da qual o Redentor divino quis que estivesse provida sua Igreja na definição da doutrina sobre a fé e os costumes; e, portanto, *as definições do Romano Pontífices são irreformáveis por si mesmas e não pelo consentimento da Igreja.*” – o cânon correspondente afirma que “se alguém tiver a ousadia, o que Deus não permita, de contradizer essa nossa afirmação, *seja anátema.*”

Na virada do século XX, Leão XIII (1878-1903) mantém postulados similares. A religião católica é a única verdadeira (querida por Deus) – pelo que rechaça o princípio da tolerância, em função do relativismo, que implicaria situar todas as religiões no mesmo plano. Reconhece a desigualdade natural entre os seres humanos e a inviolabilidade da propriedade privada (contra os socialistas). As liberdades de pensamento e de culto, que não são direito naturais, podem ser toleradas, moderadamente, por motivos justos, para que não degenerem em insolência. Pio X (1903-1914) retoma as condenações anteriores no *Juramento antimodernista* (1910), que colocaria em prática, entre outras providências, ao remeter 150 obras ao *Index* de livros proibidos – no seu pontificado aparece no mundo católico o termo *integrismo*, para designar, na França, o movimento dos católicos autodefinidos como “integrais”, que diziam defender a integridade da fé e opunham-se aos modernistas, que analisavam a religião através da ciência. Repare-se que tal movimento não se ampara na “Escritura”, antes põe o acento na “tradição” (padres e doutores da Igreja, declarações conciliares dogmáticas, autoridade papal etc.), que detém o monopólio da interpretação das Escrituras – na distinção radicaria a diferença do “integrismo” em relação ao fundamentalismo.⁴⁰¹

Na primeira metade do século XX, Pio XI (*Divini redemptoris*, 1937) ainda falava, com laivos de Santo Agostinho, da “civilização cristã” como “única cidade verdadeiramente humana”. Todavia, na década de 60, o Concílio Vaticano II inaugura um processo claro contra as tendências fundamentalistas, ao reconhecer os métodos histórico-críticos na leitura dos textos fundantes do cristianismo (Bíblia judaica e cristã) e dialogar com a Modernidade e com as religiões cristãs não-católicas, com as não-cristãs e com as diversas formas de descrença (ateísmo, agnosticismo, indiferença religiosa – a secularização é valorada positivamente, reconhecidas as autonomias das realidades temporais). No final dos anos 70, entretanto, na descrição de Tamayo, ressurge o fundamentalismo, ao longo do pontificado de João Paulo II, pelo programa de “nova evangelização” desenhado pelo cardeal Ratzinger e posto em prática por novos movimentos eclesiais (*Opus Dei* etc.). No seio do catolicismo, então, destaca cinco tendências que mostrariam “analogias com o fundamentalismo”: (1) a *integrista antimodernista intransigente*, oposta ao liberalismo e que se desenvolveu no início do século

⁴⁰¹ A distinção é feita por Xavier Ternisien, em artigo publicado no *Le Monde* de 08 de outubro de 2001 (*Intégrisme, fondamentalisme et fanatisme: la guerre des mots*), citada por TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 84, nota 20 – que a retirou de J. Arènes, “Fundamentalismo y Modernidad”, *Spiritus* 171 (2003), pp. 106-118. Cfe. Ternisien: “No fundamentalismo há uma vontade de regresso à fonte, a uma pureza original da fé, depositada nas Escrituras, desembaraçadas dos retoques da tradição. Em certa maneira, o fundamentalismo nega a mediação de

XX na Espanha e na França, com alguns resquícios minoritários de manifestações; (2) a *tradicionalista lefebvrista*, contrária à renovação e à abertura do Vaticano II e instalada na tradição do rito tridentino; (3) a *conservadora*, que coloca a obediência ao papa antes do seguir Jesus, o magistério eclesiástico acima do ensinamento apostólico, os dogmas antes dos Evangelhos e que pretende impor uma concepção específica de moral sexual à sociedade laica; (4) a *sectária*, que se fecha sobre si mesma, acreditando-se única possuidora da verdade, e que não tem contato com o mundo “perdido”, sequer com outros cristãos; (5) a *puritana*, que desvaloriza o corpo, visto como ocasião de pecado, e aposta na castidade e no celibato.⁴⁰²

Na busca de realizar uma fenomenologia do fundamentalismo cristão, Tamayo oferece nove linhas, que merecem aproximação reflexiva e que vão, por isso, resenhadas a seguir.⁴⁰³

(1ª) A primeira característica, que melhor define a atitude fundamentalista, é sua *negativa a recorrer a mediação hermenêutica* na leitura dos textos fundamentais das religiões. Ditados por Deus, só têm um sentido, o literal, e uma única interpretação, que emanaria de sua leitura direta. A tendência é isolar o texto de seu contexto histórico-social até que, intocável, se transforma em objeto de culto – o dogmatismo é inevitável, assim como uma compreensão sobrenatural da realidade, uma uniformidade de atuação e uma visão providencialista do futuro. “O plural se uniformiza e o relativo se absolutiza.” A linguagem religiosa (jogo de linguagem específico de uma comunidade de crentes) torna-se fixa e imutável, vira ortodoxia. As escrituras sagradas são infalíveis e a expressão é sintomática: “diz a Bíblia” e não “a Bíblia significa”. A verdade bíblica expande-se aos demais setores

uma autoridade religiosa: clérigo, Igreja, doutores da lei, que interpõem habitualmente uma chave de interpretação entre o crente e o texto revelado.”

⁴⁰² TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 85-6. O autor baseou-se em R. de la Torre, “Rasgos fundamentalistas del catolicismo”, *Spiritus* 171 (2003), pp. 165. Cita, ainda, posição de Hans Küng, que se referia, em 1992, a um *fundamentalismo católico romano*, a uma “ditadura espiritual” exercida por um papa que não aprendeu, nem durante o nazismo e o comunismo, o que era democracia. Identifica uma *variante do fundamentalismo*, já que os dirigentes da Igreja “pretendem identificar a fé católica com tradições eclesiais que são precisamente as mais recentes (Trento, Vaticano I, documentos pontifício pré-conciliares)”. Orientado por um modelo inconverso (o polaco), o movimento de re-evangelização trataria de “obrigar a força os católicos a regressar a um paradigma medieval-contrareformista-antimodernista da Igreja e da sociedade, deixando de lado e deslindando-se (‘marginalização’) dos protestantes, ortodoxos, judeus e ‘incentos’.” (o artigo foi publicado na revista *Concilium*, nº 241, pp. 181-94. Sempre segundo Tamayo (p. 87), J. Comblin, no mesmo nº 171 da revista *Spiritus*, abarca, no fundamentalismo católico, o *movimento carismático brasileiro*, de tendência pentecostal, e consigna que “todos os candidatos a eleições no Brasil têm que dar mostras de sua religiosidade, buscar o apoio de líderes religiosos e invocar a Deus, ainda que pessoalmente sejam ateus” (p. 48). Tamayo ainda refere, nos países latino-americanos de fala hispânica, os movimentos integristas como Opus Dei, Legionários de Cristo etc., que defendem a ortodoxia tridentina contra a Modernidade, a par de acusar a teologia da libertação de aliada do marxismo.

⁴⁰³ TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 87-98.

(históricos, científicos), como ilustra a querela contra o evolucionismo. A leitura fundamentalista não distingue entre o conteúdo da mensagem e o gênero literário pelo qual se transmite, considera que os milagres sucederam-se tal qual, “reconhecendo o poder de Jesus para mudar a ordem da natureza a seu capricho”. O fundamentalista adota uma atitude de suspeita e desdém permanente contra quem defende a necessidade de uma mediação hermenêutica na leitura dos textos sagrados – e quem não chega a sua mesma interpretação é acusado de má fé.

(2ª) A segunda característica do fundamentalismo, decorrente da anterior, é posicionar-se *contra as múltiplas opções de interpretação e negar a pré-compreensão*. Pode-se demarcar o fenômeno justamente no viés contrário da obra conjunta do filósofo francês Paul Ricoeur e do exegeta belga André Lacocque (*Pensar a Bíblia. Estudos exegéticos e hermenêuticos*), que principia por reconhecer “autonomia e existência independente ao texto”, o que implica a renúncia a “recuperar as intenções do autor”. O segundo fator importante da interpretação é “descobrir a conexão entre o texto e a comunidade viva em que se gestou” – daí a relação entre multidimensionalidade textual e pluralidade de leituras (o que se revela nas diversas recepções e interpretações dos textos bíblicos, nos marcos da filosofia grega, primeiro, e moderna, depois, cartesiana, kantiana, hegeliana...). Ademais, o fundamentalismo recusa a pré-compreensão, com se fosse possível aproximar-se assepticamente de um texto, sem a bagagem cultural, a ideologia concreta, alguns pré-juízos, enfim, com uma concepção prévia. Recusam, ou ignoram, o “círculo hermenêutico”.

(3ª) A terceira característica é a utilização de uma *linguagem bíblica realista*, a suplantar o nível simbólico, metafórico e imaginativo da linguagem, ao mesmo tempo em que os fundamentalistas utilizam os símbolos religiosos de forma seletiva, negando sua polissemia – o empobrecimento semântico resultaria no reconhecimento de um único sentido, o “realismo bíblico” como consequência da “interpretação fundamentalista da Bíblia”, que não reconhece relação alguma entre a construção do reino de Deus e história humana.

(4ª) A quarta característica dá conta do fato de apresentar-se o fundamentalismo *em cachos*, e não como uma bolha isolada. Costuma associar-se com outros fundamentalismos de caráter político, econômico, cultural e social, estabelecendo alianças entre uma concepção religiosa restauracionista e plataformas que defendem o etnocentrismo cultural, uma moral repressiva, discriminações étnicas e raciais. Trata-se da utilização da religião como instrumento para alcançar fins expansionistas e interesses hegemônicos – seja a *Shari’a*

islâmica a pretender abarcar todos os níveis da realidade, desimporta se espaços públicos ou privados, sejam setores judeus ortodoxos norte-americanos e israelenses, com tendências segregacionistas e interpretação literal da *Tora*, que reivindicam o judaísmo como única revelação válida pra toda a humanidade.

(5ª) A quinta característica relaciona-se com a *violência*, em nível estrutural. A atitude fundamentalista impõe suas crenças, inclusive pela força se necessário, a toda a comunidade humana em que está instalada, sem distinguir crentes e não-crentes – a ética religiosa imposta como ética pública, numa confusão das esferas pública e privada, sem demarcar a comunidade política da comunidade religiosa. Esta disposição permanente explicaria a frequência dos choques, enfrentamentos e guerras religiosas. Há, inclusive, análises que destacam a violência como princípio das religiões, ao menos presente nos textos revelados – sendo, de fato, possível extrair trechos da Bíblia e do Corão que sacralizam a violência, na vertente de um Javé sanguinário e da morte aos infiéis por exigência de Alá. Há ampla controvérsia no que concerne à *Jihad* do Corão. A mais palatável ao ocidente e circulante identifica seu caráter intrinsecamente violento e implica a guerra contra os infiéis, apoiada textualmente em passagens clássicas. Outra corrente, todavia, matiza a própria tradução do termo “infiéis”, mais que duvidosa em relação ao vocábulo árabe *bufar*, e assevera que grupos muçulmanos que utilizem o conceito de “jihad” para atacar civis está manipulando conceitos e enganando os correligionários (os terroristas, nesta leitura, não são muçulmanos, menos ainda ortodoxos).⁴⁰⁴

(6ª) A sexta característica do fundamentalismo é sua natureza *contrária* à *Modernidade*,⁴⁰⁵ o fato de adotar uma atitude hostil em face dos fenômenos socioculturais da modernidade, que solapam, no seu prisma, os fundamentos dos sistemas de crenças respectivos. Tratam como inimigos da religião, em geral em ativo combate, vários tópicos: a secularização, a teoria evolucionista, o progressismo, o diálogo com a cultura moderna e pós-

⁴⁰⁴ Há “textos de terror”, talvez fruto de tradições religiosas que incitam a violência ou a justificam, isto na maioria das tradições religiosas. Neste sentido, numa hermenêutica de suspeição, “não podem considerar-se reveladas, nem ser tidas como palavras de Deus e menos ainda impor-se como normativas a seus seguidores” (TAMAYO, *Fundamentalismos*, p. 93).

⁴⁰⁵ EISENSTADT, S. N. *Fundamentalismo e Modernidade: Heterodoxias, Utopismo e Jacobinismo na Constituição dos Movimentos Fundamentalistas*. (trad. Ana Luísa Faria) 1ª ed., Oeiras: Celta Editora, 1997, *passim*, entretanto, acentua que o fundamentalismo, pese sua vincada ideologia “tradicionalista” antimoderna, é “basicamente um fenômeno muito moderno”, cuja construção política e ideológica altamente elaborada faz parte integrante da “agenda política moderna” (ainda que suas orientações e símbolos básicos sejam antimodernos). Estão enraizados tais movimentos nas tradições religiosas, mas nas suas “tendências heterodoxas” (especialmente nos movimentos utópicos heterodoxos). Os modernos movimentos fundamentalistas

moderna, opções políticas revolucionárias de pessoas ou grupos crentes, a emancipação da mulher, descobrimentos científicos, avanços genéticos, movimentos sociais etc. Os fundamentalistas têm vocação de reconquista e restauração, no desiderato de recuperar a relevância pública das religiões – reação à invisibilidade (cultural, social e política) à qual a Modernidade quis submetê-las. É o caso emblemático da recusa ao *pluralismo*, inclusive religioso, um dos valores fortes da modernidade. No seio do cristianismo, tanto o Concílio Vaticano II quanto o Conselho Mundial de Igrejas assumem o fato do pluralismo, na linha da “legítima variedade de opções possíveis” – “uma mesma fé cristã pode conduzir a compromissos diferentes” (Paulo VI, *Octogésima adveniens*, nº 5). A verdade, para os fundamentalistas, é única, com o que se opõem ao pluralismo, que “tendem a confundir com o relativismo e que consideram uma ameaça contra a unidade das crenças” – o pluralismo levaria a reconhecerem a “existência de distintos níveis de relevância e uma hierarquia de verdades nas religiões”. Assim também o rechaço à teoria evolucionista, absurda por contrariar o criacionismo histórico dos primeiros capítulos do Gênesis, ao passo que as teologias atuais assumem como hipótese biológica e natural e como interpretação da história. Tamayo elenca, neste passo, também a recusa “ao caráter evolutivo e progressivo da história, defendido pela Ilustração” (o que, mesmo no pensamento científico contemporâneo, é problemático), sinalando que o fundamentalismo “tem uma visão negativa, inclusive catastrófica, da marcha da história”, que só poderia retomar seu curso desviado mediante a intervenção de um deus superior, *ex machina*. É o tom apocalíptico-pessimista, o “fim dos tempos” literal, as catástrofes como ocasião providencial para os seres humanos mudarem de rumos. Traço comum, notadamente entre os fundamentalistas monoteístas do tronco abrahâmico (judeus, cristãos e muçulmanos), é o sentimento de que foram eleitos por Deus para desempenhar uma missão messiânica – os judeus ultra-ortodoxos combatem os sionistas laicos enquanto esperam a vinda do Messias, que salvará Israel e o mundo; os cristãos tradicionalistas esperam a segunda vinda de Cristo e os muçulmanos radicais estão dispostos a imolar-se por Alá na luta contra os infiéis. Tal “consciência da eleição” leva a uma autoconsciência de “minorias seletas”, de existência separada do resto, de posse da verdade, e gera atitudes “excludentes e xenófobas” – o diferente converte-se em objeto de suspeita e ataque; há tendências claramente sexistas e machistas que reforçam a “organização patriarcal da sociedade e das instituições religiosas”.

transformaram certos tipos de heterodoxia, apropriando-se de um componente central do programa político da modernidade: a componente totalitária jacobina.

(7^a) A sétima característica denota os traços de *milenarismo* e uma visão *apocalíptica*, sobretudo presente no fundamentalismo pentecostal dos Estados Unidos e da América Latina. Trata-se de um “milenarismo de caráter apocalíptico com tons beligerantes e em seus aspectos mais destrutivos” – Deus como único senhor e guia da história, que a finalizará com um ato de poder e de violência, se necessário. O ser humano perde autonomia e deve deixar-se levar, cumprir mimeticamente a vontade divina. O milenarismo transpassa a leitura dos textos bíblicos e contamina a análise da realidade, visto em dicotomia: filhos da luz e filhos das trevas, o bem e o mal em luta – fácil perceber de que lado (oposto) fica o mal, a ser combatido com toda a resolução e energia. Em reforço à característica anterior, a chave de interpretação da realidade é a catástrofe, tudo como sinal do caos, de que o fim está próximo e foi anunciado (as desgraças presentes previstas nos textos apocalípticos dos livros sagrados), a segunda vinda de Cristo e o estabelecimento do reino milenário de Deus (o horizonte escatológico determinante da mundivisão).

(8^a) A *absolutização da tradição* é apontada como oitava característica. Assentado que o ser humano é um “ser tradicional”, que só pode viver e morrer no seio da sua tradição, no âmbito vital que lhe é próprio e que comparte, também é fato que se constitui por mediação com a realidade presente, que é cambiante (o *novo* como presença histórica irrompe constantemente no mundo como resposta aos desafios que se apresentam aos indivíduos e aos grupos humanos no decorrer de ser percurso ocidental). Justamente a categoria do *novo* é repelida pelo fundamentalismo, seja como modo de viver ou de pensar, ao não aceitar o “caráter histórico do ser humano”, nem reconhecer “valor ao presente e ao futuro”. Instalado num tempo passado, o fundamentalismo normatiza o pretérito de sua própria conduta como válido universalmente e com pretensão de impô-lo a toda a humanidade. Contra o dinamismo e a criatividade, um ponto fixo em que o tempo se detém e deixa de fluir. A atitude desemboca, em nível religioso, na absolutização da tradição, que se converte em cânone que suplanta os próprios livros canônicos. Neste movimento, descuram os fundamentalistas que a tradição, como expressão cultural, é ambígua, e professam um tradicionalismo, que costuma descambar para uma existência descontextualizada. No dizer de Tamayo, “confundem o permanente com o imutável, o estável com o fixo, o fundamental com o duradouro, o temporal com o passageiro”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ No Islã também ocorre o “culto idolátrico à tradição”, às vezes situada acima da revelação corânica – perversão explicada pela inflação dos *hadiz* e de seus comentários. Neste contexto, R. Garaudy fornece dois exemplos – “Los derechos del hombre y el islam: fundamentación, tradición, violación”, *Concilium* 228 (1990), p. 227 – de culto idolátrico: o castigo à blasfêmia e a condição da mulher. No primeiro caso, tendo como

(9ª) Por fim, nona característica, destacam-se os *aspectos psicológicos*, uma abordagem que se compreende o fundamentalismo como consequência da alienação, uma “reação patológica ante a quebra da estabilidade do mundo, dos cimentos da religião, da família e da sociedade”. Não sendo fácil aceitar viver numa situação de perplexidade e insegurança, há propensão a “absolutizar os fundamentos da própria religião e das próprias convicções, crenças e metas”, ao mesmo tempo em que se rechaçam aquelas que não coincidem com tal pauta – o fundamentalismo vive instalado numa *mentalidade dogmática*.

Ao deslocar-se a atenção para o *fundamentalismo muçulmano*,⁴⁰⁷ também há dificuldades terminológicas. Peter Demant, historiador da USP e especialista em questões de Oriente Médio, adverte que se trata de um neologismo impróprio, apesar de comum e consagrado pelo uso jornalístico (pelo que usa a expressão e também, de forma intercambiável, “islamismo”).⁴⁰⁸

Sempre vale lembrar que há fundamentalismo em muitas religiões, notadamente no judaísmo, no hinduísmo e no sikhismo, até no budismo. A *modernização do mundo não-europeu*, colonizado pelo Ocidente, foi *tardia, rápida e brutal*, além de não se acompanhar de uma “emancipação social ou política como na Europa Ocidental e na América do Norte. *Imperialismo e colonização* tiveram, em geral, efeitos negativos para a sociedade e economia nativas, sendo difícil e penoso romper o ciclo de dependência – neste sentido, as sociedades atingidas refletiram sobre as causas da “superioridade do Ocidente e o fracasso da própria civilização”, abrindo-se uma terrível disjuntiva: ou a civilização não estava à altura do desafio ou “as forças autóctones não usaram corretamente os recursos da própria tradição”. A primeira vertente apoiou a opção *modernista*; a segunda, a *opção tradicionalista*, ao “rejeitar a modernização ocidental e abraçar a própria tradição mais fortemente”. Uma terceira corrente procurava reter o melhor das duas posições, uma forma mista de adotar seletivamente técnicas

emblema a condenação de Salman Rusdhie pelo aiatolá Khomeini, por seus *Versos Satânicos*, lembra que o Corão não a embasa, a tradição a rigor contraria a assertiva corânica de que só a Deus compete julgar. No segundo, a condição inferior da mulher também é prática tradicional contra o Corão, que não estabelece hierarquia entre homem e mulher, antes a igualdade, já que Deus os criou de um só ser (TAMAYO, *Fundamentalismos*, pp. 97-8).

⁴⁰⁷ Há um excelente *dossier* em ROY, Olivier et al. “Les racines de l’islamisme”, *L’Histoire*, nº 281, nov. 2003, Paris, pp. 33-59.

⁴⁰⁸ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 194. Na mesma linha de Tamayo, o autor confirma que *fundamentalismo* refere-se a “um movimento religioso que surgiu há um século dentro do protestantismo norte-americano”, hoje usado para “movimento vagamente paralelos em outras religiões. As alternativas terminológicas não são muito melhores: os franceses usam a palavra *integrismo* (o que apenas copia fenômeno paralelo no catolicismo); “islã político” ou “revivalismo islâmico” seriam aceitáveis; alguns autores usam simplesmente “islã radical” ou “radicalismo islâmico”. Na literatura árabe usa-se tanto *islamiyya* (islamismo) quanto *al-usuliyya al-islamiyya* (fundamentalismo islâmico).

ocidentais e preservar os valores da própria civilização. Segundo Peter Demant, o fundamentalismo muçulmano “constitui um tipo específico desta última forma”.⁴⁰⁹

A opção ocidentalizante, no Oriente Médio e no sul e sudeste asiático muçulmano, manifestou-se como *nacionalismo secular* – opção hoje morta ou moribunda com a exceção, parcial, da Turquia, já que o “pan-arabismo, os patriotismos árabes locais e o nacionalismo neopersa *pahlevi* não conseguiram senão estabelecer ditaduras que exploraram ou oprimiram sua própria população” (a opção, de fato, nunca se apresentou no Paquistão e foi pífia na Indonésia, tensionada pelo duplo desafio do regionalismo e do universalismo islâmico).⁴¹⁰ No fiasco do modelo nacionalista, a afirmação do fundamentalismo muçulmano “foi quase uma certeza”.

Em busca de um conceito, Demant caracteriza o islamismo como uma *ideologia política antimoderna, anti-secularista e antiocidental*, cujo projeto é “converter o indivíduo para que se torne um muçulmano religioso observante”, além de “transformar a sociedade formalmente muçulmana em uma comunidade religiosa voltada ao serviço a Deus e estabelecer o reino de Deus em toda a Terra”. Trata-se de fenômeno recente (mas provavelmente a “vertente predominante no islã atual”), cuja forma atual só se desenvolveu nas últimas décadas, em “reação à modernização globalizante – no Oriente Médio em particular”.⁴¹¹

O fundamentalismo muçulmano cristalizou-se, como *ideologia*, a partir dos anos 50 e 60 do século passado – na linha *sunita*, pelos escritos do paquistanês Abu al-Ala Mawdudi e

⁴⁰⁹ DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 198-199. O primeiro país a enfrentar o impacto do Ocidente foi a Rússia, ao influxo da modernização forçada introduzida pelo czar Pedro, o Grande (começo do século XVIII), desde então os russos debatem sobre opostas opções: a eslava e a ocidental. Na China, o confucionismo cimentava o sistema imperial, que entrou em colapso no século XIX. A hegemonia foi substituída, entre a maioria dos pensadores e políticos, por ideologias ocidentais, destacando-se o marxismo na reconquista da soberania. O Japão optou por uma ocidentalização radical e imposta de cima para baixo com muito êxito. A Índia seguiu caminho peculiar: as tradições hindus eram muito pluriformes e fragmentadas para apropriação por elites nativas específicas; a administração colonial inglesa foi menos brutal que noutras colônias, permaneceu mais e, ao lado da exploração econômica e do substrato racista, avançou numa modernização também institucional e intelectual (e não meramente física). Os vetores opostos levaram a um “nacionalismo a meio caminho entre a exclusiva ocidentalização e o tradicionalismo hindu”.

⁴¹⁰ Convém, de todo modo, não exagerar o “secularismo” dos nacionalismos, cuja versão canônica reservou ao Islã um papel de destaque como “maior expressão do espírito árabe”. O auge das experiências nacionalistas e secularistas ocorreu nos anos 50 e 60. Ainda que a Turquia seguisse seu caminho próprio, derrotas consecutivas, morais, políticas e militares, abriram a crise profunda, em cuja fenda surge o fundamentalismo muçulmano. Às derrotas, em síntese: a impotência dos regimes árabes nacionalistas frente a Israel em 1967; sua incapacidade coletiva em lidar com a guerra civil no Líbano; o desgaste dos recursos petrolíferos; a decadência da opção pan-arabista na guerra Irã-Iraque – tudo a minar a legitimidade do modelo nacional desenvolvimentista-estadista (Cf. DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 200).

⁴¹¹ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 201.

do egípcio Sayyid Qutb; no *xiismo*, com o aiatolá Ruhollah Khomeini. Demant identifica três gerações, parcialmente sobrepostas: o primeiro período, de *maturação*, marca a entrada do fundamentalismo na cena internacional (anos 1970 e 80); a segunda onda, de *auge aparente*, com a Revolução Iraniana, o assassinato de Sadat no Egito e o Hezbollah no Líbano (anos 1980, atividades ainda limitadas à região médio-oriental e em geral ao mundo xiita); a terceira fase, de *internacionalização*, inicia a partir da última década do século XX, expande-se na esteira da Guerra do Golfo (1991) e globaliza-se com os desdobramentos episódicos – guerra civil na Argélia; o Hamas nos territórios palestinos, a Guerra da Bósnia; a Guerra da Chechênia; os Talebã no Afeganistão; o terrorismo internacional da al-Qaeda; a emergência de partidos islamistas no Paquistão, nos novos Estados centro-asiáticos emancipados da ex-URSS e na Indonésia; a recente guerra do Iraque etc.

A *primeira onda fundamentalista* situa-se entre 1967-1981, no Egito de seu principal ideólogo, Sayyid Qutb, que formula o “*jihad* sunita”.⁴¹² O Egito, sustentáculo do Oriente Médio, núcleo do mundo árabe, conta com 90% da população sunita, caiu sob domínio europeu no século XIX (a primeira revolta nacionalista contra o Ocidente, do Coronel Urabi, em 1881, ocorreu lá) e é um dos centros permanentes do pensamento muçulmano, com uma tradição escolástica de quase mil anos. Independente em 1922, a monarquia relativamente liberal corrompeu-se e foi combatida, à direita, pela “Irmandade Muçulmana”, que integrou, a partir da Revolução de 1922, o novo regime dos “Oficiais Livres”, mas que tentou assassinar Nasser em 1954, o que custou o encarceramento de um dos seus líderes, Sayyid Qutb, que seria finalmente enforcado, por nova conspiração contra Nasser, em 1966. Qutb personificou o “ser marginal”, traço que se repetirá nas gerações futuras: jovem sensível, recebeu uma educação religiosa tradicional, mas era aberto à cultura secular e trabalhou como inspetor de educação até um momento-chave de sua vida, uma infeliz viagem de estudos aos Estados Unidos (1948-1951, Califórnia), onde sentiu-se “enojado frente à sexualidade aberta da sociedade ocidental, humilhado pelo racismo não menos explícito (Qutb era pardo) e escandalizado pela simpatia para com o sionismo”. Sobrou a recusa absoluta ao modo de viver associado ao Ocidente – voltou com maior seriedade à religião original e, no Egito, tornou-se muçulmano *born-again*, ao mesmo tempo que ativista da Irmandade Muçulmana, pelo que passaria a maior parte do resto de seus dias na prisão, “onde se tornaria o principal e mais extremista pensador do islamismo”. Seu pensamento foi influenciado por Abu al-Ala Mawdudi (1903-1979), um indiano formado na escola ultraconservadora dos deobandis e que

⁴¹² A descrição dos estágios também é de DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 204 e ss.

desenvolveu cinco princípios nos anos 40 e 50, com os quais Qutb concordava: antiapologia, antiocidentalismo, literalismo, politização, universalismo.⁴¹³

Qutb incorpora a doutrina de Mawdudi e vai além, numa espécie de *jihad* dirigida à própria sociedade muçulmana: as exigências de Deus (esfera transcendente) não se discutem, “elas só são passíveis de obediência absoluta”. Mais, ponto crucial, a *ideologia antiocidental rejeita a respectiva maneira de organizar a sociedade e o governo*, vista a democracia, produto ocidental por excelência, como resultado da equivocada premissa antropológica do Iluminismo, de que o homem pertence a si mesmo. O princípio da subjetividade ou da *autodeterminação*, pedra angular da modernidade, é *rejeitado* desde a base: *o homem não é soberano* (atributo de Deus), é mero *makhluq* (criatura) cujo objetivo não é nem conhecer nem amar a Deus, e sim servir a Deus. Segue-se o governo divino, cuja forma foi prescrita por Deus a Maomé. Portanto, a organização política, interna e externa, decorre das fontes autorizadas: o Corão e os *hadiths* autênticos.⁴¹⁴

Um parêntese: o Corão e, com autoridade igual, as tradições (*hadith*) que remontam aos atos e pronunciamentos do Profeta (transmitidos oralmente e fixados em grandes

⁴¹³ Valem breve referência. *Antiapologia* significa o componente auto-referencial do fundamentalismo, sendo o islã uma fonte que se comprova e justifica por si mesma, não precisa de evidências externas nem de harmonização com outras ideologias. O segundo item decorre da necessidade de manter uma barreira contra o mundo não-muçulmano, já que o islã, ao não precisar de apologia, tem que *contra-atacar o Ocidente* (os “outros” é que precisarão de proteção) – rejeita o “humanismo” como veneração ao ser humano equivalente ao *shirk* (atribuir “parceiros” a Deus), o pior pecado – a conseqüente depravação do Ocidente, especialmente sexual, seria uma rejeição cara a Qutb. O *literalismo* é uma feição comum a todos os fundamentalistas, sendo ridícula a tendência modernista de tentar abrandar versículos “difíceis” – a aparência ilógica ou antinatural do texto “apenas comprova a limitada capacidade da razão humana”. Já a *politização* parece traço mais específico do Islã: se em termos ideais o islã pretende subjugar o temporal ao espiritual, “instrumentalizar o mundo no serviço ao transcendente”, na história tal quadro em geral não se realizou, sendo provavelmente correto afirmar que, mesmo hoje, para a maioria dos muçulmanos, o “islã constitui um sistema de significados culturais (...) antes de uma ideologia política. Este, aliás, o cerne do debate entre os muçulmanos indianos, com a independência do Paquistão, no qual os moderados pretendiam um Estado baseado num islã como identidade cultural, o que não era aceito pelos radicais (Mawdudi à frente), que prescreviam o Estado islâmico (em vez do Estado muçulmano), Estado cuja “constituição seria o Alcorão, cuja legislação se limitaria a interpretar e aplicar a *Sharia*, e cujo presidente seria um muçulmano devoto, assessorado por um conselho (*shura*) eleito só por muçulmanos”. Os não-muçulmanos retornam à posição de *dhimmis*, com os mesmos direitos civis dos muçulmanos e restrição dos direitos políticos ao âmbito local. O quinto princípio é o *universalismo*, pelo qual o islã vale para todos os seres humanos, precisa ser imposto a toda a humanidade – Mawdudi diria que “explicitamente há para a raça humana inteira uma só maneira de viver que é correta ao olhar de Deus, e isto é al-Islam”, que aspira revirar a terra até o *jihad* islamizar o mundo inteiro: “(...) Deus honrou o islã e o colocou acima das outras religiões e leis. Com a finalidade de chegar a este elevado objetivo, o islã quer usar todas as forças e meios possíveis para realizar uma revolução universal e abrangente. Não poupará esforços para realizar este objetivo supremo. Esta luta de longo alcance que continuamente exaure todas as forças e este uso de todos os meios possíveis se chama *jihad*” (DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 206-9).

⁴¹⁴ Neste ponto, Qutb liga-se a Ibn Hanbal, pai da escola mais rigorosa da *Sharia* (hanbalita), que recusa a filosofia especulativa e o misticismo, e aponta para a *salafyyia*, a imitação dos predecessores devotos da primeira geração (linha de Ridda e marca dos reformistas islamistas conservadores – DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 209-10).

coletâneas), formam a base da Lei Santa do Islã, a *Sharia*, “em seguida ampliada e interpretada através de trabalho de juristas-teólogos posteriores”.⁴¹⁵

Avançando, Qutb observa o mundo imerso em nova *jahilyyyia* – estado de ignorância e descrença que reinava antes da revelação concedida a Maomé. Tal estado foi superado pelo esforço (*jihad*) de Maomé e de seus seguidores, que detalharam, nos diversos planos e setores, a sociedade ideal. Mas, diante do tempo transcorrido, ninguém mais observa a *Sharia*, nem as sociedades formalmente muçulmanas. Em vez de um governo islâmico, há um governo opressor, que se inspira em “valores estrangeiros tais como a soberania do povo, que adula a nação em vez de Deus, anula a posição dos muçulmanos na sociedade, tornando os infiéis iguais a eles, e abre as portas a uma onda de influências imorais e nefastas”. As humilhações, da época e sucessivas, seriam vistas como punição pela recaída na *jahilyyyia*, compreendida não como uma época histórica, mas como um “estado mental que se reflete na sociedade”. Daí o *programa de ação*, sendo dever do fiel criar uma sociedade justa, baseada na lei de Deus. Mas a corrupção, sendo tamanha, paralisa estratégias reformistas, restando duas opções: a retirada ou a ação revolucionária. O primeiro caminho corresponde à hégira (migração de isolamento de Maomé, de Meca a Medina) e foi esporádico no islã – contraculturas puritanas erguidas no deserto houve pelo menos desde o século XIV (os wahhabitas da Arábia Saudita, nos anos 1920, trilharam a mesma via). Qutb, porém, apontou para a segunda alternativa: a *jihad*,⁴¹⁶ a militância violenta contra a própria base da sociedade, a ponto de sacrificar até a vida, se necessário, tornando-se *shahid* (testemunha de Deus, ou mártir). A *jihad*, assim redirecionada, atingiria não só pagãos, mas também um governo muçulmano não islâmico – a

⁴¹⁵ LEWIS, Bernard. *O Oriente médio. Do advento do cristianismo até os dias de hoje*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 202 (citado *O Oriente médio*). Os doutores da lei não eram funcionários do Estado: seus pronunciamentos não eram obrigatórios nem unânimes. Já o *qadi*, nomeado pelo Estado, “fazia justiça em sua corte” e sua função era aplicar a lei, não interpretá-la – função que cabia ao *mufti*, jurisconsulto cujas opiniões ou pareceres (*fatwa*) “podiam ser citados como opinião autorizada, mas não como lei”. Em princípio, a *Sharia* cobria todos os aspectos da vida muçulmana: pública e privada, comunitária e pessoal. Mas, na prática, não havia tanta diferença entre o sistema ocidental e o muçulmano: embora a *Sharia* “não aceitasse poder legislativo humano no Estado islâmico”, as soluções para questões não resolvidas com a fonte explícita foram legitimadas: se vinham de baixo, eram chamadas de costume; se de cima, regulamentação; se provenientes de juristas, *interpretação* – “as regras mudam à medida que mudam os tempos”, para o que auxiliou o poder discricionário dos soberanos e o consenso dos educados (p. 203). Por volta do ano 900, “emergiu o consenso entre os sunitas, embora não entre os juristas xiitas, de que todos os casos pendentes haviam sido resolvidos e que, em consequência, ‘o portão da *ijtihad* estava fechado’” (que conferiu, nos primeiros tempos, uma ampla liberdade ao raciocínio e à opinião individual).

⁴¹⁶ Literalmente “esforçar-se”, na frase do Corão: “esforçar-se no caminho de Deus” (*fi sabil Alla*) – alguns teólogos, em geral mais modernos, interpretam-no em “sentido espiritual e moral”, mas para a maioria esmagadora sempre foi discutida em termos militares (obrigação da comunidade como um todo no ataque e de cada muçulmano na defesa). A idéia de guerra santa não era nova na região (satura os livros do Deuterônimo e dos Juízes e inspirou os bizantinos cristão em suas guerras contra os persas), mas a *jihad* era “entendida como

legitimação do tiranicídio, um “programa radical de restauração do islã original”, uma volta a uma situação anterior e melhor (a *utopia às avessas*, a encarar o passado).⁴¹⁷

Seja como for, Qutb, encarcerado, radicalizou e tornou-se o maior guru dos fundamentalistas sunitas. Sua obra extremista (*Marcos Miliários*) tem sido “leitura obrigatória para gerações de fundamentalistas posteriores”.⁴¹⁸ A *segunda onda evolutiva do fundamentalismo muçulmano*, novamente com Demant, nos anos 1980, seria marcada pela *Revolução Iraniana* (1979) e pela feição explicitamente *xiita*. Qutb deixa a cena para nomes mais jornalísticos, como Khomeini e o Hezbollah libanês – período que Demant chama de “interlúdio xiita”, já que a “terceira onda”, nos anos 90, retomaria o caráter quase exclusivamente sunita.⁴¹⁹ Se para os sunitas não há evolução positiva no mundo (cada geração está mais longe do último Profeta, numa espécie de involução espiritual), o xiismo é

uma obrigação ilimitada, religiosa, que continuaria até que todo o mundo aceitasse adotar a fé ou se submetesse à soberania muçulmana” – LEWIS, *O Oriente médio*, pp. 210-1.

⁴¹⁷ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 212. A legitimação islâmica do tiranicídio encontra-se em Ibn Taimyyia (1263-1328), um pensador hanbalita extremista impressionado pelo declínio do islã. No seu tempo, líderes mongóis, convertidos superficialmente ao islã, oprimiam os árabes. Uma resposta militar ao opressor muçulmano violaria um princípio basilar dos sunitas, como reação aos cismas do século VII (“uma hora de anarquia é pior que cem anos de tirania”). O argumento de Taimyyia foi que os mongóis aliaram-se aos xiitas (heréticos) e descumpriram a *Sharia*, pelo que uma guerra de resistência dos sunitas contra os “pseudomuçulmanos”, mais que permissível, seria uma *jihad* – derrubar o líder apóstata seria um dever de cada um dos fiéis.

⁴¹⁸ Trata-se, bem de ver, de minoria, já que a maioria dos Irmãos Muçulmanos, em face da repressão nasserista, optou por abandonar a via revolucionária em prol de um trabalho educativo e politicamente moderado. Hassan Hudhaibi, um líder “recuperado”, declarou que nenhum homem pode julgar a veracidade da fé islâmica de outro, muito menos da *umma* como um todo – o julgamento cabe somente a Deus (DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 213). Para uma descrição do terror *jihadista*, vide pp. 213-19.

⁴¹⁹ Hoje, 15% dos muçulmanos são xiitas, dos quais 85% duodécimos. O Irã é o único país com regime xiita do mundo, mas eles também são maioria no Iraque e em Barein, além de serem a comunidade religiosa mais numerosa do Líbano, existindo grupos significativos na Arábia Saudita, no Paquistão, Afeganistão, Azerbaijão, Turcomenistão e Índia (países na zona de influência da antiga Pérsia). Partilhando o mesmo Corão e seguindo amplamente a mesma *Sharia*, entretanto um abismo quase intransponível separa xiitas e sunitas, originando-se a primeira corrente do desacordo sobre a sucessão de Maomé. O xiismo apostou no primo e sobrinho de Maomé, Ali ibn Abi Talib, para garantir a pureza da sucessão, mas foi derrotado por uma posição mais “democrática” do sunismo: qualquer bom muçulmano poderia ser califa pelo consenso da comunidade (desde que pertencesse ao clã dos coraixitas, tribo de Maomé). Ali foi preterido em três sucessões consecutivas, até que se tornou o quarto califa (representava a consciência “limpa” da *umma*, “o compromisso idealista com uma fé inalterada”, mas parte de seus seguidores não admitiram que aceitasse uma arbitragem de seu poder e formaram uma seita igualitária ultrapuritana, os cariditas, de “quem vai embora”). O fato é que Ali foi assassinado por um seguidor decepcionado e o coraixita Mu’awiya tornou-se o novo califa, embora muitos acreditassem na dinastia de Ali, encarnada nos dois filhos Hassan e Hussein. Hassan, o mais velho, acreditou na promessa de Mu’awiya, de sucessão futura, mas foi assassinado pelo califa, que entronou seu próprio filho, Yazid (protótipo do mal no xiismo) Alguns anos depois, Yazid enfrenta Hussein, caçula de Ali, que, com apenas cinquenta fiéis seguidores, partiu de Kufa (Iraque) e foi massacrado, em Karbala, pelo exército do califa. “Assim, Hussein ibn Ali tornou-se o grande herói da xia, cujo martírio é anualmente comemorado numa paixão que dramatiza a ‘traição’ dos kufitas. Na visão xiita, foi o terceiro imã (*imam*, “quem está na frente da congregação”, termo equivalente ao “califa” sunita) e de sua família saíram doze imãs – todos martirizados, segundo a tradição, salvo o último, que simplesmente desapareceu do mundo no século VIII, mas que voltará no fim dos tempos como *mahdi* (um messias para inaugurar um reino de justiça e felicidade universal) – DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 220-

“permeado de um idealismo, uma obsessão com a questão do sofrimento e do mal no mundo” – como perseguidos do islã, os xiitas assumem as dores como expiação do pecado, à semelhança do catolicismo.⁴²⁰

A Pérsia, no século XVI, associou-se ao *xiismo*, num processo histórico inviável de mapear nesta sede. Importa, sim, destacar algumas características que se desenvolveram. Em território persa, os oponentes ao xá socorriam-se do *bast*, imunidade outorgada a mesquitas e lugares santos, que viravam núcleos invioláveis. Os ulemás no xiismo e na Pérsia em particular (no Irã chamam-se *mullas*) tinham mais protagonismo que no Império Otomano, o que “explica o fato de a Turquia gerar um Atatürk, enquanto o Irã gerou um Khomeini. Logo os *mullas* cristalizariam a oposição ao poder político”. Ademais, o clero se fortaleceria, nos séculos XVIII e XIX, com o debate sobre a *liberdade de interpretação* – não prevaleceu o “fechamento das portas” ocorrido no sunismo, em parte pelas tradições racionalistas latentes do xiismo. Neste contexto, os *usuli*, que afirmavam a liberdade de *ijtihad* dos mais elevados ulemás, venceram os “literalistas” (que diziam que, até a volta do imã, nada podia ser acrescido à doutrina). Assim, os mais prestigiosos *mullas*, chamados *mujtahid*, gozavam de grande prestígio, sendo o maior deles eleito por consenso, a cujos ditames era devida submissão (conhecido como *marja-i taqlid*, “fonte da imitação”). Desde o século XX, este personagem chama-se *ayatollah*, “sinal de Deus” – o mais influente, Ruhollah Khomeini. A fortalecer ainda mais seu poder, os *ulemás persas gozavam de autonomia econômica em relação ao xá*, vale dizer, não eram apenas juízes de lides civis (as criminais reservavam-se ao xá), mas também cobradores de impostos (especialmente do *khums*, o quinto, semelhante ao dízimo cristão), “administradores de fundações religiosas, mantenedores de mesquitas e

22. Vide, também: ALI, Tariq. *Confronto de fundamentalismos: cruzadas, jihads e modernidades* (trad. Alves Calado) Rio de Janeiro: Record, 2002, pp. 62 e ss., citado *Confrontos de fundamentalismos*.

⁴²⁰ O “puritanismo e o escrituralismo sunita lembram a bibliolatria do calvinismo”, a atrair a preferência de mercadores urbanos, que preferem o autocontrole aos exageros emocionais de islã popular (culto de santos, práticas mágicas, exorcismos). Todavia o xiismo, que poderia representar a “Reforma” conta a Igreja-mãe sunita, tem (como o catolicismo), “uma liturgia muito mais exuberante e seus ulemás constituem um clero hierárquico e poderoso”, muito menos severo para com a expressividade do islã popular do que o sunismo. Por outro lado, a teologia xiita enfatiza a livre escolha e a responsabilidade do homem, por seus atos, perante Deus, o que explica a atração histórica de minorias discriminadas e revolucionárias, bem como um problema para lidar com a autoridade, padecendo de muitos cismas internos. A maioria segue a linhagem duodécima e, com a ocultação do último imã, sua autoridade foi devolvida aos ulemás (que acumulam maior prestígio e poder que os correlatos sunitas). Há, contudo, os ismailitas (ou sétimos), que aceitam uma linha sucessória de sete imãs, dos quais originaram-se outras seitas, como os druzos (famosos guerreira, o grupo subsiste e exerce influência política na Síria, no Líbano e em Israel) e os fatímidas. Outra seita, dos *nizaris*, especializou-se (no século XI), em assassinatos de líderes seljúcidas turcos – segundo consta, agiam após drogaram-se com haxixe, daí a origem da palavra “assassino” (*hashishiyin*) – cf. DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 222-24.

escolas, distribuidores de esmolas etc.” – vide (*infra*, item 3.2.6) o direito de autofinanciamento e de atividades instrumentais das igrejas.⁴²¹

Se o vigoroso programa político do aiatolá Khomeini resultaria na República Islâmica com a Revolução de 1978-79, houve importante pensador não sistemático que misturou elementos marxistas, credo anticolonialista e misticismo xiita para produzir uma eclética e influente “teologia da libertação islamista”. Trata-se de Ali Shari’ati (1933-1977), que estudou na Sorbonne e, de volta, foi cultuado professor de sociologia islâmica em Teerã (1969-72), onde acabou preso pelo regime. Libertado somente em 1977, repentinamente morreu na Inglaterra (de suposta parada cardíaca). Suas idéias, porém inspiraram os *mujaheddin-e khalq*, “guerreiros santos do povo” (grupo islamista de esquerda) – junto com os “mártires do povo”, secularistas, fomentaram uma guerrilha urbana nos anos 70 (atos que seriam considerados terroristas atualmente). Do teórico anti-imperialista Franz Fanon, Shari’ati retirou o conceito de “descolonização psicológica” como pré-condição para o colonizado retomar sua autenticidade. Rejeitou o ateísmo e o determinismo marxista e fez uma nova leitura do Corão e das fontes islâmicas, vistos Maomé e os imãs como líderes revolucionários. Um tanto místico e panteísta, Deus é idêntico ao povo, e a socialização dos meios de produção é o reconhecimento de que tudo pertence a Deus. A fraternidade, numa sociedade sem classes, possibilitaria o novo homem “teomórfico” – necessária, contudo, a volta ao islã autêntico, o xiismo “vermelho” das massas e não o xiismo “negro” dos *mullas*.⁴²²

Conquistado de fato o poder, instalou-se um novo regime teocrático-democrático (pendendo para o primeiro componente) em que os poderes legislativo e judiciário concentravam-se no jurista supremo, o *faqih* – o próprio Khomeini. Há governo eleito por

⁴²¹ DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 225 e ss.. Embora interessante, não é possível acompanhar o desenrolar da história persa desde o final do século XIX até os dias atuais. Indica-se, apenas, a penetração européia, a Revolução constitucional de 1905-6 (pela nova constituição, os *mullas* podiam vetar quaisquer leis), sendo que a agitação nacionalista trouxe uma precoce “contra-radicalização islamista por parte dos ulemás, que insistiram na soberania de Deus no lugar da soberania da nação”; a primeira guerra mundial e o golpe de estado secularista que inaugurou a nova dinastia dos Pahlevi (1925), que impôs uma “tentativa brutal de modernização” nos moldes atatürkistas (reformas educacional e jurídica, desclericalismo, proibição do xador e da barba, sedentarização das tribos), prelúdio dos ambiciosos projetos do último xá que viriam na década de 60 e 70; a segunda guerra mundial; a coalizão nacionalista-religiosa que assume o poder em 1950; o golpe de 1933, com apoio da CIA, que recoloca Reza Pahlevi com poderes absolutistas, sempre com a oposição radical liderada por Khomeini; a “revolução branca” do xá, nos anos 60, nova tentativa de modernização imposta (reforma agrária, emancipação das mulheres, com desenvolvimento econômico concentrado, que empurrou milhões de camponeses para favelas urbanas); a repressão à onda de protestos de 1963, com prisão e exílio de Khomeini que, em Najaf (Iraque), atinou o mito fundador xiita (Karbala) e a luta contra o xá, um novo Yazid. Em termos de ideologia, “se os muçulmanos quisessem cumprir seus deveres religiosos, eles precisariam da estrutura de um Estado islâmico (e não meramente religioso)” – Khomeini ainda desenharia a estrutura política deste Estado religioso, que ergueria a partir da Revolução iraniana de 1978-1979.

⁴²² DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 229-30.

sufrágio universal e responsável perante o parlamento, mas os candidatos selecionados pelos partidos políticos, precisam do aval prévio de uma comissão que os examina segundo critérios islâmicos. A feição democrática é contrastada pelo “Conselho dos Guardiões”, comissão composta, pela metade, por ulemás e presidida pelo *faqih*, cuja função é contrastar as leis do parlamento com as normas do islã, e vetar as primeiras caso dissonantes em relação às segundas. É consabida a islamização que houve, tanto das leis quanto das normas sociais, do código de vestimenta à punição da imoralidade, mas há relativa liberdade de expressão e é “intensa a atuação feminina na vida pública, profissional e até política”, podendo as mulheres exercer qualquer função, exceto da de presidente da República.⁴²³

Emblemático o dilema que acabou derrubando o primeiro presidente, Bani-Sadr, um khomeinista moderado, acerca dos critérios de acesso aos cargos públicos. Num concurso, por exemplo, era mais importante que o professor conhecesse bem o Corão ou a disciplina específica? Bani-Sadr, ao preferir a segunda opção, foi demitido em favor do rigoroso e puritano Ali Khamenei e os “critérios islamistas foram impostos para refazer os currículos escolares: o nível educacional declinou e a nova geração foi submetida a um intensiva lavagem cerebral fundamentalista”. O comportamento social, além do político, foi imposto por via policial, inclusive comparecer às orações de sexta-feira e aos estudos religiosos.⁴²⁴

Desde o 11 de setembro de 2001,⁴²⁵ o Irã foi enquadrado pelos Estados Unidos no “eixo do mal” – por apoiar terroristas e por seu programa nuclear. Se os fundamentalistas controlam todos os mecanismos de poder (lei, juízes, polícia, guardiões revolucionários,

⁴²³ Contra o desejo de setores mais radicais, os não-muçulmanos não foram reduzidos ao status de *dhimmis* e a liberdade de expressão alcança também os sunitas e os “povos do livro” (cristãos assírios e armênios, judeus e zoroastristas remanescentes) – não porém cismáticos xiitas, como os *bahai*, duramente perseguidos. Um certo número de cadeiras parlamentares está reservado às minorias religiosas, que votam em distritos separados dos muçulmanos – cfe. DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 233-4.

⁴²⁴ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 235. Sintomático um neologismo cunhado por Khomeini, *ocidentoxicação*, uma praga a ser extirpada. De todo o modo, o impacto internacional da Revolução Iraniana ficou aquém da impressão inicial, em parte pela guerra de exaustão mútua com o Iraque – o armistício de 1988 foi lido como derrota moral da revolução islâmica. Um dos últimos atos de Khomeini, em 1989, seria a publicação da *fatwa* contra Salman Rushdie, o célebre auto anglo-indiano-muçulmano dos *Versos Satânicos*. “O Irã adotou uma das causas dos islamistas europeus: apesar de Rushdie ser cidadão britânico e estar fora da jurisdição do Estado iraniano, Khomeini avaliou que a *Sharia* tinha alcance universal para todos os muçulmanos onde quer que estivessem, e que as fronteiras nacionais (inclusive as iranianas) tinham apenas valor relativo.” (238). As eleições presidenciais de 1997 levaram Mohammad Khatami, *mulla* reformista ao poder – sua “liberalização cautelosa” deverá sofrer atritos com a última eleição (2005). Khomeini insistiu que o Irã fosse uma “República Islâmica”, não uma “República democrática islâmica”, mas o país “ainda está longe de ser uma ditadura clerical” – se nem sempre as liberdades constitucionais são respeitadas, permitiram a emergência de uma sociedade civil e a legitimidade do governo é “incomparavelmente maior do que em qualquer um dos países árabes pró-ocidentais. A luta atual é a da sociedade civil para ampliar seu espaço, para se emancipar do controle demasiadamente pesado do ‘Estado-Igreja’, mas não para se desfazer do Islã na sociedade” (p. 239).

exército, serviços secretos, dinheiro e mídias oficiais), também é fato que o Irã vem perdendo seu papel de vanguarda na “internacional islamista”, cuja liderança vai passando aos sunitas extremistas. Mas há outro grupo xiita extremista que merece referência, tendo despertado a atenção nos anos 80: o *Hezbollah*. No contexto do Líbano, em que o frágil estado mantivera o sistema otomano de *millets* sem uma elite poderosa como a turca para garantir o equilíbrio, a guerra civil eclodiu em 1975.⁴²⁶ Num lugar multi-religioso (com pelo menos 17 Igrejas reconhecidas), os xiitas hoje representam 40% da população. Migrantes para as favelas de Beirute ocidental, os outrora passivos camponeses tornaram-se reivindicantes pela pregação do imã Mussa Sadr, *mulla* iraniano que, em 1961, radicou-se no Líbano e operacionalizou a *jihad*, a culminar na organização do grupo *Amal* (Esperança). No fogo cruzado entre palestinos e israelenses, os xiitas não gostavam de nenhum dos blocos e o Amal foi reorganizado como “milícia de auto-ajuda dos xiitas, com apoio financeiro do líder líbio Kadafi que, em caso bastante raro, considerava a riqueza petrolífera de seu país como um direito comum a todos os muçulmanos, repartindo-a entre grupos anticristãos e anti-sionistas”. Num rompimento, Sadr foi fuzilado por Kadafi numa visita a Trípoli (1978) e o sucessor do Amal, Nabih Berri, apostou na democratização do Líbano, com representação proporcional para os xiitas – o que provocou a reação dos fundamentalistas xiitas, que preconizavam o Estado islâmico ao embalo da revolução iraniana. Essa a origem do Hezbollah, “Partido de Deus”, comprometido com a idéia do Estado islâmico e que se define pela luta armada – uma ponte com a i, a atual.⁴²⁷

⁴²⁵ Entre a extensa literatura, um olhar menos usual em a ALI, *Confrontos de fundamentalismos*, sob o título “Surpresa de Setembro” (pp. 401-18).

⁴²⁶ WALZER, *Da tolerância*, pp. 25-6, refere, ao analisar os impérios multinacionais como regimes de tolerância, que o sistema *millet* (comunidades religiosas) sugere uma versão mais duradoura e um desenvolvimento mais completo (do que as experiências persas, egípcias e romanas). As comunidades independentes eram de natureza “puramente religiosa” e os otomanos (muçulmanos) não eram neutros em relação à religião: o Islã era a religião oficial do império e outras três comunidades religiosas (a ortodoxa grega, a ortodoxa armênia e a judaica) tinham “permissão para formar organizações autônomas” – estavam sujeitas às mesmas restrições perante os muçulmanos e “podiam exercer o mesmo controle jurídico sobre os seus membros”. Todavia, os membros “não tinham direitos de consciência ou de associação que fossem contrários a sua comunidade (e todos tinham de fazer parte de algum grupo)”. LEWIS, *O Oriente médio*, p. 285, repara que o *millet* era uma comunidade político-religiosa “definida por aceitação de uma religião” – e seus membros estavam sujeitos às regras e às leis dessa religião, na medida em que “não conflitavam com as leis e interesses do Estado”. Em troca desse grau de liberdade religiosa e autonomia comunal, os *millets* não-muçulmanos deviam fidelidade ao Estado e aceitavam as limitações e desvantagens do status *dhiimi*. De qualquer modo, uma prática de tolerância para com as *minorias religiosas*.

⁴²⁷ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 241. O Hezbollah projetou-se enquanto Israel ocupava o sul do Líbano até Beirute (1982) – a OLP foi expulsa do Líbano, mas foi gerado vazio anárquico disputado por grupos opostos, que “transformaram o Líbano num campo de experiências para o ‘choque de civilizações’: a muçulmana, a ocidental e a judaica (...) que participaram da carnificina contínua que se deu no Líbano.” (p. 242). O Hezbollah foi tolerado pela Síria e acirrou sua “guerra de baixa intensidade” contra Israel, que em 1992 assassinou o primo de um de seus líderes (Mussawi) – a reação do Hezbollah (em provável articulação com o Irã) foi a bomba na embaixada israelense em Buenos Aires, que matou 29 pessoas. O confronto persiste. Vale, ainda, uma última

Em 1992, na França, Olivier Roy publicou um livro em que preconizava “o fracasso do Islã político” (*L'échec de l'Islam politique*), fenômeno que os anos 90 testemunhariam e que ele observa a partir de sinais da década anterior (o estado caótico e um tanto brando do mundo muçulmano; uma geração mais fraca de islamistas, desmoralizada pela repressão e pela guerra Irã-Iraque; o terrorismo fragmentando-se, os movimentos com rumos divergentes), ao predizer que o “islamismo, se não desaparecer propriamente, se tornará na verdade um movimento ideológico entre muitos concorrentes no mercado político do mundo muçulmano”. Apontava, então, para o “crescimento de um islã alternativo, mais individual e relativamente apolítico”, que chama de neo-fundamentalismo, uma globalização/ocidentalização do islã.⁴²⁸

Samuel Huntington, um ano depois, ao revés, defenderia a iminência de um “choque de civilizações”, a identificar no islamismo e no confucionismo dois adversários do modo ocidental de vida. Dentre as teses centrais do catedrático de Harvard: “As pretensões universalistas do Ocidente o levam cada vez mais para o conflito com outras civilizações, de forma mais grave com o Islã e a China.”. Enquanto isso, “em nível local, guerras de linha de fratura, precipuamente entre muçulmanos e não-muçulmanos (...) A sobrevivência do Ocidente depende de os norte-americanos reafirmarem sua identidade ocidental” e de os “ocidentais aceitarem que sua civilização é singular e não universal, e se unirem para renová-

referência aos xiitas do Iraque, cerca de 60% da população, entretanto controlado, até a invasão norte-americana, pela minoria sunita. Os panarabistas sunitas do *Ba'th* tomaram o poder em 1968, com o regime de Saddam Hussein, que foi “secularista, baseou-se num clientelismo centrado nas tribos sunitas de Tikrit (lugar de origem do ditador) e se expressou de forma hostil e às vezes racista contra os xiitas” – a oposição xiita foi liderada por seus chefes religiosos, mas não é necessariamente pró-iraniana: o xiismo iraquiano é menos “exaltado” (p. 243).

⁴²⁸ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 245. Em entrevista recente, Olivier Roy refere nova obra sua (“O Islã globalizado”), na qual sustenta que o terrorismo tipo Bin Laden não procede do Oriente Médio, e sim “que é uma consequência da globalização e da desterritorialização do Islã”. Embora a Europa o veja como uma importação cultural do Oriente Médio (turvada a opinião pública pelo questão da imigração), trata-se de uma inquietação religiosa que permeia a segunda geração de imigrantes (sobretudo da Europa central e do norte, menos na Espanha e na Itália) – corresponde a uma *desculturalização* dos jovens, que já em nada se vêem como parte do Oriente Médio ou do mundo árabe. Daí sua recomendação: em vez de rechaçar o Islã como religião do Oriente Médio, há que o tratar como uma “religião europeia”. Na França e na Alemanha há muitos imigrantes de segunda e terceira geração que “não se sentem em casa na Europa e buscam caminhos identitários através da religião. Primeiro se vêem como muçulmanos”: o país de seus pais não lhes diz nada e não querem ser assimilados nem converter-se ao cristianismo – por isso, reivindicam uma única identidade, que lhes “permita ao mesmo tempo ser cidadãos europeus e muçulmanos (o problema é maior na França do que na Inglaterra e na Alemanha, onde o secularismo não significa laicidade). A solução é desenvolver um “Islã europeu”, mas o radicalismo islâmico, consequência da globalização, não é uma questão de culturas, nem de choque de civilizações. “O atual fundamentalismo religioso baseia-se na ausência de cultura” – ROY, Olivier. “Hay que tratar ao islam como a una religión europea”, entrevista ao jornal “El País” (22/5/2005), Webislam.com, acesso em 24/5/2005. No mesmo sentido, ROY, Olivier. “Clash of cultures or a debate on Europe’s values”, *ISIM Review* n° 15 (spring 2005).

la e preservá-la diante de desafios por parte das sociedades não ocidentais”;⁴²⁹ “O multiculturalismo doméstico ameaça os Estados Unidos e o Ocidente. O universalismo externo ameaça o Ocidente e o mundo”.⁴³⁰

Historicamente, na visão de Demant, já se pode afirmar que Roy e Gilles Kepel (outro famoso especialista francês) cometeram um erro de previsão. A tese provocativa de Huntington, *hit* instantâneo, não obstante duramente criticada – e com boa dose de razão – por ser “reducionista, indevidamente culturalista e alarmista demais”, materializou alguns acertos: *o enfrentamento ocidental-islâmico torna-se a maior inquietação da política internacional*, crise que se não desdobra primariamente entre Estados, na qual “grupos não-estatais preenchem um papel cada vez maior – entre eles, grupos terroristas fundamentalistas”, todos vinculados por anticidentalismo que ecoa fora do próprio mundo muçulmano. Todavia, o erro de Roy/Keppel amparava-se na falta de eventos espetaculares... até o terrível episódio do 11 de setembro de 2001, ao qual seguiram-se outros atos de terrorismo contra civis e uma “verdadeira onda de violência étnico religiosa no mundo muçulmano, da Nigéria à Indonésia”. Nesta nova fase, a mobilização islamista coloca-se mais na “luta armada direta contra não-muçulmanos do que contra lideranças muçulmanas corruptas”. Com o epicentro em Nova Iorque, os grandes marcos da ação fundamentalista dos últimos anos concentram-se no Afeganistão, Argélia, Israel-Palestina, Caxemira, além de uma crescente islamização da vida cultural e social no Egito, na Tunísia e no Paquistão – o combustível de que se alimenta a terceira onda fundamentalista chama-se, para Demant, “alargamento da base social do islamismo”.⁴³¹

Demant descreve a luta, a pequenos passos, dos islamistas para conquistar, antes, a sociedade civil; depois, para atacar o Estado. A terceira onda ainda é pouco visível, mas o autor identifica *sete amplos movimentos* – a maioria permanece subterrânea, só os três últimos dramaticamente visíveis. Trata-se da islamização da política (1), da sociedade civil (2) e da cultura (3), acompanhadas da construção de um islã internacional (4). Este complexo de processos inter-relacionados, relativamente opaco, estimula recursivamente os três mais visíveis: a luta fundamentalista aberta e militar em novas frentes/focos regionais que

⁴²⁹ HUNTINGTON, *O choque de civilizações*, p. 19 – o artigo original, *The clash of civilizations*, foi publicado em 1993, na Revista *Foreign Affairs*. Adiante: “Em todo o Islã, o grupo pequeno e a grande fé. A tribo e *ummah*, foram os principais focos de lealdade e devotamento, e o Estado-nação foi menos importante.” (p. 219)

⁴³⁰ HUNTINGTON, *O choque de civilizações*, p. 405.

⁴³¹ DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 245-7. A primeira onda, com os entusiastas de Qutb e alguns poucos ulemás desencaminhados, permaneceu apenas um movimento marginal. A segunda onda, mais volumosa, apenas no Irã encontrou base social para uma verdadeira revolução.

transcendem o Oriente Médio (5); a islamização das diásporas muçulmanas dentro do espaço ocidental (6); e chega ao auge (provisório) com a “guerra internacional desencadeada por Osama bin Laden” (7), o estopim da guerra do Iraque.⁴³²

A primeira característica (*islamização da política*) parece, à tese, um *limite* claramente *bloqueável* pelo constitucionalismo do Estado democrático de direito, como se desenvolverá adiante. Decisiva, e mais complexa em termos jurídicos, parece a disputa pela *islamização da esfera social* e da *cultura*.⁴³³ Com a modernização, o *sistema de ajuda comunal declinou*, mas, na receita secularista, o Estado compensaria as perdas.⁴³⁴ O sistema ruiu nas últimas décadas, crescendo-se, às peculiaridades locais, fenômenos já descritos no mundo ocidental, como a *crise fiscal do Estado Providência*, a *globalização* na vertente neoliberal e o *apartheid social* como subproduto – é justo “neste ponto que o modelo alternativo fundamentalista muçulmano entra em cena”! Seja nas favelas do Cairo ou de Gaza, “movimentos islamistas assumem a responsabilidade pelos serviços elementares que o Estado já não consegue prover”. Creches, escolas, maternidades, hospitais, clubes sociais, tudo se organiza ao redor da mesquita, de “algumas mesquitas específicas aliadas ao movimento fundamentalista e financiadas por ele”. Tais funções vêm com um “adicional” de serviços religiosos, verdadeira lavagem cerebral que constrói um espaço de “contracultura” progressivamente imune ao

⁴³² DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 248. A 1ª característica percebe-se até na “Arábia Saudita, uma monarquia que baseia sua legitimidade na ‘proteção’ dada ao fundamentalismo *wahhabita* e onde nenhum espaço é permitido à oposição”, onde a crítica, subterrânea mas forte, “não preconiza a secularização mas, ao contrário, origina-se em grupos que consideram o regime atual corrupto e não suficientemente religioso. (...) Aberturas democráticas, portanto, não levam a uma democratização pluralista da sociedade”, antes a uma “islamização rastejante, cuja tendência política é antidemocrática ou pelo menos antiliberal” (pp. 253-4). Há, todavia, os contra-exemplos da Argélia e da Turquia

⁴³³ Como no Ocidente, o Estado muçulmano “vem assumindo há cem anos uma gama cada vez mais amplas de funções e responsabilidades”, muito além das tarefas de praxe do período pré-moderno (vale o exemplo do Império Otomano, em que o sultão cuidava primariamente da segurança militar, contra invasores externos e bandidos internos, para o que arrecadava impostos por meio de um corpo de servidores públicos – além de um genérico cuidado com o bom funcionamento da economia, o abastecimento da cidade, a honestidade do bazar. O mote era, no contexto de supremacia do Islã, manter o quadro político para que os súditos pudessem dedicar-se aos deveres religiosos e sociais. Como na Europa feudal, tarefas hoje estatais estavam sob controle particular ou comunal: as mesquitas arrecadavam o *zakat* (imposto religioso beneficente) e junto aos *waqfs*, fundações beneficentes, “desempenhavam, além de tarefas mais estritamente religiosas e rituais, papéis sociais tais como educar os órfãos e providenciar alimentos aos pobres” (DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 259).

⁴³⁴ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 260. Estados mais “intervencionistas” (Egito, Síria, Iraque, Argélia) desenvolveram hospitais, escolas, um sistema de previdência social. Nos Estados “progressistas”, partidos políticos assumiram aspectos da vida social; nos “conservadores, mantiveram-se laços tradicionais. Por toda a parte, “as redes onipresentes de clientelismo, associadas aos grupos que controlavam o poder, distribuíram a seus numerosos clientes, em troca de sua lealdade, ‘favores’ imprescindíveis para a vida moderna” (um lugar na escola, uma visita ao dentista).

Estado e que fornece recrutas aos movimentos. A “penetração fundamentalista na sociedade civil levou a uma impressionante expansão do apoio popular ao islamismo”.⁴³⁵

Sempre é bom ressaltar, todavia, que o mundo muçulmano não oscila apenas entre as soluções secularistas (ocidentalização), de fraco apoio popular hoje, e o fundamentalismo. Há uma “terceira via”, o *reformismo islâmico*, minoritário mas que disputa espaço no mesmo campo de apelo massivo dos movimentos islamistas e busca a integração do islã na modernidade – ao opor-se ao tradicionalismo e reivindicar o direito à interpretação inovadora (*ijtihad*). Se o fundamentalismo prega um islã “restaurado”, num programa de 3 “d” (*din, dawla, dunya*, fé, governo e costumes, respectivamente), os reformistas recusam a assimilação *din = dawla*, a sobreposição de religião e política.⁴³⁶

Abdelwahab Meddeb, por exemplo, que se diz crente do Islã, parte do 11 de Setembro para esclarecer (não justificar) o “comportamento extremista dos integristas” (o islamismo político), cuja prosperidade e dimensão planetária atribui ao modelo ocidental que de europeu passou a americano (utilização de tecnologia à norte-americana, para oferecer ao mundo um *crime-espetáculo*). Sustenta que cada entidade tem sua doença: o fanatismo teria sido a doença do catolicismo, o nazismo a doença da Alemanha – o *integrismo* é a “doença do Islã”.⁴³⁷

Justamente na senda contrária, o islamismo aposta na *politização da religião*, mais especificamente no “Estado islâmico”, que será *governado por uma instância islâmica* a partir da “verdade absoluta e da supremacia axiomática do islã e que em nome da *umma* imporá a todos o respeito às regras do islã”. A separação natural, nesta organização, é entre a esfera pública-sociedade e privada-família, às quais pertencem, respectivamente homens e mulheres, com claro componente segregacional. Tal Estado proibirá o álcool e cuidará da educação religiosa, manterá o *taghallub* (superioridade dos demais muçulmanos sobre os demais habitantes) e, ao manejar a *Sharia*, aplicará punições corânicas (*hadd*). Na política externa, a

⁴³⁵ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 260-2. O voluntariado, muitas vezes, é cheio de idealismo e se demarca da degeneração oficial, notória, por exemplo, a corrupção da Autoridade Palestina: “A abnegação do Hamas nos serviços médicos e educacionais e, dada a pobreza pungente, nas suas aposentadorias para famílias de ‘mártires’ (homens-bomba) constitui uma propaganda que atrai mais e mais palestinos a apoiar a tese de que ‘o islã é a solução’.” O fenômeno, em certa medida, pode ter paralelo nalguns movimentos evangélicos pentecostais brasileiro e serve como substrato de reflexão para a discussão do tema das imunidades (infra).

⁴³⁶ Vide DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 294-8.

⁴³⁷ MEDDEB, Abdelwahab. *A doença do Islã*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, pp. 09-12. Admite que a “letra corânica, submetida a uma leitura literal, pode ressoar no espaço balizado pelo projeto integrista”, mas “ao invés de distinguir o bom islã do mau, é melhor que o islã reencontre o debate e a discussão intelectual, que descubra a pluralidade das opiniões...”.

necessidade de alcançar o “Governo de Deus” marca a luta entre o território do islã (*Dar al-Islam*) e o território da guerra (*Dar al-Harb*).⁴³⁸

De outro lado, é possível descrever o *islamismo como ideologia*, como faz Demant, ao gizar que o fundamentalismo transforma o islã de religião em ideologia, termo usado no sentido “original” (iluminista-racionalista), uma *ciência* “que, partindo de princípios universais abstratos, é aplicada para melhorar a sociedade” – como o liberalismo, o comunismo, o fascismo etc. Aceitos os princípios, as conclusões são silogísticas, formalmente necessárias e automáticas. Segue-se “uma interpretação coerente do mundo e de suas imperfeições”; um programa “não menos lógico para remediar os defeitos, mediante uma mudança no mundo real”; e a insistência para que “aqueles que aceitam a análise se engajem numa ampla luta para a realização deste programa”. Dita luta apela para um compromisso “total e irrevogável” – o que *transformaria o crente num militante*.⁴³⁹

⁴³⁸ Tais pontos parecem, à investigações, os mais incontroversos dentre outros apresentados por DEMANT, *O mundo muçulmano*, pp. 300-1, já que “obediência e veneração ao Deus soberano” são crenças religiosas profundas e comuns a outras manifestações religiosas, não necessariamente traduzidas em politização; a extensão do Estado islâmico é controversa, para alguns suficientes as atuais fronteiras, outros expansionistas e uma vertente sequiosa do mundo inteiro; há muitas divergências sobre as modalidades de governo (os sunitas preconizam a direção dos ulemás; os xiitas, dos *mullas* ou do *faqih* supremo), mas é razoável inferir que o princípio majoritário da democracia ocidental é estranho ao credo fundamentalista. Não há, por outro lado, consenso quanto a código específico de vestimentas. Menos ainda no que tange à economia islâmica, provavelmente baseado num sistema bancário sem juros e num equilíbrio entre propriedade privada e solidariedade. Extremistas sugerem que os não-muçulmanos retornem ao *status* de *dhimmis*. Para a maioria, a luta pela islamização é uma *jihād*, que também pode implicar o uso da violência, mas há “importantes divergências sobre os modos de sua aplicação”.

⁴³⁹ DEMANT, *O mundo muçulmano*, p. 302. Deixando em suspenso tal passo, que identifica crente e militante, pode-se, em grandes linhas, concordar com o autor quando sinala que o *fundamentalismo muçulmano é uma reação contra a modernidade, que nasceu do fracasso do modelo desenvolvimentista modernizante* (suportado, na luta contra a colonização, por pelo menos três ideologias alternativas: duas secularistas – o nacionalismo pan-árabe e os patriotismos regionais – e uma religiosa, o islã político, “mas em geral ainda modernista”). A imagem feliz do islã aponta para uma religiosidade de círculos concêntricos: no centro, os mais religiosos e tradicionais, “próximos dos quais há grupos cada vez menos fiéis à prática islâmica tradicional e mais abertos a influências culturais alheias”; a periferia está em “intensa interação com a modernidade e se assimila a ela”. A maioria provavelmente encontra-se em algum lugar do meio, entre os mais tradicionais e os mais secularizados. Seja como for, o fracasso dos primeiros dois modelos de desenvolvimento (secularistas), “abriu espaço para a radicalização do terceiro, o religioso” (pp. 320-2). Tal fundamentalismo *expande-se pela confluência de fatores sociais e psicológicos*. Pense-se na crise do Estado, no bojo da globalização e o programa mais “duro”, sob ponto de vista psicológico, da modernidade – a “comunicação sem certezas é mais árdua do que o confronto do grupo de iguais”, mormente sem com as soluções “fáceis” do islamismo, um sistema fechado com um lógica imbatível (aceita a premissa), o que requer menos energia mental, permitindo a obediência uma “fuga da responsabilidade pessoal”. Além disso, o fundamentalismo “resgata valores pré-capitalistas e não materiais que estão de acordo com a situação de pobreza da maioria dos muçulmanos: honra, obediência, solidariedade e ajuda mútua”. Enfim, se os motivos para tornar-se fundamentalista são diversos, há somente duas precondições: “algum contato com a modernidade e um desapontamento decorrente da sua promessa” (pp. 323-4). Para uma discussão se o islã é mais suscetível ao risco de fundamentalização do que outras religiões, vide pp. 324-30 (afirmativa a resposta do autor, diante de um antiocidentalismo marcado pela história prévia de conflitos com o cristianismo; pela própria militância da utopia islâmica, o islã “é uma religião mais política do que qualquer outra, ou quase”; e pelo seu caráter de universalismo).

A investigação identifica, neste passo e nesta inferência, um salto indevido, sendo conceitualmente credível e operacionalmente frutífero *distinguir entre fundamentalismo-crença e fundamentalismo-militante*.

Pode ajudar a reflexão de Häberle, que, para aproximar-se conceitualmente do fenômeno: (a) apresentou um inventário histórico de sua aparição (da antigüidade às guerras de religião, passando pela colonização/cristianização da América e a desembocar no marxismo-leninismo e outros regimes totalitários); (b) distinguiu âmbitos específicos (religioso, político, econômico, científico e ecológico); e (c) elencou conflitos atuais na Alemanha (implicações religiosas – uso de véu, aulas de natação – no sistema educacional; posição fundamentalista paterna em face da escolarização obrigatória; dever de proteção do estado ao membro de uma seita que não consegue abandoná-la temeroso das sanções grupais etc.).⁴⁴⁰

Häberle, no intento de uma primeira delimitação conceitual, apresenta um rol de nove características dos movimentos fundamentalistas. A preocupação é não degenerar num conceito amplo demais, sem conseqüências, em última instância, ou polêmico, que se instrumentalize isoladamente como palavra de ordem contra o Islã – um conceito adequado para designar traços típicos, apesar das variedades e diversidades do fundamentalismo no tempo e no espaço, operacional ao jurista constitucional, que parta da perspectiva da ciência da cultura. Destacam-se:

(1) literalmente, os fundamentalistas desejam um regresso às verdadeiras *roots*, chegar aos fundamentos, vistos como *uma verdade válida para todos os tempos de sua imagem do mundo, dos homens e de Deus* (com referência a uma Escritura Sagrada, à Tradição ou à Revelação). Com esta “ampla concepção do mundo”, projetam “imagens inimigas”;

(2) inscreve-se no “simples” monismo (em oposição ao “complexo” pluralismo) e sua *pretensão de verdade* é monopolizada e defendida, não discutida, como “certeza de salvação”;

(3) rechaça o discurso e o diálogo, característicos da modernidade científica, política e social, bem como o compromisso, a conciliação e a convivência pacífica, em síntese a tolerância e a franqueza;

(4) tem natureza reativa às mudanças e às transformações. Reage ao novo e pode diagnosticar os problemas, sintomas de dissolução e déficits éticos da sociedade ocidental (que acarretam conseqüências – sinais de crise – crescente criminalidade juvenil, decadência do matrimônio e da família, *sex and crime* na mídia, degradação urbana, fracasso de igrejas oficiais);

(5) é uma busca tendencialmente compreensiva de lograr *identidade*, segurança, solidez para o indivíduo e o grupo, que se vêem aturdidos pelos signos intercambiáveis e “negociáveis” da sociedade moderna, na qual os modelos vinculantes de sentido e orientação vão se perdendo – mas acarreta o perigo de “anular a liberação do indivíduo documentada nos direitos humanos”, às vezes acompanhado de desumana submissão interna, violenta afirmação externa e pretensões de universalidade;

(6) acaba por entrar, em determinado momento, em conflito com as conquistas culturais do Estado Constitucional e de sua sociedade aberta;

(7) ainda que os fundamentalismos operam setorialmente, expressam problemas culturais e demandam abordagem interdisciplinar, desde a ciência da cultural. A ciência jurídica não pode “responder com o positivismo ou *exclusivamente* com o racionalismo crítico de um *Sir Popper*”. Urge um “debate cultural” mais profundo e um enfoque diferenciado, que se dirige também contra o “antifundamentalismo fundamentalista” (M. Spieker);

(8) os fundamentalistas (M. Riesebrodt) não se ocupam de questões enganosas de séculos anteriores, antes *levantam questões centrais da sociedade atual* (dão nome à crise interna do “projeto da modernidade”) – este é seu lado positivo;

(9) a doutrina do Estado constitucional, que dá lugar a aparição de fundamentalismos e hoje em dia inclusive, de alguma forma, em seus aspectos de *crisis*, os provoca, deve encontrar meios e vias para “organizar pragmaticamente a convivência dos muitos fundamentalismos de nosso tempo, talvez inclusive integrá-los em parte” (garantindo, por exemplo, a proibição de violência e o monopólio estatal da violência e a proteção da dignidade humana de todos também no âmbito social).

Merecem análise, por fim, no texto citado, os conflitos entre princípios estruturais do Estado Constitucional e as posições do “Direito Divino” e do “Estado Divino” islâmico,

⁴⁴⁰ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, p. 138-45.

ocasião em que Häberle reafirma a cultura do diálogo e a bondade do Estado Constitucional para abrir, “lutando, *vias de diálogo*” – nisto sua fortaleza – para demonstrar “até que ponto deixa espaço aos fundamentalismos e onde tem que insistir em seus fundamentos e valores básicos como ‘*bloc des idées incontestables*’ (M. Hauriou)” – os valores básicos ocidentais “aglutinantes” referidos no item anterior.

Um primeiro problema diz com a universalidade dos direitos humanos e o Islã – a Declaração do Cairo, (1990), como mencionado antes, já no preâmbulo, assume a crença de que os direitos e liberdades fundamentais são um componente integrante da religião islâmica. Se todos os seres humanos são iguais em dignidade, “a fé verdadeira é a garantia para a obtenção de tal dignidade no caminho para a perfeição humana” (art. 1 A). Explicitamente (arts. 24 e 25), para além de outros casos expressos, todos os direitos e liberdades subordinam-se à *Sharia islâmica*, única fonte competente para interpretação e esclarecimento de cada dispositivo. – o que remete aos intérpretes competentes da *Sharia*, que vão de moderados a teocratas.⁴⁴¹

É de se conferir, ainda nesta paragem, os conceitos aventados por Umberto Eco no âmbito do mencionado Fórum Internacional sobre a Intolerância, correntes na Academia Universal das Culturas. O *fundamentalismo*, historicamente, “é um princípio hermenêutico, ligado à interpretação de um livro sagrado” e sua versão ocidental moderna “nasce nos meios protestantes dos Estados Unidos, no século XIX, e caracteriza-se pela vontade de interpretar literalmente as Escrituras, em particular no que concerne às observações sobre cosmologia, quando a ciência da época parecia negar a veracidade do conto bíblico.”. Daí a recusa, em geral intolerante, a qualquer interpretação alegórica e a qualquer forma de educação que

⁴⁴¹ HÄBERLE, *El fundamentalismo*, p. 155-60. Costumam-se apontar três contradições entre a *Sharia* e os direitos humanos: castigos corporais, discriminação da mulher e limitações à liberdade religiosa. Em última análise, também no Ocidente o conteúdo e os limites dos direitos humanos dependem dos intérpretes, mas Häberle salienta que um *standard* mínimo, junto com a independência do juiz, está garantido, limitada a própria relativização dos direitos humanos ocidentais pelas cláusulas de ordem pública e reservas legais. Outra questão interessante, que escapa do âmbito da investigação, seria inventariar as diversas formas de aparição dos direitos humanos nas *Constituições islâmicas*. De toda sorte, pode-se aventar que submeter os direitos fundamentais, em maior ou menor grau, à *Sharia*, está mais próximo do Estado *religioso* que do Estado de *direitos fundamentais* – é a relação entre texto e contexto, pois qualquer tipo de concepção estatal-divina “afeta a idéia universal dos direitos humanos em sua essência”, a abalar conquistas da cultura jurídica ocidental, “como a distinção entre o profano e o religioso-espiritual, entre Direito e moral, entre Estado e sociedade, a neutralidade do Estado em assuntos religiosos e a imparcialidade do Direito e da jurisprudência”. A “sociedade aberta” e a “democracia pluralista” passam pela vinculação, estranha ao Islã, do “juiz (estatal) independente exclusivamente à lei (ocidental) e aos métodos de interpretação controláveis racionalmente”. Além disso, no plano internacional, somente a *umma*, a unidade política dos muçulmanos, é reconhecida pelo Islã, não a comunidade de direito internacional, composta por Estados e “que não pergunta por fiéis e infiéis e que conserva precisamente assim a unidade da comunidade de Direito internacional e a universalidade deste direito”.

ponha em dúvida as Escrituras – tal “literalismo” fundamentalista é antigo, podendo remontar aos debates entre os partidários da letra e os partidários de uma “hermenêutica mais leve” (Santo Agostinho), Mas, como fenômeno moderno, o “fundamentalismo estreito só podia virar um fenômeno protestante, porque, para ser fundamentalista, é preciso acreditar que o fundamento da verdade reside na interpretação da Bíblia”, ao passo que, no seio católico, sendo a “autoridade da Igreja que avaliza a interpretação”, seu equivalente seria o *tradicionalismo*. O autor avança: se no plano da hermenêutica todo fundamentalismo é intolerante, o mesmo não ocorre “necessariamente no plano da política” – é imaginável uma seita que atribua aos seguidores a única forma verdadeira de compreender o Livro, “sem por isso fazer proselitismo, obrigar os outros a partilharem da sua crença, ou lutar para construir uma sociedade que aceite essa crença como obrigatória”. Entende, no passo seguinte, por *integralismo* “uma posição religiosa e política, em virtude da qual os princípios religiosos devem tornar-se o modelo de vida política e a fonte das leis do Estado”. E observa que, se em princípio fundamentalismo e tradicionalismo são conservadores, “há integralismos que se dizem progressistas e até revolucionários”.⁴⁴²

Com sutileza, mira a *political correctness* da América do Norte, nascida em face da necessidade de tolerar as diferenças. Não é integralista “porque se baseia numa visão liberal dos problemas religiosos”, é contrária ao racismo, “e, no entanto, está a ponto de se tornar uma nova modalidade de fundamentalismo, que assume uma forma ritualísticas de linguagem cotidiana, quase litúrgica, que trabalha com a letra sem se preocupar com o espírito” – daí o risco de alguém parecer intolerante ao chamar um “não-vidente” ou “deficiente visual” de “cego”, e de se “demonstrar intolerância em relação àqueles que não obedecem às regras do *politically correct*”.⁴⁴³

⁴⁴² ECO, *A Intolerância*, pp. 15 e 16, respectivamente. As “definições léxicas” de Umberto Eco inserem-se na introdução ao Fórum Internacional sobre a Intolerância, organizado em Paris pela Académie Universelle des Cultures, em 26 e 27 de março de 1997. Na organização dos anais, abrem o capítulo 1 (definições) da primeira parte (o conceito de intolerância). Com ligeiras variações de tradução e readaptação, o mesmo texto foi publicado em ECO, *Cinco escritos morais*, pp. 111-17 – como segundo parágrafo da última seção (as migrações, a intolerância e o intolerável). O núcleo conceitual é mantido em publicação recente: “El relativismo y el fundamentalismo”, *El Mundo*, opinión – 21/08/2005, http://www.wwebislam.com/tema_imp.asp?idn=1566, acesso em 23/8/2005. Quando necessário, as fontes serão distinguidas.

⁴⁴³ “*Público* (...) O primeiro fundamento da tolerância é a laicidade (...) quando Jean-Marie Le Pen diz: *Je crois à l'inegalité de races*, ele pronuncia sete palavras e gasta dois segundos para pronunciá-las. A nós, aos senhores e a mim, é preciso uma hora e meia para demolir essa tese. Essa, de fato, é a principal fraqueza da democracia. Ora, a França não é uma democracia: é uma República. E a lei da República diz que ‘não há liberdade para os inimigos da liberdade’. Queria saber, primeiro, se já não é tempo de interditar um partido que se serve da lei para revertê-la (*Aplausos*) ... *Jorge Semprun* (...) a palavra de ordem ‘sem liberdade para os inimigos da liberdade’ é uma palavra de ordem jacobina e ‘robepierriana’ que levou ao Terror. Será que você está querendo o Terror?”

Indo além, Eco assenta que o *racismo*, na vertente nazista, era totalitário e considerava-se científico, “mas não havia fundamentalismo algum nessa doutrina”. Ademais, houve formas de intolerância não racistas, “como a intolerância contra os heréticos, por exemplo, ou a intolerância das ditaduras contra seus opositores políticos” – a concluir que a intolerância é “algo bem mais profundo que se dá na própria origem de fenômenos muito diferentes”.⁴⁴⁴ É preciso, ainda, agregar outro conceito já trabalhado, o *intolerável* (*infra*, item 2.1.1)

É possível, agora, ao retomar alguns conceitos, ajustar o vocabulário da tese. De início, rejeita-se, por inconveniente terminológico, a distinção entre fundamentalismo e integrismo, afastado o último termo do uso convencional no debate brasileiro e prestando-se para alguma confusão com o fenômeno histórico-político do integralismo. Todavia, e a idéia retém-se, do *gênero fundamentalismo religioso*, é viável diferenciar-se o *fundamentalismo-crença*, cujo cerne hermenêutico é *tolerável*, inclusive na vertente positiva do proselitismo, do *fundamentalismo-militante*, intolerável ao Estado Democrático de Direito, por afrontar seus valores fundamentais, assim plasmados constitucionalmente – vale dizer, com clareza, que a militância normativa, de substância fundamentalista, é *bloqueável* pelo direito constitucional, seja em abstrato ou nos seus afloramentos concretos.

Na seqüência, é preciso aclarar ainda princípios operacionais à tese, que serão utilizados nas propostas de superação de tópicos problemáticos: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a proporcionalidade. Logo depois, o eixo dogmático orientará a densificação da liberdade religiosa e o problema da limitação de tal direito

Público Para Le Pen, sim.” – extrato do debate ocorrido no Fórum Internacional sobre a Intolerância, realizado na Sorbonne, em março de 1997, promovido pela Academia Universal das Culturas – *A Intolerância*, pp. 224-5.

⁴⁴⁴ ECO, *A Intolerância*, pp. 16-7. E chama a atenção para uma questão basilar ECO, *Cinco escritos morais*, pp. 103-24): “Fundamentalismo, integrismo, racismo pseudocientífico são posições que pressupõem uma *doutrina*. A intolerância coloca-se antes de qualquer doutrina. Neste sentido, a intolerância tem raízes biológicas, manifesta-se entre os animais como territorialidade, baseia-se em relações emotivas muitas vezes superficiais – não suportamos os que são diferentes de nós porque têm a pele de cor diferente, porque falam uma língua que não compreendemos, porque comem rãs, cães, macacos, porcos, alho, porque se fazem tatuar... A intolerância em relação ao diferente ou ao desconhecido é natural na criança, tanto quanto o instinto de se apossar de tudo quanto deseja. A criança é educada para a tolerância pouco a pouco, assim como é educada para o respeito para com a propriedade alheia e antes mesmo do controle do próprio esfíncter. Infelizmente, se todos chegam ao controle do próprio corpo, a tolerância permanece um problema de educação permanente dos adultos, pois na vida cotidiana estamos sempre expostos ao trauma da diferença.” E exemplifica: “O anti-semitismo pseudocientífico surge no decorrer do século XIX e transforma-se em antropologia totalitária e prática industrial do genocídio apenas em nosso século. Porém, não poderia ter nascido se não existisse há séculos, desde os tempos dos pais da Igreja, uma polêmica antijudaica e, junto ao povo comum, um anti-semitismo prático que atravessou os séculos em qualquer lugar onde houvesse um gueto. As teorias antijacobinas do complô judaico, no início do século passado, não criaram o anti-semitismo popular, mas exploraram um ódio pelo diverso que já

fundamental. Finda a preparação do terreno, vão-se explorar tais limites, em afloramentos concretos e pertinentes à realidade brasileira.

2.2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

2.2.1 Princípios e regras, esboço do debate normativo

Ao introduzir-se tal questão, que não é objeto da investigação, releva assumir, sem desconhecer (mas também sem aprofundar) a polêmica, duas diversas categorias normativas. Compreende-se, na melhor perspectiva, a Constituição como *um sistema aberto de regras e princípios*. Ambos participam do gênero *normas jurídicas*, com distinções qualitativas (trata-se da visão de Alexy):⁴⁴⁵

1) os *princípios* impõem *otimização*, variando sua concretização conforme o condicionalismo fático-jurídico; as *regras* prescrevem exigências que se *cumprem ou não*;

2) a convivência dos *princípios é conflitual*; das *regras é antinômica* (os princípios coexistem, as regras excluem-se);

3) os princípios permitem o *balanceamento de valores e interesses*, consoante peso e ponderação de outros princípios; as regras, ao revés, obedecem à *lógica do tudo ou nada*.⁴⁴⁶

Se a forma de aplicação das regras é a subsunção, o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Com Alexy, “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico.”⁴⁴⁷ Tal concepção

existia. A intolerância mais perigosa é exatamente aquela que surge na ausência de qualquer doutrina, acionada por pulsões elementares.”

⁴⁴⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1.088-1.087, respectivamente. Para um resumo da diferença entre regras e princípios na visão de Alexy, vide MENDES, Gilmar Ferreira. “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo G. G. Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225, nota 108 (citado *Os direitos individuais*).

⁴⁴⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1.177.

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Vol. 17, 1999 – trad. Luís A. Heck, p. 275 (citado *Colisão*). A bater-se contra a teoria das regras (pela qual o catálogo de direitos fundamentais *somente* consistiria de regras), Alexy demonstra que os três caminhos possíveis para resolver o problema das colisões, naquela cartilha, são inaceitáveis: a) a declaração de não-vinculação jurídica de uma das regras colidentes (o que esvaziaria a eficácia dos direitos fundamentais); b) a declaração de não-aplicação para uma das normas, via interpretação estrita (no exemplo dos “soldados-são-assassinos”, negar-se a tal assertiva o caráter de manifestação de uma opinião – mas como fundamentar tal qualificação contra o texto, o sentido e a finalidade da liberdade de expressão? -; ao considerar-se, por outro lado, que inexistia no caso uma opinião protegida jurídica-

permite ao sistema *respirar* (pela “textura aberta” dos princípios), *legitimar-se* (os princípios consagram valores, dignidade, justiça, com capacidade deontológica de justificação), *enraizar-se* (referências sociológicas aos programas e pessoas) e *caminhar* (através da dinâmica processual e procedimental adequados, densificando e realizando na prática as mensagens normativas constitucionais). Permite “que a Constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais”.⁴⁴⁸

Deliba-se, aqui, uma questão complexa, de variadas implicações, a merecer, ao menos, pequena digressão. António Menezes Cordeiro, ao prefaciá-la obra de Canaris, refere-se aos dilemas da Ciência do Direito no final do século XX, apontando, como lastro do noventa e seis, o formalismo e o positivismo, cuja apreciação crítica e tentativas de superação metodológica condicionam todo o pensamento jurídico atual. Pois justamente uma das maiores críticas ao positivismo é a sua “inoperacionalidade em situações de contradições de princípios”.⁴⁴⁹ Hart, por exemplo, ao elaborar seu célebre conceito (1961), enfatiza ser o direito uma união de *regras*, primárias e secundárias. Na 2ª edição de “The Concept of Law” (1994), acrescentou um pós-escrito e, ao responder as críticas de Dworkin, principalmente de que ignorou os

fundamentalmente porque a manifestação é uma ofensa, entra em cena novamente a colisão, a honra como fundamento, a desconsiderar que não existe nenhuma proteção jurídico-fundamental definitiva); c) a inserção, livre de ponderação, de uma exceção a uma das normas (o bizarro é que, sendo assim, “cada direito fundamental é cercado de uma série quase infinita de exceções) ou subsumir o caso a uma cláusula de limitação (regulação com base em lei) – mas se a intervenção legal pudesse obrar dessa forma o direito fundamental estaria corroído diante do legislador, cairia no vazio (o dever dos padeiros de só produzirem pão preto, segundo maioria legislativa fanática pela saúde, seria constitucional) – pp. 276-7. Os três modelos possíveis (um modelo puro de princípios, o modelo puro de regra referido acima, e o modelo de regras/princípios) são analisados com mais detalhes em ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001, pp. 115-38, citado *Teoría de los derechos fundamentales*). Para uma reflexão posterior, sobre as críticas a sua teoria com ênfase para a margem de ação estrutural e a ponderação (margem de ação epistêmica), vide ALEXY, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional* 66/13-64 – año 22. Diciembre 2002.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1.089 e 1.109, respectivamente. Convém lembrar que os princípios, quando não explícitos na Constituição, não são criações subjetivas de um ou mais juízes, mas antes “una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMON FERNÁNDEZ, Tomas. *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 463.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade, In: MIRANDA, Jorge (org). *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 224, refere-se ao princípio da proporcionalidade como o “princípio dos princípios”, verdadeiro “*principium* ordenador do direito”, entendido como um “mandamento de otimização” (*Optimierungsgebote*) – p. 259.

⁴⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes, “Introdução”, In: CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXII. Daí o dilema: perante problemas novos, “ou se intensifica um metadiscorso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso”, em qualquer dos casos, “as soluções são ora inadequadas ora assentes em fundamentações aparentes, escapando ao controle da Ciência do Direito” (p. XXVIII).

princípios jurídicos, “confessa” que “disse demasiado pouco” sobre o tema.⁴⁵⁰ Em linhas gerais, todavia, entende que entre regras e princípios há apenas uma *questão de grau*, de quantidade de generalidade e abstração (certo que os segundos, ao se referirem a um certo objetivo, finalidade ou valor, são capazes de contribuir para justificação das primeiras) – principalmente não vê razão para aceitar o nítido contraste entre regras, na base do “tudo-ou-nada”, válidas ou inválidas, e princípios, de caráter “não-conclusivo”.⁴⁵¹

Reportava-se, Hart, aos textos escritos entre 1966-76, publicados em 1977 sob o título “Taking Rights Seriously”, nos quais Ronald Dworkin, baseado na filosofia de John Rawls (de que não é possível separar a dogmática, como ciência descritiva, da política jurídica), rechaça a separação entre Direito e Moral (um postulado metodológico perigoso) e assume-se como crítico implacável do positivismo e do utilitarismo. Contrapunha-se, Dworkin, ao esqueleto do positivismo, cujo um dos traços seria a co-extensão do conjunto de regras jurídicas válidas segundo o critério do *pedigree* com “o Direito” (de modo que, se um caso não estiver coberto claramente por uma dessas regras, então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”), para rejeitar a limitação do direito a regras, introduzindo um debate sobre diferentes padrões qualitativos, “que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.⁴⁵² A diferença não é de grau, mas de *natureza lógica*, distinguem-se quanto à “natureza da orientação que oferecem” – as regras, na expressão célebre, são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* (ou é válida, e fornece uma resposta a ser aceita, ou é inválida); já os princípios possuem outra dimensão, o *peso* (ou importância, sendo preciso, para resolver conflitos, “levar em conta a força relativa de cada um”).⁴⁵³

⁴⁵⁰ HART, Herbert. *O conceito do direito*. 2ª ed. (trad. A Ribeiro Mendes) Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 89 e ss. para o direito como “união de regras primárias e secundárias”. No pós-escrito (pp. 321-2), concorda “que constitui um defeito deste livro a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem”.

⁴⁵¹ Cita exemplo do próprio Dworkin (*Riggs v. Palmer*) – um princípio que prevaleceu sobre uma regra – para afirmar que a “existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um caráter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as podem superar”. Mais, “a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com seus termos, se o seu princípio justificativo for superado por outro” (p.324). De toda sorte, “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles. Mas também é seguro que não tencionava sustentar, através do uso que fiz da palavra ‘regra’, que os sistemas jurídicos só contêm regras de ‘tudo-ou-nada’ ou regras ‘quase-conclusivas’ (p. 325).

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 (citado *Levando os direitos a sério*). Para o esqueleto do positivismo, pp. 27 a 35. O famoso caso *Riggs contra Palmer* (1889) vai às pp. 37 e ss.

⁴⁵³ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, pp. 39 a 43. Nos casos difíceis (*hard cases*), devem-se usar os princípios e, sendo comum o conflito de princípios em sociedades plurais (com ideologias diversas), Hércules (seu idealizado julgador, mítico e onisciente) deve fazer triunfar o princípio que tenha maior força de convicção

É, de algum modo, na mesma esteira que vem Robert Alexy, com sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” (1986), no bojo da qual sobressai, como distinção mais importante na estrutura das normas fundamentais, a que se dá entre regras e princípios, que propõe seja qualitativa. Avança para dizer que os *princípios* são *mandados de otimização*, devem ser realizados na maior medida possível, conforme possibilidades jurídicas (cujo âmbito determina-se por princípios e regras opostas) e reais existentes – podem ser cumpridos em diferentes graus. Insiste, por outro lado, que as *regras* “só podem ser cumpridas ou não”; se válidas, contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível – no caso de regras conflitivas, ou se introduz uma cláusula de exceção numa delas, ou declara-se inválida pelo menos uma delas (dimensão de validade). Em havendo colisão de princípios, um prevalecerá e outro cederá, conforme as circunstâncias do caso concreto, sem que haja declaração de invalidade ou a introdução de cláusulas de exceção – é o lugar da dimensão do *peso*.⁴⁵⁴ Tendo como paradigma o *caso Lebach*, que colocou em tensão a proteção à personalidade e a liberdade de informação,⁴⁵⁵ Alexy discute a *ponderação* (como resultado, sempre será possível formular uma regra, sob a qual pode ser subsumido o caso), para a seguir apresentar o diferente caráter “*prima facie*” de regras e princípios, vale dizer, as regras, salvo exceções, são razões definitivas, ao passo que os princípios não contêm “mandados definitivos”, não determinam o resultado definitivo, avultando seu caráter *prima facie*. É, precisamente, na conexão com a teoria dos princípios que o autor insere a “máxima da proporcionalidade” – conexão que não pode ser mais estreita: “o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquele”. Daí que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, infira-se logicamente (deduza-se) do caráter de princípio.⁴⁵⁶

Como ficou dito, não é tranqüila a distinção entre princípios e regras, esmaecendo-se algumas diferenças conforme a escala de análise. Juarez Freitas, no já clássico trabalho “A

e justificará racionalmente o princípio escolhido (pp. 127-203). Uma distinção, que merece maior investigação, entre argumentos de política e argumentos de princípio, encontra-se às pp. 129 e ss.

⁴⁵⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 81-9. As relações de precedência não são incondicionadas, mas relativas, há uma lei de colisão concreta que garante decisões idênticas sob as mesmas condições e circunstâncias – neste aspecto, o enunciado de preferência pode ser formulado como regra (lei de colisão), além de ser “condição de uma relação de preferência” (pp. 90-4).

⁴⁵⁵ Para maiores detalhes, vide WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 143-5.

⁴⁵⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 99-103 e 111-2, respectivamente. Da máxima da proporcionalidade em sentido estrito segue-se que os princípios são mandados de otimização com relação às posições jurídicas. De outro lado, das máximas da necessidade e da adequação segue-se o caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas (pp. 112-5).

Interpretação Sistemática do Direito”, a par de escudar-se numa concepção tópico-sistemática tripartida (*princípios* fundamentais, normas estritas ou *regras* e valores jurídicos), apontava para uma diferenciação não propriamente por generalidade, “mas por uma qualidade argumentativa superior” dos princípios, sem que as regras preponderem, “por supostamente apresentarem fundamentos definitivos”. A distinção, mais do que de *essência*, opera pelo reconhecimento de uma “diferença substancial de grau hierárquico” (dada a fundamentalidade dos princípios), vistas as regras como “preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores”, que existem para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais – bem por isso, é ponto fulcral, “nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo”, mesmo porque sua compreensão implica, em todos os casos, “uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento”. A lógica de aplicação, de princípios e regras, não é a do “tudo-ou-nada”, ao revés de Alexy, “haverá de ser dialética sempre”, *não se constatando*, no campo dos princípios e no campo das regras, “uma zona de vinculação pura sem espaço à ponderação ou à hierarquização axiológica”.⁴⁵⁷

Depois de traçar um panorama da evolução doutrinária da distinção entre princípios e regras, indicando que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy), Humberto Ávila, em monografia específica, sistematiza os critérios usualmente empregados para a distinção, considerados importantes mas passíveis de aperfeiçoamento: (i) o caráter *hipotético-condicional*, pelo qual as regras, estruturadas com hipótese e consequência, predeterminam a decisão (modo *se, então*); (ii) o critério do *modo final de aplicação*, as regras no absoluto *tudo ou nada*, os princípios de modo gradual, *mais ou menos*; (iii) o critério do *relacionamento normativo*, a antinomia das regras redundando em invalidade ou exceção, o imbricamento de princípios solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles; (iv) o critério do *fundamento axiológico*, aplicável aos princípios, não às regras. Em (i) demonstra que princípios podem ser reformulados de modo hipotético, pelo que questão de formulação linguística (texto, forma de exteriorização do dispositivo) não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa, pois o intérprete “pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo” como regra ou como princípio, a depender das “conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada”.⁴⁵⁸ No que tange à

⁴⁵⁷ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 56-8 e 272-3 (citado *A interpretação sistemática*).

⁴⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 26-33 (citado *Teoria dos Princípios*). Aproxima-se, ao adentrar no campo da

(ii), também fica perto de Juarez Freitas, ao mostrar que as *regras* não têm caráter absoluto (tudo-ou-nada), mas também passam por um processo de ponderação, às vezes complexo – ao cabo do qual a consequência estabelecida *prima facie* pela regra pode ser afastada pelo aplicador, em face de razões substanciais consideradas, “mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”.⁴⁵⁹ No que toca à (iii), basta reforçar que a ponderação ou balanceamento (sopesamento de razões e contra-razões) também pode estar presente no caso de regras (dispositivos hipoteticamente formulados), embora a aplicação tenha sido preliminarmente havida como automática.⁴⁶⁰

argumentação, de Juarez Freitas, que fala de uma “qualidade argumentativa superior” dos princípios. Ávila, é de gizar, esclarece bem que o “qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética (pp. 34-5).

⁴⁵⁹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 37-9. Exemplifica com a regra do artigo 224 do Código Penal (presunção incondicional de violência para o caso de vítima menor de 14 anos de idade, estupro), afastada não obstante pelo STF (caso em que a vítima tinha 12 anos), que atribui maior relevância “a circunstâncias particulares não previstas pela norma). Pode-se examinar a razão que fundamenta a própria regra (*rule’s purpose*), para ajustar-lhe o “conteúdo de sentido da hipótese normativa”, ou recorrem-se a outras razões, baseadas noutras normas (*overruling*). A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação: maior “relativamente à norma de comportamento a ser determinada” no caso dos princípios. Explorando a vereda, os princípios são normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*), ao passo que, no caso das regras, “a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção que as regras devem ser obedecidas – geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*), isto é, podem-se esgrimir elementos específicos de uma situação, cuja aceitação dependerá de um “ônus de argumentação capaz de superar as razões para o cumprimento da regra” (necessária a ponderação). O enquadramento numa ou noutra espécie normativa depende do modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos textos, se frontalmente finalístico (princípio) ou comportamental (regra) – pp. 40-1.

⁴⁶⁰ O conflito entre regras não é necessariamente abstrato e nalguns casos a solução não implica que uma delas perca validade e sim da atribuição de peso maior a uma delas. ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, aponta o exemplo de regras distintas do Código de Ética Médica: dever de dizer toda a verdade ao paciente sobre a doença e dever de utilizar todos os meios disponíveis para curar o paciente – caso em que o abalo emocional decorrente da revelação do doença pode diminuir as chances de cura (p. 44). A ponderação está presente, então, em ambas as espécies normativas, que diferem quanto à “intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação”: no caso de relação entre regras gerais e excepcionais, dado o elemento descritivo (hipóteses normativas entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo), o aplicador “possui menor e diferente âmbito de apreciação”, pois deve “delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta”; no caso de imbricamento de princípios (em vez de descrição, há previsão de um estado de coisas a ser buscado), o aplicador tem maior espaço de apreciação, já que deve “delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas” (pp. 47-8). Também há ponderação de regras no caso de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos (Estado de Direito, democracia). A generalização feita pelo legislador, por mais precisa que seja a fórmula, é potencialmente imprecisa em face de situações inicialmente não previstas - em decorrência das generalizações é que “alguns casos deixam de ser mencionados (*under inclusiveness*) e outros são mal-incluídos (*over inclusiveness*), como no exemplo da proibição da entrada de cães em restaurantes, a gerar dúvidas nos casos de um cão-guia para cegos ou de bebês chorando. De todo modo, decidir pela obediência incondicional à regra, por razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do direito, ou por razões que justificam seu abandono depende de uma ponderação (p. 49), o que também ocorre no caso de afastamento “de uma nova decisão dos precedentes já consolidados” e na utilização de formas argumentativas como *analogia* (p. 50). A dimensão de peso, pois, não é “atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador” (p. 51).

Depois de recusar a dissociação abstrata entre regras e princípios, Ávila oferta uma proposta *heurística*, que funciona como *modelo* ou *hipótese provisória* de trabalho para uma “posterior reconstrução de conteúdos normativos” (já que as normas são construídas pelo intérprete a partir dos textos, e do seu significado usual, a depender de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto), sem assegurar, contudo, “qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”. Como primeiro toque, a proposta opera com *alternativas inclusivas*, no sentido que o mesmo dispositivo pode gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa, cujo gênero comporta tripartição, conforme a *dimensão* imediatamente: comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (*postulado*) – definidos os últimos como “instrumentos normativos metódicos (...) categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e princípios, com eles não se confundindo”.⁴⁶¹

Importa reter, com Luiz Roberto Barroso, que o ambiente de *pós-positivismo* liga-se a “ascensão dos princípios” – e que, ultrapassada a fase de um certo “deslumbramento com a redescoberta do princípios como elementos normativos”, o pensamento jurídico ocupa-se da elaboração teórica que sua interpretação e aplicação acarretam (em termos de conteúdo e eficácia). Há problemas ainda irresolvidos, já que o método tradicional concebeu-se para interpretação e aplicação de regras.⁴⁶²

2.2.2 A dignidade da pessoa humana

Salvo poucas exceções, é a partir do fim da Segunda Guerra e, de modo especial, depois da sagração pela Declaração Universal da ONU (1948), que o valor fundamental da

⁴⁶¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 56 a 63. Daí que, levando em conta três critérios (natureza do comportamento prescrito; natureza da justificação exigida; e a medida de contribuição para a decisão) formule uma proposta conceitual. As *regras* “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. Os princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (pp. 63-70).

⁴⁶² BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios, In: LEITE, George Salomão (org.) *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101-35. Para a citação, p. 110, onde repara que, num sistema de regras e princípios, as regras “desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas –, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”.

dignidade da pessoa humana passa a ser constitucionalizado. Na União Européia, apenas Portugal (art. 1º), Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I) e Irlanda (preâmbulo) consagram-no expressamente.⁴⁶³ Mais recentemente, a Bélgica (revisão de 1994) segue a mesma trilha, assim como a Bolívia (também reformada em 1994) – há, também, disposição expressa na Constituição do Peru (art. 4º), sendo de acrescentar a forte tendência de adoção constitucional do princípio nos países da Europa oriental, exemplar a Constituição Russa de 1993 (art. 12, 1), a par da consagração na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000, art. 1º).⁴⁶⁴

Mas qual seu significado e conteúdo? Passando pelas raízes que deitam no pensamento clássico e na visão de mundo cristã,⁴⁶⁵ e pela concepção jusnaturalista,⁴⁶⁶ há que reconhecer que se trata de conceito *vago*, de contorno *impreciso*. Uma categoria axiológica aberta, portanto, rebelde à fixação, “ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.”⁴⁶⁷

⁴⁶³ Uma das exceções é, justamente, a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6º, nº 3), além do art. 151, inc. I, da Constituição de Weimar (1919) e do preâmbulo da Carta Irlandesa de 1937 – SARLET, *A Eficácia*, pp. 105-10. No Mercosul, apenas Brasil e Paraguai (preâmbulo) fazem referência expressa. Foge do âmbito deste trabalho, também por apresentar-se à luz do direito constitucional brasileiro positivado, discutir se o princípio da dignidade da pessoa humana é um autêntico direito fundamental autônomo, consagrado, vez primeira, no art. 1º, inc. III, da Constituição de 1988, a nortear, ainda, a ordem econômica (existência digna, art. 170, *caput*) e social (arts. 226, § 6º, e 227). Sua inclusão tópica sugere que o Constituinte outorgou-lhe função que transcende a de um direito fundamental, onde também questiona a afirmação de que todo catálogo de direitos fundamentais funda-se diretamente no aludido princípio (v.g., art. 5º, inc. XVIII, ou 7º, inc. XI, Constituição Brasileira).

⁴⁶⁴ Vide também SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 61-4 (citado *Dignidade*). Para um detalhamento da cláusula da dignidade humana no direito internacional e no âmbito do direito comparado, com análise do direito estadual interno alemão, vide HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). trad. Ingo W. Sarlet e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 90-7 (citado *A dignidade humana*).

⁴⁶⁵ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. (trad. Ingo W. Sarlet e outros). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 65-7 (citado *Notas*), destaca a contribuição da teologia cristã, sendo que a história da Igreja e da humanidade deve enormemente ao IV Concílio Ecumênico, o Concílio da Calcedônia (451), que permitiu o encontro da matéria com o espírito “que os gregos haviam oposto de forma tão estrita e o pensamento judaico de unidade do ser humano.

⁴⁶⁶ No “espelho da literatura científica”, HÄBERLE, *A dignidade humana*, pp. 118-9, refere a multiplicidade dos pontos de partida e o enfoque jusnaturalista.

⁴⁶⁷ SARLET, *A Eficácia*, p. 113. Em monografia mais recente, SARLET, *Dignidade*, reitera a inadequação de uma definição fixista (p. 41), mas avança um conceito (pp. 59-60): dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

Béatrice Maurer, ao discorrer sobre as oscilações definitórias (entre a extrema subjetivação, que recusa abordar o conceito, cada um pode definir a dignidade como o que pensa; e uma definição claramente determinada de dignidade em si), remete à *humildade*, já que definir a dignidade é “impor-lhe limites e subtrair do conceito, dessa forma, um aspecto essencial de sua riqueza, na medida em que a dignidade e a liberdade são inseparáveis”.⁴⁶⁸

Nada obstante, é possível densificar o princípio.⁴⁶⁹ A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, que deriva do simples existir, é irrenunciável e inalienável,⁴⁷⁰ a par de independe de circunstâncias concretas. Seu elemento nuclear está na “autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa” – liberdade em abstrato, a significar capacidade potencial.⁴⁷¹ A ênfase na liberdade encontra-se também em Béatrice Maurer, que afirma não ser possível compreender a dignidade sem a liberdade (nem a liberdade sem a dignidade). Associadas e inseparáveis, não podem ser confundidas: a “pessoa é digna, pois é um ser livre”.⁴⁷²

No que interessa mais de perto, é de se destacar o aspecto *cultural* da dignidade humana, o que a torna, a um só tempo, “limite e tarefa dos poderes estatais”. Seu elemento fixo e imutável é o *núcleo inviolável*, vale dizer, limite à atividade dos poderes públicos. Como tarefa imposta ao Estado – reconhecendo-se que depende, em maior ou menor grau, do

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

⁴⁶⁸ MAURER, *Notas*, pp. 62-3.

⁴⁶⁹ HÄBERLE, *A dignidade humana*, pp. 97-116, por exemplo, oferece extensa resenha sobre a dignidade humana como princípio diretivo da jurisprudência dos tribunais superiores alemães.

⁴⁷⁰ Cite-se aqui o famoso caso do “lançamento de anões”, proibido na comuna francesa de Morsang-sur-Orge, contra a vontade do anão tutelado, cujos sucessivos recursos foram rechaçados, por último pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (26/7/2002, cerca de 10 anos depois do fato controverso), que ratificou o argumento de “violação da ordem pública pela afetação da dignidade pessoal” (SARLET, *Dignidade*, p. 108), o que remete ao difícil problema da “proteção da pessoa contra si mesma” (p. 113) – quanto ao Estado, em nome da dignidade humana, proteger os indivíduos de si mesmos e de suas decisões, veja-se a crítica de CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas E.M. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 71-2 (citado *Reality*), onde citam a célebre decisão judicial do caso *Peep-Show* (anos 70), que considerou violação da dignidade humana o *striptease* de bailarina, sentença que tem sido “desde então sistemática e duramente criticada pela doutrina constitucional”. HÄBERLE, *A dignidade humana*, p. 126, parece inclinar-se neste sentido, ao notar que o retorno a noções rígidas será difícil, quiçá impossível: “a fórmula-objeto de Dürig se tornará fórmula-sujeito; o Estado constitucional realiza a dignidade humana, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações”.

⁴⁷¹ A remanescer, por exemplo, no absolutamente incapaz. Segue-se, em linha de síntese, a exposição de SARLET, *A Eficácia*, pp. 114-26 (salvo indicação). Para maiores detalhes sobre a dignidade da pessoa humana como norma (princípio e valor) fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira, vide SARLET, *Dignidade*, pp. 61-75. Para pontos de contato entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pp. 77 e ss.

⁴⁷² MAURER, *Notas*, p. 75. Encerrar a dignidade numa definição é “negar o irreduzível humano” e compreender a liberdade sem dignidade “pode levar à perda da liberdade” e (p. 79) seria uma *liberdade alienada* – já uma dignidade que desconsiderasse a liberdade seria uma *dignidade truncada*.

ambiente comunitário – reclama ações estatais no sentido de preservá-la e, mesmo, maximizá-la.⁴⁷³

Engloba, por outro lado, o respeito pela integridade física e corporal do indivíduo, a garantia de isonomia e, no que leva diretamente ao tema investigado, abrange a *garantia da identidade pessoal* do indivíduo, ou seja, de sua autonomia e integridade psíquica e intelectual. Concretiza-se na “liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal.”⁴⁷⁴

Nunca é demais frisar que o princípio em tela não é mera e solene declaração ético-moral. Ao revés, dotado de eficácia, é valor jurídico fundamental da comunidade, em face da

⁴⁷³ O Estado deve acudir em ajuda de qualquer pessoa cuja dignidade resulte ameaçada, com independência da origem pública ou privada destes perigos – BENDA, Ernst. *Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad, Manual de Derecho Constitucional*, In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner et al., Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 120 (citado *Manual*). E tem que fazer frente às ameaças novas, que surjam no curso de mudanças sociais (p. 126). Certamente, proteger a população ante o crime conta-se entre as obrigações do Estado (p. 127). Benda refere que a ordem constitucional há que se definir ante a tensão entre a auto-suficiência do indivíduo e as necessidades, direitos e obrigações que derivam das circunstâncias atuais da vida em comunidade – a qualidade de uma constituição depende decisivamente de ofertar recursos para fazer frente com êxito a tais inevitáveis conflitos. Assim, o Tribunal Constitucional Alemão não vislumbra, na Lei Fundamental, um indivíduo soberano em si mesmo, antes uma pessoa vinculada à comunidade (BENDA, *Manual*, p. 119).

⁴⁷⁴ SARLET, *A Eficácia*, p. 118. As idéias diretrizes do art. 5º da Lei Fundamental, como a *liberdade de informar-se livre e plenamente*, também são ineríveis da “dignidade humana” (necessidade substancial de o indivíduo realizar seu próprio desígnio pessoal numa ordem livre) – BENDA, *Manual*, p. 123. Bem assim é a esfera interna da personalidade (intimidade não perturbável): “E não se trata unicamente do âmbito defendido da curiosidade alheia por um sentimento natural de pudor, vale dizer, não só e especialmente da esfera sexual, e sim de forma idêntica o direito a não ter que revelar defeitos, particularidades ou achaques físicos sem um motivo justificado”, o que também vale para as questões de fé e de consciência, e para todas as expressões de individualidade: “aficções, gosto por colecionar determinados objetos e outras inclinações, extravagâncias, simpatias ou antipatias e, enfim, convicções políticas ou de outra natureza”. São traços de caráter que constituem a personalidade do homem, amiúde objeto da curiosidade pública ou privada. Se não devem ser temas de controvérsia da indústria do entretenimento, certo que “inclusive o comportamento pessoal na esfera mais íntima pode ter relevância social” (pp. 128-9). Numa sentença de 1983 (censo populacional), o Tribunal Constitucional Alemão, ao passo que derivou o direito de autodeterminação informativa como concreção do direito geral de personalidade, reconheceu que dito direito encontra-se limitado por razões de interesse geral (p. 132). Quanto à integridade física, “indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade” (SARLET, *A Eficácia*, pp. 117-8), o que funda a proibição da pena de morte, da tortura, limitações aos meios de prova etc. SCHOLLER, Heinrich. “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha” (trad. Ingo Sarlet), *Revista da Ajuris*, ano XXVI, nº 75 – set. 1999 (v. 1 da nova série), p. 277 (citado *O princípio da proporcionalidade*), refere que uma interpretação histórico-casuística (*historisch-kasuistische interpretation*) da dignidade aponta para quatro complexos nevrálgicos: a) igualdade (escravidão, racismo); b) integridade física; c) intimidade e privacidade; d) garantias do Estado de Direito. Sobre a tortura, entre outras implicações da eventual relativização da dignidade da pessoa humana, vide SARLET, *Dignidade*, pp. 125-6.

decisão constitucional, valor-guia que se tem caracterizado como o princípio constitucional de *maior hierarquia* axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).⁴⁷⁵

Dito com Häberle, tanto no plano interno do Estado constitucional quanto na ordem internacional, a dignidade humana é *norma e tarefa*, “pretensão e realidade, fundamento de validade de uma Constituição viva e sempre o resultado de cada Constituição *vivida*”. Em última instância, “cada Homem e a humanidade nele contida decide, ele próprio, sobre o futuro da dignidade humana”.⁴⁷⁶

A par da óbvia garantia negativa (nenhuma pessoa será objeto de ofensas ou humilhações), o sentido positivo do princípio implica o tendencial e pleno desenvolver da personalidade de cada indivíduo. Sua eficácia vincula toda e qualquer atividade estatal, a traduzir-se em dever de respeito e de proteção: direta abstenção do Estado e *proteção contra agressões por parte de terceiros*. O princípio, assim, impõe ações tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo, sendo especial *tarefa do legislador* “edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio”, isto é, “a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴⁷⁷ Numa categoria mais ampla, Sarlet vai colocar a dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares (que vincula também no âmbito das relações entre particulares).⁴⁷⁸

A dignidade também tem uma função integradora e hermenêutica, não menos importante por ser instrumental, ao servir de parâmetro para aplicação de todo ordenamento jurídico, revestindo-o de *coerência* interna, a par de *legitimar* a ordem jurídica e comunitária, alçando-se à condição da *democracia*. Assim, para além da tríade vida, liberdade e igualdade, outros direitos também podem, e devem, ser vistos como exigências da dignidade da pessoa humana, à evidência o princípio democrático, o pluralismo político etc. Em conexão com o

⁴⁷⁵ SARLET, *Dignidade*, p. 70. Repare-se que a condição de princípio é inteiramente compatível com o “reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas. De lembrar também, citado pelo autor (p. 83), o imperativo hermenêutico de Juarez Freitas segundo o qual “em favor da dignidade não deve haver dúvida”.

⁴⁷⁶ HÄBERLE, *A dignidade humana*, p. 151. A realização da “profissão de fé” consubstanciada na dignidade humana torna-se “assunto de toda a humanidade”.

⁴⁷⁷ SARLET, *A Eficácia*, p. 120. Hoffmann-Riem fala do “estrato programático da norma fundamental”, a encomendar ao Estado apoiar, assegurar e consolidar a liberdade ameaçada, o que foi elaborado, em grande medida, a partir “dos direitos fundamentais da comunicação”, que só é realizável como “liberdade mediante e com os demais” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang et al. Libertad de Comunicación y de Medios, In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 146).

⁴⁷⁸ SARLET, *Dignidade*, pp. 110-8.

tema, Figueiredo Dias salienta que o princípio da necessidade (tanto da intervenção penal quanto, mais amplamente, da intervenção estatal) encontra fundamento axiológico no princípio da *inviolabilidade da dignidade pessoal*, plasmado nos artigos 1º, 13-1º e 25-1º, todos da Constituição da República Portuguesa.⁴⁷⁹

A dignidade da pessoa humana vem sendo considerada fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, dando-lhes unidade e coerência. Assim, a maior parte dos direitos fundamentais são garantias específicas e desdobramentos da dignidade da pessoa humana, caso patente da intimidade e da esfera privada dos indivíduos, numa relação que, segundo alguns autores, aponta para a dignidade como “*lex generalis*”.⁴⁸⁰ Tal feição de *lex generalis* parece dispensável quando é suficiente o recurso a determinado direito fundamental (não haveria porque invocar, autonomamente, a dignidade) – o que não significa que a aplicação da dignidade seja subsidiária, pois a “agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade”, o que caracteriza, na relação, a *substancial fundamentalidade* que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais, uma função de “elemento e medida dos direitos fundamentais”.⁴⁸¹

A dignidade da pessoa humana pode ser limitada? A doutrina e jurisprudência alemãs, de forma majoritária, sustentam a impossibilidade de restrições, ainda que em face de outros valores constitucionais, mesmo pela inserção do princípio no rol de “cláusulas pétreas” (art. 79, inc. III, da Lei Fundamental). A ausência de norma expressa a dispor acerca da intangibilidade do princípio não infirma que se reconheça um reduto intocável de cada indivíduo, fronteira última contra ingerências externas. Ainda que houvesse viáveis e

⁴⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, pp. 73 e 84 (citado *Direito Penal Português*). Como esfera constitutiva da república, princípio material antrópico do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projeto de vida, vide CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 221-2.

⁴⁸⁰ SARLET, *Dignidade*, pp. 84-8, versa sobre os direitos fundamentais como *exigência e concretizações* do princípio da dignidade da pessoa humana: consagra um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (liberdade pessoal e seus desdobramentos), proteção da identidade pessoal, ancora o direito geral de igualdade, integridade física e emocional. Até o direito de propriedade (p. 89), tendo presente seu conteúdo social, tem dimensão inerente à dignidade da pessoa, assim também o direito à moradia digna (mínimo existencial) e os direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos) – pp. 90-4. Abrangendo, ainda, os direitos políticos de cidadania e nacionalidade (pp. 95-7), o que se aproxima do princípio da universalidade dos direitos fundamentais: os direitos fundados na dignidade da pessoa “podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade”. Sarlet também aciona o princípio da dignidade para servir de *diretriz material* para a identificação de direitos fundamentais implícitos, especialmente os sediados em outras partes da Constituição – abertura material do catálogo, art. 5º, § 2º, CF 88 (pp. 98-101).

⁴⁸¹ SARLET, *Dignidade*, p. 103. Note-se que o conteúdo de dignidade dos direitos fundamentais constitui “limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF)” – SARLET, *A Eficácia*, p. 122.

eventuais restrições,⁴⁸² esbarrariam na intransigente preservação da essência da dignidade.⁴⁸³ Parte-se, com Sarlet, do princípio de que inexistente direito absoluto, “no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição”, assim como se reconhece a noção de “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) – há restrições à “atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais”, como o “objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão”. Na fórmula do autor: nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser “desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição”. Assim, o conteúdo em dignidade da pessoa “em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições”.⁴⁸⁴

Por outro lado, é de levar a sério a dimensão intersubjetiva da dignidade: a igual dignidade (com o dever de respeito recíproco da dignidade alheia) pode levar a um conflito direto entre dignidades de pessoas diversas, impondo-se concordância prática (Hesse), que implica hierarquização (Juarez Freitas) ou ponderação (Alexy).⁴⁸⁵

Importa que a dignidade está sujeita a uma *relativização* (como todo conceito jurídico), pois alguém (juiz, legislador, administrador, particular) irá “decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto” – o que se conecta ao tema do interculturalismo. Chega-se a resultados distintos “em razão de uma diversa compreensão do conceito de dignidade”, o que aponta, segundo Sarlet, para uma necessária *tolerância multicultural*, lembrando a noção de que a dignidade é um conceito aberto, relacional e

⁴⁸² SARLET, *Dignidade*, p. 74, diz que não há como afastar a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana “em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos”. Desde que justificada (p. 132) pela “necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade”.

⁴⁸³ SARLET, *A Eficácia*, pp. 121-2. Parece certo que o indivíduo não pode renunciar à sua dignidade, embora “possa determinar por si mesmo a forma pela qual se apresentará a terceiros ou no espaço público civil”, visão que não se compatibiliza com um valor *absoluto de dignidade* – assim Benda critica a decisão do Tribunal Federal Contencioso-Administrativo Alemão, no famoso e já citado caso *Peep Show* (participação voluntária de uma mulher em exibição numa jaula, como se de fera se tratasse): a dignidade defendida contra a intenção do afetado de realizar certas concepções subjetivas em franco desvio com a dignidade humana objetivamente considerada (possibilidade de o legislador proibir tal conduta, “socialmente prejudicial”) – BENDA, *Manual*, p. 144. Segundo FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem ‘versus’ a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre, Fabris, 2000, p. 187 (citado *Colisão*), a visão da pessoa como valor absoluto, a prevalecer sempre e por qualquer ângulo ou estrato, radica numa mundivisão individualista-burguesa. “É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos da coletividade (concepção personalista).”.

⁴⁸⁴ SARLET, *Dignidade*, pp. 118-20. Assim, uma violação do *núcleo essencial*, “especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa”, sempre será *desproporcional*. Repare-se que o “conteúdo mínimo em dignidade” poderá ou não coincidir com o “núcleo essencial do direito fundamental”, o que terá que ser aferido em exame concreto (pp. 124-5).

⁴⁸⁵ SARLET, *Dignidade*, p. 125. Diante da violabilidade concreta da dignidade, assoma a dignidade como tarefa, no sentido de que o Estado (e o direito penal também cumpre este desiderato) tem o dever de proteger (inclusive mediante condutas positivas) os direitos fundamentais e as dignidades dos particulares (pp. 126-7).

comunicativo, a par de histórico-cultural, e que “não pode servir como justificação para uma espécie de fundamentalismo ou tirania da dignidade” – a necessária secularização e universalização da dignidade ocorre num contexto multicultural e deve levar a uma concepção não fundamentalista da dignidade.⁴⁸⁶ Häberle refere que a literatura tem evitado unilateralismos, “por meio da integração pragmática de distintos elementos conceituais”, a orientar-se com base no necessário pragmatismo *do caso concreto*. Assim, aponta quatro dimensões da proteção jurídico-fundamental da dignidade humana: a unidade entre defesa e proteção e entre liberdade e participação; a proteção jurídico-material e processual; a proteção material e ideal pelo Estado; e conteúdo e organização. No último item, o autor destaca: a autocompreensão vivida por cada pessoa é co-constitutiva para o conteúdo (somando-se a autocompreensão de toda a coletividade); necessidade de configuração pelo Estado, com respeito e proteção (fundamento da legitimidade do poder estatal, inclusive com deveres diretos de legislar); e a “técnica exemplificativa”, sendo imprescindíveis ilustrações positivas e negativas.⁴⁸⁷

Em texto instigante, Maria Celina Bodin de Moraes trata do substrato axiológico e do conteúdo normativo do conceito de dignidade humana, que se expressa juridicamente em quatro eixos: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e, no que interessa agora, a *solidariedade*. Em síntese apertada, os traumas do trágico século XX, principalmente depois da Segunda Guerra, fomentam ambiente para um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade. Em sede normativa, o valor fundamental ancora-se no art. 1º, inc. III, e nos objetivos do art. 3º, inc. I, ambos da Constituição Federal de 1988 – que conclamam os Poderes a uma “atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie”. A solidariedade social, assim, erige-se em princípio jurídico inovador, a incidir no

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 37-40; e SARLET, *Dignidade*, pp. 129 e 139-40. Na nota 242, o autor cita interessante exemplo acerca dos diversos juízos sobre a publicidade da multinacional Benetton (imagens com portador de HIV), aceita pelo TCA, na Alemanha (que não vislumbrou violação à dignidade humana), ao passo que na França considerou-se abuso da liberdade de expressão por violação descabida da intimidade e dignidade humana. Daí que a dignidade da pessoa humana deve-se pautar pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico, contrária a qualquer tipo de “fixismo” e incompatível com uma visão reducionista e até mesmo “paroquial” da dignidade (p. 145)

⁴⁸⁷ HÄBERLE, *A dignidade humana*, pp. 120 e 139-41. Um campo aberto, como se vê, para a concretização.

“momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas”, bem como nos momentos de “interpretação e aplicação do Direito”.⁴⁸⁸

Mais concretamente, o princípio constitucional da solidariedade identifica-se com um *projeto solidarista*,⁴⁸⁹ um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”. Trata-se de princípio jurídico, que não depende de ações éticas ou caridosas eventuais, e sua violação (certo que não pode ser considerado um direito subjetivo, “nem uma faculdade, tampouco um poder-dever”), fundamenta lesões ocorridas no “grupo” (no âmbito familiar, v.g.) ou danos sofridos pelos “grande traumatizados” (crianças, idosos), além de hipóteses mais conhecidas de tutela de consumidores e ao meio ambiente.⁴⁹⁰

Neste sentido, Häberle menciona a dignidade humana na *referência ao outro*, com suporte nos conceitos científico-sociais de identidade: na dignidade humana, a referência ao outro é pressuposta – o que é dizer: o reconhecimento da “igual dignidade humana dos outros” forma a *ponte dogmática* “para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um”.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 136-8 (citado *O conceito de dignidade*). A solidariedade implica, para cada membro, a *obrigação moral* de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito” – forma de reciprocidade sem conteúdo que exprime o conceito dialético de “reconhecimento do outro”. Assim enunciada, seria a *regra de prata*. A de *ouro*, atribuída a Jesus de Nazaré, formula-se em sentido positivo: “Faz aos outros o que desejas que te façam”; a de *Bronze* (Lei do Talião), ordena: “Faz aos outros o que te fazem”. Pode-se conectar a noção de solidariedade aos “deveres de hospitalidade”, cuja ancestralidade remonta a *Ilíada*, como memoráveis passagens no inferno da Divina Comédia (Dante colocava os traidores de seus hóspedes no mais fundo círculo do inferno), num planeta que viaja não se sabe para onde e no qual somos todos hóspedes?

⁴⁸⁹ Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF (contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas), o relator Ministro Cezar Peluso ressaltou que a Emenda Constitucional nº 41/2003 instaurou regime previdencial nitidamente *solidário* e contributivo (suplantando o eminentemente contributivo) – disponível em www.stf.gov.br.

⁴⁹⁰ Os exemplos derivam de uma classificação incipiente e “sua inclusão numa categoria não exclui a possibilidade de se encontrar tutela em alguma outra. O fundamento da solidariedade subjaz à Emenda Constitucional nº 31 (14/12/2000, Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza) e à inclusão da *moradia*, pela Emenda Constitucional nº 26 (14/02/2000), no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição – cf. MORAES, *O conceito de dignidade*, pp. 140-1. Pode ter incidência, tal princípio, na ótica da investigação, nas relações travadas no seio das confissões religiosas, bem como a refração tributária que se verá a seguir.

⁴⁹¹ HÄBERLE, *A dignidade humana*, p. 127. Ligando a questão ao direito penal, DIAS, *Direito penal português*, p. 74, refere que a vertente social do Estado de Direito sustenta um princípio de política criminal que designa como princípio da *socialidade* ou da *solidariedade* (inerente à cláusula do Estado de Direito social): “ao Estado que faz uso do seu *ius puniendi* incumbe, em compensação, um *dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado*, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes”.

2.2.3 A liberdade como cláusula geral

Peces-Barba, no prefácio a uma obra clássica de Bobbio, refere que a liberdade e a igualdade situam-se numa encruzilhada em que se reúnem a reflexão sobre a política e o direito, a filosofia política e a jurídica e inclusive raízes de filosofia moral. Aparecem no âmbito da moralidade, como prolongamento da personalidade humana e de sua dignidade, assumem determinadas concepções do poder (liberal, democrática e social, três aportes imprescindíveis) e realizam-se numa idéia de Estado de direito. Liberdade e igualdade, assim, são valores morais, jurídicos e políticos.⁴⁹²

Inicia-se pela *liberdade*, para, com Bobbio, da variedade e multiplicidade de significados, reter as duas acepções mais relevantes em linguagem política: a liberdade *negativa* e a liberdade *positiva*. Pela primeira entende-se uma situação em que o sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos – com uma advertência: a usual referência a uma relação entre dois sujeitos humanos, não exclui que um conceito amplo compreenda também outras relações (por exemplo, liberdade como emancipação do homem sobre as forças naturais). Uma fórmula compreensiva seria: “liberdade como não impedimento e como não constrição”. No caso da segunda, trata-se da situação em que um sujeito tem a possibilidade de orientar a sua vontade até um objeto, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros. Chama-se também “autodeterminação” ou *autonomia*.⁴⁹³ Com tal base, é de mirar o campo jurídico.

Já se mencionou, ao tratar do Estado Democrático de Direito (*supra*, item 1.2.3), a teoria da justiça como equidade (Rawls), a priorizar as *liberdades fundamentais*. É preciso, agora, avançar para um conceito abrangente, o *direito geral de liberdade*. Mesmo porque a CF 88 diz que o primeiro objetivo da República é construir uma sociedade *livre* (art. 3º, I), assim como a inviolabilidade do *direito à liberdade* é assegurada no *caput* do art. 5º da Carta. Desta maneira, parafraseando Alexy, converteu-se em conteúdo de direito positivo um dos objetos mais controvertidos da filosofia política (o outro é o direito geral de igualdade, *infra*, item 2.2.4).⁴⁹⁴

⁴⁹² PECES-BARBA, Gregorio. “La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio”, introdução de BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993, pp. 36-7 (citado *Igualdad y libertad*)

⁴⁹³ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, pp. 97-102.

⁴⁹⁴ Para uma visão histórico-filosófica do problema da liberdade, cotejando os conceitos de liberdade antiga e liberdade moderna, vide REALE, *Horizontes*, pp. 03-31, especialmente pp. 23-8 (liberdade e personalidade).

É de seguir a exposição de Alexy sobre o tópico, que inicia por referir o Caso *Elfes*, em que o TCA interpretou, forte no art. 2, 1, da Lei Fundamental, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um *direito geral à liberdade de ação*, mantendo desde então, com sucessivos refinamentos dogmáticos, tal concepção.⁴⁹⁵

A sentença remonta à 16 de janeiro de 1957.⁴⁹⁶ Em síntese, o recorrente, em 1953, teve negada sua solicitação de renovação de passaporte. O TCA não se convenceu de que a *liberdade de viajar* estivesse contemplada pelo art. 11 da LF (que garante a liberdade de movimento), mas fundou sua tutela constitucional no mencionado art. 2, 1 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), a suportar uma *liberdade de atuar em sentido amplo* – desde que não se vulnerem os direitos dos demais, nem se atente contra a ordem constitucional ou à moral.⁴⁹⁷

Desta formulação extraem-se conseqüências de grande alcance: trata-se da liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se queira, uma norma permissiva *prima facie* (desde que não intervenham *restrições*) – o que é dizer um direito, frente ao Estado, a que este não impeça as ações e omissões possíveis (não intervenha).⁴⁹⁸ E além de ações, podem-se abarcar situações e posições jurídicas neste direito geral de liberdade (a tutelar não só um “fazer”, mas também um “ser” fático e jurídico). Certo que, a um suporte fático tão amplo, corresponde também “uma ampla versão da cláusula restritiva” (o TCA aduziu a “toda norma de direito formal e materialmente concorde com a Constituição”).⁴⁹⁹ Alexy foca, assim, o *princípio da liberdade jurídica*, que “exige que as alternativas de ação sejam afetadas o menos possível por mandatos e proibições” – há graus de afetação da liberdade negativa, o que permite a atuação do exame

⁴⁹⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 331-2.

⁴⁹⁶ Lembra-se MIRANDA, Pontes, *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V. São Paulo: RT, 1967, p. 639 (citado *Comentários*, V), quando diz que humanidade, “sem o perceber, submeteu a liberdade, como conceito, a experiências no vivo”.

⁴⁹⁷ Sentença 6, 32, 1ª Sala, recurso de amparo interposto por Wilhelm Elfes – SCHWABE, Jürgen et al. *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*. (trad. Marcela Anzola Gil) Montevideo/Bonn/Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung/ Konrad-Adenauer-Stiftung EV/Gustavo Ibañez, 2003, pp. 19 a 22 (citado *Cincuenta años*).

⁴⁹⁸ “À liberdade juridicamente garantida de um corresponde, necessariamente, a vinculação do outro. A vinculação de todos é o preço das liberdades garantidas a cada um. Ao traçar limites num campo, livre até esse momento, assegura-se a cada indivíduo a sua área, mas só pelo preço da restrição da liberdade de ação de cada um. Este constitui o ato civilizador que se substitui ao simples direito do mais forte” (ZIPPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado* (trad. Karin P. Coutinho do original “Allgemeine Staatslehre”, 12ª ed., 1994). Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 449 (citado *Teoria Geral do Estado*).

⁴⁹⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 333-4. Objetava-se, segundo o autor, que esta concepção é vazia, carece de conteúdo, mas Alexy nota que o fato de o TCA poder examinar se o direito geral de liberdade foi violado, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, demonstra o contrário, pois não se realizam ponderações no que carece de substância (pp. 335-40). Alexy refere-se ao “princípio da liberdade negativa de

da proporcionalidade e, principalmente, a dignidade da pessoa é a fonte jurídico-positiva mais geral de critérios concretos para medir o grau de afetação (proibir a alimentação de peixes é uma afetação menos intensa do que proibir alguém de participar de um culto religioso, por exemplo). Daí que o TCA resume sua concepção na fórmula sobre a *imagem da pessoa*: “um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se, a si próprio, em liberdade” – não um indivíduo isolado, mas um indivíduo referido e vinculado à comunidade. Consigna o autor, ainda, que a liberdade negativa é um valor em si: quando duas situações são iguais em tudo, mas numa existe uma liberdade negativa, então esta é melhor que a outra. Em suma, trata-se de uma concepção *formal-material*: formal ao partir da liberdade negativa e tratá-la como um valor em si; material porque, “em caso de colisões, determina o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto também com base noutros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material”.⁵⁰⁰

Também do Caso *Elfes* retira-se a “teoria das esferas”. O TCA consignou que o cidadão individual tem reservada, com força constitucional, “uma esfera para a estruturação da sua vida privada, e que também exista um último âmbito inviolável da liberdade humana, subtraído por completo de toda a influência do poder público”.⁵⁰¹ A refração da privacidade em sede de matéria religiosa será discutida *infra* (item 3.2.5) e a distinção conceitual é também basilar no seio das liberdades comunicativas e na respectiva e tensa relação com o direito penal – a redundar num espectro relativamente largo de atipicidade (em relação aos crimes de devassa da vida privada) nos espaços da vida de relação social, mais ou menos abertos à comunicação intersubjetiva, costumando-se extremar, nos pólos, a esfera *pública* (saudavelmente exposta à dissecação dos “media”) e a esfera *íntima* (que conserva um cerne intransponível), intermediados por uma área relativamente maleável, dita “privacidade estrito senso” – de tratamento legal bem diferenciado.⁵⁰²

Quanto à teoria das esferas, Alexy comenta que pode ser entendida como o “resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa *conjuntamente* com outros princípios, por uma parte, e com princípios opostos, de outra”. E mesmo na esfera mais interna aplica-se, sendo o caso mais extremo, a lei da ponderação. Certo que a proteção jusfundamental é tanto mais forte quanto “mais peso têm os princípios que ocorrem ao princípio da liberdade geral de

ação”, que também exige a “maior medida possível de não afetação de situações” e a “não eliminação de posições jurídicas na maior medida possível” (p. 341).

⁵⁰⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 342-9.

⁵⁰¹ SCHWABE, *Cincuenta años*, p. 22.

ação e que, justamente, protegem a privacidade”.⁵⁰³ Em socorro de Alexy, convoca-se o direito da comunicação, que já assentou uma relatividade histórico-cultural nos conceitos. Fatos em geral *íntimos*, se contendem com o interesse *comunitário*, escapam à esfera da privacidade e da intimidade e tornam-se objeto de legítima discussão pública (exemplo paradigmático é o caso do ministro britânico Profumo).⁵⁰⁴

Neste contexto, Alexy menciona os *direito de liberdade tácitos*, que se desdobram em direitos referidos a uma *ação* (em que se podem formular *normas permissivas*) e direitos referidos a uma *situação* (em que se dirigem *proibições* aos destinatários dos direitos fundamentais aos quais correspondem direitos de igual conteúdo do titular). O autor distingue, ainda, direitos de liberdade tácitos *abstratos* e *concretos*; e, noutra linha, diferencia entre posições *prima facie* e *definitivas*.⁵⁰⁵

A concepção material-formal de Alexy abarca um “espectro caracterizado por uma decrescente importância do princípio adicional da dignidade da pessoa” (no extremo, fala-se de “último âmbito inviolável”, porque ao princípio adicional corresponde “a mais alta importância concebível”). Ocupa-se o autor, a seguir, de refutar outras quatro objeções ao direito geral de personalidade:

(1) uma, histórica, diz que os direitos nasceram como garantias pontuais, o que seria inconciliável com a generalidade pretendida (mas na própria história há a linha abstrata, como no art. 4º, § 1º, da Declaração de 1789, e na máxima kantiana da coexistência das liberdades como lei universal) – todavia, a reflexão sistemática é tarefa essencial da ciência jurídica;

(2) a segunda ataca o “sistema axiomático fechado” de Dürig (em que o direito geral de liberdade fica num segundo grau, entre a dignidade da pessoa e os direitos especiais de

⁵⁰² Vide ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 259-67 (citado *Liberdade*).

⁵⁰³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 349-53.

⁵⁰⁴ O caso Profumo envolveu o ministro de defesa britânico, detentor de segredos de Estado, que “manteve contatos íntimos com uma mulher que era simultaneamente amante do adido militar soviético (ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, Jorge de Figueiredo (dir.) Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 729-30 citado *Comentário Conimbricense*). Da obra da juventude de Frederico II, o Grande (publicada em 1741 – o príncipe contava então com 29 anos -, após algumas correções efetuadas por Voltaire): “Sabe-se até que ponto é o público curioso: trata-se de um animal que vê tudo, que ouve tudo, e que divulga tudo o que viu e ouviu. Se a curiosidade desse público examina as ações dos particulares é para divertir a sua ociosidade; mas quando julga dos atos dos príncipes é no próprio interesse que o faz. Também estão os príncipes expostos mais que todos os outros homens aos raciocínios e juízos do mundo” (FREDERICO DA PRÚSSIA, *O Anti-Maquiavel*. 2ª ed. (trad. Carlos E. Soveral), Lisboa: Guimarães Editores, 2000, p. 99-100).

⁵⁰⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 353-8.

liberdade e igualdade) – no caso, Alexy aduz que o sistema é aberto na medida em que a existência do direito geral de liberdade mantém aberta a possibilidade de “novos direitos definitivos, assim como também de novos direitos tácitos”, o que deve ser valorado positivamente;

(3) a terceira ataca uma concepção, errônea, do indivíduo “isolado e soberano”, a desconhecer o Estado Social, no qual o Estado presta e assegura e constitui liberdade – Alexy retorque que o definitivamente protegido, ao indivíduo, pode ser tudo, menos *ilimitado* (pois é o resultado de ponderações frente a muitos princípios opostos, inclusive bens coletivos), de forma que, ao cabo, a liberdade negativa acaba muito reduzida. Todavia, as restrições à liberdade negativa seguem sendo restrições e, como tal, têm que ser justificadas. Por outro lado, certo que só a liberdade negativa não pode constituir a *situação total de liberdade* (é preciso somar-se liberdade negativa nas relações entre iguais, o componente democrático, um “certo grau de ausência de situações econômicas deficitárias”, ações participativas de liberdade positiva democrática etc.),⁵⁰⁶ como também é indubitável que sem ela [a liberdade negativa] “uma situação total não pode nunca levar o qualificativo positivo ‘de liberdade’”;

(4) diz-se que a ampla cláusula restritiva conduz a um direito fundamental à constitucionalidade de toda atividade estatal, a significar a “subjetivação de princípios constitucionais jurídico-objetivos” e a uma inaceitável ampliação (processual) do âmbito dos recursos de inconstitucionalidade. Aqui o autor responde que a “tese de proteção da liberdade justifica o tratamento das posições formais como posições *jusfundamentais*”, o que se pode apoiar no “significado primário” dos direitos fundamentais como *posições individuais*. Mais, o peso das razões que jogam a favor da proteção de um direito fundamental resulta da “conjunção do princípio da liberdade negativa e do princípio da dignidade da pessoa” (ambos têm que ser ponderados juntos frente aos princípios que falam a favor da intervenção). Ademais, no caso de outros direitos de liberdade do mesmo titular, afirma-se a subsidiariedade do art. 2º, 1, LF, “frente aos direitos especiais de liberdade” (o que também se aplica aos direitos de liberdade tácitos – o direito geral de personalidade tem que ser tratado como *lex specialis*, vale dizer, tem que ser examinado antes e não no marco do direito geral de liberdade). Situação mais complexa surge no manejo do direito geral de igualdade (o exame

⁵⁰⁶ ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 445, observa que *liberdade* é um conceito multifacetado: significa “não só preservar um espaço de desenvolvimento individual livre de interferências do Estado mas também participar na formação da vontade comunitária. Designa não só a defesa contra intromissões do Estado mas também a delimitação e proteção das esferas de liberdade e interesses na relação entre os próprios membros da comunidade”.

da liberdade não inclui o exame da igualdade e vice-versa),⁵⁰⁷ mas o legislador constitucional também o sagrou de forma independente,⁵⁰⁸ como logo se verá.

Pontes de Miranda, a seu turno, consignou que, *em frente ao Estado*, a “liberdade supõe que haja terreno, em que o Estado exerça sua liberdade, que é a autoridade mesma, e terreno em que os indivíduos exerçam a sua; portanto, dois campos de ação e omissão que se limitam”.⁵⁰⁹ Daniel Sarmiento oferta uma análise contemporânea acerca da tutela constitucional da liberdade, com ênfase para a autonomia privada, sem descuidar de suas limitações.⁵¹⁰ Destaca-se, na senda do autor, e no contexto do direito constitucional norte-americano, a *Lochner Era* (em 1905, no caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte invalidou lei que estabelecera limite para a jornada de trabalho dos padeiros), que exasperou a radical rejeição à intervenção estatal na seara das relações econômicas, forte na livre estipulação das cláusulas do contrato de trabalho (ao abrigo do devido processo legal por via da 14ª Emenda), que vai durar até o *New Deal* de Roosevelt (quando a Corte, sob forte pressão social, e presidencial, rende-se à legislação social). Com o fim da Era *Lochner*, o foco da Suprema Corte passa a ser a defesa das liberdades de comunicação, de culto, de associação, o direito de privacidade e a proteção das minorias (raciais, religiosas etc.). As liberdades fundamentais passam a ser designadas *preferred rights* ou *preferred freedoms*, “em razão da importância que se lhes passou a atribuir na escala dos valores constitucionais”. Especificamente, no caso *Corolene Products v. United States* (1938) estabelece-se o *standard* de controle de constitucionalidade do *strict scrutiny* quando o “ato normativo importar em restrição a alguma das liberdades pessoais fundamentais, de caráter não patrimonial, como as liberdades de expressão, religião”. Afastando-se da deferência à discricionariedade legislativa, declara-se a inconstitucionalidade da norma restritiva “sempre que a autoridade responsável

⁵⁰⁷ Convoca-se novamente ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 445: “Um excesso de liberdade ameaça a igualdade, uma equiparação excessiva aniquila a liberdade”. Para maiores desenvolvimentos acerca das relações entre liberdade e igualdade, vide KRIELE, *Introducción*, pp. 465-70.

⁵⁰⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 359-80.

⁵⁰⁹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, V, p. 649. Adiante: “A liberdade não é em frente ao Estado, posto que possa *estar* em frente ao Estado; e não é no Estado, posto que possa *estar* no Estado. A liberdade e o Estado *são*; o que ocorre, de posicional, entre eles, depende de circunstâncias, de modo que se pode falar de auroras e crepúsculos da liberdade e de eclipses e desmoronamentos do Estado. A eliminação da liberdade seria a eliminação do homem, porque ele reflete e age...” (p. 650).

⁵¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 173-220 (citado *Direitos fundamentais e relações privadas*), tratando, no item 6, da proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira (pp. 211 e ss.).

não consegue demonstrar que a restrição em causa afigurava-se absolutamente indispensável para a garantia de algum interesse essencial e indeclinável” (*compelling interest*).⁵¹¹

Uma última referência, reveladora do papel da liberdade na concepção jusfilosófica de Miguel Reale (Teoria Tridimensional do Direito). O autor parte de um *historicismo aberto*, “que leva em conta o fator decisivo do *ineditismo da liberdade*, como componente do futuro, para vivência do presente e diagnóstico do passado”. A compreensão do espírito como capacidade de síntese e o “reconhecimento de que *quem diz síntese diz liberdade*” é pressuposto de qualquer meditação sobre o homem, em sua *experiência social e histórica*. Nas suas palavras: a “compreensão do espírito como liberdade autoconsciente e como síntese representa o *a priori* transcendental fundante da experiência histórica, em geral, e da experiência ético-jurídica em particular”.⁵¹²

2.2.4 Igualdade, diferença e o fio da identidade

Pode-se lançar mão, novamente, de Bobbio, que dizia que, se o problema descritivo da liberdade era sobretudo a ambigüidade (dadas os conceitos de liberdade positiva e negativa), a dificuldade de estabelecer o significado da *igualdade* era a *indeterminação*, pois dizer que dois entes são iguais, sem outra determinação, nada significa em linguagem política, a menos que se especifique de que ente se trata e a respeito do que são iguais. Assim, enquanto a “liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral) (...) a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que se pode colmatar com os mais diversos conteúdos”.⁵¹³

É sem dúvida “um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais” o princípio da igualdade.⁵¹⁴ Já plasmado o termo no preâmbulo da

⁵¹¹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 197-207. A *privacy* iria longe o suficiente para amparar o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 1973 – alvo até hoje da nova direito religiosa norte-americana). Já na década de 1980 assiste-se a uma fase de conservantismo (a proteção aos direitos fundamentais atravessa uma “fase de declínio), o que se nota em temas como políticas de ação afirmativa e atinentes ao “princípio de não confessionalidade do Estado”.

⁵¹² REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito* (1968). 5ª ed. 5ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 83-4.

⁵¹³ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, pp. 53-6. Pelo que há que conectar a questão da justiça. A igualdade consiste somente numa relação: o que confere a esta relação um valor, o que a torna humanamente desejável, é o ser *justa* (p. 58). Adiante (pp. 75-82), o autor distingue igualdade jurídica, igualdade de oportunidades e igualdade de fato.

⁵¹⁴ Vale notar, nos termos da classificação proposta por ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 93, que a igualdade pode funcionar como *regra* (prevendo a proibição do tratamento discriminatório), como *princípio* (instituinto um estado igualitário como fim a ser promovido) e como *postulado*, “estruturando a aplicação do direito em

Constituição, é de explorar a riqueza de conteúdos do enunciado semântico da 1ª parte do *caput* do artigo 5º da Carta: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” – cujo significado tradicional aponta para a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. Na fórmula consagrada por Anschütz, “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”, de particular relevância no que tange à igual aplicação do direito pela administração e pelos tribunais.⁵¹⁵ O núcleo da idéia é simples: a norma jurídica deve ser aplicada a todos os casos em que se aperfeiçoe seu suporte fático e a nenhum que não caia sob tal hipótese – vale dizer, as normas jurídicas devem ser obedecidas (embora a estrutura complique-se no caso de conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos).⁵¹⁶ Trata-se, bem de ver, de um direito geral de igualdade, que não elide a existência de direitos especiais de igualdade, aliás ínsitos na redação do inciso I do artigo 5º da CF (v.g., o § 5º do artigo 226 da Carta Magna).

Importa, todavia, neste passo, avançar para outro significado: a *igualdade quanto à criação do direito*. Se a lei deve, ela em si, tratar igualmente a todos os cidadãos, vincula-se a tal princípio o próprio legislador.⁵¹⁷ A singeleza inicial não esconde o difícil problema de conceituar o que vem a ser “criação de direito igual”. Uma primeira aproximação indica um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características a lei deverá prever iguais situações ou resultados jurídicos – assim reduzida a um postulado de *universalização*, a assertiva permitiria a discriminação de conteúdo (formalizada a igualdade, seria reconduzível ao princípio de prevalência da lei), bastando o comando legal prever para todos os negros ou judeus, por exemplo, os mesmo “direitos” de escolas separadas, ou as mesmas conseqüências do regime nazista. Daí ser imperativo agregar uma exigência de *igualdade material através da lei*, que remonta aos romanos: “tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais” – o que se traduz numa *igualdade relacional*, que se configura numa relação *tripolar*: (a) é igual a (b) considerando-se a característica (c). Certo, contudo,

função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”.

⁵¹⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 398-9. O autor trata do tema no capítulo 3 da obra, no quadro do *regime geral dos direitos fundamentais*, em que se destacam três princípios: o princípio da *universalidade* (no âmbito da titularidade dos referidos direitos, envolvendo questões de cidadania nacional, estrangeiros e apátridas, pessoas jurídicas e direitos coletivos); o princípio da *igualdade* (em exame); e o de *acesso ao direito e da garantia de tutela jurisdicional efetiva*.

⁵¹⁶ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 382.

⁵¹⁷ Primeiro porque os direitos fundamentais vinculam os três poderes. Ademais, porque negar tal vínculo iria de encontro a idéia de que os direitos fundamentais expressam “uma desconfiança frente ao legislador”. De modo que a vinculação do legislador, que já se apoiava sobre a doutrina da época de Weimar, foi considerada evidente desde as primeiras decisões do Tribunal Constitucional alemão, no que obteve consenso (ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 383).

que a justiça relacional pressupõe um *juízo* e um *critério de valoração*. Trata-se da melindrosa questão de saber qual o critério justo para a relação de igualdade.⁵¹⁸

Uma possível resposta leva à *proibição geral do arbítrio*, ou seja, haverá igualdade material se não se tratarem indivíduos/situações iguais de modo arbitrariamente desigual. Dito de outro modo, o “arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade”. Embora tal associação seja corrente (entre a igualdade e o princípio da proibição de arbítrio), o arbítrio como limite também será insuficiente se não trazer em seu bojo “critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade” – daí ligar-se sempre a um *critério material objetivo*, cuja síntese é ofertada por Canotilho: há violação arbitrário da igualdade se a disciplina jurídica (i) não se basear num fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; ou (iii) estabelecer diferenciação sem um fundamento razoável. Qualificar um “fundamento razoável”, óbvio, permanece sendo um *problema de valoração*. Assim, na esteira de decisões do Tribunal Constitucional português, a igualdade não proíbe que o legislador faça distinções, desde que amparado em “critério de valor objetivo constitucionalmente relevantes”; proíbe, outrossim, “diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas” – evolui a jurisprudência ao afirmar que a proibição do arbítrio “não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, antes expressa e limita a competência do controle judicial”, um critério essencialmente negativo “que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador”, uma autolimitação do juiz, que não controla “os juízos da oportunidade política da lei, isto é, se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa (Acórdão 39/88).”⁵¹⁹

Três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e jurisprudência portuguesa, são indicados por Jorge Miranda: (i) igualdade não é identidade, e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; (ii) igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; (iii) igualdade não é uma “ilha”, vai

⁵¹⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 399 e 400. O avanço não significa abandonar o princípio da igualdade formal, relevante e correto, mas reconhecer seu caráter *tautológico*, pois não resolve o núcleo problemático de saber quem são os iguais e quem são os desiguais. O mesmo percentual de imposto de renda para todos os cidadãos, v.g., seria um tratamento fiscal formalmente igual para todos, mas profundamente desigual quanto ao conteúdo, por desconsiderar aspectos decisivos como montante da renda, encargos, situação familiar etc.

⁵¹⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 401-2. O que não significa que a igualdade seja, estruturalmente, apenas um princípio negativo, a reforçar a insuficiência do “arbítrio” como fundamento adequado de valoração, sendo imprescindível análise da “natureza”, do “peso” ou dos “fundamentos” justificadores de soluções diferenciadas, que podem implicar direitos de igualdade de tipo positivo.

conexa com outros princípios, pelo que tem de ser compreendida no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material.⁵²⁰ Ávila, da banda do direito brasileiro, ressalta que a concretização do *princípio* da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação, já que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais “em função de um critério diferenciador”, que dependerá, para ter relevo material, da agregação de uma finalidade. Mais, “fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não.” – e, ainda, “fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle”. Já como *postulado*, a violação da igualdade reconduz a uma “violação de alguma norma jurídica”.⁵²¹

Alexy aproxima-se do mandado de igualdade pela negativa, pois o princípio não pode significar que o legislador tenha que colocar todos nas mesmas posições jurídicas, nem procurar para todos as mesmas propriedades naturais ou que se encontrem na mesma situação fática. O legislador não só pode estabelecer o serviço militar apenas para adultos, penas só para os delinquentes, assistência social apenas aos necessitados etc., como deve fazê-lo se não quiser ditar normas disfuncionais (serviço militar para crianças), disparatadas (penas para todos, por exemplo) e injustas (impostos iguais para todos). A perfeita igualdade de posições jurídicas “eliminaría os pressupostos para o exercício de competências”. Em termos fáticos, ainda que algumas diferenças pudessem ser reduzidas (até certos limites naturais), uma coincidência não seria desejável, pois jogaria contra o pluralismo e limitaria a possibilidade de progressão nos níveis intelectual, cultural e econômico.⁵²² A questão, como os antigos, é

⁵²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV, pp. 237-8 (citado *Manual*). A par de proibir discriminações e vedar privilégios, trata-se de proteger as pessoas contra discriminações, “se necessário por via penal” e eventualmente com direito à reparação (p. 239). Alguns dos principais arestos da jurisprudência constitucional portuguesa são citados (pp. 249-54), prevalecendo o entendimento da igualdade como princípio negativo, relativa contenção no julgamento dos critérios do legislador ordinário e específica indagação de um “fundamento material suficiente” em caso de diferença de tratamento.

⁵²¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 93-4. “Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade [como postulado] implica a violação a algum princípio fundamental”.

⁵²² No mesmo sentido, MIRANDA, *Manual*, pp. 221-3. À p. 224, o autor refere-se à “tensão inelutável” entre liberdade e igualdade. “Levado às últimas conseqüências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente a par – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e da liberdade política”. Ao mesmo tempo, observa, nas sociedades contemporâneas (plurais, heterogêneas e, por vezes, multiculturais) torna-se recorrente a procura por um equilíbrio e também por “aquilo a que se vem chamando direito à diferença”. Agregue-se uma ilustração advinda dos sistemas complexos (*supra*, item 2.1): os neurocientistas calcularam o número de redes neuronais potenciais, “capaz de limitadamente traduzir a vastidão possível de quantidade de cérebros humanos diferentes”, o número 10 elevado à potência 170. Para tentar conceber tal grandeza, afirma-se que, se desde o início do universo (um momento zero de *Big Bang*, algo em torno de 20 bilhões de anos, por excesso largo) “uma fábrica divina produzisse um milhão de cérebros por segundo teria chegado hoje ao número 10 elevado à 25ª potência” – que representa, como percentagem em relação ao primeiro valor, 1/10 elevado a 145, “uma percentagem muitíssimo menor que a representada por uma

encontrar no meio a virtude: nem é possível tratar a todos exatamente da mesma maneira ou igualmente em todos os aspectos, nem se pode permitir toda e qualquer diferenciação e distinção. Na via média entre os dois extremos é que se planta a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Depois de assentar que o mero princípio de universalidade (ou a justiça formal de Perelman) não depuraria a legislação nacional-socialista das violações sistemáticas contra os judeus, o autor pugna por um mandado de igualdade material (a suplantar a exigência dirigida apenas à forma lógica da norma). O problema, então, torna-se mais complexo, já que “nunca duas pessoas ou duas situações vitais pessoais são iguais em todos os aspectos” – o que confirma a necessidade de apoiar os juízos de igualdade/desigualdade sobre relações triádicas, com resultados parciais, que, de toda sorte, nada indicam acerca do tratamento ordenado – “a igualdade fática parcial é conciliável com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial, com um tratamento igual” (“a” e “b”, ambos marinheiros, não exclui que apenas “a” seja castigado por furto; “a”, marinheiro, “b”, empregado de banco, não exclui que ambos sejam punidos por furto). Portanto, a igualdade ou desigualdade só podem ser *valorativas* e comportam relativizações – a igualdade valorativa tem que ser *relativa*: (i) a igualdades/desigualdades *fáticas parciais* (pois, se fosse total, não autorizaria tratamentos diferenciados); (ii) a *determinados tratamentos*; (iii) a um *critério de valoração* que “permita dizer o que é valorativamente igual e desigual”. A questão da igualdade material, então, liga-se à “correta valoração” e à pergunta acerca do que é uma legislação correta, razoável ou justa – o “problema central da máxima geral de igualdade”, que pode ser formulado em duas questões estreitamente vinculadas: 1ª, se é possível fundamentar racionalmente os juízos de valor no âmbito do princípio da igualdade?; e 2ª, quem terá a competência para formular tal juízo de valor em última instância, o legislador ou o Tribunal Constitucional?⁵²³

Depois de minuciosa análise de seis formulações possíveis da máxima da igualdade, Alexy prefere a sua versão débil, já que a versão forte trata de uma “solução ideal, a solução mais justa e funcional” – o que desfiguraria, em muito, a liberdade de configuração do legislador (que é “muito ampla”, segundo a reiterada jurisprudência do corte constitucional). Daí que considere correta a versão débil, definida pela conceito de arbitrariedade e que lida com a igualdade valorativa num sentido limitado, que traça melhor os limites de conformação

simples gota de água no volume de todos os oceanos!! (talvez 1/10 elevado a 30!)” – GUEDES, *Economia e complexidade*, p. XXXII.

legislativa. Em síntese: “O essencialmente igual não deve ser tratado de forma desigual.”. Ou, desdobrando o conceito de igualdade essencial: “Estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais.”. A diferenciação será arbitrária se não houver uma razão razoável, uma razão *suficiente* (também um óbvio problema de valoração), na falta da qual está ordenada a igualdade de tratamento. É possível, nesta linha, especificar a fórmula da versão débil da igualdade como *mandado de tratamento igual*: “Se não há nenhuma razão suficiente que permita um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual.” – observe-se que o ônus da argumentação, a carga, vai estabelecida para a justificação dos tratamentos desiguais. Já o *mandado de tratamento desigual* ganha a seguinte formulação: “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então estão ordenado um tratamento desigual.”. Na assimetria entre os dois mandados está justamente a “carga de argumentação a favor do tratamento igual”. Neste sentido, a máxima de igualdade pode ser interpretada como um *princípio de igualdade* “que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”.⁵²⁴

Canotilho refere que a igualdade não é apenas um princípio de *Estado de Direito*, mas também um princípio de *Estado Social*. O princípio da igualdade, independente da distinção entre igualdade fática e jurídica (e dos problemas econômicos de distribuição ligados à primeira noção),⁵²⁵ assume relevo como “princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida”, aliás programa de diversas normas constitucionais. Clara a conexão desta igualdade com uma “política de justiça social” e com a “efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais” – inerentes a própria idéia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana). Funciona, portanto, não apenas como “fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objetivas ou subjetivas”, mas também como

⁵²³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 384-8. O que o Tribunal Constitucional alemão faz com ajuda do conceito de arbitrariedade, embora o princípio da igualdade não se reduza a uma proibição geral de arbítrio, já que os pares de comparação sempre jogam um papel necessário.

⁵²⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 389-98. Salienta o autor que o legislador remanesce com campo de ação, agregando o conceito de razão suficiente com o de arbitrariedade, para sublinhar que há casos nos quais “razões suficientes falam a favor da permissão, mas não da obrigatoriedade de um tratamento desigual”. Uma razão é suficiente, neste caso, se, em virtude desta razão, o “tratamento desigual não é arbitrário”, o que ocorre não só no caso da melhor solução ou da mais justa, “mas também quando existem razões plausíveis para a sua permissão”. Evidente que existe diferença entre “razão plausível” e “razão melhor”, manifesta no fato de que o tribunal pode “sustentar que a melhor razão fala contra a permissão de um tratamento desigual e admitir que existe uma razão plausível a seu favor”. Mas a razão plausível não é uma “razão suficiente para a obrigatoriedade de um tratamento desigual”. Portanto, que “um tratamento desigual não seja arbitrário, não implica que um tratamento igual seja arbitrário” (p. 400).

⁵²⁵ “O tema da igualdade aparece imbricado com os grandes temas da Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado. Pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls...” (MIRANDA, *Manual*, pp. 221-3).

“impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades” e como “sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos” (inconstitucionalidade por omissão).⁵²⁶

Sobre a delicada questão, Alexy começa por indagar se a máxima da igualdade implica ou não que o Estado está obrigado a criar igualdade fática, o que leva a outro ponto fulcral: “a promoção de determinados grupos significa tratar a outros desigualmente”, na dicção do Tribunal Constitucional alemão. É certo que “quem deseja criar igualdade de fato tem que aceitar uma desigualdade *de iure*”; além do que, em face da desigualdade fática das pessoas, a igualdade *de iure* não só as permite mas até as reforça. Assim, um princípio amplo de igualdade conduz ao “paradoxo da igualdade”, em que há, no interior da máxima, uma colisão fundamental entre igualdade *de iure* e de fato (segundo um vetor, o tratamento será igual; segundo o outro, desigual, e vice-versa). Não é possível renunciar, totalmente, a nenhum dos princípios. A igualdade *de iure* é um “elemento do direito constitucional vigente”, um valor em si, que inclusive sustenta a já referida carga de argumentação para os tratamentos desiguais (postulado básico da racionalidade prática) – o princípio igualdade *de iure* pode ser, ademais, aplicado com muito maior facilidade e certeza que o da igualdade de fato (a percepção e o controle do processo de criação de igualdade fática só se dá de uma “maneira muito imperfeita”).⁵²⁷ Restaria a tentação de renunciar à adscrição do princípio de igualdade de fato ao direito geral de igualdade como princípio juridicamente vinculante e outorgador de direitos subjetivos judicialmente demandáveis. Poderia ser interpretado como, embora não possa ser imposto judicialmente, vinculador do legislador. Ou até, fora do marco da igualdade, filiar-se à cláusula do Estado Social., não como uma norma que fundamenta

⁵²⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 402-3. A debilidade do instituto da inconstitucionalidade por omissão, a par da possibilidade de “decisões modificativas” do Tribunal Constitucional (pelas quais transforma o significado da lei e não simplesmente elimina uma das suas partes), como vias de ataque à violação da igualdade são comentadas por MIRANDA, *Manual*, pp. 242-5. Outra manifestação do princípio, retomando Canotilho, refere-se à *igualdade perante os encargos públicos* (impostos, restrições aos direitos de propriedade), que “devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos – no caso de exigir-se sacrifício especial de um indivíduo ou grupo, justificado por razões de interesse público, “deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados” (casos, clássicos, de desapropriação, e novas implicações derivadas de vínculos ambientais, urbanísticos, do património artístico, cultural etc.). Embora próximos, não se confundem, na lição de MIRANDA, *Manual*, p. 246, os princípios da igualdade e o da imparcialidade da Administração: o 1º contende com os destinatários dos atos da Administração, tem em vista os direitos e interesses particulares afetados e admite ou impõe diferenciações de situações desiguais; o 2º refere-se aos órgãos e agentes da Administração, tem em vista a prossecução do interesse público e é um critério de atuação.

⁵²⁷ MIRANDA, *Manual*, pp. 225-6, sinala que a contraposição não é correta se levar à suposição que são dois princípios opostos ou estanques: 1º, porque a igualdade social (como igualdade *efetiva, real, material, concreta, situada*) pode considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, “pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno”; e 2º, porque mesmo a discriminação positiva visa a alcançar a igualdade, e tais direitos ou vantagens são “instrumentais no rumo para esses fins”. Assim, a afirmação ou sedimentação “da igualdade social vai-se fazendo em correspondência com a passagem da igualdade jurídica de programática a preceptiva em domínios crescentemente alargados”.

direitos subjetivos, e sim “como uma norma que justifica restrições aos direitos subjetivos”. Trata-se de campo minado, em que as posições estão divididas, mesmo porque, numa vertente, realizar igualdade depende do conceito e da imagem que se tem do Estado (de uma filosofia do Estado), um “conflito racionalmente não solucionável entre ideologias e concepções de mundo”. Todavia, Alexy propõe um modelo dogmático de solução, baseado na teoria das normas, que leva a sério as duas manifestações da igualdade e, ao mesmo tempo, deixa espaço para diversas concepções acerca do peso dos princípios referidos. O primeiro e decisivo passo é considerar que tanto a máxima de igualdade quanto de desigualdade são normas referidas *a atos* (há que julgar, exclusivamente, a ação estatal como tal) e não *a conseqüências* (sede em que o primordial seriam as conseqüências práticas da ação estatal). Assim, “ambas as normas servem diretamente apenas a igualdade *de iure*. Tomadas conjuntamente, expressam uma preferência básica em favor do princípio da igualdade *de iure*.”. O segundo passo consiste em fazer que o *princípio da igualdade de fato* seja aplicado no marco conceitual da *razão suficiente*, seja para a (i) permissão de um tratamento desigual ou (ii) para a sua imposição. No primeiro caso, é a “razão para um não-direito definitivo a um determinado tratamento *de iure* igual”; no segundo, “é a razão para um direito definitivo a um determinado tratamento *de iure* desigual, que serve para a criação de uma igualdade de fato”. No caso (i), amiúde com o nome de “princípio do Estado Social”, o princípio da igualdade joga o conhecido “papel de uma razão de restrição com respeito ao direito geral de igualdade jurídica”. No caso (ii), desempenha o papel de “razão para um direito a um determinado tratamento desigual *de iure*” e fundamenta um “direito subjetivo à criação de uma porção de igualdade fática”. Lembra Alexy que a igualdade de fato, como princípio, pode ser afastada por princípios opostos, vale dizer, fornece uma razão suficiente para um direito subjetivo definitivo a um tratamento desigual *de iure* “só se afasta a todos os outros princípios opostos que estão em jogo” – um dos quais é, sempre, a igualdade *de iure*; outros, versam sobre a distribuição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador (o princípio formal de liberdade de conformação pelo legislador democraticamente legitimado para a normação social é o segundo competidor principal do princípio da igualdade de fato), bem como aqueles que apontam para as liberdades negativas.⁵²⁸

⁵²⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 402-10. Seja como for, ao constatar a existência de um direito à criação de igualdade fática, um tribunal constitucional limita consideravelmente a liberdade conformativa do legislador, inclusive porque este tipo de direito “inclui, em geral, o mandado ao legislador de destinar consideráveis fundos financeiros, o que o priva da possibilidade de tomar outras medidas”. Vista a igualdade de fato como uma “possível razão suficiente para a obrigatoriedade de um tratamento desigual *de iure* que serve para a criação de igualdade fática não implica que a igualdade *de iure* ou que a liberdade negativa

Ainda duas considerações. O princípio geral da igualdade vale como *lex generalis*, o que significa que “os fundamentos materiais da igualdade subjacentes às normas constitucionais consagradoras de direitos especiais de igualdade sobrepõem-se ou têm preferência, como *lex specialis*, relativamente aos critérios gerais”. Segundo, a igualdade também é um princípio com dimensão objetiva, que vale como “princípio jurídico informador de toda a ordem constitucional” (o que leva ao problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, que escapa ao âmbito da tese).⁵²⁹ Como direitos subjetivos, os direitos de igualdade podem ser de três tipos: (i) definitivos abstratos – (a) se não há nenhuma razão suficiente que permita um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual; (b) se há uma razão suficiente para um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual – estes direitos abstratos podem ser formulados como direitos de defesa, ao primeiro (a) “corresponde a obrigação do Estado de omitir determinados tratamentos desiguais”, ao segundo (b), “a obrigação do Estado de omitir determinados tratamentos iguais”; (ii) definitivos concretos – ao direito à omissão de tratamento desigual (i-a) podem adscrever-se direitos de igualdade concretos tanto de “status” negativo, como de “status” positivo e de “status” ativo – alguém afetado por uma violação da máxima de igualdade pode ter o direito definitivo concreto à omissão da intervenção, um “direito de *status* negativo”;

sejam injustificadamente afastadas pela igualdade de fato, nem que a competência para a conformação da ordem social seja transferida inadmissivelmente do legislador ao Tribunal Constitucional Federal”. Não vale a objeção de que o modelo é vazio e que os princípios opostos teriam tanta relevância que sempre prevaleceriam, diante da base demasiado insegura deste tipo de direito sob pena do tribunal levar a cabo uma política social *sponte sua*. Tais argumentos têm algo de razão, já que as numerosas teorias possíveis de igualdade fática são programas para a distribuição dos bens partilháveis numa sociedade. As questões de “distribuição constituem um objeto central da polémica dos partidos que competem pela maioria no Parlamento”, o que exclui a possibilidade de uma escolha constitucional por uma teoria determinada “a priori”, ao menos numa Constituição que se decidiu pela democracia representativa (p. 411). Mas o outro lado da polémica aduz que o sentido dos direitos fundamentais é “não deixar nas mãos da maioria parlamentar a decisão sobre determinadas posições do indivíduo”, o que só deixa a via de deixar nas mãos do Tribunal Constitucional a decisão (p. 412). O autor indica que a igualdade de fato revela virtualidades nas pautas de comparação para estabelecer o *mínimo vital* (para o qual o conceito de dignidade da pessoa “não oferece uma pauta racionalmente controlável”) – certo que tudo se torna uma questão de ponderação, o exemplo não sugere ser melhor derivar a igualdade de fato do princípio do Estado Social antes que da máxima geral de igualdade, porque “a cláusula do Estado Social não é uma disposição jusfundamental” (p. 414).

⁵²⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 404-5. A primeira idéia exemplifica-se com um tratamento favorável a uma categoria de trabalhadores que não viola o princípio da igualdade se visa não a estabelecer privilégios, mas a garantir outros direitos, liberdades e garantias, como segurança no emprego e liberdade sindical. Já a dimensão objetiva associa-se ao princípio da *não discriminação social*, com novos conteúdos na última década (caso dos testes compulsivos como combate contra doenças transmissíveis, exemplar a Aids, em que o critério que parece mais adequado é o da universalidade, rejeitada a seletividade – exame em todos que entrem num hospital, em todos os recrutados das forças armadas etc., ressalvada a privacidade). Apenas um toque sobre se os “destinatários do princípio da igualdade são também os particulares” (MIRANDA, *Manual*, pp. 247-8): (a) no interior de pessoas jurídicas de direito privado (ou mesmo de associações não personalizadas), não pode haver diferenciações arbitrárias entre os seus membros; (b) regras específicas de igualdade e diferenciação previstas na Constituição “impõem-se às relações entre particulares, nos atos e contratos que nelas diretamente se subsumam”; (c) nos demais casos, prevalece a autonomia privada, salvo discriminações que, além da cláusula geral de igualdade, “atinjam a dignidade das pessoas ou comportem abusos de poder de fato”.

mas se alguém, pela mesma violação, não é favorecido, pode ter um direito definitivo concreto a ser favorecido (um direito de *status* positivo), caso em que a “omissão de tratamento desigual” consiste num fato positivo; se a alguém, sempre pela mesma violação, não se concede a competência de participação na formação da vontade política, pode ter um direito concreto de *status* ativo – em todos os casos “pode” gerar-se o direito concreto, ou não, pois a violação do direito definitivo abstrato (i) é evitável de muitas maneiras, por exemplo a alternativa “não realizar a intervenção violadora” ou “estendê-la a todos os sujeitos jurídicos essencialmente iguais”, que encerra omissão e ato positivo, respectivamente; (iii) *prima facie* abstratos – que são de dois tipos, um (a) respondendo ao direito à igualdade *de iure* (direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais), e o outro (b) à igualdade de fato (direito *prima facie* a ações positivas do Estado).

Jorge Miranda, depois de fornecer os marcos mais significativos do desenvolvimento do princípio da igualdade no constitucionalismo ocidental e referir a Constituição Portuguesa de 1911 (a apontar para a igualdade política e civil de todos os cultos e vedar a privação de um direito ou a isenção de um dever por motivos de religião, art. 3º, nº 5 e 7), explora o princípio no direito positivo lusitano, elencando, dentre os corolários imediatos da igualdade, a não privação de direitos e a não isenção de obrigações ou deveres cívicos por causa das convicções ou práticas religiosas (art. 41, nº 2). Outros passos significativos, depois de 1974, relacionam-se à questão religiosa, tais como a supressão da diferença de estatuto dos cônjuges casados canonicamente, aos quais também seria atribuída a faculdade civil de requererem o divórcio; a declaração de inconstitucionalidade das normas de polícia administrativa que, prevendo “severa vigilância sobre os ciganos”, acarretavam restrições aos seus direitos e liberdades; a extensão às confissões não católicas do direito de ensino religioso nas escolas públicas.⁵³⁰

Há um último tópico a tratar, o *direito à diferença*. Vale lembrar a quinta premissa (*supra*, item 2.2) de Boaventura Sousa Santos para um multiculturalismo progressista, que diz que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e grupos sociais “entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica”: o da *igualdade* (que opera através de hierarquias entre unidades homogêneas – condição socioeconômica e cidadão/estrangeiro, v.g.) e o da *diferença* (que hierarquiza identidades e diferenças consideradas únicas – raças e etnias, sexos, religiões, entre orientações sexuais). A hermenêutica diatópica pressupõe e aceita o

⁵³⁰ MIRANDA, *Manual*, pp. 228-36.

seguinte imperativo transcultural: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.⁵³¹ A idéia reaparece como a tese nº 4 (de um conjunto de cinco) sobre multiculturalismos emancipatórios e escalas de luta contra a dominação: *As políticas emancipatórias e a invenção de novas cidadanias jogam-se no terreno da tensão entre igualdade e diferença, entre a exigência de reconhecimento e o imperativo de redistribuição*. O ponto é que mesmo o binômio igualdade/diferença não é suficiente para uma política emancipatória, pois a afirmação da igualdade com base em “pressupostos universalistas como os que determinam as concepções ocidentais, individualistas, de direitos humanos, conduz à descaracterização e negação das identidades”, vale dizer “das culturas e das experiências históricas diferenciadas, especialmente à recusa do reconhecimento de direitos coletivos”. Por outro lado, a afirmação da diferença, por si só, “pode servir de justificativa para a discriminação, exclusão ou inferiorização, em nome de direitos coletivos e de especificidades culturais”. A proposta, para gerir tais tensões e dilemas, é a de “defender a igualdade sempre que a diferença gerar inferioridade, e defender a diferença sempre que a igualdade implicar descaracterização”.⁵³²

A desigualdade implica um sistema hierárquico de integração social (quem se encontra abaixo está dentro e sua presença é indispensável), ao passo que a exclusão também pressupõe um sistema hierárquico, mas quem está abaixo, está fora – a desigualdade é um fenômeno socioeconômico, enquanto a exclusão é sobretudo um fenômeno cultural e social, um “fenômeno de civilização (...) um processo histórico através do qual uma cultura, por meio de um discurso de verdade, cria uma proibição e a rechaça”, ao estabelecer um limite além do qual só há transgressão (Marx é o grande teorizador da desigualdade; Foucault, da exclusão). Trata-se de tipos ideais, e na modernidade capitalista há outras formas de hierarquização importantes, que combinam os vetores, como o racismo e o sexismo, em ambos pretendendo-se uma integração subordinada ao trabalho (no racismo, a integração desigual manifesta-se primeiro pela exploração colonial e logo pela imigração; no sexismo, a exclusão funda-se na distinção entre espaço público e espaço privado e no papel da mulher como força de trabalho

⁵³¹ SANTOS, *Por uma concepção*, p. 272.

⁵³² SANTOS, *Reconhecer para libertar*, pp. 63-4. Para aprofundar o tema, vide SANTOS, Boaventura de Sousa. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003 (citado *La caída del Angelus Novus*), especialmente o capítulo 4 (“Nuestra América: la formulación de un nuevo paradigma subalterno de reconocimiento y redistribución”, pp. 81-22, antes publicado numa revista norte-americana em 2001) e o capítulo 5 (“Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, pp. 125-65), que aliás remonta a uma conferência realizada no VII Congresso Brasileiro de Sociologia, 1995), no qual o autor fala de uma “nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade”.

no seio da família). Há diferentes graus de desigualdade e de exclusão: o grau extremo de exclusão é o extermínio (dos judeus e dos ciganos, sob o nazismo, a “limpeza étnica” de hoje); o grau extremo de desigualdade é a escravidão. No sistema mundial cruzam-se dois eixos, o socioeconômico (desigualdade) e o cultural-civilizacional (exclusão) – o eixo Norte/Sul é o do imperialismo colonial e pós-colonial (socioeconômico, integrador da diferença); o eixo Leste/Oeste é o cultural, o eixo da fronteira entre a civilização ocidental e as civilizações orientais (islâmica, hindu, chinesa e japonesa).⁵³³

A moderna luta capitalista contra a desigualdade e a exclusão opera com o dispositivo ideológico do *universalismo*, “uma forma de caracterização essencialista que, paradoxalmente, pode assumir duas formas, aparentemente contraditórias: o universalismo antidiferencialista, que opera pela negação das diferenças; e o universalismo diferencialista, que se dá pela absolutização das diferenças” – a primeira opera segundo a norma de homogeneização, “que impede a comparação pela destruição dos termos desta comparação”, a segunda pela norma do relativismo, “que torna incomparáveis as diferenças pela ausência de critérios transculturais” – o primeiro universalismo “inferioriza por excesso de semelhança”, o segundo “inferioriza por excesso de diferença”. Recusa, o autor, o “universalismo antidiferencialista” (acionado politicamente pelo princípio da cidadania e dos direitos humanos – entende que o Estado capitalista moderno “tem como função geral manter a coesão social numa sociedade atravessada por sistemas de desigualdade e de exclusão”), que simplifica de modo intolerável a complexa gestão, subjacente às políticas redistributivas do Estado Providência e também às políticas assimilacionistas de homogeneização cultural.⁵³⁴

Como nem toda diferença é inferiorizante, “a política de igualdade não tem que se reduzir a uma norma identitária única – o “racismo se afirma tanto pela absolutização das diferenças como pela sua negação absoluta”.⁵³⁵ Boaventura reconhece a complexidade própria

⁵³³ SANTOS, *La caída del Angelus Novus*, pp. 126-7.

⁵³⁴ SANTOS, *La caída del Angelus Novus*, pp. 128-9. A crise de regulação social moderna bebe da fonte das transformações do Estado, que se vai desnacionalizando e desestatizando (pp. 130-9).

⁵³⁵ Exemplo interessante, de conclusão similar com base noutros argumentos, em DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, capítulo 9, pp. 343-69 – ao cotejar, para defender a *discriminação positiva*, duas decisões da Suprema Corte Americana, a primeira de 1945, ao declarar que uma Lei do Texas que proibia o negro Sweatt de ingressar na Faculdade de Direito, reservada aos brancos, violava a 14ª emenda; e o voto dissidente do juiz Douglas num “moot case”, cujo mérito não foi decidido pela perda do objeto, mas no qual deferia pedido do judeu DeFunis, recusado em 1971 pela Universidade de Washington, “ainda que as notas dos exames aos quais se submeteu e as de todo seu histórico escolar fossem tão altas que ele teria facilmente sido admitido se fosse negro, filipino, chicano ou índio americano”. Dworkin entende que há fundamento adequado para distinguir os dois casos, a partir da idéia de que, sob certas circunstâncias, uma “política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode, mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo” (pp. 357 e ss.).

de uma política de identidade, que se explica por meio de três processos básicos: diferenciação (de separação entre o “eu” e o “outro”), auto-referência (o momento especular da criação da identidade, a soma das distribuições originárias que justificam um pertencimento específico, como os mitos de origem, os rituais e os símbolos) e reconhecimento (ao revés do sistema de exclusão, na identidade o “eu” necessita do reconhecimento do “outro” para constituir-se plenamente), daí que a justiça do imperativo categórico multicultural dependa da articulação pós-moderna da política de igualdade com a política de identidade.⁵³⁶

Embora a igualdade na titularidade dos direitos fundamentais, todas as pessoas são de fato *diversas* uma das outras, por diferenças de sexo, raça, língua etc. Segundo Ferrajoli, as *diferenças* (naturais ou culturais) são os traços específicos que diferenciam e ao mesmo tempo individualizam as pessoas, e, enquanto tais, são tuteladas pelos direitos fundamentais. Já as *desigualdades* (econômicas ou sociais) são as disparidades entre sujeitos produzidas pela diversidade de seus direitos patrimoniais.⁵³⁷

2.2.5 Em torno da proporcionalidade

Miranda conecta a proporcionalidade, como princípio, ao Estado de Direito, a envolver a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político. Trata-se, desde o iluminismo, de uma idéia conatural do próprio conceito de Direito; depois, “firmemente ancorada no campo penal” (associada ao princípio da culpa) e no “jurídico-administrativo” (problema do poder discricionário e do regime aplicável às medidas restritivas de bens), viria a ter uma “crescente e clara expansão nos quadros peculiares do Direito constitucional”.⁵³⁸

⁵³⁶ SANTOS, *La caída del Angelus Novus*, pp. 153-5.

⁵³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi), Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 82. As primeiras concorrem para formar a *identidade* de cada pessoa; as segundas, formam suas diversas *esferas jurídicas*. Em ambos os casos, a *igualdade* está conectada aos direitos fundamentais: aos de liberdade, enquanto direito a igual respeito a todas as “diferenças”; aos sociais, enquanto direito à redução das “desigualdades” (p. 83).

⁵³⁸ MIRANDA, *Manual*, pp. 205-6. Não se trata, conforme o autor, de princípio neutro, “porque se refere a valores éticos ou se eleva mesmo a verdadeiro princípio axiológico fundamental”. Tampouco resume-se nas relações das entidades públicas com os cidadãos, pode também servir de critério para relações no interior do aparelho estatal (consideração das competências dos órgãos). Analisados os três subprincípios, repara que a falta de *necessidade* ou de *adequação* “traduz-se em arbítrio”; a falta de *racionalidade* (como chama a proporcionalidade *stricto sensu*) “em excesso” – daí a referência corrente ao princípio da proibição do arbítrio e da proibição de excesso. Aparentemente aproximando-se do conceito de postulado (como segue), Miranda consigna que o “juízo de proporcionalidade revela-se um juízo jurídico, assente na correta interpretação das normas e na adesão aos fins que lhes subjazem; e que atende, na sua aplicação, à diversidade de objetivos, de

Voltando, então, à realização da Constituição, costuma-se afirmar que essa dinâmica percorre dois patamares. O primeiro, de grau legislativo, opera a regulação abstrata dos conflitos através do princípio/máxima/postulado/juízo da *proporcionalidade*. No segundo momento, de resolução concreta das colisões, os aplicadores do direito lançam mão da *harmonização* ou *concordância prática*. Urge precisar.

A *harmonização*, ínsita à convivência principiológica, significa que um princípio não tem validade absoluta, no sentido de que possa se impor com o sacrifício total de outro.⁵³⁹ Ao revés, como princípio de interpretação, o princípio da *concordância prática* (da harmonização) parte da idéia de igual “valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”⁵⁴⁰

Na lição de Vieira de Andrade, “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. A esfera de proteção de um certo direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional.”. Configura dificuldade que “não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes”, pois “não é lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro”.⁵⁴¹

A solução é de procurar “no quadro da *unidade da Constituição*, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes. Esse princípio da *concordância prática* (...) é apenas um *método* e um *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum

situações e de interesses em presença”. Mas não é um juízo “meramente cognoscitivo”, já que cura de uma “funcionalidade teleológica, não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica” (p. 207).

⁵³⁹ Tampouco os direitos fundamentais são posições jurídicas absolutas, “visto que não remetem para o arbítrio das pessoas que são seus titulares o âmbito e o grau de satisfação do interesse ou bem protegido”; antes sofrem limites ao conflituarem com outros direitos ou valores comunitários (ANDRADE, José Carlos Vieira de et al. “A problemática dos direitos das pessoas e a comunicação social na perspectiva jurídica”, In: *Os direitos da pessoa e a comunicação social* – Seminário, jan. 1995. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88 – citado *A problemática*).

⁵⁴⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1.150.

⁵⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 220-1 (citado *Os direitos fundamentais*). O legislador ordinário, “ao regular as matérias em causa, dificilmente pode escapar a uma certa indeterminação dos critérios ou fórmulas utilizadas – o conflito surge então a propósito da aplicação das normas legais” (ANDRADE, *A problemática*, p. 90).

deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida do possível.”. Tal princípio executa-se “através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito”; exige-se que “o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja *necessário* e *adequado* à salvaguarda dos outros.”. “É, nessa medida, uma actividade simultaneamente de interpretação e de restrição – de interpretação restritiva – mas que parece dever, tal como a concretização dos limites imanentes, integrar-se na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição.”.⁵⁴²

Celso Lafer, noutra linha, refere-se ao método de ponderação, como base para interpretação e aplicação de princípios gerais, uma atividade contextualizada, que “requer o exame das circunstâncias”. Inerentes ao método as notas de razoabilidade, adequação e necessidade, pressupõe a “conciliação e a convivência de princípios numa dialética de mútua implicação e polaridade, na qual operam complementação e restrição recíprocas”. Trata-se de método *multifuncional*, para o qual muito contribui a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, pelo qual se pode concomitantemente lidar tanto com o “ângulo interno da Constituição (as normas inseridas no ordenamento) quanto com o ângulo externo, ou seja, com a necessária abertura para os fatos sociais e os valores”.⁵⁴³

Trata-se, bem de ver, de princípios hermenêuticos basilares. De forma telegráfica: o princípio da unidade da Constituição, já referido (do qual infere-se a vedação às contradições, incongruências e omissões no seio do sistema); o princípio da máxima efetividade – “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais”;⁵⁴⁴ e o princípio da interpretação das leis conforme a constituição, pelo qual, havendo mais de um significado, prefere-se a interpretação que apanhe melhor a convergência com a Constituição. Esta formulação comporta várias dimensões, destacando-se o princípio da prevalência da Constituição ao impor que “dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais”.⁵⁴⁵

⁵⁴² ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 222, 223 e 224, respectivamente.

⁵⁴³ LAFER, *A internacionalização*, p. 22.

⁵⁴⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, loc. cit., p. 227.

⁵⁴⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 229. O mesmo autor refere-se ao “momento metodológico da intraquietude”, que perpassa os “velhos problemas da *ponderação de bens* e do *balanceamento de interesses*”, justamente a dificuldade de distinguir “decidir” de “interpretar” (entre a atribuição de um significado a uma norma e a tomada de uma decisão razoável). Reconhece que o “*corpus jurídico* português teria muito mais ‘entulhos de injustiça’ se não fosse a intervenção dos tribunais alertados para desvalores jurídicos das normas

Pode-se notar, a esta altura, uma certa confusão, ao menos no que toca à precisão terminológica. A pequena resenha introdutória deste tópico já mencionou o “princípio da proporcionalidade” (ressalvando, desde logo, as nomenclaturas concorrentes: “máxima” e “postulado”; tendo aparecido, ainda, “critério” e “juízo” de proporcionalidade); a “harmonização”, apresentada como sinônima da “concordância prática”; bem como, pura e simplesmente, a “ponderação” (aliás “ponderação de bens” e “balanceamento de interesses”); para não falar da “racionalidade” e do “princípio da proibição do arbítrio e da proibição de excesso”.

Neste contexto, até em busca de clareza, vai referida a sistematização proposta por Humberto Ávila, deixando-se, por ora, o reino dos princípios (em que se examina o dever de promover um estado de coisas), para investigar o “modo como esse dever deve ser aplicado” – supera-se o âmbito das normas (princípios e regras), para “adentrar o terreno das metanormas”, que tratam de deveres situados num “segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”. Os *postulados normativos*, neste diapasão, colocam-se “num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam – violar tais postulados, assim, “consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação”.⁵⁴⁶ Agregase, neste passo, a pista de Canotilho, que se referia a “princípios hermenêuticos basilares”, bem como o tratamento de Hesse em relação à “concordância prática”.⁵⁴⁷

inconstitucionais” e exemplifica com “numerosas questões decididas no âmbito penal e processual penal”. Finaliza a lembrar que a “atenção dedicada aos requisitos das leis restritivas (necessidade de lei, princípio da necessidade, princípio da proporcionalidade) contribuíram para o combate a um legiscentrismo positivista e para o enraizamento da ideia de vinculação do legislador aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim . Gomes. Jurisdição constitucional e intransigibilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (org). *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 885-7 – citado *Jurisdição*).

⁵⁴⁶ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 79-80. Poderiam os postulados normativos ser considerados como princípios ou regras? Alexy, por exemplo, utiliza o termo “máxima da proporcionalidade”, que, embora costume ser chamada de princípio, não se enquadra na definição de princípio que oferta em sua obra. As máximas parciais (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) “não são ponderadas frente a algo diferente”, antes “são satisfeitas ou não” – e sua não-satisfação tem como “conseqüência a ilegalidade”, pelo que as três máximas parciais “tem que ser catalogadas como regra” (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112, nota 84). A maioria da doutrina, contudo, “sem explicações”, como sinala Ávila, op. cit., p. 81, trata dos postulados na “categoria dos princípios”. Todavia, concorda-se com o autor, o *funcionamento dos postulados* difere muito do funcionamento dos princípios e das regras, já que “não impõem a promoção de um fim”, como os princípios (em vez disso, “estruturam a aplicação do dever de promover um fim”), e “não prescrevem indiretamente comportamentos” (mas “modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”. Diversamente das regras, os postulados “não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação das normas que o fazem” – o que importa reter é que os postulados normativos aplicativos apresentam diferente operacionalidade, se cotejados com os princípios e regras, como definidos no item anterior (2.2.1).

⁵⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad. Luís A. Heck da 20ª ed. alemã) Porto Alegre: Fabris, 1998 (citado *Elementos de Direito Constitucional*). No quadro do procedimento da concretização das normas constitucionais é que Hesse desenvolve os princípios de interpretação

Seguindo tal senda, registra-se que os postulados não funcionam todos da mesma forma, apresentando-se alguns como “meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação” – são chamados por Ávila de (i) postulados *inespecíficos* (ou incondicionais) –, ao passo que a aplicação de outros “já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios – são chamados, assim, de (ii) postulados *específicos* (ou condicionais). Na primeira categoria, o autor enquadra, com autonomia: (ia) a *ponderação de bens*, vista como um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” – se não for estruturada com a inserção de critérios, é instrumento “pouco útil na aplicação do Direito”; (ib) a *concordância prática*, definida como a “finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam” (surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários, donde falar-se em “dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo”, na busca de equilíbrio)⁵⁴⁸; e (ic) a *proibição de excesso*, que fornece um limite para a promoção das finalidades constitucionalmente postas, ao proibir a “restrição excessiva de qualquer direito fundamental”.⁵⁴⁹

constitucional, destacando a *unidade da Constituição* e, em conexão estreita, o princípio da *concordância prática*, de modo que cada um dos bens jurídico-constitucionalmente protegidos “ganhe realidade” – tarefa de otimização que impõe limites a ambos os bens, a serem traçados no caso concreto e de modo *proporcional*. “Proporcionalidade” aqui é definida como uma “relação de duas grandezas variáveis”, não uma relação entre “uma ‘finalidade’ constante e um ‘meio’ variável”. Serve o exemplo da “ação recíproca” entre liberdade de opinião e lei geral limitadora: trata-se de “concordância prática pela coordenação ‘proporcional’ da liberdade de opinião por um lado, dos bens protegidos por ‘leis gerais’, por outro” (pp. 65-7). Sustenta que a “ponderação de bens” cai no “perigo de abandonar a unidade da Constituição”, o que também vale para a presunção inicial a favor da liberdade (na qual não vislumbra um princípio de interpretação constitucional). De todo modo, e na esteira do Tribunal Constitucional Federal, o princípio da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito (p. 159). A tarefa de limitar direitos fundamentais é a de “coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade”, o que a Constituição só faz ela própria numa parte pequena. A tarefa é, pois, fundamentalmente, *produção de concordância prática*, o que requer, reitera Hesse, a coordenação “proporcional” (p. 255) – o tema da limitação dos direitos fundamentais será tratado, com relação à liberdade religiosa, *infra* (item 4.1).

⁵⁴⁸ O prisma adotado não se compadece com simples “ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado” (mesmo pela dificuldade de hierarquização, minimamente legitimada por consenso, entre direitos individuais e outros valores constitucionais), mas, pelo contrário, adentra “nas circunstâncias peculiares de cada caso” e recorre “à *concordância prática (praktische Konkordanz)*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.”. Gilmar Ferreira Mendes, no prefácio de FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem ‘versus’ a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre, Fabris, 2000, p. 15.

⁵⁴⁹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 85-9. A inclusão da última categoria já é mais controversa, amiúde tratada pela doutrina no bojo da terceira máxima da proporcionalidade (em sentido estrito), justificando o autor que a proibição de excesso está presente “em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido”, pelo que sua aplicação “não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, de que o autor faz depender o postulado da proporcionalidade – a idéia é que a realização de uma regra ou princípio constitucional “não pode conduzir à restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”. Exemplos e uma discussão mais acurada (que não interessa à investigação), às pp. 89-92.

Na segunda categoria, dos postulados específicos, Ávila cataloga: (ia) a *igualdade* (que já foi tratada *supra*, item 2.2.4); (iib) a *razoabilidade*; e, finalmente, (iic) a *proporcionalidade*. A razoabilidade destaca-se em três acepções: (iibi) como *equidade*, casos em que o postulado exige a “harmonização da norma geral com o caso individual”, impondo, na aplicação das normas, “a consideração daquilo que normalmente acontece” (na aplicação do Direito deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário, não o extraordinário; deve-se presumir o que acontece no dia-a-dia, e não o extravagante) – da mesma forma, exige-se a consideração do aspecto individual do caso “nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”, quando a norma legal não pode ser aplicada por se tratar de caso anormal (o que remonta à equidade de Aristóteles, cuja natureza é ser um corretivo da lei, “quando e onde ela é omissa por ser geral”). A razoabilidade, pois, serve de “instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação”; (iibii) como *congruência*, casos em que o postulado exige a harmonização das normas com suas “condições externas de aplicação”, vale dizer, a “recorrência a um suporte fático existente” (com relevo para as hipóteses de anacronismo legislativo, quando o contexto socioeconômico em que foi concebida a norma não subsiste). Aqui exige-se, também, uma relação congruente entre o “critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”, vedada a discriminação arbitrária ou aleatória (a instituição de distinção sem causa concreta viola o princípio da igualdade); (iibiii) como *equivalência* entre a “medida adotada e o critério que a dimensiona”.⁵⁵⁰

Feito o excursão, ocupa-se o autor da proporcionalidade (iic). Primeiro, Ávila assevera que o postulado aplica-se “apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três elementos fundamentais” (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) – não tem, assim, aplicabilidade irrestrita. Antes dos exames inerentes à proporcionalidade, é de verificar mais de perto a *relação entre meio e fim* “intersubjetivamente controlável”, de modo que o exame de proporcionalidade (um postulado que decorre do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito), além de depender do imbricamento entre bens jurídicos, aplica-se “sempre que houver uma *medida*

⁵⁵⁰ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 93-101. Como exemplos do último caso, as taxas devem ser equivalentes ao serviço prestado e as penas devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do réu. Para distinguir a razoabilidade da proporcionalidade, o autor observa que o segundo postulado citado exige que os Poderes Legislativo e Executivo escolham, para a realização de seus *fins*, *meios* adequados, necessários e proporcionais, exigida uma “relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim” –

concreta destinada a realizar uma *finalidade*” – um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados enfraquecem o poder de controle da proporcionalidade sobre os atos do Poder Público.⁵⁵¹

A relação de causalidade aventada por Humberto Ávila parece funcionar muito bem, modo operacional, como postulado normativo. Mas a noção, em si, é controversa na teoria do direito, a pressupor, no fundo, que com regras claras (ainda que metanormas ou normas de segundo grau) chegar-se-á um único resultado válido (questão que será debatida *infra*, item 4.3). Também por isso, não afasta a possibilidade de tratar a proporcionalidade como um princípio geral, no qual se vislumbra um mandado de otimização (um dever de promover um estado de coisas): ao Estado, que realize suas tarefas no maior grau possível e com a menor restrição correlata.⁵⁵²

referência ausente da razoabilidade. Reconhece, entretanto, que é “plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito” (pp. 102-3).

⁵⁵¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 104 –8. Os fins *internos* estabelecem um resultado a ser alcançado que “reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação – exigem, portanto, determinadas medidas de apreciação que se relacionam com as pessoas/situações, e “devem realizar uma determinada propriedade que seja relevante para determinado tratamento”. Os fins *externos* estabelecem resultados que se constituem em “finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem uma dimensão extrajurídica” – podem ser empiricamente dimensionados, já que a relação meio/fim é uma “relação de causa e efeito”. No primeiro caso, exige-se apenas um exame de correspondência entre um fim interno e uma medida de justiça. Na segunda hipótese é que há o exame desdobrado (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito). Neste ponto é que se separa a proporcionalidade dos outros postulados ou “princípios hermenêuticos”, como o da *justa proporção* (que tão-só exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, “independente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo”), o da *ponderação de bens* (que se contenta em atribuir uma dimensão de importância a valores que se imbricam, “ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação”), o da concordância prática, o da proibição de excesso e o da razoabilidade (sempre a relação do meio relativamente ao fim).

⁵⁵² Vide, por exemplo, a concepção de GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 266-7, que considera que o *princípio da proporcionalidade* “se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de se derivar da ‘cláusula do devido processo legal’”. Na visão de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo substancia as próprias determinações “de que se realizem os direitos (e garantias) fundamentais na medida do que for fática e juridicamente possível” – ao passo que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja *juridicamente* o melhor possível”. Também MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, pp. 726-7 (citado *Liberdade de expressão*): o princípio da proporcionalidade em sentido amplo constitui uma “dimensão materialmente concretizador do princípio do Estado de direito e da primazia dos direitos fundamentais”, válido não apenas em matéria de restrições, “mas como princípio objetivamente conformador de toda a atividade do Estado, legislativa, administrativa e judicial”. Adiante (pp. 738-9), para além de sua função de metaprincípio “de otimização dos diferentes princípios existentes na ordem jurídico-constitucional, o princípio da proporcionalidade compreende uma dimensão objetivamente conformadora de toda a ordem jurídica e da vida social, a qual lhe confere uma vinculação imediata nas relações entre particulares” (*infra*, item 4.2).

Noutra vertente e em iluminura histórica, pesem as raízes iluministas, a proporcionalidade, em consistência dogmática, foi primeiramente formulada, como *princípio* na dicção de Scholler, no direito administrativo alemão do século XIX, daí transpondo-se para o direito constitucional. Entretanto, a vinculação do legislador só seria reconhecida com a vigência Lei Fundamental de 1949, muito em face das “leis injustas” da experiência nacional-socialista.⁵⁵³

Assim, de Weimar a Bonn caminhou-se na evolução do princípio da “reserva legal” (*Vorbehalt des Gesetzes*) para o princípio da “reserva da lei proporcional” (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), a indagar-se da relação entre meios e fins (*Zweck-Mittel*) no controle jurisdicional das leis desproporcionais, a ponto de afirmar-se que a “sedes materiae” do “princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito”. Todavia, a supervalorização da proporcionalidade limita-se no princípio da isonomia; ambos devem ser aplicados de forma simultânea e harmônica.⁵⁵⁴ A lei proporcional é adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Vale lembrar que ao atuar do legislador (ao contrário da Administração) concede-se “uma margem de arbítrio bem mais ampla para tomar medidas, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potencial e hipotético”, numa espécie de “presunção em prol da confiança” nele depositada “no que diz com a difícil tarefa de avaliar o complexo nexos empírico existente entre o estado gerado pela intervenção e o estado correspondente ao da consecução dos fins almejados”. A *adequação* relaciona-se com a “realidade empírica” e deveria aferir-se em primeiro lugar, embora o critério da *necessidade* tenha maior “relevância jurídica” (a “razoabilidade”, na visão de Scholler, que pode ser entendida como proporcionalidade em sentido estrito, tem importância secundária). Ao examinar a constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional desenvolveu como método auxiliar a “teoria dos degraus” (*Stufentheorie*) e a “teoria das esferas” (*Sphärentheorie*): as restrições não devem saltar (passar a esfera/degrau seguinte apenas quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável), o que também conecta-se à constatação da existência de “diversos níveis no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Verifica-se que a “esfera mais central, notadamente a esfera mais

⁵⁵³SCHOLLER, *O princípio da proporcionalidade*, pp. 268-9. A perplexidade dos juristas alemães diante do nazismo, ancorados numa jusfilosofia *positivista*, determinou a redação de um dos textos mais famosos de Radbruch, numa circular dirigida aos estudantes de Heidelberg, após a guerra, ainda em 1945, no qual se refere à “arbitrariedade legal e direito supralegal” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. revista e acresc. (trad. Cabral de Moncada), Coimbra: Armênio Amado, 1979 – Apêndice II, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, pp. 415-8). Minudente estudo da questão em AZEVEDO, *Limites e justificação*, especialmente pp. 85-190 (relativismo jurídico, Radbruch, III Reich).

⁵⁵⁴ SCHOLLER, *O princípio da proporcionalidade*, pp. 271-3.

íntima, encontra-se, de regra, completamente imune às restrições legislativas e/ou administrativas. Pelo menos, cumpre admitir que a esfera reservada ou íntima no âmbito de proteção de determinado direito fundamental encontra-se sujeita a uma proteção significativamente maior do que a outorgada na esfera da privacidade ou mesmo na esfera pública.”⁵⁵⁵

Uma vez pacífica a igualdade axiológica entre os bens constitucionais fundamentais, resta harmonizá-los, seguindo a diretriz da concordância prática, que abomina o sacrifício absoluto de qualquer um dos princípios em conflito. Há de se esboçar, pois, limites e condicionamentos recíprocos. Idéia semelhante fundamenta o princípio de ponderação dos bens (girando em torno do peso). Por outro lado, cabe ao legislador regular, em abstrato, os conflitos entre bens constitucionais, orientando-se, segundo Viera de Andrade, pelo *princípio da proporcionalidade*. Tal limitação de direitos fundamentais, “em situações típicas de conflito hipotético” (prevista no art. 18 da Constituição Portuguesa), observará a tríplice dimensão da proporcionalidade: adequação (da restrição em relação ao fim visado, que será outro direito/interesse constitucional), necessidade (restrição exigível sob ponto de vista pessoal, temporal, espacial e material, optando-se pelas medidas que menos afetem direitos) e proporcionalidade em sentido estrito (os benefícios obtidos não podem ser manifestamente inferiores ao prejuízo imposto ao direito restringido).⁵⁵⁶

Em rigor, há que se observar os exames inerentes à *proporcionalidade*, advindos do direito constitucional alemão. Na esteira de Alexy: o primeiro é o da *idoneidade* do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da *necessidade* desse meio (que inexistente havendo meio mais ameno, menos interventor); o terceiro, o princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, formula-se por uma máxima, “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”. Essa intervenção se sucede em três fases. Na primeira, deve-se determinar a

⁵⁵⁵ SCHOLLER, *O princípio da proporcionalidade*, pp. 274-6 (para os desdobramentos do postulado da proporcionalidade) e pp. 280-1 (para a teoria dos graus). Observe-se que, à blindagem da esfera íntima corresponde, na sistemática de Humberto Ávila, o postulado inespecífico da proibição de excesso. Sobre “segurança e ordem pública” como um conceito aberto, vide p. 285 (exemplo do repórter que obtivera do Tribunal de Justiça de Hamburgo uma indenização contra policiais que o trataram como perturbador da ordem, decisão reformada pelo Superior Tribunal de Justiça – BGH, ao argumento de que ele próprio dera margem à atuação violenta da autoridade policial na medida em que gerou a impressão de estar ameaçando a ordem pública). Por outro lado, o legislador já ponderou os bens, “estabelecendo determinados parâmetros por ocasião da edição da lei”, no exemplo do crime de dano versus livre expressão artística a exercer-se sobre o muro de terceiro (p. 286). Por derradeiro, o princípio da *lealdade* (*Fairness-Prinzip*) desenvolvido por John Rawls pode-se encarar como o “princípio da proporcionalidade com especial consideração pelas minorias no seio de uma determinada comunidade” (idem).

intensidade da intervenção; na segunda, trata-se da *importância das razões* que justificam a intervenção; somente na terceira é que ocorre a *ponderação* no sentido estrito e próprio (no caso-padeiro, a proibição de produzir doces intervém de forma muito intensa na liberdade de profissão; impedir adoecimento dentário, se não é insignificante, tem peso apenas mediano, assim a restrição é inconstitucional).⁵⁵⁷

Ávila oferta um mapa bem detalhado dos exames inerentes à proporcionalidade, com as três estações clássicas. Primeiro, a *adequação*, que exige uma relação empírica entre o meio e o fim: “o meio deve levar a realização do fim”, para o que deve revelar *eficácia contributiva* para a promoção gradual do fim. Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais um fim do que outro; em nível qualitativo, pior, igualmente ou melhor; e, em sede probabilística, menos, igual ou com mais certeza. Cabe, daí, a pergunta: legislador e administrador têm o dever de escolher “o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim”? Ou têm o dever de simplesmente escolher um meio que promova o fim. Fica-se com a segunda alternativa, até porque nem sempre é possível precisar “o meio” nos termos da primeira equação, o que depende de informações e circunstâncias muitas vezes não disponíveis – ademais, o princípio da separação dos poderes joga importante papel, “exige respeito à vontade objetiva” do legislador e do administrador (um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções). E como deve ser analisada a relação de adequação? Para encontrar o significado de *adotar uma medida adequada*, o autor propõe uma resposta heurística (hipótese provisória, para posterior reconstrução): quando o Poder Público atua para uma “generalidade de casos” (edição de atos normativos, v.g.), a medida será adequada se, *abstrata e geralmente*, servir de instrumento para a promoção do fim (o fim é possível com sua adoção e é realizado na maioria dos casos com sua adoção); já no caso de “atos meramente individuais” (e.g., atos administrativos), a medida será adequada se, *concreta e individualmente*, funcionar como meio para a promoção do fim (se o fim for efetivamente realizado e todos os casos individuais demonstrarem sua realização). Em ambas as hipóteses, a adequação deve ser avaliada “no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador”, vale dizer, preponderam, na análise da proporcionalidade, “juízos do tipo probabilístico e indutivo”. Resta, ainda, perguntar qual deve ser a intensidade de controle (forte ou fraco) das decisões tomadas pela Administração. Preconiza-se um *modelo fraco*, em que apenas uma

⁵⁵⁶ ANDRADE, *A problemática*, pp. 89-90.

⁵⁵⁷ ALEXY, *Colisão*, pp. 278-9.

demonstração “objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim”, de novo em homenagem ao princípio de separação dos Poderes, defeso ao julgador escolher o “melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração”. O Tribunal Constitucional alemão, no intuito de fazer prevalecer a opção da autoridade competente, refere-se aos controles de evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), sendo que o Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros poderes se a sua “inadequação foi *evidente* e não for, de qualquer modo plausível, *justificável*” – a mera má projeção, por si, não invalida o meio escolhido.⁵⁵⁸

No segundo patamar, o exame da *necessidade*, em que se verifica a existência de meios *alternativos* (em relação aos inicialmente escolhidos pelo legislador ou administrador) “que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”. Há duas etapas de investigação: (i) no exame de igualdade da adequação dos meios comparara-se os efeitos dos meios alternativos com os efeitos do meio adotado pelo legislador ou administrador (a dificuldade, neste passo, é estipular em quais – ou em todos – os aspectos que deve repousar o cotejo) – de novo, em face da separação dos poderes, a verificação do meio menos restritivo deve indicar o *meio mais suave, em geral e nos casos evidentes*. Na hipótese de normas gerais, “o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos” (o que não descarta, em casos excepcionais, forte na razoabilidade, “anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos”); na hipótese de atos individuais, devem-se considerar as “particularidade pessoais e as circunstâncias do caso concreto”.⁵⁵⁹

No terceiro passo ocorre o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, que exige a comparação entre a “importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”. A pergunta, a ser feita, indaga se as “vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio” ou se a “valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada”. O exame é, bem de ver, complexo, envolvendo forte avaliação subjetiva, mormente nos casos em que um meio é

⁵⁵⁸ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 108-13.

⁵⁵⁹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 114-5. Trata-se de um exame que não é singelo e envolve certa complexidade, especialmente quando os meios são diferentes não só no “grau de restrição dos direitos fundamentais”, mas também no “grau de promoção da finalidade”. A *ponderação* é inafastável, por exemplo,

adotado para atingir uma “finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.”.⁵⁶⁰

É possível, de todo modo, que a inconstitucionalidade por ofensa à proporcionalidade seja um dos mais “tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”, mesmo em face da esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische-Gestaltungsfreiheit*). Dentro dos limites constitucionais, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.⁵⁶¹ O excesso de poder também é vedado no seu aspecto negativo – à omissão legislativa opõe-se um “dever de legislar”. Inclusive porque o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica implica um “postulado de proteção” (*Schutzgebote*) e uma “proibição de omissão” (*Untermassverbot*). Quanto ao exame da proporcionalidade, em si, o Tribunal Constitucional Alemão consignou que os “meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”. Portanto, “apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser inadequado. (...) A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um ‘controle de sintonia fina’ (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.”.⁵⁶² Sobre o princípio da proibição de insuficiência, decorrente do dever de proteção estatal e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, já há excelente literatura nacional, inclusive com concretizações na seara penal.⁵⁶³

para escolher entre um meio que restringe pouco (e também promove pouco o fim) e outro que, pese causar muita restrição a um direito fundamental, promove bastante o fim (p. 116).

⁵⁶⁰ ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pp. 116-7.

⁵⁶¹ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 246-7.

⁵⁶² MENDES, *Os direitos individuais*, p. 209 para o aspecto negativo do excesso de poder e pp. 248-51 para as três etapas do exame da proporcionalidade. Após analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro (pp. 251-71), conclui que o princípio da proporcionalidade “como dimensão específica do devido processo legal ganhou autonomia” (p. 269). Vale lembrar que, para a Corte Constitucional alemã, as decisões administrativas e judiciais também se submetem ao controle da proporcionalidade, o que é irrepreensível, especialmente nos casos que envolvem “normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas).” – p. 272.

⁵⁶³ Veja-se STRECK, Lênio. “Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, (*Neo*)Constitucionalismo: *ontem, os Códigos; hoje, as Constituições – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, pp. 243-84 (citado *Da proibição de excesso*). SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXXII, nº 98, jun. 2005. Porto Alegre: AJURIS, pp. 105-49 (citado *Constituição e proporcionalidade*).

Com tal percurso, encerra-se o primeiro eixo da investigação, que pretendeu plantar os pressupostos da liberdade religiosa, cujo próprio sentido depende do contexto do Estado democrático de direito, e cuja determinação não prescinde dos conceitos e princípios expostos. No eixo dogmático que segue, amiúde as noções e referências trabalhadas serão reconvocadas. O próximo desafio, então, é verificar o que significa, no horizonte constitucional brasileiro, o direito à liberdade religiosa como um todo.

Sobre os deveres jusfundamentais de proteção, por exemplo de o Estado legislar penalmente para tutela da honra pessoal, vide ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 280-1. Também, sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em caso concreto, ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, 23 (2000), pp. 197-230.

EIXO II – A DOGMÁTICA DA LIBERDADE RELIGIOSA

3 A DENSIFICAÇÃO DO COMPLEXO LIBERDADE RELIGIOSA

Interessa, a partir de agora, a configuração jurídico-constitucional da liberdade religiosa, vale dizer, verificar de que modo é dogmaticamente construída pelo direito constitucional coevo, de que maneira estrutura-se no Estado Democrático de Direito, com ênfase, sempre, na experiência brasileira plasmada na Constituição Federal de 1988. Mas tendo em vista, natural e inescapavelmente, os conceitos operacionais e os princípios estruturantes já discutidos, que passam a ser pressupostos para a edificação dogmática que se impõe, a fim de que os tópicos problemáticos a ser explorados no próximo capítulo sejam tratados com coerência, a possibilitar soluções justas, sistêmicas e adequadas.

É de levar em conta, assim, tudo que ficou dito em termos de tolerância e interculturalismo, de inclusividade constitucional e limites desafiados pelo fundamentalismo religioso, bem como de considerar o apelo que densifica a dignidade da pessoa humana, que se viabiliza nos princípios gerais de liberdade e igualdade e concreta-se no manejo da proporcionalidade.

Nesta sede, pretende-se plantar as bases do conceito jurídico da *liberdade religiosa*, pensada como um *direito complexo* (um *cluster right*), de vertentes *subjetiva* (titulares pessoas físicas e jurídicas) e *objetiva* – que se reveste, assim, de dimensões negativas e positivas e vincula os órgãos estatais e os particulares, sendo importante diferenciá-la do direito fundamental matricial da liberdade de consciência, e segui-la nas manifestações de crença e culto. Então, vista na coexistência de outros direitos fundamentais, a dinâmica das colisões é chamada, para enfrentar e compatibilizar a interferência de direitos e garantias conexos, avançando-se, ainda, na discussão de um *topos* hermenêutico – aquele da melhor

resposta possível (em vez da única resposta correta) – que servirá de critério metodológico para a análise de situações práticas que fechará a investigação.

Não custa lembrar que a firme ancoragem no espaço jurídico-constitucional não desconhece o substrato histórico, a partida teológico-confessional da matéria em apreço, a funcionar como poderosa pré-compreensão de muitos operadores e segmentos sociais (*supra*, item 1.3.1). O discurso da investigação não será impermeável a tais considerações, mantendo-se, quanto possível e sem conspurcar os primados de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos da comunidade constitucional, cognitivamente aberto aos indicativos interculturais, seja no prisma da tradição, amiúde confundida com as profissões de fé dominantes, seja com a heterodoxia e, até, com as erupções fundamentalistas toleráveis. Tome-se, aqui, uma imagem impressiva: se o discurso *teológico* acena com o “esplendor da verdade”, o discurso *constitucional* orbita no “esplendor da liberdade” reconhecida a cada indivíduo de “escolher entre as diferentes mundividências autocompreendidas como ‘verdades objetivas’”.⁵⁶⁴

Não se está a adentrar, advirta-se, nas respeitáveis sendas do Direito Canônico e/ou do Direito Eclesiástico, cuja lógica normativa escapa ao âmbito da investigação, embora trechos da investigação possam ter regulação e solução diversas, no que pertine às relações das confissões religiosas com o Estado (ou mesmo da liberdade religiosa individual), já que o ângulo do trabalho enfatiza o *direito constitucional da religião*.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ O alicerce, todavia, diga-se com clareza, é jurídico-constitucional e “considerar” não significa, por si, “transigir” ou “conceder”, mantendo-se distância de qualquer tomada de posição teológica. Assim, questões importantes neste outro universo (confessional), tais como saber se, para as igrejas, a liberdade religiosa e o princípio da separação são efetivos “artigos de fé” (*Articles of Faith*) ou simples “artigos de paz” (*Articles of Peace*) tornam-se irrelevantes ao trabalho. A liberdade religiosa de que se cura é definida “não por referência a Deus, mas por referência a uma instituição civil, o Estado” – sendo aberta e inclusiva, está no oposto da referida *libertas ecclesiae*, “como de qualquer concepção que apresente um pendor exclusivista e discriminatório” (MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 184).

⁵⁶⁵ No direito português, por exemplo, a nomenclatura do âmbito dogmático de que se cura não é incontroversa. ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 403-5, numa teleologia de *restauração*, prefere “Direito Eclesiástico”, para que a Universidade volte aos estudos jurídicos sobre a “relevância social da religião na comunidade política”. O autor descarta sugestão de Souza e Brito (“Direito das religiões”), que deixaria “transparecer um involuntário ceticismo religioso”, que só teria paralelo no direito francês. Cita, também, Freitas do Amaral, que pugnava pela volta de uma disciplina de “Direito dos Cultos” (extintos tais estudos – sobre a liberdade religiosa e sobre as relações Igreja-Estado – desde 1910 na Faculdade de Direito de Coimbra, então única no país). Sebastião Cruz, em 1970, lamentava a inexistência do “Direito Eclesiástico”, sendo Portugal o único país que, tendo uma Concordata com a Santa Sé, não inseria nos programas universitários o estudo do “Direito Concordatário” e/ou do “Direito Eclesiástico” (dados como sinônimos). MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 185, nota 638, notando a indução pelo “peso da tradição”, que leva muitos autores ao “Direito Eclesiástico”, afasta-o pelo “cunho especificamente cristão e manifestamente institucional” (a redução da liberdade religiosa a um *idem sentire cum Ecclesia* é um risco, dadas as dificuldades da disciplina de desvincular-se dos “quadros teóricos do *ius canonicum* e acompanhar as mudanças sociológicas e constitucionais” – daí preferir “direito constitucional da religião” (*constitutional law of religion, Religionsverfassungsrecht*), que “parte da liberdade de consciência e de religião individual, chegando, num segundo momento, à esfera de liberdade religiosa coletiva”.

Devem-se aclarar, no seguimento, algumas noções conceituais que serão utilizadas para o tratamento dogmático da liberdade religiosa.

3.1 FEIXE DE DIREITOS E DEVERES, PROGRAMA DA NORMA E ÂMBITO NORMATIVO

Alexy, no capítulo 4 da “Teoria dos direitos fundamentais”, explora-os como direitos subjetivos, o que leva a um sistema de posições jurídicas fundamentais, que se triparte em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”. No fecho, sinala que, para além das posições jusfundamentais individuais, quando se fala num direito fundamental concreto (a vida ou a liberdade de expressão, v.g.) refere-se, em geral, ao *direito fundamental como um todo* (*Grundrecht als Ganzes*), um “feixe ou complexo de posições jusfundamentais” reunidas pela sua adscrição a uma disposição de direito fundamental. Vale dizer, à reunião de um feixe de posições em um direito fundamental corresponde à adscrição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental.⁵⁶⁶ Naturalmente, o feixe de posições jusfundamentais engloba direitos e deveres subjetivos correlatos, além de deveres objetivos. Diz-se subjetivo o direito quando o titular respectivo tem, em face do destinatário, o *direito* a um determinado ato, e este último tem o *dever* de, perante o primeiro, praticá-lo – o que se reconduz a uma *relação trilateral* “entre o titular, o destinatário e o objeto do direito”. Quanto ao dever objetivo, ocorre em presença de uma norma que vincula o sujeito “em termos objetivos”, é dizer, “quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”.⁵⁶⁷

Entre estas normas e posições, Alexy distingue três relações que ultrapassam o mero pertencer ao feixe: (a) uma relação de *precisão*; (b) uma relação de *meio/fim* – que joga um papel decisivo nas normas de organização e procedimento; e (c) uma relação de *ponderação*,

⁵⁶⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 241. O autor exemplifica com três posições, de tipos muito diferentes (ancoradas no mesmo artigo 5º, 3, da Lei Fundamental – liberdade de expressão no âmbito da ciência, da pesquisa e do ensino), que um cidadão teve reconhecidas pela Tribunal Constitucional alemão, em face de uma lei referente a “escola superior integrada” na Baixa Saxônia: (i) uma *liberdade jurídica* para realizar as ações que caem dentro do âmbito da ciência; (ii) um direito frente ao Estado, para que não obstaculize as respectivas ações – um “direito a ações negativas do Estado” (*direito de defesa*), que protege a liberdade jurídica; e (iii) um *direito a ações positivas do Estado*, que também tutela a liberdade jurídica – um direito a medidas estatais de cunho organizativo, “indispensáveis para a proteção de seu âmbito de liberdade assegurado por disposições de direito fundamental”, na dicção da Corte, que formulou mandados ao Estado, alguns de nível mais abstrato, com caráter de princípios; outros mais concretos, “deveres definitivos do Estado, relativamente especiais”; e, num “nível diretamente concreto”, proibições que assumem o caráter de regras (p. 242). Percebe-se, portanto, que o “feixe de posições jusfundamentais” desdobra-se em direitos e deveres fundamentais.

a “mais interessante”, pois pode desempenhar papéis no marco da relação de precisão “para fundamentação de uma determinação de significado”; no marco da relação meio/fim, “para a seleção e exclusão de fins” (e de meios); mas também pode dar-se fora destas relações, numa relação entre “uma posição *prima facie* e uma posição definitiva”.⁵⁶⁸

Em suma, para que se torne um conceito teoricamente interessante (que tenha como conteúdo algo mais que a mera justaposição aditiva de posições), o “direito fundamental como um todo” deve agregar “um feixe de posições definitivas e *prima facie*, inclusive as relações que existem entre elas”. Assim, define-se o direito fundamental como um todo: “um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas e adscritas a uma posição jusfundamental”. Possui um caráter dinâmico, que inclui exigências que vão além do existente, a colidir, por isso, com outros direitos fundamentais e com princípios referentes a bens coletivos, com o que se vincula, necessariamente, ao seu entorno normativo”. Pese seu objeto complexo, o direito fundamental como um todo não é inapreensível. Compõe-se por elementos com uma estrutura bem definida (as distintas posições do cidadão e do Estado), e entre estas posições existem relações determináveis (precisão, meio/fim, ponderação), cuja concretização pode chegar a mandados concretos muito diferentes – no marco da pergunta acerca do que pertence a um direito fundamental como um todo, plantam-se “todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais”.⁵⁶⁹

Também provindo da teoria constitucional alemã, outro conceito apresenta-se muito útil à investigação. Trata-se da análise da *normatividade* feita por Friedrich Müller, que apresenta dois focos principais da estrutura da norma jurídica: o *programa da norma* e a *área da norma*. Parte da constatação de que uma norma jurídica é mais que seu teor literal. O “teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’”. Já a área da norma “pertence à norma com grau hierárquico igual. Ela é a estrutura

⁵⁶⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 1.176.

⁵⁶⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 243. Para passar de uma à outra, há que comparar a posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e também com princípios que não se referem a posições jurídicas dos indivíduos, mas a “bens coletivos”.

⁵⁶⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 244-5. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, citado por MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência. Elementos de uma teoria constitucional*. (trad. Peter Naumann) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 10 (citado *Direito – linguagem – violência*), a *vontade objetivada do legislador* é o critério de interpretação de um dispositivo legal, tal como resulta do “teor literal da determinação legal e do contexto de sentido, no qual ela está inserida”. Servem, a esse objetivo: “a interpretação a partir do teor literal da norma (interpretação gramatical), a partir do seu contexto (interpretação sistemática), a partir da sua finalidade (interpretação teleológica) e a partir dos materiais legais e da história da

básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação, ou que ele, em parte ‘criou’”.⁵⁷⁰

O *programa da norma* identifica-se por todos os métodos de interpretação reconhecidos como legítimos. Quanto à *área da norma*, como “parte integrante material da prescrição jurídica”, deve ser “identificada empiricamente” (se isso será feito de “forma tecnicamente competente ou amadorística”, é unicamente “uma questão de formação dos juristas”). Importa reter que o *programa da norma* “destaca, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica”, no sentido de uma *diretiva orientadora* que estabelece “critérios de relevância com caráter de obrigatoriedade, tanto para a indagação quanto para a ponderação”. O programa da norma, que “permite avaliar a relevância de dados empíricos a partir da área da norma da prescrição”, não é “nem unívoco, nem absolutamente vago” – pelo contrário, indica *espaços de ação metodicamente domináveis* (dentro dos quais o trabalho jurídico deve legitimar-se e como base nos quais pode ser controlado e criticado).⁵⁷¹

Numa abordagem complementar, Konrad Hesse observa que, assim como Constituição e “realidade” não podem ser isoladas uma da outra, o mesmo vale para o *procedimento de realização* – o conteúdo de uma norma constitucional não se deixa realizar somente sobre a base das exigências contidas na norma, já que, para dirigir a conduta humana, a norma carece de concretização, o que só é possível acrescentando, ao contexto normativo, “as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada” (com o emprego das condições da “realidade”). As particularidades dessas condições formam o *âmbito da norma* que, “da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social” é destacado pela ordem, sobretudo expressa no texto da norma, o *programa da norma*, como “parte integrante do tipo normativo”. Como as “particularidades” e, portanto, o âmbito da norma, estão “sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da

formação (interpretação histórica” – todos são métodos lícitos que não se excluem, “complementam-se reciprocamente”.

⁵⁷⁰ MÜLLER, *Direito – linguagem – violência*, pp. 42-3. A área da norma pode ser inteiramente gerada pelo direito (prescrição de formas, regras institucionais e procedimentais) ou “não-gerada pelo direito” (arte, ciência, pesquisa, ensino – determinadas como livres pelo programa da norma no art. 5º, 3, al. 1, da Lei Fundamental alemã).

⁵⁷¹ MÜLLER, *Direito – linguagem – violência*, pp. 43-4. O “ponto de referência legitimante das decisões jurídicas”, as *normas jurídicas*, “não é idêntico com sua expressão verbal, quer dizer, com o texto da norma, que formula juntamente com os recursos interpretativos auxiliares o programa da norma” – isso descobre-se como uma “experiência prática irrefutável”, ao partir-se do modo efetivo de trabalho e de atuação da atividade jurídica, “ao invés de partir de um ponto abstrato, à maneira das ‘ciências humanas’”.

norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico” – disso resulta uma *mutação constitucional*.⁵⁷²

Na esteira de Müller, Hesse observa que o *programa da norma*, no essencial, está contido no texto da norma a ser concretizada e “deve ser compreendido em seu significado, decisivo para a resolução do problema, no caminho da interpretação do texto” – os métodos de interpretação possibilitam destacar “elementos de concretização” e ajudam “a precisar possíveis variantes de sentido no espaço delimitado pelo texto”; o ponto de vista teleológico é “capaz de indicar uma direção”, mas sozinho é insuficiente, podendo o trabalho facilitar-se por “precedentes de casos análogos” e pela dogmática do direito constitucional. Todavia, a “mera interpretação do texto ainda não possibilita concretização precisa suficiente”, pelo que é preciso avançar ao *âmbito da norma*: a realidade a ser ordenada é recortada dos “fatos da vida concretos”, o que fornece elementos adicionais de concretização mais pormenorizada e “fundamentação racional e controlável”.⁵⁷³

Não se desconhecem as divergências, no que tange ao conceito de norma de direito fundamental, entre Alexy e Müller, mas não há incoerência em adotar a noção de direito fundamental como um todo do primeiro e a teoria normativa do segundo. À concepção *semântica* do conceito de norma (Alexy) opõe-se a “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica” (Müller).⁵⁷⁴ O que Alexy chama de “disposição de direito fundamental”, Müller chama de “texto”; o que leva o nome de “norma” para Alexy é o que Müller chama de “programa normativo” – todavia, o conceito de *âmbito normativo*, central em Müller, não aparece em Alexy. Para Müller, a teoria da norma e a teoria da aplicação do direito são “as duas faces da mesma moeda” (uma concepção de um modelo estrutural geral das *normas jurídicas*, por um lado, e, por outro, de uma estruturação dos *processos de decisão* jurídicos, e, finalmente, como *exigência para o trabalho* dos juristas). A premissa de Müller (com a qual concorda, grosso modo, Alexy) é a constatação de que normas gerais nunca podem predeterminar completamente a imposição de normas individuais pelos órgãos aplicadores do

⁵⁷² HESSE, *Elementos de direito constitucional*, pp. 49-51.

⁵⁷³ HESSE, *Elementos de direito constitucional*, pp. 64-5. Adiante (p. 251), o autor conecta tal questão às formas de limitação de um direito fundamental, que “encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”. Esse limite relaciona-se com seu âmbito normativo (âmbito da norma) – a questão sobre o *alcance* de um direito fundamental torna necessária, por conseguinte, “uma análise cuidadosa” do âmbito da norma, tarefa amiúde não-compreendida e precipitadamente descuidada a favor da problemática de outros limites. “Muitas vezes, entretanto, problemas de direitos fundamentais já se deixam resolver sobre a base de uma tal análise e então é errôneo colocar a questão, se um direito fundamental está limitado, sob outros pontos de vista”. Hesse refere que os *limites iminentes aos direitos fundamentais* devem ser determinados por interpretação, questão polêmica que será enfrentada *infra* (item 3.3.1).

direito, já que os enunciados não possuem sentido como algo concluído e dado de antemão. O segundo argumento separa os autores: teorias semânticas, como a de Alexy (que concebe as normas jurídicas válidas como *objetos lingüísticos* que hão de ser identificados de acordo com determinados critérios de validade),⁵⁷⁵ estariam obrigadas, na visão de Müller, a formar a norma de decisão somente com a ajuda de dados lingüísticos (o que não seria possível, em face da premissa anterior). Daí que, no terceiro passo, Müller afirme que, além dos “dados lingüísticos” (programa normativo) seriam decisivos os “dados reais” (âmbito normativo), que pertenceriam à norma. Objeta Alexy que, levado a sério o argumento de que a fundamentação jurídica só pode utilizar aquilo que pertence à norma, ou haveria que incluir (no conceito de norma) juízos de valor independentes (valorações subjacentes) ou eliminá-los da argumentação – recusa ambas as disjuntivas e contrapõe à tese de Müller o conceito de *relevância normativa*: “Normativamente relevante é tudo aquilo que pode ser apresentado, conforme o direito, como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica”. Mas nem tudo que é normativamente relevante “é uma norma jurídica ou uma parte dela”, sendo perfeitamente possível distinguir entre a norma, como um objeto semântico, e os “argumentos valorativos, empíricos, prejudiciais, dogmáticos” etc. Tal distinção é recomendável.⁵⁷⁶

Entretanto, e agora num movimento de aproximação, Alexy reconhece que Müller deseja incluir apenas os elementos do *âmbito normativo* e não todos os argumentos possíveis na argumentação jurídica. Mesmo assim, Alexy não considera aceitável tal ampliação do conceito de norma. Se os dados reais são “argumentos exclusivamente empíricos” não se ganha muito (a decisão não resulta dos dados acrescidos); se os dados empíricos vinculam-se com elementos valorativos ou normativos (que não resultam do texto), incorpora-se ao conceito de norma uma “enorme e muito discutida pluralidade de concepções”. Bater-se contra sua inclusão no conceito de norma não significa que não sejam “normativamente

⁵⁷⁴ Segue-se a discussão e o cotejo do próprio ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 73-80.

⁵⁷⁵ Noutra obra, o autor apresenta a “teoria da argumentação jurídica” como um caso especial de uma “teoria geral do discurso racional prático” culminando, no apêndice, com uma *tabela das regras e formas obtidas* – Alexy, Robert. *Teoría da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva) São Paulo: Landy, 2001, pp. 293-99. Logo no início, o autor cita Larenz, Müller, Kriele e Engisch para reconhecer a constatação contemporânea de que a jurisprudência não pode passar sem *juízo de valor* – até que ponto são necessários tais juízos de valor, como se relacionam com os métodos de interpretação jurídica e a dogmática e se podem ser racionalmente justificados é o objeto central do trabalho (pp. 19-22).

⁵⁷⁶ Sem a distinção entre a *norma*, a *proposta de interpretação* e os *argumentos* que a apóiam “não é possível obter um quadro claro da fundamentação jurídica”. Para o ideal do Estado de direito há de ser mais útil uma clara separação entre o que um “legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para

relevantes” as análises empíricas, das quais podem resultar argumentos valiosos e freqüentemente decisivos. Alexy percebe, inclusive, que seu conceito de norma de direito fundamental “adscrita” (que carece de uma “fundamentação jusfundamental” correta para sua adscrição a uma disposição de direito fundamental) é muito similar, na vinculação entre norma e argumentação, à construção de Müller – embora reafirme ser possível e necessário distinguir entre a norma, como objeto semântico, e as “razões que a apóiam” (entre o critério e o objeto). Contudo, as normas adscritas salientam o papel decisivo da argumentação na resposta à questão acerca do alcance dos direitos fundamentais. Na medida em que a teoria normativa de Müller faz referência a este fato, “há que estar de acordo com ele”.⁵⁷⁷

Ainda na seara de conceitos metódicos básicos e em sentido convergente, socorre Canotilho, ao traduzir *concretizar a constituição* por um “*processo de densificação* de regras e princípios constitucionais”, um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma *norma concreta* (norma jurídica, resultado intermédio) e, finalmente, à descoberta da *norma de decisão* (resultado final, solução dos casos jurídico-constitucionais). Concretização, pois, não é igual à interpretação do texto e sim a *construção de uma norma jurídica*. A seguir, *densificar uma norma* significa “preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”. Assim, *norma constitucional* vai definida como “um modelo de *ordenação* juridicamente vinculante, positivado na

uma determinada interpretação, do que uma fidelidade à lei criada através de uma definição do conceito de norma” (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 78).

⁵⁷⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 80. Parecem, à investigação (não sendo este seu objeto sequer reflexo, mas permitida pequena digressão), procedentes duas críticas a Alexy: uma é pressupor que, num Estado democrático-constitucional, todos os cidadãos têm capacidade para atividades políticas, econômicas e sociais (relação de pressuposição similar haveria entre o “procedimento do discurso” e a “capacidade de juízo e de informação suficiente daqueles que nele participam”). Como refere Atienza, uma crítica padrão (ou um limite) à democracia, em face do falso pressuposto (nem todos têm essas capacidades ou, pelo menos, não as têm no mesmo grau), é que um “Estado democrático não pode ser considerado, por ser tal, um Estado justo”. Se o pressuposto for interpretado como uma ficção, cumpriria uma função ideológica: “a de ocultar o fato de que um discurso racional nem sempre é possível”, sendo Alexy “um tanto ambíguo na hora de estabelecer qual é o papel desempenhado pelo elemento decisional no tratamento das questões práticas” (ATIENZA, Manuel *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 273-4, citado *As razões do direito*, pp. 273-4). A segunda crítica vem de Tugendhat: a fundamentação dos enunciados práticos (e dos teóricos muito mais) não implica, modo essencial, um processo comunicativo ou dialógico, o que se liga à objeção de “não levar em conta o aspecto não racional e volitivo do discurso real exigido pela moral”. Resumindo, com Atienza (pp. 274-80), Alexy (e Habermas) teria descuidado do fator *volitivo* e, com ele, do problema do *poder*. Na mesma linha Richards (sempre citado por Atienza, p. 279), ao censurar em Alexy a separação excessiva entre o raciocínio jurídico e o raciocínio prático geral – exemplifica com o alcance e o conteúdo de direitos fundamentais como a liberdade religiosa, em que não se teria que partir de material jurídico dado, já que a “razão prática desempenha aqui um papel central e não é independente desses materiais” (ponto para Müller e seu *âmbito normativo*). Daí uma dificuldade fundamental apontada por Atienza na teoria de Alexy (não obstante o desejo explícito de “clara e útil separação”, no Estado de Direito, entre o que o legislador impôs e as razões do

Constituição e orientado para uma concretização material”, que é constituído: (1) por uma “medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos” (*programa normativo*); (2) por uma “constelação de dados reais” (*setor ou domínio normativo*) – “âmbito da norma”, na terminologia Müller/Hesse. Chega-se, enfim, ao *âmbito de proteção*, “delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma”, tendencialmente o resultado proveniente da “delimitação dogmática” feita pelo “confronto de normas do direito vigente”.⁵⁷⁸

Mais adiante, entretanto, Canotilho retoma o tema e sinala as várias formas de designação dos “bens” ou “domínios existenciais” (a *religião*, no caso da investigação) protegidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais: “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*), “domínio normativo” (*Normbereich*), “pressupostos de fato dos direitos fundamentais” (*Grundrechtstatbestände*). Prefere optar por *âmbito normativo*, para recortar aquelas “realidades da vida” que as normas consagradoras de direito captam como “objeto de proteção”, muitas vezes atos ou comportamentos, ativos ou omissivos (liberdades positivas e negativas). A proteção normativa às realidades da vida, todavia, opera pela configuração de *direitos subjetivos* (direito à liberdade, e.g.), *direitos de prestação* (direito ao ensino, por exemplo), *direitos processuais e procedimentais* (direito a ser ouvido em processo penal, v.g.), *garantias de instituto e garantias institucionais* (exemplo: a proteção da maternidade) e *direitos de participação* (ex.: direito de participar da vida pública).⁵⁷⁹

No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes refere que a definição do “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*) configura “pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental”. Abrange “os diferentes suportes fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v.g. reunir-se sobre determinadas condições) e a consequência comum, a proteção

intérprete), justamente não ficar “nada claro de que modo se pode unir harmoniosamente a interpretação discursiva da argumentação jurídica e a adesão ao direito positivo” (p. 280).

⁵⁷⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional*, pp. 1.127-9. A norma tem duas dimensões fundamentais, que se articulam: (i) o programa normativo; (ii) o domínio normativo. O primeiro (i) é o *resultado* de um processo parcial de concretização assente fundamentalmente na *interpretação do texto* normativo (daí que o enunciado lingüístico da norma considere-se o ponto de partida do processo de concretização); o segundo (ii), também chamado *setor normativo* é o resultado de um “segundo processo parcial de concretização” assente sobretudo na *análise dos elementos empíricos* (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma) – desta forma, afirma o autor, a norma jurídico-constitucional é um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material*, constituído por “uma medida de ordenação, expressa através de enunciados lingüísticos, e por um ‘campo’ de dados reais (fatos jurídicos, fatos materiais).” – pp. 1.141-2.

⁵⁷⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional*, pp. 1.184-5. São “efeitos jurídicos” que resultam do fato de uma norma recortar certos “dados da realidade” como objeto de proteção. Para dar *operatividade* a essa proteção “cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos”. É importante, para evitar incompreensões, frisar que os direitos de prestação, processuais e de participação (como decorre dos próprios exemplos fornecidos pelo autor) também são direitos subjetivos.

fundamental”. Cita doutrina alemã a afirmar que o âmbito de proteção “é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*”. De toda sorte, ligada ao âmbito de proteção, está a “fixação precisa das restrições ou das limitações” aos direitos em tela, embora “não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*”. Em relação ao âmbito de proteção, mister identificar-se o “objeto da proteção” (*o que é efetivamente protegido?*) e “também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção”.⁵⁸⁰

No escopo de unificação terminológica, fica-se com “programa normativo” para o primeiro elemento estruturante da norma jurídica (resultado de dados lingüísticos) e, para o segundo, agregador de dados da realidade, “âmbito normativo” ou “âmbito de proteção” (as pequenas variações vocabulares não distorcem o fenômeno retratado), também utilizando-se, neste último caso, pelos traços clarificadores, “suporte fático” (na clássica expressão/tradução de Pontes de Miranda) e “conteúdo” e/ou “alcance” da norma. Incorpora-se, assim, ao conceito de norma, como advertia Alexy, uma “pluralidade de concepções”, que, ainda que enorme e discutida, serve melhor à perspectiva intercultural e à inclusividade constitucional já referidas (*supra*, itens 2.1.2 e 2.1.3). De todo modo, deslindar o âmbito normativo não exime, num segundo passo metódico, do jogo de limites e restrições, questão polêmica que será enfrentada *infra* (item 4.1).

3.2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM TODO NO QUADRO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A confirmar a intuição de que se trata de um direito complexo, que suporta e encaixa dimensões individuais e coletivas, subjetivas e objetivas, positivas e negativas, institucionais e procedimentais, basta discorrer, preliminarmente, acerca dos textos ou dispositivos constitucionais relativos diretamente ao fenômeno religioso, ao menos para que se tenha visão de conjunto.

⁵⁸⁰ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 210-3. Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito “depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais”. Muitas vezes, só há de “ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito”.

A iniciar pelo *Preâmbulo*, em que os constituintes proclamam, como representantes do povo brasileiro, que promulgam, em 05 de outubro de 1988, *sob a proteção de Deus*, a Constituição da República Federativa do Brasil. Explícita e literalmente, dentre os *direitos e deveres individuais e coletivos* elencados no artigo 5º, importam os incisos VI (*liberdade de consciência e de crença; livre exercício dos cultos religiosos; proteção aos locais de culto e a suas liturgias*), VII (*assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva*) e VIII (*não-privação de direitos por motivo de crença religiosa – objeção de consciência*). Ao tratar da *organização do Estado*, estabelece-se ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer *cultos religiosos* ou *igrejas*, subvencioná-las, embaraçar-lhes...” (artigo 19, inciso I). No capítulo das *forças armadas*, atribui-se serviço alternativo (ao serviço militar obrigatório), entendendo-se imperativo de consciência como o decorrente de *crença religiosa* (artigo 143, § 1º), assim como isentam-se *eclesiásticos*, em tempos de paz, do serviço militar obrigatório (§ 2º do artigo 143). No *sistema tributário nacional*, ao mencionar *limitações ao poder de tributar*, há vedação de instituir impostos sobre *templos de qualquer culto* (artigo 150, inciso VI, letra “b”). Quanto à *ordem social*, atinente à *educação*, há previsão de “*ensino religioso*, de matrícula facultativa”, nas escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210, § 1º), podendo os recursos públicos ser dirigidos a *escolas confessionais* (artigo 213, *caput* e inciso II). No Capítulo da *Família*, dispõe-se que o *casamento religioso* tem efeito civil (artigo 226, § 2º). Os vários outros direitos e garantias constitucionais implicados, conexos em maior ou menor grau, serão oportunamente referidos.

Seria o caso, então, no intuito de iniciar a senda concretizadora dos respectivos programas e âmbitos normativo, de *perquirir a natureza do direito fundamental à liberdade religiosa*. Jónatas Machado, por exemplo, refere pelo menos seis linhas argumentativas. Numa construção teológica, tal direito seria um meio de proteção da verdade religiosa, “radicado na afirmação da superioridade teológica intrínseca de uma determinada doutrina” (1ª). Vertente “sociológica” acentua a proteção dos direitos adquiridos pela “confissão dominante ou tradicional” (2ª); senda de inspiração “neo-republicana” destaca o papel da religião na “coesão da comunidade política e no desenvolvimento das virtudes cívicas dos cidadãos” (3ª). Variável outra, afirma a “superioridade moral intrínseca das motivações religiosas” (4ª). Para alguma doutrina, o tratamento autônomo da religião não se prende a valorações privilegiadas do fenômeno em relação a outras manifestações humanas, antes é o reconhecimento de que o palco religioso tem sido um “*locus classicus* de coerção e

discriminação”, incompatíveis com o constitucionalismo liberal (5^a). Por fim, resposta próxima, valoriza-se a religião como “expressão da consciência individual, dotada de especial densidade existencial e ética” (6^a). O autor rejeita, e bem, a (1^a), de cariz especificamente religioso, que só faz sentido num espaço substancialmente confessional, o que óbvio não é o caso do discurso constitucional. Também afasta-se das respostas (2^a), (3^a) e (4^a), que se chocam com o *topos* da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos (que assume de Rawls), a par do embaraço histórico da alegada superioridade moral das religiões. Agasalha, pois, as duas últimas propostas – (5^a) e (6^a).⁵⁸¹

Pensa-se que o fundamento constitucional da liberdade religiosa não se pode amparar, de fato, em argumentos de *verdade* (1^a) e *tradição* (2^a), inclusive em face da proteção dos direitos das minorias, garantidas contra a não-discriminação, assim como os ateus e agnósticos ficariam em situação de insuportável desvantagem se assumida a religião como um *metavalor* (4^a), numa arbitrária hierarquia axiológica, aliás a-histórica (inquisição, cruzadas etc.) e até, considerando um dos focos da investigação, anacrônica, surda ao problema do fundamentalismo religioso.

Já o papel, positivo, de *coesão/virtude* (3^a), todavia, afastando-se de Jónatas Machado, não parece de todo incompatível com o programa normativo constitucional, notando-se duas coisas: os ateus e os agnósticos continuariam protegidos, em termos de igualdade fundamental, pela cláusula da liberdade de consciência (e direitos correlatos, como a liberdade de pensamento e de expressão, pela possibilidade de objeção de consciência por convicção filosófica ou política, dentre outros); por outro lado, no clima pós-secular detectado pela investigação (*supra*, item 1.3.2),⁵⁸² a consideração positiva do fenómeno religioso fomenta a perspectiva intercultural e a hermenêutica diatópica (*supra*, item 2.1.2), além de ajustar-se melhor aos ditames de “prestação de assistência religiosa” (artigo 5^o, inciso VII, da Constituição Federal) e de “colaboração de interesse público” entre o Estado e as confissões religiosas (artigo 19, inciso I, da Constituição Federal) e às tutelas específicas já descritas (isenção de serviço militar ao eclesiástico, imunidade tributária dos templos, ensino religioso nas escolas públicas).

⁵⁸¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 188-9.

⁵⁸² Com a noção de que uma nova ordem política e cultural passa por uma “reacomodação dialética entre a razão e a fé”, como na resenha do diálogo Habermas/Ratzinger – agora a sociedade conta com a permanência das comunidades religiosas e há reconhecimento público pela contribuição funcional que a religião executa.

Seria de acrescentar, ainda, o influxo da religião como fator de *identidade* de grupos sociais (7ª), para realçar a dimensão coletiva pelo lado positivo, sem descuidar que a dignidade da pessoa humana é atributo de uma rede de relações intersubjetivas e interinstitucionais.⁵⁸³

Então, por um lado,

(a) em face da experiência histórica de que o fenômeno religioso, ao institucionalizar-se, resvala com facilidade para a coerção e a discriminação, seja no seio interno da confissão ou em relação aos “infiéis” ou não-crentes (5ª, *freio ao poder*),

(b) e, por outro, de que a dimensão espiritual é constitutiva da dignidade humana (também no aspecto *identitário*, 7ª),

(c) bem por isso imprescindível para assegurar a autodeterminação pessoal (6ª, tutela individual de concretização da dignidade, expressão de dimensão existencial pessoal nuclear)

(d) e disputada pelo poder político diante das lealdades e coesão social que logra obter (3ª),

(e) o direito constitucional do Estado Democrático de Direito ocupa-se da matéria,

(f) a fim de compatibilizar a mais ampla e livre (con)vivência religiosa com os valores constitucionais basilares (igual dignidade e liberdade, pluralismo intercultural, justiça social).

Avançando, agora pela negativa, deve-se registrar que a liberdade religiosa, de sede constitucional, nada tem que ver com a tradicional *libertas ecclesiae* (*supra*, item 1.3.1), de cunho teológico-confessional (no emblema do citado silogismo aquiniano: só a verdade tem direitos; só a Igreja Católica tem a verdade [fora da Igreja, com Santo Agostinho, não há salvação]; logo, só a Igreja Católica tem direitos, certo que a manejar a tolerância, mal menor, indisfarçavelmente relutante em face da dicotomia pluralismo religioso ou escândalos e

⁵⁸³ SIQUEIRA, *As novas religiosidades*, p. 118, comentando o conceito de Durkheim de religião, destaca que se trata de “um conjunto de crenças e práticas que têm o poder de agregar pessoas e de orientar condutas. (...) A ética do grupo, reafirmada no comportamento do indivíduo, é fundamental na identificação deste com a comunidade moral. Portanto, a religião, além de ser criadora e definidora de sentido, também é identitária.”

distúrbios), que sustentou historicamente estruturas de domínio e opressão contra as restantes confissões religiosas.⁵⁸⁴

Ora, diante das premissas assentadas (letras “a” a “f”, *supra*), a investigação procura, de acordo com o programa normativo derivado da série de dispositivos constitucionais colacionados,

(g) um *conceito amplo* de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que vá ao ponto de

(h) tolerar (a palavra está empregada em sentido preciso) o *fundamentalismo-crença* – que, simplesmente, contende com vários valores constitucionais –

(i) e aposte no maior grau de *inclusividade* compatível com a igual liberdade e dignidade, anteparos ao *fundamentalismo-militante*.

Neste ponto com Jónatas Machado, é de construir a liberdade religiosa “a um nível de generalidade conceptual que permita a extensão do seu âmbito de proteção não apenas às confissões religiosas dominantes ou tradicionais, mas também às experiências religiosas menos conhecidas, mais recentes ou inconventionais”. A subsidiar a proposta da investigação, o âmbito normativo alargado da liberdade religiosa exige, ainda, o “respeito pelo princípio da igualdade”, e tem como corolário estrutural “o princípio da separação das confissões religiosas do Estado” – justamente nestes pilares esbarra o fundamentalismo-militante, pelo *heteronomia discriminatória aos não-crentes*. Discorda-se, todavia, do autor, ao afirmar que o “*conceito* constitucional” de liberdade religiosa é “insuscetível de identificação com uma qualquer *concepção* confessional de uma verdade objetiva da sua autocompreensão religiosa”, ao menos se com isso quer dizer que as confissões religiosas não podem contar, em seu âmbito de ação decorrente da liberdade religiosa (que inclui, como será visto, o proselitismo), com um espaço para a proclamação de suas verdades objetivas. Talvez seja melhor reformular, para dizer que, ao conceito constitucional de liberdade religiosa, desimporta o conteúdo das concepções confessionais, mesmo que atinentes a uma verdade objetiva,⁵⁸⁵ desde que se assegurem cláusulas de barreira para que tais verdades objetivas não

⁵⁸⁴ Concepções de características análogas encontram-se nos mais diversos quadrante religiosos: Igreja Ortodoxa, Luteranismo, Calvinismo, Puritanismo, Islamismo, “parte significativa do fundamentalismo religioso” (MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 189-90).

⁵⁸⁵ Neste diapasão, vale a ajuda de ECO, *A intolerância*, p. 16, ao referir que, se no plano da hermenêutica todo fundamentalismo é intolerante, o mesmo não se dá necessariamente no plano da política, conforme exemplo já

se tornem critério de distribuição de bens e direitos – o que parece viável de operar no espaço político-institucional e mesmo com a atual norma constitucional brasileira (artigo 17 da Constituição Federal).⁵⁸⁶

A posição da investigação, com a ressalva, coaduna-se com a intenção de Jónatas Machado, de ultrapassar um regime de tolerância e paridade, e ver no texto constitucional a “ratio” apenas de “acomodar o fenômeno religioso, na sua diversidade, no contexto de uma ordem pluralista de igual liberdade”. Claro que, quanto mais as verdades confessionais coincidirem com o programa constitucional, mais fácil será a coabitação da confissão religiosa em apreço, mas *a priori* não é de se afastar da tutela do direito constitucional da religião vigente uma determinada “confissão religiosa que necessite, por força das suas doutrinas, de controlar o aparelho de Estado para exercer a intolerância”.⁵⁸⁷

Para além dos dispositivos constitucionais que apontam, literal e textualmente, para a normatividade da religião, há que sublinhar outros pontos de íntima conexão, ainda que sem a mesma explicitação léxica. Avulta, desde logo, a *dignidade da pessoa humana* (*supra*, item 2.2.2), aliás fundamento do Estado democrático de direito brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Sem necessidade, aqui, de repetir o que já ficou alinhavado, fica a lembrança de que tal princípio, mesmo escorado à partida na concepção judaico-cristã do

fornecido *supra*, item 2.1.4 (no exemplo de Eco, o grupo fundamentalista não faria proselitismo, mas tal característica não parece essencial para defini-lo como intolerante ou não).

⁵⁸⁶ O livre regime dos partidos políticos resguarda a soberania nacional, o *regime democrático*, o pluripartidarismo e os *direitos fundamentais da pessoa humana* (art. 17, *caput*, CF 88). Sua autonomia, portanto, molda-se a partir de tais princípios, vedado que se utilizem de “organização paramilitar” (§ 1º e § 4º do artigo 17 – mais um claro óbice ao fundamentalismo-militante). No regime democrático e de direitos fundamentais, englobam-se os princípios fundamentais da república: cidadania; dignidade da pessoa humana e pluralismo político (art. 1º, incs. II, III e V, CF 88, respectivamente). Ademais, a concretização constitucional dos direitos políticos prescreve *elegibilidade* sob condição de *filiação partidária* (art. 14, § 3º, inc. V, CF 88). Vale dizer, o jogo de poder estatal, em termos de legitimidade, submete-se à lealdade republicana para com tais valores (aglutinantes – *supra*, item 2.1.3), que constituem *cláusulas de barreira* ao fundamentalismo-militante.

⁵⁸⁷ Embora subsista, a “proteção do direito à liberdade religiosa desta confissão será certamente muito menor do que a dispensada a uma outra que respeite os princípios básicos de justiça e reciprocidade que regem o sistema social” (MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 190-1, e na nota 650 em que, no sentido do texto, cita Rawls e acrescenta que, com maioria de razão, o mesmo sucederá a uma confissão religiosa cujas “proposições de fé conduzam à tentativa de eliminação de todos os seres humanos do planeta Terra com vista a evitar sua destruição”). Para o autor, de todo modo, grande parte dos problemas atuais, em sede de liberdade religiosa, decorrem do *efeito de distorção* que a “doutrina tradicional da liberdade da Igreja” ainda provoca na esfera do discurso público, cabendo ao intérprete depurar os conceitos constitucionais para torná-los mais abrangentes e inclusivos) – convoca, ainda, para esconjurar os perigos de uma *sobre-interpretação da liberdade religiosa*, os princípios da *igualdade* e da *neutralidade do Estado* (separação das confissões religiosas do Estado). Tem em mente o “desvio hermenêutico” que permite o reaparecimento do “imaginário hierocrático da Cristandade”, a redundar na concessão e manutenção de “privilégios à confissão dominante e correlativa degradação da posição jurídica e social das demais confissões religiosas e dos seus membros” (p. 192). Ressalva-se o “princípio da neutralidade”, que há de ser questionado *infra* (3.2.7), antecipando-se que há séria dificuldade de compatibilizá-lo com o reconhecimento de valores aglutinantes (diante dos quais, em realidade e com lealdade, não pode haver neutralidade), que fundamentam os limites do Estado democrático de direito (*supra*, item 2.1.3).

homem visto como *imago Dei*,⁵⁸⁸ adquiriu conteúdo político-moral autônomo e jurídico-constitucional suficiente para prescindir de qualquer original vínculo confessional e, depurado pelo iluminismo racionalista e secularizante, trata-se de uma concepção com “nível de generalidade suficientemente elevado para abarcar as idéias de livre desenvolvimento pessoal e social do ser humano”,⁵⁸⁹ nas dimensões físicas, intelectuais e espirituais e inclusive para garantir substrato material para o mínimo vital. Se é verdade que não é, nesta altura, “propriedade” de nenhuma confissão religiosa em particular, também é fato que se trata do principal *topos* da modernidade ocidental para avançar na discussão intercultural dos direitos humanos (conforme *supra*, item 2.1.2).

O próximo passo metódico recomenda um enunciar prévio, a benefício de ulterior aprofundamento e demonstração, escorado nos dispositivos constitucionais mencionados, dos elementos essenciais da liberdade religiosa no direito constitucional pátrio, vale dizer, um esforço de definição preliminar do *âmbito normativo do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*.⁵⁹⁰ Pergunta-se, agora, qual o *conteúdo* da liberdade religiosa, qual seu *alcance*?⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Immanuel Wallerstein, em conferência proferida na Universidade de Viena (09/3/2000, no âmbito da série “Da necessidade do supérfluo – ciências sociais e sociedade”), intitulada “A ciência social, Jörg Haider e a resistência”, citado *A ciência social*, ainda no impacto da situação austríaca depois da posse de um governo de coligação com a participação da extrema-direita populista, consigna a instigante idéia da relação entre o abalo pan-europeu pela *Endlösung* nazista, ultrapassando a solução final de Hitler os objetivos sistêmicos do racismo (não excluir pessoas ou exterminá-las, mas mantê-las como *Untermenschen*, seres inferiores passíveis de exploração econômica e de utilização como bodes-expiatórios políticos) e duas grandes consequências depois de 1945: a segunda foi restaurar um racismo mais “higienizado”, com massiva importação de mão-de-obra migrante colonial; a primeira, foi o esforço dos países pan-europeus (para demarcarem-se do “império do mal” da URSS) em apresentarem suas próprias virtudes, sem máculas racistas – desse esforço decorreu uma série de iniciativas sociopolíticas: “a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, em 1954, de ilegalizar a segregação racial; as políticas filo-israelitas de todo o mundo pan-europeu; e até mesmo a nova ênfase no ecumenismo no interior do mundo cristão ocidental (*a par da invenção da idéia de que existia uma coisa chamada herança comum judaico-cristã*) – grifo da investigação (<http://www.eurozine.com/articles/2000-09-13-wallerstein-pt.html>, acesso em 04/10/2005).

⁵⁸⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 193.

⁵⁹⁰ Exercício dogmático semelhante, com rigor doutrinário e excelente fundamentação e concretização, porém com relação ao direito ao ambiente, foi realizado por GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, *passim*, especialmente pp. 43-48, nas quais desenvolve a noção de *direito ao ambiente como um direito fundamental como um todo*. Sinala-se que o autor, com igual propriedade, em vez da expressão “adscrição”, utiliza-se do termo “associação” para verter o vocábulo espanhol *adscripción*. Ademais, assevera, e bem, que o “direito fundamental ao ambiente é útil para demonstrar a correção da configuração do conceito de um direito fundamental como um todo, porque se trata de um direito constituído por um conjunto de posições fundamentais jurídicas de tipos muito distintos” (p. 46 e nota 96).

⁵⁹¹ A empreitada colheu auxílio, à falta de uma maior sistematização no direito pátrio, de autores portugueses (Jónatas Machado e Paulo Adragão) e espanhol (Antonio López Castillo, *La libertad religiosa*), bem como de verificação documental das leis atinentes à matéria, tanto em Espanha (*Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa*) quanto em Portugal (*Lei nº 16/2001, Lei da Liberdade Religiosa*), cotejando a experiência ibérica com as normas constitucionais brasileiras, inclusive a normativa internacional materialmente constitucional, com devidas adaptações e ajustes.

Logo de início, é de referir que a *expressão liberdade religiosa*, a rigor, *não tem apoio textual na Constituição Federal*. Nada obstante, considerando a tradição doutrinária e jurisprudencial, bem como a inexistência de termo mais amplo para exprimir o complexo feixe de posições jusfundamentais atinente ao fenômeno religioso, a opção terminológica justifica-se. Defende-se também que a liberdade religiosa, pesem inegáveis implicações, tem autonomia dogmática em relação à liberdade de consciência (vista como matricial) e à liberdade de expressão (artigo 5º, incisos IV e IX, e VI, 1ª alínea), o que será discutido em detalhes *infra* (item 3.2.1).

A liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como *direito subjetivo* (1) e como *vetor objetivo* (2). Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o titular respectivo: *direitos subjetivos individuais* (1.1), que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com as devidas particularidades, especialmente no exercício); e *direitos subjetivos das pessoas jurídicas* (1.2), titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: *princípios* (2.1), *deveres de proteção* (2.2), e *garantias institucionais* (2.3). Adiante, vai-se delinear *Catálogo de Posições Jusfundamentais*

Antes, assentada a posição subjetiva, é preciso iluminar a segunda grande dimensão do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, o vetor objetivo (2). Para captar esta outra dimensão do *cluster right*, inicia-se por convocar o multicitado *Lüth-Urteil*, decidido pelo Tribunal Constitucional alemão em 15 de janeiro de 1958, em cuja sentença, na visão de Alexy, a corte colocou os trilhos básicos para sua jurisprudência da ordem de valores, com duas conseqüências basilares: a) a irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total; b) a onipresença da ponderação.⁵⁹²

Vale pequena resenha do caso: em 1950, Eric Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, empreendeu campanha pública de boicote contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (Amada Imortal) do cineasta Veit Harlan (que produzira, durante o nazismo, filme anti-semita). Harlan obteve, com base no artigo 826 do BGB (Código Civil, obrigação de reparar o dano), ordem do Tribunal de Justiça de Hamburgo para que Lüth cessasse o boicote.

⁵⁹² ALEXY, *Colisão*, p. 271, sendo um efeito tardio dessa sentença a decisão “soldados-são-assassinos”, que tachou de inconstitucional a condenação de pacifistas que assim se manifestaram (colisão entre a liberdade de manifestar a opinião, dos pacifistas, com o direito de personalidade geral dos soldados, a incluir a proteção da honra). Vide, para maiores detalhes acerca do *Soldaten-sind-mörder*, WEINGARTNER NETO, *Honra*, p. 146.

Inconformado, o jornalista ingressou com reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), por violação da sua liberdade de expressão, que abarcaria, segundo Lüth, “a possibilidade de influir sobre os outros mediante o uso da palavra”. O recurso foi acolhido pelo Tribunal Constitucional, ao argumento de que a Corte Estadual desconsiderara o significado do direito fundamental de expressão e informação de Lüth, de ser observado também nas relações jurídico-privadas, “quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares”.⁵⁹³ A Constituição Portuguesa, no seu artigo 18, n° 1, acolhe expressamente o princípio da vinculação das entidades privadas.⁵⁹⁴

O caso *Lüth* é paradigmático do que os constitucionalistas têm chamado de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, ao consignar que ditos direitos “não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”⁵⁹⁵

Esta “dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais” não se compraz com uma estruturação meramente individualista, antes encontra sentido também no ângulo societário, nos valores da comunidade vista em sua totalidade. Assim, o exercício de um direito subjetivo individual condiciona-se ao seu reconhecimento pela comunidade, visto o indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta.⁵⁹⁶

Neste sentido, “a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente,

⁵⁹³ Segue-se o roteiro de SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. José L. Bolzan de Moraes et al., org. Ingo W. Sarlet. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000 (citado *Direitos fundamentais e direito privado*), p. 124. A Corte Constitucional sinalou que as cláusulas gerais de direito privado atuam como “pontos de ingresso (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil”, pelo que o litígio segue sendo um conflito jurídico-civil, mas o juiz, ao aplicar os dispositivos legais privados, examinará se estão materialmente influenciados pelos direitos fundamentais (p. 125). Síntese do caso “Lüth” também em MORAES, *O conceito de dignidade*, pp. 107-8.

⁵⁹⁴ O que, no Brasil, deriva do princípio da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, consagrado no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal (SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, p.140; *A eficácia*, pp. 322 e ss.).

⁵⁹⁵ SARLET, *A Eficácia*, p. 152. O princípio já vinha esboçado do primeiro pós-guerra, sob a égide da Constituição de Weimar, mas o impulso decisivo ficou-se a dever ao advento da Lei Fundamental de 1949.

⁵⁹⁶ O Tribunal Constitucional Federal Alemão consagrou, no início da década de 50, a vinculação comunitária do indivíduo (*die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums*), cf. SARLET, *A Eficácia*, p. 155, nota 376.

mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes”.⁵⁹⁷

Apontam-se, assim, quatro desdobramentos do plano objetivo dos direitos fundamentais: (i) a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”⁵⁹⁸ – associado ao “efeito de irradiação” encontra-se o problema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*infra*, item 3.3.2); (ii) a figura jurídica das *garantias institucionais*, que, por sua importância, “devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”; (iii) os *deveres de proteção* (*Schutzpflichten*) do Estado, a quem incumbe “zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares” – o que implica a obrigação de o Estado adotar medidas positivas de natureza vária, por exemplo “medidas legislativas de natureza penal (...) com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”;⁵⁹⁹ (iv) a função de *parâmetro* para a criação e constituição de *organizações e instituições* estatais e para o *procedimento*.⁶⁰⁰

Quanto ao *dever de proteção* (iii), vale registrar que uma decisão de 1975 do Tribunal Constitucional alemão, ao declarar nulo dispositivo da 5ª Reforma Penal atinente ao *aborto*, sinalou que o direito à vida e a dignidade humana implicam dever constitucional de proteção estatal e, se a tutela não é alcançável por outra via, “pode o legislador ser obrigado, para proteção do bem jurídico, a recorrer aos meios penais”, a significar, no caso, não só uma

⁵⁹⁷ SARLET, *A Eficácia*, p. 155.

⁵⁹⁸ Além da expressão *efeito de irradiação*, fala-se também, noutra perspectiva, em “efeito recíproco”, que servirá como “limite dos limites: a lei limitadora, em caso de restrição, há que ser interpretada conforme o valor posto pelo direito fundamental – e, portanto, limitada na sua eficácia limitadora (WEINGARTNER NETO, *Honra*, p. 137, especialmente nota 67)

⁵⁹⁹ SARLET, *A Eficácia*, pp. 157-9. Na doutrina germânica, destacam-se, como exemplos expressamente positivados de deveres de proteção, o art. 1º, inc. I (dignidade humana) e o art. 6º, inc. IV (proteção da maternidade). Sobre o efeito de irradiação e a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, vide SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, pp. 117-9. Segundo o autor, o dever de atuação positiva do Estado (de intervenção contra agressão oriunda de outros particulares) deriva do próprio princípio do Estado de Direito, detentor do monopólio do uso legítimo da força e do poder de solução dos litígios (p. 127).

⁶⁰⁰ Trata-se de extrair, da dimensão objetiva, uma “formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles” (SARLET, *A eficácia*, pp. 159-60).

proibição formal do aborto, mas também um dever de “penalização limitada” ou “criminalização relativa”.⁶⁰¹

Tangente às *garantias institucionais* (ii), trata-se de “instituições (direito público) ou institutos (direito privado)” e ligam-se à idéia de que existem normas fundamentais que “não são suscetíveis de uma subjetivação”.⁶⁰² Na doutrina constitucional pátria, as garantias “apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais”.⁶⁰³ Não se deve confundi-las com as “garantias fundamentais” (consoante dispositivo na epígrafe do Título II da Constituição Federal de 1988), que são “autênticos direitos subjetivos” (direitos-garantia) – caso da maioria dos direitos individuais e coletivos elencados na Carta, a maior parte vinculada ao direito penal, ao direito processual penal e processual em geral; bem como dos chamados “remédios constitucionais” (ações constitucionais). Há, todavia, no catálogo brasileiro, garantias institucionais típicas.⁶⁰⁴

⁶⁰¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica, 1995, pp. 387-91. Onde se constrói, também, o princípio da proibição de atuação deficiente (proibição de insuficiência), como a outra face do princípio da proporcionalidade, amiúde identificado com proibição de excesso. Para uma ampla visão acerca da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, vide SARLET, *A eficácia*, pp. 353-5 – dentre os deveres ativos de proteção, a doutrina alemã engloba um dever de aperfeiçoamento (*Nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de “conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais”. Para implicações do princípio da proibição de insuficiência na seara penal, SARLET, *Constituição e proporcionalidade*, STRECK, *Da proibição de excesso*.

⁶⁰² SARLET, *A eficácia*, p. 158. Não se refere, o autor, à dimensão institucional inerente a todos os direitos fundamentais, na concepção bastante criticada de Peter Häberle; antes, remete-se à “criação doutrinária alemão do primeiro pós-guerra”, nas primeiras formulações de Wolff e Schmitt.

⁶⁰³ SARLET, *A eficácia*, p. 193. Pelo critério da função preponderante (e não exclusiva), fica-se com Sarlet (pp. 176-7), ao mantê-las no “grupo dos direitos de defesa” (em vez de inseri-las na categoria de “direitos a prestações jurídicas do Estado”, como proposto por FARIAS, *Colisão*, p. 109), já que seu objetivo principal continua sendo proteger determinadas instituições “contra o esvaziamento, supressão ou ingerência indevidas (...) outorgar uma especial proteção a determinadas instituições, no sentido de evitar sua supressão por intermédio do legislador infraconstitucional” (cf., também, pp. 199/200).

⁶⁰⁴ SARLET, *A eficácia*, pp. 194-6. Costumam ser enquadradas no âmbito das “garantias em geral”, sem tratamento autônomo e sistemático. No Brasil, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. São Paulo: Malheiros, 2004 pp. 525 (citado *Curso*) e ss., foi quem abordou com maior amplitude e sistemática a categoria. Exemplos são a garantia da propriedade (5º, XXII), do direito de herança (5º, XXX), da instituição do Tribunal do Júri (5º, XXXVIII), da língua nacional portuguesa (art. 13), dos partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput* e § 1º). Fora do rol dos direitos fundamentais, Sarlet fornece outros exemplos: a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), da autonomia das universidades (art. 207). Apresentou-se, em trabalho anterior, a sugestão, ora referendada, de que a *licitação* na concessão de serviços públicos (art. 175) também configura garantia institucional – WEINGARTNER NETO, Jayme. Para a concretização de uma garantia institucional: licitação na concessão de serviços públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 243-71.

A noção central é que a Constituição protege certas instituições, reconhecidas como fundamentais para a vida social – e certos direitos fundamentais providos de um componente institucional característico.⁶⁰⁵ Sarlet destaca que sua função primordial é preservar a “permanência da instituição”, no que diz com seus *traços essenciais* (que compõem sua *identidade*) – o elemento comum das garantias institucionais vem da necessidade de “resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições”, seja da corrosão legislativa ou da supressão por qualquer dos poderes públicos. Embora não impliquem uma “garantia absoluta do *status quo*”, protegem o *núcleo essencial* de determinados institutos jurídico-públicos (cujo objeto constitui um complexo de normas jurídicas, por isso mesmo) – a permanência da instituição é preservada por intermédio da “proteção das normas essenciais que lhe dão a sua configuração jurídica”.⁶⁰⁶ Acorde Hegel, na lição de Thadeu Weber, ao ressaltar que o universal, ao concretizar-se, individualiza-se, o que “sempre se dá num conteúdo determinado, num povo, numa comunidade ética, numa *instituição*”. Se a história da humanidade nada mais é do que o “progresso da consciência e realização da liberdade” (o que inclui a consciência do próprio mundo externo), a *liberdade concretiza-se nas instituições do mundo*.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ BONAVIDES, *Curso*, p. 537. Trata-se de “uma das maiores novidades constitucionais do século XX”, e seu reconhecimento é “tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal”. Define-a como a “proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.

⁶⁰⁶ SARLET, *A eficácia*, pp. 195-6. O autor sinala certo consenso na doutrina, no sentido de que as garantias institucionais não outorgam, ao indivíduo, direito subjetivo autônomo, embora existam algumas *exceções*, especialmente nos casos em que se encontram (as garantias institucionais) “intimamente vinculadas à garantia dos direitos fundamentais” – o exemplo da liberdade de imprensa (fornecido pelo autor) amolda-se (pela dimensão institucional presente em ambos) com o da liberdade religiosa (desenvolvido pela investigação): protege-se tanto a instituição “igreja livre” e a dimensão “não confessional do Estado”, quanto “fundamenta direito individual subjetivo para resguardar a fruição desta liberdade fundamental” (p. 197). Na nota 509, problematiza o tribunal do júri (como garantia institucional, não poderia o cidadão exercer direito subjetivo de optar por não ser julgado por seus pares) e adere, no que segue, aos estudos que configuram o Ministério Público (forte no art. 127 da CF 88) como “autêntica garantia institucional fundamental”, por esta razão “protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional” (Cf. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 173 e ss.; FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 242 e ss.). Jorge Miranda apresenta, como um típico direito com dimensão institucional e coletiva, a *liberdade de culto religioso* (o que já era perceptível mesmo no contexto das constituições liberais) – MIRANDA, *Manual*, p. 78. Na página seguinte (p. 79), diz que a “objeção de consciência” é óbvio direito fundamental individual, ao passo que o de “livre organização das confissões religiosas” (art. 41º, nº 3, da Constituição Portuguesa) é direito institucional.

⁶⁰⁷ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, pp. 117-8 (citado *Ética e filosofia política*). O direito, a moral, a família, as corporações e o Estado são exemplos de instituições, sendo que a “liberdade determinada é a liberdade existente concretamente nessas instituições e diferente culturas dos povos”.

Pese, então, a gênese não subjetivada das garantias institucionais, hoje reconhece-se que podem conviver, no “mesmo preceito constitucional”, direitos subjetivos e garantias institucionais.⁶⁰⁸ Neste contexto, Jorge Miranda leciona que alguns direitos, somente aos efeitos de análise, podem dizer-se individuais *ou* institucionais, pois, em realidade, “são simultaneamente individuais e institucionais”. Exemplo: a *liberdade religiosa*, a qual “compreende a liberdade de cada um ter a sua religião e as suas convicções e a liberdade de, em conjunto com os que professem a mesma religião ou a mesma confissão, ter a correspondente vida comunitária”.⁶⁰⁹ Certo é que, à luz da CF 88, as garantias institucionais são espécie do gênero garantias fundamentais; “não possuem regime jurídico distinto dos direitos fundamentais propriamente ditos”. Sua importância cresce, já que a CF 88 “perdeu a oportunidade ímpar de reconhecer expressamente uma garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (embora sua salutar e inovadora inclusão no rol das “cláusulas pétreas”), ao constar-se que, “para além de outorgarem, ou não, ao indivíduo um direito subjetivo” (o que remete à análise do dispositivo concreto), “sua identidade e permanência se encontram, de qualquer modo, resguardadas contra o legislador infraconstitucional”.⁶¹⁰

Segue, postas as bases categoriais, para melhor visualização, *Catálogo de Posições Jusfundamentais* (CPJ) derivadas do *direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*.

A primeira dimensão (1) dá conta da liberdade religiosa como *direito subjetivo*.

No primeiro subgrupo (1.1), como *direito subjetivo individual*, destaca-se:

(1.1.1) a *liberdade de ter, não ter ou deixar de ter* religião;

(1.1.2) como *liberdade de crença*, de escolher livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;

⁶⁰⁸ SARLET, *A eficácia*, p. 198.

⁶⁰⁹ MIRANDA, *Manual*, p. 79.

⁶¹⁰ SARLET, *A eficácia*, p. 199. Em sentido convergente, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 373-4, ao referir a origem alemã das *institutionelle Garantien* (e das *Institutsgarantie*), vistas como direitos não diretamente atribuídos a uma pessoa, antes às *instituições, como tais* (como realidades sociais objetivas), só *indiretamente* expandindo-se para a tutela dos direitos individuais. Em princípio, “não garantem aos particulares posições subjetivas autônomas”, excetuados os “casos de imbricação de garantias institucionais e de garantias dos direitos fundamentais”, aproximando-se do regime dos direitos fundamentais quando se exige, “em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”. Adiante (p. 445), ao tratar das possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais, giza que a constitucionalização de tais garantias “traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos”.

(1.1.3) liberdade de *atuação* segundo a própria crença (unidade essencial entre crença e conduta religiosa – agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada);

(1.1.4) liberdade de *professar* a própria crença:

(1.1.4.1) procurar para ela novos crentes (*proselitismo*);

(1.1.4.2) *exprimir e divulgar* livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu *pensamento* em matéria religiosa;

(1.1.4.3) inclusive de *produzir obras* científicas, literárias e artísticas sobre religião;

(1.1.5) liberdade de *informar e se informar* sobre religião;

(1.1.6) liberdade de *aprender e ensinar* religião;

(1.1.7) *liberdade de culto*, de praticar ou não praticar os atos do culto, particular ou público, da religião professada;

(1.1.7.1) a liberdade de culto inclui a *inviolabilidade dos templos* e

(1.1.7.2) direitos de *participação religiosa*:

(1.1.7.2.1) aderir à igreja ou confissão religiosa que escolher, participar na vida interna e nos ritos religiosos celebrados em comum e receber a assistência religiosa que pedir;

(1.1.7.2.2) celebrar casamento e ser sepultado com os ritos da própria religião;

(1.1.7.2.3) comemorar publicamente as festividades religiosas da própria religião;

(1.1.8) *reunir-se, manifestar-se e associar-se* com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa;

(1.1.9) direito à *privacidade religiosa*, pelo qual

(1.1.9.1) ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;

(1.1.9.2) direito de escolher para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;

(1.1.9.3) direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa;

(1.1.10) direito à *objeção de consciência* por motivo de crença religiosa, com atribuição de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório;

(1.1.11) direito à *assistência religiosa* em situações especiais: na qualidade de membro, ainda que transitório, das forças armadas ou de segurança pública; ou em caso de internamento em hospitais, asilos, colégios, estabelecimentos de saúde, de assistência, de educação e similares; bem como em caso de privação de liberdade em estabelecimento prisional;

(1.1.12) direito à *dispensa do trabalho e de aulas/provas* por motivo religioso, quando houver coincidência com os dias de descanso semanal, das festividades e nos períodos e horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam;

(1.1.13) o *conteúdo negativo* da liberdade religiosa avulta nas seguintes hipóteses, em que ninguém pode:

(1.1.13.1) ser obrigado a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir atos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;

(1.1.13.2) ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou confissão, sem prejuízo das respectivas normas sobre filiação e exclusão dos membros;

(1.1.13.3) ser obrigado a prestar juramento religioso;

(1.1.14) direito a *tratamento diferenciado* para as pessoas consideradas *ministros* do culto pelas normas da respectiva igreja ou confissão religiosa, que envolve ampla liberdade de exercer seu ministério, direito à seguridade social, isenção de serviço militar obrigatório, escusa de intervenção como jurado ou testemunha;

(1.1.15) direito ao *ensino religioso em escola pública* de ensino fundamental.

No segundo subgrupo (1.2), como *direito subjetivo das igrejas*, cujo objeto bitola-se pelos fins religiosos propostos pela respectiva confissão, menciona-se:

(1.2.1) um direito geral de *autodeterminação*, que se desdobra em:

(1.2.1.1) *autocompreensão e autodefinição* no que tange à identidade religiosa e ao caráter próprio da confissão professada, bem assim no tocante aos fins específicos da atividade de cada sujeito titular do direito;

(1.2.1.2) *auto-organização e auto-administração*, podendo dispor com autonomia sobre: formação, composição, competência e funcionamento de seus órgãos; representação, funções e poderes dos seus representantes, ministros etc.; direitos e deveres religiosos dos crentes; adesão ou participação na fundação de federações ou associações interconfessionais, com sede no país ou nos estrangeiro;

(1.2.1.3) *autojurisdição e autodissolução*;

(1.2.2) liberdade de *exercício das funções religiosas e do culto*, podendo, sem interferência do Estado ou de terceiros:

(1.2.2.1) exercer os atos de culto, privado ou público, sem prejuízo das exigências de polícia e trânsito;

(1.2.2.2) estabelecer lugares de culto ou de reunião para fins religiosos, inclusive construir ou abrir edifícios religiosos e adquirir e usar os bens convenientes;

(1.2.2.3) ensinar na forma e pelas pessoas autorizadas por si a doutrina da confissão professada;

(1.2.2.4) difundir a confissão professada e procurar para ela novos crentes (proselitismo);

(1.2.2.5) assistir religiosamente os próprios membros;

(1.2.2.6) comunicar e publicar atos em matéria religiosa e de culto (divulgar o próprio credo);

(1.2.2.7) relacionar-se e comunicar-se com as organizações similares ou de outras confissões, no território nacional ou no estrangeiro;

(1.2.2.8) designar e formar os seus ministros;

(1.2.2.9) fundar seminários ou quaisquer outros estabelecimentos de formação ou cultura religiosa;

(1.2.3) direito de *autofinanciamento*, podendo pedir e receber contribuições voluntárias, financeiras e de outros tipos, a particulares e instituições;

(1.2.4) exercício de *atividades não religiosas* de caráter instrumental, consequencial ou complementar das suas funções religiosas, podendo:

(1.2.4.1) criar escolas particulares e cooperativas e, de modo geral, promover instituições religiosas e constituir associações e fundações educativas, culturais, caritativas e sociais de inspiração religiosa;

(1.2.4.2) praticar beneficência dos crentes ou de quaisquer pessoas;

(1.2.4.3) promover as próprias expressões culturais ou a educação e a cultura em geral;

(1.2.4.4) utilizar meios de comunicação social próprios para a prossecução de suas atividades.

Vale ressaltar, desde já, que incidem, neste plano de direitos subjetivos, sejam de pessoas físicas ou jurídicas, os princípios da *igualdade* e da *dignidade humana*, bem como um princípio de *tolerância*, que acarreta um dever de tolerância, por parte do Estado e dos particulares (pessoas naturais ou jurídicas) de não perseguir e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos, quando do respectivo exercício. Outro ponto a gizar é que a *família* (aliás típico exemplo de garantia institucional), como entidade reconhecida constitucionalmente, é titular de direitos subjetivos em matéria religiosa, lógico que no que couber e com as dinâmicas próprias da convivência familiar.

A segunda dimensão captura o *vetor objetivo* (2), em cuja inserção parece razoável sinalar:

(2.1) *princípios*;

(2.2) *deveres de proteção*;

(2.3) *garantias institucionais* implicadas.

Articuladamente:

(2.1.1) princípio da *separação*, que afirma que as igrejas e confissões religiosas estão separadas da estrutura e da organização político-administrativa do Estado, e são, portanto, livres na sua organização e no exercício das suas funções de culto;

(2.1.2.) princípio da *não confessionalidade*, que se pode desdobrar:

(2.1.2.1) o Estado não adota qualquer religião (é vedado que estabeleça cultos religiosos ou igrejas), nem se pronuncia sobre questões religiosas, o que exclui subvencionar, embaraçar o funcionamento ou manter com as confissões religiosas relações de dependência ou aliança;

(2.1.2.2) nos atos oficiais e no protocolo do Estado será observado o princípio da não confessionalidade;

(2.1.2.3) o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes religiosas;

(2.1.2.4) o ensino público não pode ser confessional;

(2.1.3) princípio da *cooperação*, que traduz colaboração de interesse público, vale dizer, o Estado cooperará com as igrejas e confissões religiosas, principalmente para a promoção dos princípios e direitos e garantias fundamentais, designadamente:

(2.1.3.1) assegurando a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares;

(2.1.3.2) isentando os eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempos de paz;

(2.1.3.3) limitando seu poder de tributar, ao vedar a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto;

(2.1.3.4) assegurando o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental;

(2.1.3.5) celebrando acordos específicos para a consecução de atividades comuns e afins, sempre com chancela constitucional;

(2.1.3.6) auxiliar os pais no exercício do poder familiar, para que possam educar os filhos de acordo com suas crenças religiosas;

(2.1.3.7) assegurar as manifestações públicas de exercício dos cultos religiosos;

(2.1.3.8) criar condições organizacionais e procedimentais, no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas/provas por motivo religioso;

(2.1.3.9) reconhecer a validade civil, sob condições reguladas, do casamento celebrado por forma religiosa.

(2.1.4) *Princípio da solidariedade*, ao fomentar as atividades educativas e assistenciais das confissões religiosas, por meio da limitação do poder estatal de tributar, especificamente vedando impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, desde que sem fins lucrativos e relacionados com as atividades essenciais das respectivas confissões;⁶¹¹

(2.1.5) *Princípio da tolerância*, que acarreta um *dever* de tolerância:

(2.1.5.1) por parte do *Estado*;

(2.1.5.2) e dos *particulares*, pessoas naturais ou jurídicas, de não perseguir e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos correspondentes ao *cluster* da liberdade religiosa, quando do respectivo exercício.

(2.2) *Deveres de Proteção* – é viável equacionar as relações entre o Estado e as confissões religiosas, de maneira genérica, em três vertentes de funções estatais:

(2.2.1) a proteção dos *indivíduos* (defesa da liberdade religiosa individual);

(2.2.2) a proteção da *sociedade civil* contra os abusos (inclusive coordenando as diversas liberdades religiosas coletivas);

(2.2.3) e *criar condições* para que as confissões religiosas desempenhem suas missões (dever de aperfeiçoamento).

(2.3) como *garantia institucional*, protege-se:

(2.3.1) a liberdade religiosa *individual* (autodeterminação da personalidade);

⁶¹¹ Certo que há também boas razões para incluir tal situação jurídica sob a égide do princípio da cooperação, parece mais especializado o princípio em comento, sem prejuízo da “permeabilidade categorial”.

(2.3.2) e a liberdade religiosa *coletiva* (autodeterminação confessional), as *igrejas* como instituição;

(2.3.3) além de garantir-se o princípio da *igualdade*;

(2.3.4) e a *diversidade* e o *pluralismo* religioso (que refletem na abertura e no pluralismo do espaço público).

Note-se que o princípio da separação tem conteúdo negativo, mas não exige o Estado de garantir, inclusive por meio da legislação penal, o livre exercício dos direitos subjetivos de liberdade religiosa (dever de proteção). Por outro lado, o princípio da não confessionalidade tem alcance predominantemente negativo, mas não exclui dimensões positivas, ao passo que, nos princípios da cooperação e da solidariedade, avulta o caráter promocional e até, em alguns casos, prestacional. Assim também os deveres de proteção. Por outro lado, as garantias institucionais permeiam todos os princípios e orientam os deveres de proteção.

Enunciado, assim, o CPJ, no intuito de concretizar o direito fundamental à liberdade religiosa com apelo às realidades da vida vincadas pelo fenômeno religioso, volta-se, na seqüência, para o necessário aprofundamento dogmático, problematizando-se várias questões, a fim de ensaiar-se abordagem mais sistemática do feixe de posições jusfundamentais definitivas e *prima facie* identificadas com a liberdade religiosa.

3.2.1 Inviolabilidade de consciência, uma raiz preferencial

O próximo destaque é o papel que exerce, neste amplexo, a *liberdade de consciência*, vista como *background constitutional right*, ponto de apoio básico para a *consagração constitucional da liberdade religiosa*. No caso brasileiro, a viga de escoramento é tão sólida que dispensou o texto da consagração vocabular da “liberdade de religião”, passando por cima o dispositivo do inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal, que declara “inviolável a liberdade de consciência e (direto, num salto) de crença”.⁶¹² Trata-se, bem de ver, da sacralização constitucional das opções em matéria de fé (cujas verdades, em si, são indemonstráveis), relegadas para o foro da consciência individual. As pessoas dispõem de um contexto de liberdade, para articular e hierarquizar seus valores e interesses num âmbito de

reserva pessoal de intimidade constitucionalmente protegido (reforçado, no discurso pátrio, pelo inciso X do mencionado artigo 5º da Constituição Federal).

Como princípio de justiça elementar, assente na “igual consideração e respeito devida a todos os indivíduos”, Jónatas Machado compreende a *presunção constitucional a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a primazia da liberdade religiosa negativa individual perante as correlatas pretensões confessionais ou estatais*. Em síntese, a liberdade religiosa consagra-se como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo a rejeição (a crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito). Não é por acaso, assim, que muitos casos de objeção de consciência (talvez a maioria) originam-se de motivações de índole religiosa, embora releve também nos domínios filosóficos ou políticos (na dicção do inciso VIII do multicitado artigo 5º). Importa, por ora, fixar que o “florescimento individual” decorre do “princípio de soberania de consciência”, pelo qual a “gestão dos valores do espírito” remete-se à autodeterminação de cada pessoa humana. Em síntese, há um *direito geral de liberdade de consciência* “desdobrado de múltiplas posições jurídicas, entre as quais se encontra a liberdade religiosa”.⁶¹³

A presunção da dimensão subjetiva (CPJ 1) dos direitos fundamentais considera a tese de que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais e, assim protegido constitucionalmente, a tutela “efetua-se sob a forma de *direito subjetivo*” – com a vantagem de apontar para o “dever objetivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efetivação de direitos fundamentais”, de modo que o indivíduo “possa exigir algo de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo”.⁶¹⁴ Na doutrina pátria, com esteio em Alexy, também Sarlet manifesta-se a favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, estando a perspectiva objetiva (CPJ 2) como uma “espécie de

⁶¹² Ao revés, por exemplo, do enunciado da Constituição Portuguesa: “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.” (artigo 41º, nº 1).

⁶¹³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 194-5.

⁶¹⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional*, pp. 1.179-80. A pessoa é uma “unidade interativa”, centro de referência de relações sociais, “emancipada do domínio” e daí que sua autodeterminação e desenvolvimento obtenha-se também através do “reconhecimento de direitos fundamentais a certas formações sociais onde ela se insere”. Poderá haver *relação de tensão* entre as duas dimensões (*pessoa – indivíduo*), entre um direito como “direito do indivíduo e um direito da pessoa na sua qualidade de ‘unidade interativa’ inserida em formações sociais”, resolvendo-se pelo princípio da *prevalência do caráter subjetivo individual*, como no exemplo: “a liberdade de consciência e de religião sobrepõe-se aos ‘direitos das igrejas’” – de resto, a relação de tensão é compatível com a “natureza principal dos direitos fundamentais, o que permitirá ‘juízos de ponderação’”.

reforço da proteção jurídica dos direitos fundamentais”.⁶¹⁵ A noção de que a liberdade de consciência é um valor substantivo que tem, como “background right” (a valer contra as decisões tomadas pela comunidade ou pela sociedade vista globalmente),⁶¹⁶ *vigor irradiante* e posição preferencial encontra-se também na *teoria da justiça como equidade* de Rawls, com sua *prioridade às liberdades fundamentais*.⁶¹⁷

A *posição matricial da liberdade de consciência*, em relação à liberdade religiosa, é tema controverso. Há evidentes conexões, e relações de precisão e de meio/fim entre os feixes complexos que formam as liberdades jusfundamentais básicas, vale dizer, entre liberdade religiosa, liberdade de consciência e liberdade de pensamento. A investigação, como ficou dito, filia-se à corrente majoritária na doutrina portuguesa (a inviolabilidade de consciência como raiz), ao passo que os comentadores brasileiros, em geral, derivam, na esteira de Pontes de Miranda, a liberdade religiosa da *liberdade de pensamento*.⁶¹⁸

Como padrão lusitano, retenha-se a visão de Jorge Miranda: a liberdade de consciência é mais ampla e compreende a liberdade de ter ou não religião (e de ter qualquer religião), além da liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica etc.); vale, por definição, “só para o foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui também uma dimensão social e institucional”.⁶¹⁹ Por outro lado, a *liberdade de expressão* “abrange

⁶¹⁵ SARLET, *A eficácia*, pp. 164-5, sendo que o predomínio subjetivo também justifica-se, na lição de Vieira de Andrade, no “valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana” o que não exclui a possibilidade, aliás agasalhada pela CF 88, de “atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos”, que todavia gravitam, em última análise, “em torno da proteção do ser humano em sua individualidade” – por óbvio, esta a trilha da investigação, ao desenvolver (CPJ 1.2).

⁶¹⁶ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 15 – a tradução brasileira verteu “direitos preferenciais” para preservar a idéia de que tais direitos têm anterioridade e preferência com relação aos direitos institucionalmente estabelecidos (tradução alternativa, “direitos de base”, conservaria a associação semântica com *ground*, “fundamento, base ou solo”; mas “direitos fundamentais” seria menos conveniente, diante da variação vocabular nos diversos contextos da obra de Dworkin e considerando o aprumo técnico e conceitual do termo no direito constitucional brasileiro, a partir da fonte doutrinária alemã). Seja como for, os *ground rights* são importantes operadores nas decisões dos casos difíceis (Capítulo 4, pp. 127 e ss., p. 145).

⁶¹⁷ RAWLS, *O liberalismo político*, *passim* – vide resenha *supra*, item 1.2.3.

⁶¹⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 109 – “A *liberdade de religião* especializa a liberdade de pensamento, pois que a vê somente no que concerne à religião”.

⁶¹⁹ MIRANDA, *Manual*, p. 416. A *consciência*, para Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, revela-se, internamente, “na capacidade de cada homem criar uma identidade que é a sua, e, externamente, num poder de o homem decidir todos os seus atos, comandar todos os seus comportamentos e, desse modo, participa constitucionalmente na identidade cultural da sociedade que é a sua”. É, assim, entendida como a “expressão mais elevada da dignidade humana, do homem como pessoa”, elevada, portanto, a liberdade por excelência na sociedade política que radica na dignidade humana. Depende da inexistência de coação, que ao poder estatal cumpre garantir e da “proteção responsável da sociedade política para se poder formar em liberdade” (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. “Liberdade de consciência e liberdade religiosa”, *Direito e Justiça*, vol. XI, Tomo 2, pp. 73-81, 1997, p. 75 – citado *Liberdade de consciência e liberdade religiosa*). A consciência de um “transcendente pessoal, obtida através da razão ou de um ato de fé, volve-se depois num elemento de conhecimento e de autocompreensão do homem no conjunto do mundo (Robert Spaemann)”, daí afirmar-se a

qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, idéias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, atos de vontade”. Em sentido amplo (direito fundamental como um todo, diria Alexy), revela-se indissociável das mais diversas liberdades: liberdade de consciência, de religião e de culto, liberdade de aprender e ensinar, liberdade de manifestação etc. Em sentido restrito, “recorta-se por exclusão de partes”, configurando-se essencialmente “liberdade de expressão do pensamento e correlaciona-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social”.⁶²⁰

Canotilho e Jónatas Machado, em obra recente, tratam das *liberdades publicísticas*, tomada a liberdade de expressão em sentido amplo, enquanto *direito mãe* ou *cluster right*, um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina reconduz à categoria genérica de *liberdades comunicativas* ou *liberdades da comunicação*, construída como um *superconceito* a proteger “condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou efeito do seu conteúdo”, a prescindir da análise dos objetivos espirituais ou materiais da comunicação.⁶²¹

Com tal configuração complexa, é inescapável alguma superfetação, embora viável o destringer consoante o prisma específico utilizado. Ora, a problemática da liberdade de expressão – e a investigação reconduz a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato (artigo 5º, inciso IV, da CF), às liberdades comunicativas – deve ser entendida como estando presente noutros direitos fundamentais que “concretizam aquele direito nos vários domínios da vida social, como sejam a liberdade de participação política, a liberdade religiosa (...) Estes têm por finalidade atualizar a liberdade de expressão nos vários subsistemas de ação social”.⁶²²

existência de uma “comunicabilidade permanente entre liberdade de consciência e liberdade religiosa, apesar de as entendermos hoje como realidades autônomas” (p. 80). Também para CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Portuguesa Anotada*. /3.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 242-243, a liberdade religiosa é uma *especificação* da liberdade de consciência.

⁶²⁰ MIRANDA, *Manual*, pp. 453-4.

⁶²¹ CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 370-2.

⁶²² MACHADO, *Liberdade de Expressão*, p. 16. É de sublinhar, neste contexto, a *permeabilidade categorial* (pp. 372-3). Parece impossível a circunscrever as liberdades comunicativas de modo geometricamente perfeito, já que “as categorias utilizadas apresentam-se relativamente permeáveis entre si” (vale a mesma lógica para os diversos feixes de direitos fundamentais que se interpenetram, como é o caso óbvio da liberdade religiosa e das liberdades comunicativas). Paraphrasing Jónatas Machado, a problemática da liberdade religiosa, individual e coletiva, numa sociedade hipercomplexa é demasiado vasta e cambiante para se deixar captar em termos conceitualmente definitórios e estanques – daí é de esperar, em qualquer operação de *definitional balancing*, “múltiplas situações de sobreposição categorial, em que do tratamento de um direito específico resultam *spillovers* relevantes para o tratamento doutrinário de outros. Assim, são frequentes os casos de concorrência e acumulação de direitos.”. Também por isso, no contexto norte-americano, a doutrina tem ressaltado que o direito da primeira emenda (particularmente ilustrativo, por consagrar a liberdade religiosa e a liberdade de expressão) “não deve ser visto

Em posição duplamente dissonante (a postular um “distinção rigorosa”, em vez da “permeabilidade categorial”), Adragão define inversamente os termos da distinção entre liberdade religiosa e liberdade de consciência, vendo a primeira como matriz da segunda: a “opção religiosa, num sentido ou noutro, condiciona a orientação geral da consciência”.⁶²³ Refere-se ao “exclusivismo na consideração da liberdade de consciência, próprio do iluminismo”, a par das ambigüidades em torno da própria noção de consciência. Inspirado em Vitale, diz que a liberdade de consciência revela-se como expressão da “exigência de comportar-se, na vida social, em conformidade e coerência com os ditames éticos derivados da cosmovisão à qual se adere”: a opção pessoal em ser crente, agnósticos ou ateu “condiciona fundamentalmente a orientação da própria consciência”. Sendo a liberdade religiosa o primeiro ato, é o fundamento indispensável da liberdade de consciência. Por outro lado, como expressão *sui generis* (tentativa de comunicação com Deus), a liberdade religiosa foi “isolada pela Constituição para proteção especial”, já que, se reduzida a mera manifestação particular da liberdade de expressão, poderiam degradar-se garantias específicas, que decorrem do “fenômeno social religioso”. Em linhas gerais, nada haveria a opor, com a ressalva de que parece indemonstrável a aludida precedência genética.⁶²⁴ Todavia, a investigação afasta-se da senda proposta pelo autor em face da teleologia argumentativa: com a matriz religiosa, a liberdade de consciência individual terá que se acomodar, elemento que é, com as manifestações sociais específicas da liberdade religiosa mais ampla (o que abre o flanco para a opressão religiosa das minorias – o autor refira-se, em crítica, à decisão do Tribunal Constitucional alemão que considerou, em 1995, inconstitucional a existência de crucifixos nas escolas públicas, o que será desenvolvido *infra*, item 4.2.1); com a tutela específica da expressão religiosa, considera que a proteção da liberdade de expressão pode ser contrária à liberdade religiosa, ao denunciar a “tutela

como uma torre escorada numa única rocha de fundação, mas sim como uma parte de uma *teia de valores* que se reforçam mutuamente”. Concretização da aludida permeabilidade categorial pode conferir-se em WILSON, Barbara. “Le respect des convictions religieuses d’autrui et la protection de la morale: Limites ultimes à la liberté d’expression au sens de l’article 10 §2 de la Convention européenne des droits de l’homme?”, in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht/SZIER*, Zürich: Verlag und Abonnementsverwaltung, 2000, p. 475-511.

⁶²³ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 417 e 510. Reclama da freqüente menção conjunta, ou da confusão entre elas, da liberdade religiosa, da liberdade de consciência e da liberdade de expressão. Aponta a origem de tal situação na letra das declarações de direitos e constituições que, “não sendo textos doutrinas”, nem sempre respeitam as “exigências de rigor conceitual”. A menção conjunta pode justificar-se, nos textos, por serem todas “liberdades do espírito” e o seguimento acrítico, pela doutrina, “denota um certo positivismo”

⁶²⁴ Que não há se confundir com precedência histórica, cronológica. CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 53/54 Ao escrever sobre as declarações de direitos refere que, num certo sentido, a conquista da liberdade religiosa será a primeira manifestação por um direito de caráter geral, na linha, aliás já consignada, de Jellinek: a liberdade religiosa foi o

inconfineda da liberdade de expressão artística, que, em muitos casos, pode violar realmente a liberdade das convicções religiosas dos outros”.⁶²⁵

É de reter os principais traços da questão no âmbito brasileiro. A começar por Pontes de Miranda, inclusive por sua inegável e justa influência na doutrina pátria. Ao comentar a Constituição de 1967, tratou dos parágrafos 5º e 6º do artigo 150 em conjunto, reunindo-os sob o título “15. Princípio da liberdade de consciência e de crença”. No desdobramento, logo depois do item (1), em que cita os dispositivos atinentes do direito constitucional anterior, inaugura o item (2) com o subtítulo “Direito de liberdade de consciência”, no *interior* do qual tratará da *liberdade de religião*. Sob o título “17. Liberdade de pensamento” comenta o § 8º do artigo 150, no qual, logo no item (2), com o subtítulo “Liberdade de emissão do pensamento”, diferencia a livre manifestação ou emissão do pensamento (direito de liberdade do indivíduo *em suas relações com os outros*) da *liberdade de pensamento*, “que é direito do indivíduo sozinho, de per si”, e da *inviolabilidade da correspondência*, “que é a liberdade de não emitir o pensamento”, pelo que inconfundíveis os direitos fundamentais dos §§ 8º, 9º e 5º do artigo 150. Explicitamente, a “liberdade de religião subsume-se na de pensamento e – na parte cerimonial – na liberdade física”.⁶²⁶ Antes, como já citado, cinzelara que a “*liberdade de religião* especializa a liberdade de pensamento, pois que a vê somente no que concerne à religião”.

Os povos antigos, prossegue Pontes de Miranda, desconhecera as garantias jurídicas da *liberdade de consciência e de crença*, que são inconfundíveis: o “descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”. Também a liberdade de pensamento, “que nem sempre é tangencial com a de consciência”. Após resenha histórica, o autor, nos albores do Renascimento (ressalta a aparição do “Homem novo”, empenhado em defender a *sua* crença, quer contra o Estado, quer contra a reimposição de Mundo, unirreligioso, simétrico e sobrevivente, do Império romano), diz que “brotou –

primeiro germe a partir do qual se desenvolveu o sistema dos direitos do homem e do cidadão (*supra*, item 1.3.1).

⁶²⁵ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 510-1. Quanto ao último ponto, será o “âmbito próprio das ações judiciais individuais ou coletivas destinadas a defender uma religião contra os comportamentos injuriosos ou difamatórios” – discussão *infra*, item 4.2.3.

⁶²⁶ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 107 a 109 e 139. Pontes consignava que a propriedade não é liberdade, que a liberdade de comerciar é “falsa liberdade”, extensão estranha a personalidade. A liberdade física e a de consciência, a liberdade de emissão do pensamento, e as outras mais, “essas sim são verdadeiras liberdades” (p. 108). Denuncia a exclusão, de má-fé, da liberdade de consciência na Constituição de 1937 (de toda forma tutelada pela abertura do então artigo 123), embora melhor técnica “aconselharia a que se explicitasse o direito de *liberdade de consciência*, sem o qual não há ciência; nem o homem teria conseguido as conquistas da civilização ocidental” (p. 109).

primeiro, no terreno da psique – como parcela da *liberdade de pensamento*, porém a frente de todas as outras parcelas, a *liberdade de religião* como direito fundamental”.⁶²⁷

Pontes ressalta, a esta altura, que a liberdade religiosa está esvaziada de qualquer traço de desigualdade ou despotismo (preponderância), sendo “direito individual fundamental, que independe de qualquer escalonamento, em virtude de maior ou menor número de adeptos” – por isso que no enunciado mais exato e básico está implícito o princípio da igualdade: todos os indivíduos têm liberdade religiosa (não se diz “todas as religiões são livres”) significa “*Todos* os indivíduos têm *igual* direito à liberdade religiosa”. Sendo a liberdade de pensamento, neste modelo, a matriz (princípio mais geral), pergunta o autor se nela cabe a “liberdade de pensar *contra* certa religião ou *contra* as religiões”. Nas origens, refere, o princípio “não abrangia essa emissão de pensamento”. Depois, incluiu-se nele, alterando-se-lhe o nome, de liberdade de pensamento, para “liberdade de crença”, de modo que se “prestasse a ser invocado por teístas e ateus”. Todavia, como formulado atualmente o *princípio de liberdade de pensamento*, é “ocioso discutir-se a matéria” – liberdade religiosa é “liberdade de se ter a religião que se entende, em qualidade, ou em quantidade, inclusive não se ter”. Ainda não há declaração explícita de que todas as “concepções religiosas, a-religiosas ou anti-religiosas são livres ou, melhor, que todos são livres de tê-las”, mas “esse é o conteúdo do princípio da liberdade de pensamento”. Cindir-se a “liberdade de pensamento” em “liberdade de religião” e “liberdade de pensamento a-religioso ou anti-religioso” significa apenas *especialização* – daí, na visão de Pontes, não se poder, num esquema de liberdades, “colocar a liberdade de religião”. Explica que “não há nenhum elemento novo”, “nenhum elemento a mais na liberdade de religião” – situação diversa da que existe na liberdade de culto, na liberdade de ciência e de pesquisa, na liberdade de associação, “onde as doses de liberdade de pensamento e liberdade física caracterizam graus de combinação entre as duas liberdades” (na liberdade de culto, o elemento a mais é a *extensão* exteriorizada da liberdade religiosa).⁶²⁸

Celso Ribeiro Bastos, nos comentários conjuntos com Ives Gandra, oferta contribuição importante.⁶²⁹ Conceitua *liberdade religiosa* como a livre escolha pelo indivíduo da sua religião que, no entanto, não se esgota nesta fé ou crença, pois demanda uma prática religiosa

⁶²⁷ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 110-12.

⁶²⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 115-6. Adiante, acrescenta que a “liberdade de consciência supõe liberdade de concepção do mundo, porém não se identifica com ela: essa tem maior extensão. Há pensamentos que não interessam à consciência” (p. 122).

ou culto como um dos seus elementos fundamentais – do que resulta, também inclusa na liberdade religiosa, a possibilidade de organização destes mesmos cultos, o que dá lugar às *igrejas*, elemento muito importante, visto que da necessidade de assegurar a livre organização dos cultos surge o inevitável problema da relação destes com o Estado. Segundo o autor, apartar a liberdade de consciência da de crença (técnica adotada pelas cartas de 1946 e 1934), é a melhor opção, pois a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência, uma proteção jurídica que inclui os próprios ateus e os agnósticos. De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimento pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa.

Em texto específico, agora em conjunto com Samantha Meyer Pflug, Celso Ribeiro Bastos desenvolve a noção de que a liberdade de consciência e de crença, assegurada no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, é “concretização da liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88) também prevista constitucionalmente e que se encontra diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana”. Assegura-se, no inciso VI, “especificamente a liberdade do espírito na seara religiosa e moral”. Dizendo respeito ao foro íntimo de cada um, seria de afirmar que a “liberdade do espírito ou do pensamento” não se encerraria no plano jurídico, mas sinala que as condições socioeconômicas e histórico-culturais “exercem, sem dúvida alguma, influência direta sobre o pensamento individual”. O pensamento não estando restrito à esfera do puro espírito, tende a transcender (exteriorizar-se, seja pela vocação ao proselitismo ou por determinar boa parte das atitudes individuais) – daí que, no contexto da liberdade de pensamento, destaque-se a *liberdade de opinião*, “cujo traço fundamental é a escolha pelo homem da sua verdade, não importa em que domínio”. Quando [a liberdade de opinião] tem por objeto a *moral* e a *religião*, adquire o nome de “liberdade de consciência e de crença”.⁶³⁰

Na seqüência, utilizam-se os autores pela primeira vez da expressão *liberdade religiosa*, que tem como “traço fundamental a liberdade de escolha do indivíduo no tocante à

⁶²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 45/52 (citado *Comentários*).

⁶³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. “Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 09, nº 36, julho-setembro de 2001, p. 106-107 (citado *Do direito fundamental*).

sua religião”, incluindo-se, ademais, o culto (ou prática religiosa) como um dos seus elementos fundamentais, e à respectiva liberdade de organização, que dá “lugar à criação de igrejas e templos”. Voltam, depois de comentar os diversos sistemas de relações entre a Igreja e o Estado, a tratar da liberdade de consciência, para dizer que não se confunde com a de crença (como apontado *supra*). Definem a *liberdade de consciência* como “uma das faces da liberdade de pensamento, uma vez que diz respeito às convicções de cada indivíduo, seus valores e sua conduta moral. Trata-se do comportamento de cada um diante da sociedade.”⁶³¹ Empenham-se em nova distinção, entre liberdade de consciência e de culto, a última protegendo, essencialmente, a “vida interior dos homens, no que diz respeito à sua fé religiosa, e não a qualquer convicção, seja ela política, ideológica ou moral”. Quatro parágrafos adiante, referem-se, em bloco, à *liberdade religiosa e de consciência* como um “direito público subjetivo” (como tal, sua proteção é exigível do Estado). No item seguinte (2. Da liberdade de culto), voltam a referir-se, apenas, à *liberdade religiosa*, que não se contenta “com a sua dimensão espiritual” (como de resto “acontece com todas as demais liberdades de pensamento”).⁶³²

Na conclusão, os autores citados suprimem a expressão *liberdade religiosa*. O Texto Constitucional assegura a *liberdade de consciência e de crença*, decorrência da própria *liberdade de pensamento e de opinião*. A liberdade de consciência relaciona-se com as “convicções íntimas de cada um”, que podem ou não vincular-se ao “aspecto religioso” (e até negá-lo – ateísmo), ao passo que a liberdade de crença “diz respeito ao aspecto religioso” (à escolha de determinada religião ou crença que se coadune com os anseios espirituais de cada pessoa). Ao tratar, finalmente, da liberdade de culto, voltam à matriz, no plural – a liberdade de culto nada mais é do que a exteriorização d(as) liberdade(s) de consciência e de crença.⁶³³

Merece também referência a posição de José Afonso da Silva. Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, destaca, depois dos fundamentos, um capítulo específico para o direito à vida e à privacidade. Outro, para o direito de igualdade. É no Capítulo IV que trata do direito de liberdade, que comporta quatro grandes partições: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de ação profissional e os direitos coletivos. No seio da *liberdade de pensamento*, recorta seis tópicos: liberdade de opinião; liberdade de comunicação; *liberdade religiosa*, liberdade de expressão intelectual, artística e científica;

⁶³¹ BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, pp. 107-8.

⁶³² BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, pp. 108-9.

⁶³³ BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, pp. 113-4.

liberdade de expressão cultural; e liberdade de transmissão e recepção do conhecimento. Parte, assim, de um amplo conceito de liberdade de pensamento (exteriorização do pensamento no seu sentido mais amplo, em ciência, religião, arte, “ou o que for”). No próximo patamar, a *liberdade de opinião*, liberdade primária que de certa forma resume a liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão, a abarcar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer tomada de posição pública. Esclarece que a Constituição a reconhece nessas duas dimensões, sendo que, “como pensamento íntimo”, prevê a *liberdade de consciência* e de *crença*, que declara invioláveis (art. 5º, VI), como a de *crença religiosa* e de *convicção filosófica* ou *política* (art. 5º, VIII) – a significar que todos têm o “direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião”, bem como o de seguir qualquer “corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo”. Dessas liberdades deflui a *escusa de consciência* (art. 5º, VIII).⁶³⁴

Sob a égide da *liberdade de comunicação*, José Afonso engloba a *liberdade de manifestação do pensamento* e a liberdade de informação em geral, bem como a liberdade de informação jornalística e os meios de comunicação. Quanto à primeira, um dos “aspectos externos da liberdade de opinião”, ancora-a no art. 5º, IV, conectado diretamente ao art. 220 (comunicação social). Em face do direito de não manifestar o pensamento, conclui que “não se pode impor a ninguém uma conduta ou uma obrigação que conflite com sua crença religiosa ou com sua convicção filosófica ou política”. Refere o conexo direito de preso de permanecer calado (art. 5º, LXIII) e o correlato direito de resposta e de indenização, à disposição dos atingidos pela manifestação do pensamento (art. 5º, V).⁶³⁵

José Afonso destina o próximo tópico (16. Liberdade religiosa) para essa que se inclui entre as “liberdades espirituais” e cuja exteriorização é “forma de manifestação do pensamento” – sem dúvida, de *conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita*. Compreende, a liberdade religiosa, três formas de expressão (três *liberdades*), todas garantidas na Constituição: *liberdade de crença*, *liberdade de culto*, *liberdade de organização religiosa*. Tangente à primeira, recorda que a Constituição de 1967/1969 não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a *liberdade de consciência* e, na mesma disposição (art. 153, § 5º), assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos. Então, “a liberdade de

⁶³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ªed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 241-2 (citado *Curso*)

⁶³⁵ SILVA, *Curso*, pp. 243-8.

crença era garantida como simples forma da liberdade de consciência”. Andou bem a Constituição de 1988 em voltar à tradição da Constituição de 1946, declarando-as invioláveis e destacando-as (liberdade de consciência e de crença – art. 5º, VI).⁶³⁶

Observação interessante recolhe-se de Alexandre de Moraes, ao versar, no mesmo item, sobre liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5º, VI e VIII). Cita, de início, em socorro à objeção de consciência, José Celso Mello Filho, que afirma que a “liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento”. Logo a seguir, agora citando Themistocles Brandão Cavalcanti, assevera que a conquista constitucional da liberdade religiosa é “verdadeira consagração da maturidade de um povo”, pois é ela “verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação”.⁶³⁷

Mirando a liberdade de expressão, Tadeu Antonio Dix Silva, menciona o *paradigma de equivocidade* com o uso inadequado e distorcido do termo, confundida com o “direito à informação, com a liberdade de imprensa e outras liberdade conexas”.⁶³⁸

Em trabalho monográfico sobre a liberdade religiosa, Aldir Guedes Soriano perfila-se com Pontes de Miranda. A “liberdade religiosa – de religião – é uma vertente da liberdade insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. É, também, uma vertente ou especialização da liberdade de pensamento”. Todavia, no quadro sinótico que apresenta antes

⁶³⁶ SILVA, *Curso*, pp. 248-9. Distingue-as na linha de Pontes de Miranda, já citado.

⁶³⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 72-3 (citado *Direito Constitucional*). A abrangência do preceito constitucional é ampla (compreende crença, liturgia, culto etc.), sendo que o “constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar à sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e à própria diversidade espiritual”. No mesmo sentido, vinculando a liberdade religiosa à liberdade de pensamento, apenas para ilustrar: NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal. Direitos e Garantias Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 292 (citado *Curso*); FERREIRA, Wolgran Junqueira, *Direitos e garantias individuais. Comentários ao artigo 5º da Consituição Federal*. São Paulo: Edipro, 1997, pp. 153/157.

⁶³⁸ SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal do Estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, pp. 68-73. Segundo o autor, é utilizada, com acepção desvirtuada, por diversos segmentos sociais, com fins políticos, religiosos e até comerciais (o que não é de estranhar, na ótica da investigação, tratando-se de um *cluster right*). “A doutrina nacional, inserida neste cenário, não descortina com nitidez o sentido da liberdade de expressão” – segue-se resenha de vários autores. A partir da posição dominante (pp. 110-1), entende que a *liberdade de pensamento* é a *liberdade primária* (a soma das liberdades particulares que garantem a autonomia do espírito da pessoa), que se manifesta de distintas maneiras: liberdade de opinião e de consciência (direito a não ser molestado nem discriminado por adotar determinadas idéias ou crenças); a liberdade de manifestação ou de comunicação de tais idéias ou crenças – no plano religioso, a “liberdade de cultos”; no plano educativo e científico, a liberdade de ensino; e no plano da comunicação pública, a liberdade de expressão. Tal concepção parece cindir a posição (CPJ, 1.1.3 – liberdade de atuação segundo a própria crença) e reduzir a especificidade do fenômeno religioso, que fica submetido (ao menos analiticamente) ao plano das liberdades comunicativas. Também não parece justificável confinar a liberdade de expressão apenas ao campo da comunicação pública.

(formas de liberdade elencadas nos incisos do art. 5º, seriam nove) distingue: autodeterminação (II), pensamento (IV), religião (VI, VII, VIII), expressão (IX) etc.⁶³⁹ Adiante, nota a multiplicidade do direito à liberdade religiosa, a compreender diversos direitos que, reunidos, consideram-se em sentido amplo (*lato sensu*) – “poder-se-ia afirmar tratar-se de um *direito composto*” (a investigação consignou *direito à liberdade religiosa como um todo*). A decomposição das vertentes ofertada pelo autor, noutro quadro sinótico, sinala quatro liberdades: liberdade de consciência (que vai assim derivada, como propunha Adragão); a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de organização religiosa. Em reforço, argumenta que a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 41, reconhece tais vertentes, sendo que a “liberdade de religião da Constituição lusitana corresponde à liberdade de crença da Constituição brasileira de 1988”.⁶⁴⁰

Objeta-se, aqui, em três frentes: (1ª) sob ponto de vista sistemático, mesmo depois de sinalar que a liberdade de consciência é muito mais ampla que a liberdade de crença,⁶⁴¹ o autor faz derivar o mais (continente – liberdade de consciência) do menos (parte do conteúdo da liberdade religiosa, liberdade de crença). O problema é a distinção entre liberdade religiosa *lato sensu* e estrito *sensu*, não pela divisão em si, mas ao identificar a liberdade de crença com liberdade religiosa *stricto sensu*, supostamente apoiado na Constituição Portuguesa e em Jorge Miranda (2ª objeção). Ora, ao citar Jorge Miranda,⁶⁴² reputa ao autor português a afirmação de que a liberdade de consciência é de foro individual, “enquanto a liberdade de crença (de religião ou religiosa) apresenta ‘uma dimensão social e institucional’ (...) A liberdade de crença, de religião ou liberdade religiosa *stricto sensu* se refere apenas ao direito de se crer, de se escolher uma religião ou de se mudar de religião ou de crença; não compreende a liberdade de não se ter religião ou crença”. Contudo, não é isso, textualmente, que diz Jorge Miranda: a liberdade de consciência vale só para o foro individual, “ao passo que a liberdade religiosa possui (como já se acentuou) também uma dimensão social e institucional” – nenhuma referência, pois, menos ainda como sinônimos, à “liberdade de crença”, ao revés da citação de Soriano que principia por “liberdade de crença” e coloca entre

⁶³⁹ SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 4. Refere a complexidade e o caráter interdisciplinar da liberdade religiosa, “polifacetariedade” que resulta em parte da colisão com outros direitos fundamentais (pp. 5 e 6). Cita Pontes de Miranda e repete que a liberdade religiosa é uma espécie da qual a liberdade de pensamento é gênero (p. 8). Idem à p. 91.

⁶⁴⁰ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 10 e 11. Daí referir, no quadro sinótico, que a “liberdade de crença” é também conhecida como “liberdade de religião” ou “liberdade religiosa *stricto sensu*”.

⁶⁴¹ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 12 e 92-5 (tanto que retoma a lição de Celso Basto para dizer que a liberdade de consciência “pode significar a inexistência de crença, como é o caso de agnósticos e ateus”).

⁶⁴² SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 12. Refere-se à p. 416 do *Manual de Direito Constitucional*, mencionada *supra* pela investigação.

parênteses, como conceitos equivalentes “liberdade de religião ou liberdade religiosa”. Em nenhum trecho de sua obra, afirma a investigação, Jorge Miranda consagra tal equiparação, nem se interpreta, de sua exposição, autorização para fazê-la. Pelo contrário, a doutrina portuguesa, em geral, trata da liberdade religiosa como um complexo, diverso da liberdade de consciência, no bojo do qual [liberdade religiosa] a liberdade de crença é um dos elementos.⁶⁴³ A dissonância final (3ª) vislumbra incoerência interna na apresentação de Soriano, pois, ao derivar a liberdade de religião da liberdade de pensamento, e essa última da liberdade em sentido amplo, desautoriza o próprio quadro sinótico que apresentou, em que pensamento e religião derivam diretamente da liberdade em sentido amplo. Fica a dever, ao menos, justificativa para a sistematização, que não parece constitucionalmente adequada, à luz dos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Lançar mão da liberdade de consciência como matriz para a liberdade religiosa, passa-se a justificar a posição da investigação, tem a vantagem de apontar para os valores fortes da *consciência* e da *razão individuais*, com respaldo axiológico para o *cluster right* da liberdade religiosa, além de harmonizar-se, em princípio, de forma mais adequada ao texto da Constituição Federal de 1988, notadamente ao ponto de Arquimedes representado pelo inciso VI do artigo 5º, que parte da inviolabilidade da liberdade de consciência para, a seguir, enunciar o direito à liberdade religiosa como um todo.

Quanto à *subjetividade individual*, consolidados seus afloramentos anteriores com o Renascimento e a Reforma, os respectivos direitos só adquirem “consistência teórica e constitucional quando integrados no projeto do iluminismo jusnaturalista e na sua ênfase na subjetividade da percepção e da cognição”. O pressuposto fundamental do iluminismo é a “autonomia moral-prática do indivíduo”, condição última da liberdade em relação à “autoridade pré-crítica das concepções e das hierarquias tradicionais”. Reconhece-se, ao

⁶⁴³ Jorge Miranda, especificamente, ressalta que o fenômeno religioso “penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos” (p. 405). Em clara distinção, à p. 409, refere que a “liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença”. Daí que não caiba na sua boca, na ótica da investigação, a assertiva (*apud* Soriano, *op. cit.*, p. 12) de que a “liberdade de crença, de religião ou liberdade religiosa *stricto sensu* se refere apenas ao direito de se crer, de se escolher uma religião ou de se mudar de religião ou de crença; não compreende a liberdade de não se ter religião ou crença.”. O que Jorge Miranda afirma (p. 416), é que a *liberdade religiosa* (não a liberdade de crença, ao contrário da consagração de Soriano) aparece indissociável da *liberdade de consciência*, sendo a última mais ampla, a compreender “quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente)”; no complemento, “por outro lado”, a liberdade de consciência é menos ampla, pois “vale, por definição, só para o foro individual”, ao passo que a liberdade religiosa, a par do foro íntimo/individual, possui “também uma dimensão social e institucional”. Daí a diversidade entre ambas, num jogo de mais e de menos,

sujeito, competência para proceder “valorações morais nos domínios existencial e ético”. A consciência moderna assenta, pois, num relativo “entusiasmo pela capacidade cognitiva dos seres humanos”, sendo vista a liberdade como “capacidade de dominar e controlar o próprio destino”. A livre expressão individual é um elemento constitutivo dessa liberdade, a par da conformação *finalística* (que substitui uma noção fatalística) – o movimento é de autonomia da razão (em relação à revelação) e da filosofia (em face da teologia). Grotius, Puffendorf e Locke acentuam o *liberum arbitrium* individual em questões de fé e o direito natural seria válido *etsi Deos non esset*.⁶⁴⁴

Falar em *autonomia do sujeito* (que se pode reconduzir ao binômio dignidade-liberdade), é, no plano do Iluminismo, falar de pessoa consciente – e a remessa a Kant é obrigatória. O novo paradigma epistemológico, de impacto socialmente reconstutivo, vai resumido no lema kantiano *Sapere aude!* (Tem a ousadia de fazer uso do teu próprio entendimento), tal o *slogan* do *Aufklärung*.⁶⁴⁵ Kant reconhece que se livrar dos “grilhões de uma perpétua menoridade” implica um salto inseguro, por isso são bem poucos os que conseguiram empreender uma marcha segura. Para o esclarecimento, porém, “nada mais se exige senão *liberdade*. E a mais inofensiva dentre tudo o que se possa chamar *liberdade*, a saber: a de fazer um uso público de sua razão em todos os assuntos.”⁶⁴⁶ Adiante, uma metáfora laudatória: a época atual, o *Aufklärung*, é o *século de Frederico* – um “príncipe que não acha uma indignidade afirmar que considera um dever nada prescrever aos homens em termos de matéria religiosa”, concedendo-lhes nesse assunto “plena liberdade, que portanto afasta de si o arrogante nome de *tolerância*”. Explicitamente, ressaltou a matéria religiosa, “o

que aconselha desembaralhá-las e, na posição da investigação, apoiar a liberdade religiosa no suporte da liberdade de consciência. Voltar-se-á ao tema no tratamento da liberdade de crença (*infra*, item 3.1.4)

⁶⁴⁴ MACHADO, *Liberdade de expressão*, pp. 57-9.

⁶⁴⁵ A famosa expressão consta do primeiro parágrafo de um texto célebre datado de 5 de dezembro de 1783, intitulado “Resposta à pergunta: Que é ‘Esclarecimento’? (‘Aufklärung’)” – KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. (trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 115 (citado *Fundamentação da metafísica*). Iluminismo significa a “saída do homem de sua menoridade”, da qual será culpado se a causa estiver na “ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem”.

⁶⁴⁶ KANT, *Fundamentação da metafísica*, pp. 116-7. O texto está impregnado de referências às questões religiosas, patente a transição de mundivisão. “Também o sacerdote está obrigado a fazer seu sermão (...) de acordo com o credo da Igreja. (...) [mas] nada deve ser encontrado aí que contradiga a religião interior. Pois se acreditasse encontrar essa contradição, em sua consciência não poderia desempenhar sua função: teria de renunciar.” (p. 118). “Mas não deveria uma sociedade de eclesiásticos (...) estar autorizada, sob juramento, a comprometer-se com certo credo invariável (...) e até mesmo a perpetuar essa tutela? Isso é completamente impossível (...) Uma época não pode se aliar e conjurar para colocar a seguinte em um estado em que para esta se torne impossível ampliar seus conhecimentos (sobretudo os mais imediatos) purificar-se dos erros e avançar mais no caminho do esclarecimento [*Aufklärung*] (...) é completamente proibido unificar-se em uma constituição religiosa fixa, de que ninguém tenha publicamente o direito de duvidar (...) Um homem pode (...) adiar o

ponto principal do esclarecimento [*Aufklärung*], a saída do homem de sua menoridade, da qual é culpado”.⁶⁴⁷

Historicamente, a transição deu-se dos regimes de tolerância religiosa para uma nova galáxia, por assim dizer, a liberdade religiosa. É a partir desta base jurídico-política (de tolerância religiosa), que as teorias do contrato social e o constitucionalismo irão “estruturar e cristalizar um discurso normativo teologicamente neutral, alicerçado nos valores da igual liberdade de consciência e de opinião dos indivíduos e apoiado no princípio estrutural da separação das confissões religiosas do Estado” – neste novo campo semântico fundamentalizam-se e constitucionalizam-se os “os valores da liberdade e da igualdade”.⁶⁴⁸

É de retomar, neste passo, a noção de *permeabilidade categorial* referida. Para lembrar, com López Castillo, que a liberdade religiosa foi a sementeira, que com o passar das estações e com o labor de um cultivo diligente foi germinando e brindando seus frutos semânticos, às expensas de serem, na colheita, recolhidos, selecionados e elaborados num lento processo de complexa e diversa manufatura dogmática. Ocasionalmente, passou-se desta imagem (histórica) da liberdade religiosa como nutriz das liberdades fundamentais, para a “sua imersão, senão diluição, no seio de uma liberdade compreensiva”, que, dependendo da posição adotada, pode ser tanto uma “genérica liberdade de pensamento”, à francesa, quanto, numa variante de certa pujança na doutrina espanhola, a “liberdade ideológica” e/ou a *liberdade de consciência*. Seja como for, o esforço dogmático, antes do que voltar à comunidade de origem e à sua árvore genealógica, “seguramente deve centrar-se nos elementos positivos disponíveis” a fim de obter, reconhecido seu incontestável parentesco, uma imagem do direito da liberdade religiosa, com a qual é de intentar, ato contínuo, compor o “quebra-cabeças que, como noutros campos, também aqui resulta da vida social”.⁶⁴⁹

esclarecimento. Mas renunciar a ele (...) significa e atar aos pés os sagrados direitos da humanidade.” (pp. 119-20).

⁶⁴⁷ KANT, *Fundamentação da metafísica*, pp. 120-2. No fecho, uma bela imagem: se a natureza “desenvolveu o germe” (a inclinação e a vocação para o pensamento livre), tal germe “atua em progressivo retorno sobre o modo de sentir do povo” e até mesmo sobre os “princípios do governo, que para si próprio vê conveniência em tratar o homem, agora mais do que simples máquina, segundo a sua dignidade”. Tenha-se em mente a crítica de Hegel ao “vazio formalismo” das máximas de ação kantiana, “decorrência de uma separação indevida entre forma e matéria em Kant”, ao passo que, para Hegel, um princípio ético resulta da determinação e mediação das vontades livres dos sujeitos agentes” (constitui-se de *historicidade* e *temporalidade*). Na crítica de Hegel, o imperativo categórico kantiano (“age apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal) “não diz o que deve ser feito, mas somente como”, não se constitui em princípio, mas “pura abstração formal” (WEBER, Thadeu, *Ética e filosofia política*, pp. 59 e 94).

⁶⁴⁸ MACHADO, *Liberdade de expressão*, pp. 56-7.

⁶⁴⁹ LÓPEZ CASTILLO, Antonio. “Acerca del derecho de libertad religiosa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. s.d. p. 76-7.

Pois os elementos positivos (textuais) disponíveis na Constituição Federal de 1988, no sentir da investigação, apontam, como já dito, para a conveniência de lidar-se com dois direitos fundamentais obviamente conexos e interligados (sem precedência valorativa) mas com autonomia dogmática suficiente:

(i) as *liberdades comunicativas*, por um lado (liberdade de expressão em sentido amplo), a englobar a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV);⁶⁵⁰ o direito de resposta proporcional ao agravo [decorrente da manifestação do pensamento], além de indenização (art. 5º, V); a liberdade de expressão (art. 5º, IX), garantidos o sigilo da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII) e a tutela da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X); a liberdade de informação (art. 5º, XIV); a liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º) – com todos os seus desdobramentos;

(ii) a *liberdade religiosa como um todo*, por outro,⁶⁵¹ já mencionadas suas duas grandes dimensões (direito subjetivo e vetor objetivo) e especificado seu âmbito normativo (*supra*, item 3.1.2);

(iii) como *ponte* entre ambos os complexos, e vista como *matricial* (direito mãe), a *liberdade de consciência*, formulada no artigo 5º, inciso VI, 1ª alínea.

Ademais, parece que o dado empírico *consciência*, que há de compor o âmbito normativo da respectiva liberdade, presta-se mais, mesmo pela relativa ambigüidade e pluralidade de concepções, para suportar a liberdade religiosa que o conceito de *pensamento*, mais exposto às críticas de estilo pós-moderno. Convive melhor a noção de “consciência” com as refrações do paradigma da complexidade e do interculturalismo. Se a *consciência* pode ser vista, aproximadamente, como um atributo que se define por uma oposição básica, “pelo qual o homem toma em relação ao mundo (e, posteriormente, em relação aos chamados interiores, subjetivos) aquela distância em que se cria a possibilidade de níveis mais altos de integração”,⁶⁵² ou como “uma faculdade especial de autopercepção” (estar ciente de que se

⁶⁵⁰ Vedado o anonimato e concretada no art. 220, que abre o capítulo da *comunicação social*, dizendo seu *caput* que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

⁶⁵¹ Amparada nos dispositivos já citados *supra*, no segundo parágrafo do item 3.1.2.

⁶⁵² Como consta de uma das acepções em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 532, citado *Novo Aurélio*. O que sentiria “se eu fosse uma pedra”, pergunta Umberto Eco (*A ilha do dia antes*, pp. 434-5): o “zumbir do meu empedrecer. Mas não poderia dizer eu, porque para dizer eu é preciso que haja outros, algo de outro a que possa opor-me. Em princípio a pedra não pode saber que haja outro fora de si. Zumbe, pedra ela mesmo pedrante, e ignora o resto. É um mundo. Um mundo que mundula sozinho.”. Daí que Faria Costa repare

está ciente),⁶⁵³ já o *pensamento* está mais atrelado aos problemas da “racionalidade”. Ora, a cultura, mais que simples racionalidade (*supra*, item 2.1.2), suporta um conceito de *realidade*, humana e em geral, que joga com outras duas dimensões – a *mítico-simbólica*, que nos põe em contato com a realidade a um nível mais *profundo* do que a “razão reflexiva, conceitual e lógica”; e a do *mistério*, que, além de não poder ser pensado ou definido, supera toda “conceitualização e simbolização” proposta.⁶⁵⁴ Pode-se, assim, sem pensamento, estar consciente (perceber a realidade) das dimensões mítico-simbólica e do mistério.⁶⁵⁵ O que parece muito mais fecundo, como raiz, para a *liberdade religiosa*.

Retomando-se, a *liberdade religiosa*, que vai suportada pela liberdade de consciência, é de ressaltar a *interdependência funcional* de duas facetas (Jónatas Machado): (i) a liberdade religiosa como *direito*, centrada na “livre expressão de crenças conscientes e atuais”; (ii) como *princípio* da separação das confissões religiosas do Estado, que atende ao “impacto produzido pela atividade estadual nos processos espirituais de formação e revisão da

que o homem, além de ser-pensado, é ser-falado, “estrutura aberta e porosa que, na sua hominal incompletude, só pode ser percebida pelo diálogo ou com o diálogo” – vale dizer, o “eu” só se reconhece como “eu” quando se revê no “outro” (COSTA, José Francisco de Faria. *Direito Penal da Comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 39-40 – citado *Direito Penal da Comunicação*). O que se liga a *identidade pessoal*, “que tem de ser encarada como o resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social” (DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade. Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 345).

⁶⁵³ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. (trad. Newton Roberval Eicheberg) São Paulo: Cultrix, 1996, p. 224 – o autor identifica a *cognição* com o “pleno processo da vida – incluindo percepções, emoções e comportamento”, entendida como um processo. Uma das características-chave da consciência humana é a “capacidade para abstrair” e a consciência humana, “com seu pensamento abstrato e suas concepções simbólicas, surge do processo cognitivo comum a todos os organismos vivos”. Consciência, assim, descreve o “nível da mente” (ou cognição) caracterizado pela *autopercepção*. A percepção do meio ambiente, de acordo com a “teoria de Santiago” [*autopoiese*, Francisco Varela e Humberto Maturana], é uma propriedade da “cognição em todos os níveis da vida”. A autopercepção, até onde se sabe, “manifesta-se apenas em animais superiores” e “só se desdobra de maneira plena na mente humana”. O ser humano não sabe, apenas; também sabe que sabe.

⁶⁵⁴ À razão definida como *verbum mentis* (a palavra do pensamento), já se consignou, pode-se agregar o aspecto mítico-simbólico como *verbum entis* (a palavra do ser). O fato de não poder se pensar algo não afasta que seja tão real quanto o perceptível racionalmente. Nesta visão, o mistério é a “liberdade total da realidade que faz falta viver em toda sua profundidade”. A liberdade religiosa, neste diapasão, especializa-se e beneficia a consciência da realidade mítico-simbólica e, especialmente, da percepção do mistério

⁶⁵⁵ JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. (trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota). São Paulo: Cultrix, 1965, pp. 112-16, refere-se aos *enigmas*, que “significam sem significar algo específico”, sendo que esse algo “reside no próprio enigma e não existe fora dele”. Vivemos num “mundo de enigma, onde o que é autêntico deveria revelar-se a nós, mas não se revela e permanece oculto na interminável variação das significações”. Os enigmas constituem uma “linguagem da Transcendência, que de lá nos chega como linguagem de nossa própria criação”. Aquilo de que a “ciência nos priva – a corporeidade da Transcendência – fica para nós preservado no domínio dos enigmas” (p. 113). Diversamente dos fatos, os enigmas “têm existência histórica em um mundo empíreo e só falam a essa mesma existência (...) são penetrados pela imaginação e pela especulação (...) iluminam o caminho de nossa liberdade”. Por isso mesmo, aos homens, “só nos resta escutar uma linguagem de enigmas na qual está incluído o enigma ‘Deus’ (...) Tudo – realidades, pensamento, fantasia – pode constituir um enigma. (...) Não há sistema racional capaz de apreender os enigmas, nem ordem dialética em condições de lhes dominar os conflitos. (...) Só a experiência existencial desvenda o significado dos enigmas.” (pp. 114-5).

consciência individual”. A formulação da tese é mais ampla: *interdependência funcional e recursividade das dimensões subjetiva e objetiva em (CPJ, 1 e 2)*. Voltando à dicção de Jónatas Machado, a religião é uma das “expressões possíveis da razão prática” (*consciência*) e a autenticidade das escolhas individuais neste campo supõe uma “estrutura institucional religiosa e mundividencialmente neutra”, uma “ordem social desvinculada de um bem comum objetivo e aprioristicamente captado, apoiada apenas em princípios básicos de justiça e reciprocidade”. Se a *liberdade de consciência*, enfim, é importante vetor de articulação entre o direito à liberdade religiosa e o princípio da separação das confissões religiosas do Estado, não é o único, pois há ainda importantes refrações em sede de (a) garantia de igual liberdade religiosa *coletiva* e de uma (b) esfera de *discurso público* aberta e pluralista⁶⁵⁶ – aqui radicando, também a partir da livre manifestação de pensamento (artigo 5º, inciso IV), a liberdade de expressão e comunicação (inciso IX do mesmo artigo 5º) e notadamente o acesso à informação e a liberdade de imprensa (artigo 5º, inciso XIV).⁶⁵⁷ Mais um exemplo da permeabilidade categorial e da bondade da *função de ponte* a ser exercida pela liberdade de consciência.

Seguindo na apresentação das idéias nucleares, é de referir que as ressonâncias religiosas da consciência ganham especial monta, em nível individual, pois o conflito que se estabelece, mais que antepor a autonomia individual à heteronomia estatal, tem contornos de colisão, às vezes insanável, entre aquela heteronomia estatal e uma “teonomia de origem sobrenatural que (...) se impõe inelutavelmente ao sujeito” – daí a distinção entre crenças religiosas, vistas como comandos, e as restantes (ideológicas etc.), “meras convicções pessoais”, o que justificaria a acomodação de algumas crenças religiosas sem similar noutros quadrantes da consciência. Longe de consenso, uma estrita neutralidade estatal entre o religioso e o não religioso desautorizaria a distinção entre crenças religiosas e outras crenças; neste caso, nada permitiria a discriminação do não crente (figurem-se dois estudantes que igualmente recusam prestar exames no sábado, um por crença adventista do sétimo dia e o outro por “convicções morais sobre o valor da família”). Ora, se é desejável que a produção normativa tenha “níveis de generalidade” que permitam reconduzir, a um só tempo, ações e instituições religiosas ou não religiosas, a “redução do fenômeno religioso aos direitos de expressão, reunião e associação” corresponderia a uma sua “total descaracterização”, a um fenômeno vazado pela secularização a ponto da cabal desmitologização – o que levaria a

⁶⁵⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 196.

questionar a existência de um direito constitucional de liberdade religiosa, o que se recusa, pois a religião é vista como fenômeno *sui generis*, “sem qualquer correspondência ou analogia no plano secular”,⁶⁵⁸ a permitir, acrescente-se, em face de seu *quid* de autonomia, a discriminação positiva (a *reverse discrimination* que, segundo Dworkin, não viola a 14ª Emenda à Constituição Americana).⁶⁵⁹

No caso brasileiro, argumento auxiliar retira-se da própria distinção textual, cabível a objeção de consciência por motivo de *crença religiosa* ou (o que não é o mesmo, embora de efeito igual) de *convicção filosófica e política* (inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal) – ademais, há clara conotação religiosa na liberdade de crença do inciso VI do mesmo artigo 5º, pois o que se assegura, nos desdobramentos do dispositivo, é o culto religioso, os locais de culto e as respectivas liturgias.

Estabelecida, assim, a visão sistêmica da investigação, em relação às liberdades de consciência, religiosa e comunicativas, é de retomar a intenção de alargar o âmbito normativo da liberdade religiosa. Gize-se que, mercê da gênese histórica, particularmente discriminatória em relação às minorias, deve-se interpretá-la em termos o mais abertos e inclusivos, o que leva ao problema da determinação do conceito de religião, pois, intuitivo, a depender de sua extensão, o programa constitucional destina-se apenas às religiões mais representativas e tradicionais, correndo-se o risco, especialmente acentuado no clima pós-secular detectado *supra* (item 1.3.2), de deixar de fora as religiões naturais, os novos movimentos religiosos, as quase-religiões – vale dizer, a “revanche de Deus” que se corporifica em miríades inconventionais, sincretismos e fragmentos (também em enclaves fundamentalistas, reconheça-se). Trata-se de ponto crítico, pois é ínsita à tarefa de conceituar a disjuntiva inclusão/exclusão.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Para uma discussão mais detalhada dos últimos tópicos, com ênfase jurídico-penal, vide WEINGARTNER NETO, *Honra, passim*; para visão mais ampla, MACHADO, *Liberdade de expressão, passim*.

⁶⁵⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 197-8

⁶⁵⁹ Como visto *supra* (item 2.2.4). Para uma acurada descrição acerca do princípio da igualdade nos direitos brasileiro e norte-americano, vide RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 31-91.

⁶⁶⁰ Já ficou dito que o discurso constitucional do direito à liberdade religiosa está num nível mais elevado de generalidade que o teológico-confessional da *libertas ecclesiae*. “Ipso facto”, não se limita a proteger a adesão aos valores objetivos apreçados por determinada confissão, é “irredutível a uma mera possibilidade de *idem sentire cum Ecclesiae*” – daí que, extravasando a tutela das confissões tradicionais, destine-se a proteger “todas as formas de experiência religiosa individual e coletiva, tanto majoritárias como minoritárias”, as últimas credoras de especial atenção (MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 200-1).

Continua-se, pois, o processo de concretização do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, agora no empenho de dar conteúdo e alcance ao dado da realidade *religião*, sempre no esforço de maior delimitação possível do respectivo âmbito normativo.

3.2.2 O desafio semântico: que é religião?

Adentra-se, neste passo, em terreno pantanoso. Deliba-se um *conceito-limite* para as ciências sociais. “Deus” e “Felicidade”, por exemplo, são conceitos-limites para Boaventura de Sousa Santos, que justamente para manifestá-los escreveu, fora da ciência, um volume de poesias. A ciência social, na sua análise, é produto do secularismo, que consistiu, basicamente, em a religião passar a ser domínio privado, não mais domínio público – e, portanto, “Deus tem lugar numa sociologia da religião ou das práticas religiosas. Mas não Deus como uma transcendência, uma espiritualidade, que transcende a sociedade secular para a qual foi criada.”⁶⁶¹ Além disso, como já consignado *supra* (item 2.1.2), as culturas são mais que simples racionalidade, agregando-se duas outras dimensões à realidade (sobretudo importantes no campo religioso e mais refratárias à explicitação conceitual), a mítico-simbólica e a do mistério.

O passo a ser dado, firme no princípio da igualdade, sinaliza para um entendimento amplo, não definitivo, dos conceitos de religião e confissão religiosa. Qual o *Tatbestand*, o

⁶⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, em entrevista sobre a obra *Escrita INKZ*, disponível em (http://www.ces.fe.uc.pt/bss/documentos/entrevista_escrita_inkz.pdf, acesso em 13/10/2005). “A felicidade é outro conceito limite, porque nós, pura e simplesmente, não sabemos operacionalizar a felicidade. A ciência social – todas as ciências – foi criada com a idéia de criar objetos. E criar objetos é, muitas vezes, quantificá-los” (ninguém nunca entendeu a alta taxa de suicídios dos países nórdicos, embora sociedades fortemente democráticas e altamente justas). “Portanto, a felicidade [e Deus] é algo para que não temos instrumentos analíticos das ciências sociais. E é por isso, se calhar, que preciso de outra escrita. É porque eu quero expressar esses temas, mas não os posso expressar enquanto sociólogo”. Daí que a *Escrita INKZ* tenha um ordador-ninguém, “o Deus que não existe existindo como não-existência”. A rigor, já na Oração de Sapiência da Universidade de Coimbra de 1985/86, Boaventura, ao citar a famosa resposta de Rousseau à Academia de Dijon, constatava que “estamos de novo regressados à necessidade de perguntar pelas relações entre a ciência e a virtude, (...) pelo contributo positivo ou negativo da ciência para nossa felicidade.” (SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, pp. 08-9). Refere-se clássico “Discurso sobre as ciências e as artes” (1750), com o qual o jovem Rousseau alcançou o prêmio da Academia de Dijon, “sobre a seguinte questão, proposta pela mesma Academia: o restabelecimento das ciências e das artes terá contribuído para aprimorar os costumes?”. Rousseau, na contramão do Iluminismo, responderá negativamente. Logo no prefácio, diz que não se trata de “sutilezas metafísicas”, mas de uma “daquelas virtudes que importam à felicidade do gênero humano. Prevejo que dificilmente me perdoarão o partido que ousei tomar. Ferindo de frente tudo o que constitui, atualmente, a admiração dos homens, não posso esperar senão uma censura universal...”. Adiante: “Não é em absoluto a ciência que maltrato, disse a mim mesmo, é a virtude que defendo perante homens virtuosos” – ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas* 4ªed. (trad. Lourdes Santos Machado). São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 135 e 137, respectivamente.

suporte fático na linguagem de Pontes de Miranda, do direito à liberdade religiosa? Mais precisamente, qual o significado constitucionalmente adequado possível de obter-se passando o fenômeno religioso pelo filtro jurídico? Evidente que se trata de conceito indeterminado, pese determinável. Vago, de caracterização tanto mais inequívoca quanto mais perto do núcleo familiar fornecido pelas abordagens históricas e sociológicas, duvidoso à medida que, afastados do centro, avizinha-se a zona grísea, amiúde estigmatizada, do novo, do minoritário, do inconvenicional.

Parece útil a abordagem de Jónatas Machado, que agrupa os conceitos possíveis em três vertentes: (i) substancial-objetiva; (ii) funcional-subjetiva; e (iii) tipológica.⁶⁶² Como se não trata de um conceito exclusivamente jurídico, é usual recorrer ao sentido corrente, certo que nas ciências sociais – no contexto sociológico, religião associa-se à adoração de uma divindade, no reconhecimento da dependência humana em relação a poderes naturais ou sobrenaturais (a idéia normal de uma pessoa religiosa aponta para o membro ou freqüentador de uma Igreja, “que acredita na existência de Deus”, que sustenta uma visão existencial que atribui muito valor ao sagrado e relaciona-se, de alguma modo, com a divindade), reconduz-se a um corpo doutrinal mais ou menos desenvolvido e a práticas rituais, tudo permeado de implicações éticas e morais.⁶⁶³ Mas a intencionalidade normativa constitucional, que anseia pela maior generalidade possível, não se compadeceria com a utilização de um conceito meramente descritivo ou empírico.⁶⁶⁴

O conceito *substancial-objetivo* de religião (i), forte no sentido comum, busca uma definição material, um conceito substancialista e essencialista da religião, via de regra referida

⁶⁶² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 208-20. Segue-se seu desenvolvimento, salvo indicação.

⁶⁶³ Compilam-se algumas definições “famosas”: “A religião é um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência” (Friedrich Schleiermacher, 1768-1834); “Religião significa a relação entre o homem e o poder sobre-humano no qual ele acredita ou do qual se sente dependente. Essa relação se expressa em emoções especiais (confiança, medo), conceitos (crenças) e ações (culto, ética)” (C. P. Tiele, 1830-1902); “A religião é a convicção de que existem poderes transcendentais, pessoais ou impessoais, que atuam no mundo, e se expressa por *insight*, pensamento, sentimento, intenção e ação” (Helmuth von Glasenapp, 1891-1963) – *apud* GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, pp. 19-20.

⁶⁶⁴ De resto, a questão é problemática no seio dos próprios movimentos religiosos. A “Declaração do Parlamento das Religiões do Mundo”, solenemente proclamada em 04 de setembro de 1993 (na mesma Chicago em que ocorreu o primeiro “parlamento”, em 1893), contou com 6.500 participantes e foi assinada “pela maioria dos quase 200 delegados das religiões mundiais” presentes. Hans Küng, com decisivo papel na elaboração do documento, historia que não foi possível acatar sugestões para torná-la *mais religiosa*. “Se, por exemplo, falássemos ‘em nome de Deus’, *a priori* excluiríamos os Budistas. Além do mais, não há consenso sobre a definição do que é ‘religião’. Em todo caso, referi-me claramente à dimensão da transcendência, sem forçar a anuência dos não religiosos...”. Tampouco seria razoável torná-la *menos religiosa*, pois se as religiões, em essência, “apenas repetissem os princípios da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, tal declaração se tornaria supérflua; uma ética é mais do que um conjunto de direitos.” – http://www.comitepaz.org.br/religoes_1.htm, acesso em 12/10/2005.

ao “sobrenatural, a entidades ou instituições supremas, objetos de culto, símbolos e ritos, valores últimos, problemas últimos de sentido, visões globais do mundo” etc. Tem primazia cronológica na Suprema Corte norte-americana, remontando aos célebres *Mormon cases* do último quartel do século XIX,⁶⁶⁵ e define religião, em síntese, com base nos elementos *divindade, moralidade e culto* – para invocar o direito à liberdade religiosa, então, é preciso mostrar o *conteúdo religioso* das crenças em apreço.

Embora o forte apelo de senso comum, e contornando o problema da própria aptidão definitiva da linguagem, remanesce a questão de saber quem teria competência para elaborar o conceito, qual o órgão estatal mais apto, o legislador ou o juiz, tarefa ainda mais complexa em face da diversidade dos sistemas de crença (a ponto de esvanecer a distinção com alguns sistemas filosóficos ou ideológicos).⁶⁶⁶ Mas, além disso, e decisivo, em direito constitucional, “o imperativo de proteção das minorias e indivíduos nem sempre pode contar com as ‘evidências’ do senso comum” e a pretensa essencialidade resvala fácil para a “prevalência das pré-compreensões dos operadores jurídicos”, em que o peso majoritário tende a desequilibrar os resultados práticos. E o julgamento das minorias, por mais recentes ou inconventionais (ou por isso mesmo), não pode depender do diapasão das “religiões mais convencionais, de implantação secular ou milenar”, não alterando a situação o fato da definição verter-se em norma geral e abstrata de caráter legislativo ou resultar de atividade jurisdicional (claro que no último caso o efeito estaria circunscrito ao caso concreto *sub judice*).

Neste contexto, procede a crítica de Machado, pois um recorte substancial operado juridicamente no tecido religioso, por mais ampla e descomprometida que seja a “cirurgia”, não parece o meio mais adequado para alcançar a inclusividade e abertura do âmbito de

⁶⁶⁵ Tratava-se de interpretar o alcance da 1ª emenda. No primeiro caso (*Reynold v. United States*, 1878), que versava sobre a admissibilidade da *poligamia*, o tribunal avançou uma definição essencialista, que partia da “história dos tempos no meio dos quais o preceito foi adotado”, ancorado nas definições deístas de Madison e Jefferson, a religião como “obrigação que devemos ao Criador”, “assunto que repousa apenas entre o homem e o seu Deus”. Na decisão, elabora-se a distinção entre “crença” (*belief*) e conduta (*action*), para assentar que, se as leis não podem interferir em questões de crença, é possível e necessária a disciplina jurídica da conduta humana. Noutro caso (*Davis v. Beason*, 1890), o juiz Field, mantendo a relação com o Criador, acrescenta as obrigações daí decorrentes, de reverência e obediência, e distingue religião de *culto* (forma de adoração de determinado grupo religioso).

⁶⁶⁶ A antiga lei da liberdade religiosa portuguesa (1971) chamando ao Estado a definição, excluía de seu âmbito os “fenômenos metapsíquicos ou parapsíquicos”, postura similar da atual Lei Orgânica da Liberdade Religiosa espanhola, que afirma estranhos aos fins religiosos “o estudo e a experimentação de fenômenos psíquicos ou parapsicológicos ou a difusão de valores humanísticos ou espiritualistas e outros fins análogos”. Vale lembrar que o problema coloca-se mesmo no seio das religiões tradicionais, já que a crença em Deus não é uma característica comum a todos, caso clássico do *budismo*, a par das variadíssimas concepções de divindade (deísmo, teísmo, panteísmo, animismo etc.).

proteção do direito à liberdade religiosa (a aura de suspeição sobre a neutralidade estatal seria muito densa) – prescrever como *dever ser* as religiões, uma prospecção com base no passado e no presente, envolve uma tomada de posição a favorecer a ortodoxia, com risco sério de tornar-se um “obstáculo ao desenvolvimento espontâneo e imponderável da autocompreensão religiosa dos indivíduos e dos grupos, e de deixar sem proteção jurídica adequada, tanto a assim criada *heterodoxia*, como a independência moral-prática individual”.⁶⁶⁷

Diante de tais perigos, o esforço foi no sentido de obter um conceito *funcional-subjetivo* (ii), uma definição estrutural-funcional da religião, mais alargada, tendência observada nos Estados Unidos a partir da década de 60 do século XX.⁶⁶⁸ Desta feita, tendo como cerne o problema da objeção de consciência, a Suprema Corte americana foi alargando seu entendimento de religião para abarcar todas as formas conscientes de crença que ocupem *lugar funcionalmente equivalente* ao reservado, tradicionalmente, às crenças deístas. Responde-se, assim, ao desafio da diversidade e a perspectiva individual do crente – a ênfase na “consciência moral-prática do sujeito” desvia-se da natureza objetiva da crença e prescinde de seu caráter “aceitável, lógico, consistente e compreensivo”. Aceitam-se os diferentes comportamentos e soluções éticas, sendo primordial, agora, o “o elemento subjetivo da sinceridade com que uma crença é individualmente sustentada”. Se há aspectos promissores – impedidos os tribunais de sindicarem o conteúdo teológico das doutrinas religiosas (a autodefinição doutrinária como *reserva de confissão religiosa*, “insuscetível de qualquer controle jurisdicional ou administrativo”) – transfere-se a dificuldade constitucional, a periclitarem a liberdade de consciência, para averiguar-se, judicialmente, o elemento subjetivo “sinceridade das convicções”,⁶⁶⁹ o que levaria a duas posições extremas, ambas inadmissíveis:

⁶⁶⁷ Resplandece, aqui, em sede metódico-hermenêutica, a “proibição de definição” (*Definitionverbot*) de que fala Häberle para acentuar a liberdade de contínuo desenvolvimento da autocompreensão cultural que um Estado aberto e plural deve garantir – *apud* MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 213, nota 715.

⁶⁶⁸ O paradigma é o caso *Torcaso v. Watkins* (1961), no qual a Suprema Corte invalida uma disposição do Estado de Maryland que requeria, para a posse dos titulares de cargos públicos, uma “afirmação da crença em Deus”. Sustentou-se, então, que não pode o Governo (nem o Federal nem o dos Estados) “ajudar aquelas religiões baseadas na existência de Deus, contra aquelas religiões fundadas em crenças diferentes” – suplantam-se os limites da matriz judaico-cristã, havendo nota de rodapé, na decisão, que se refere expressamente ao Budismo, Taoísmo, Cultura Ética, Humanismo Secular, e outras. Segue-se uma série de casos a interpretar a Lei do serviço militar (*United States v. Seeger*, 1965), que estabelecia a “crença num Ser Supremo” como pressuposto da objeção de consciência. Agora a autoridade administrativa apenas deve indagar se as crenças professadas são “sincerely held” e se são religiosas “in his own scheme things” – se “play the role of a religion and function as a religion” (equivalente funcional da religião). Já em 1944 a Corte afirmara o escrutínio da “sincerity of putatively religious beliefs, but not their accuracy or truthfulness” (*United States v. Ballard*), o que explicitou em 1981 (*Thomas v. Review Board*)

⁶⁶⁹ Problema similar ocorre em direito penal, na seara dos crimes contra a honra, cuja doutrina tradicional exigia um *animus diffamandi vel injuriandi* para configurar o “dolo específico”. Esta peculiar *tipicidade subjetiva* (teoria dos *animi*) descartou-se em WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 163-7, consignando-se, como a própria dissonância jurisprudencial apontava, que é impossível tornar o tal *animus* instituto com o mínimo operacional

(a) institucionalizar-se um exame de tipo *inquisitorial* das convicções individuais, com elevadíssimo risco de agressão à consciência; ou (b) cair-se no subjetivismo de um princípio de autodefinição (*self defining principle*), em que se aceitaria como religiosa ou não “virtualmente qualquer crença, só porque assim foi qualificada pelo seu titular”, independente da sinceridade e passível de legitimar benefícios ou hipotéticas vantagens na ordem jurídica.⁶⁷⁰

Parece, de fato, que a temática, em solo norte-americano, prendeu-se muito à recusa ao serviço militar através das cláusulas de religião da 1ª emenda durante a guerra do Vietnã (não há, na Constituição dos EUA, norma consagradora da objeção de consciência). No Brasil, já mencionado, existe o direito geral de objeção de consciência e o direito específico de liberdade de religião e de culto, pelo que é de prosseguir para alcançar elementos úteis e operativos a sustentar a tutela da liberdade religiosa.

A proposta de Machado conflui, neste sentido, para um conceito *tipológico* (iii) que dê conta de duas necessidades: obter-se um conceito amplo e expansivo de religião, “sem aspirações definitórias”,⁶⁷¹ para não restringir o âmbito de proteção da liberdade religiosa e violar o imperativo constitucional de neutralidade estatal; e, por outro lado, conservar operacionalidade prática e torná-lo menos vulnerável a utilização abusiva. Tudo a apontar para um “conceito de contornos esfumados”, que tenha razoável densidade e abertura, a indicar o difícil equilíbrio teórico desejável para um conceito jurídico de religião (importa que o “intérprete constitucional se aproxime do direito à liberdade religiosa consciente da sua real complexidade”).⁶⁷²

de objetividade e precisão, oscilando o conceito de forma extremada (e nada tem a ver com o “status” constitucional dos direitos em questão).

⁶⁷⁰ Sintomático o exemplo de uma “revolta tributária” ocorrida em Hardenburgh (NY), no final dos anos 1970. Em alegado protesto contra a erosão da tributação local, “provocada pelas isenções fiscais concedidas a grupos religiosos e de solidariedade social” e que importava gravame de impostos para os demais cidadãos, mais de 90% dos adultos tornaram-se “ministros de culto da *Universal Life Church*, reclamando isenções fiscais na qualidade de membros do clero”. O único dogma da Igreja era “faz o que te apetece” (*do your own thing*) e remetia pelo correio credenciais eclesiásticas e um diploma de “Doutor em Teologia” (*Doctor of Divinity*), em troca da oferta voluntária de 2 dólares – estima-se que, em 15 anos, 6 milhões de ministros religiosos foram ordenados.

⁶⁷¹ Metodologia similar, noutro contexto, utilizaram GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, p. 21 – em vez de uma definição “fixa e universal de religião”, os autores a estudam de quatro ângulos: conceito (crença), cerimônia, organização e experiência.

⁶⁷² Repare-se, por exemplo, que as noções objetivas de religião, ao identificarem-se com os traços ostentados pelas confissões dominantes, acabam por apontar para um paradigma do “politicamente correto”; ao passo que os conceitos subjetivos, ao conceder à descaracterização maximalista, podem servir a “determinadas seitas que ostentam uma capa religiosa, para esconder a prossecução de outros fins” (ALMEIDA, Pedro Amaral e. “As Seitas e a Liberdade Religiosa”, *O Direito*, ano 130º, I-II, pp. 105-30, janeiro-junho 1998, p. 114-5, citado *As seitas*).

Tal conceito há de considerar os propósitos constitucionais basilares, vale dizer: (a) lograr um nível de *generalidade* suficientemente elevado para “abarcara o maior número possível de manifestações religiosas, sem, no entanto, assumir contornos demasiado fluidos que resultem na confusão da religião com as demais mundividências filosóficas e ideológicas”; (b) não assentar numa intervenção jurisdicionalista, mas em “pontos de vista neutrais, geralmente válidos e não confessionais” que permitam uma “maior deferência para com a estática e a dinâmica da *autocompreensão religiosa*, individual e coletiva”.⁶⁷³

Com tais desideratos, o ponto de partida da conceituação em tela leva em conta os “elementos geralmente considerados típicos do fenômeno religioso”, suas *parecenças de família* (que o autor busca em Wittgenstein): visão global do mundo; apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extra-racional; consciência subjetiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente etc. – papel muito relevante deve ser conferido à noção de *heteronomia*, vale dizer, ao fato de que os imperativos religiosos são entendidos pelo sujeito “não como emanações endógenas da sua própria consciência, mas sim como imposições inelutáveis, de natureza objetiva e exógena”. A presença de tais elementos “familiares” é factível num exame *prima facie*, superficial, que verifique a plausibilidade de que sejam acolhidos pela “consciência dos indivíduos”, e compreendidos na *unidade simbólica* que estabeleçam com determinados comportamentos, decorrentes, a seu turno, dos “imperativos éticos e morais” que ensejam. Todavia, nenhum destes elementos é necessário ou suficiente, no sentido de que sua presença (ou ausência) determinasse logicamente a qualificação de uma crença como religiosa – de modo claro, assim, mundividências totalizantes como o marxismo ou o humanismo secular “não devem ser reconduzidas ao fenômeno religioso”.⁶⁷⁴

⁶⁷³ Fica em aberto a questão de saber se a Constituição quer conferir proteção privilegiada ao fenômeno religioso, relativamente às outras mundividências. Indicação em contrário, segundo Jónatas Machado, retira-se do leque desdobrado, de motivos não estritamente religiosos, a embasar a objeção de consciência (argumento válido para o direito pátrio, nos termos do inc. VIII do art. 5º da CF 88). Também o *topos* da neutralidade estatal extravasa os limites naturais do princípio da separação das confissões religiosas do Estado, tendo importantes refrações no que toca às subvenções públicas a confissões cuja autocompreensão religiosa apoia-se em desigualdade – sexual como exemplo mais notório, em face da matriz patriarcal das correntes dominantes, a chocar-se com o movimento feminista (que entretanto não goza de benefícios similares) ou de ativismo homossexual. A investigação, todavia, no clima pós-secular referido (*supra*, item 1.3.2) e mercê de interpretação sistemática, vislumbra “consideração positiva pelo fenômeno religioso” na CF 88 (*supra*, item 3.2), agregando-se elemento do “Preâmbulo”, o fomento à perspectiva intercultural e à hermenêutica diatópica (*supra*, item 2.1.2) e os princípios da cooperação e da solidariedade (CPI, 2.1.3 e 2.1.4). Adiante (item 3.2.7) vai-se problematizar a “neutralidade” e suas refrações na vinculação das relações entre particulares (item 4.2), inclusive no seio das confissões religiosas (item 4.2.3).

⁶⁷⁴ Neste sentido, em reforço, como *filosofias de vida não religiosas*, GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, pp. 243-71, tratam: (a) o *humanismo* – tendência *ideológica* cuja importância tem se acentuado na

Importa, é claro, a *similitude/contraste* que o fenômeno a qualificar (a hipótese religiosa) assuma em face das “várias religiões mais conhecidas”. Mas, se pode haver relação direta de religiosidade, consoante maior aproximação com o *standard* – a significar valoração do fenômeno como religioso e tratamento estatal análogo ao dispensado às confissões religiosas mais comuns –, a proposição inversa é mais duvidosa, não se podendo inferir relação de *desvalorização religiosa* ao constatar *contraste* com o padrão utilizado.⁶⁷⁵ Daí que a doutrina advirta para o caráter “meramente indicativo, não decisivo, dos critérios dicotômicos tradicionais” (imanente/transcendente, natural/sobrenatural, sagrado/profano, razão/revelação – como a referência à “visão global do mundo” pode ceder, nalguns casos, à referência a “aspectos parcelares da vida”), bem como de elementos externos ao fenômeno religioso (idade da crença, aparente valor social, número de aderentes, grau de institucionalização, forma coletiva de organização, existência de clero ou classe sacerdotal, as exigências éticas e morais que encerra, a consistência da conduta de seus aderentes, a existência de escritos sagrados, dogmas e funções cerimoniais etc.).

Neste contexto, o conceito tipológico teria a virtude de afastar os perigos tanto de um conceito demasiado estrito quanto de outro excessivamente lato, equilibrando “elementos objetivos e subjetivos atendíveis”, o que resultaria em “razoável proteção jurídica aos indivíduos e confissões religiosas”, a par de sentido útil e eficácia normativa ao direito à liberdade religiosa – ao mesmo tempo que permite excluir de seu âmbito de proteção “as diferentes mundividências ideológicas, filosóficas agnósticas ou atéias”,⁶⁷⁶ passíveis de

vida espiritual da Europa nos últimos séculos, sendo um bom exemplo de mundivisão relacionada com a *filosofia*; (b) o *materialismo* – tendência *ideológica* aliada à *ciência* (também deita raízes na filosofia); e (c) o *materialismo* – uma filosofia de vida surgida com base numa *teoria política*, que, como tal, ocupa posição única entre as ideologias políticas (conservadorismo e liberalismo, v.g., apóiam-se em conceitos morais sobretudo derivados do cristianismo, ao passo que o marxismo possui uma visão própria da ética e da moral); por vezes torna-se uma “visão global da existência”, muitas pessoas afirmar ter uma “atitude marxista perante a vida”.

⁶⁷⁵ SIQUEIRA, *As novas religiosidades*, p. 17, diferencia “religião” (a busca humana pelo sagrado, pelo divino, pelo transcendente, pelo mistério, pelo numinoso) de “religiosidade” (a dimensão institucional do religioso: dogmas, hierarquias, estruturas, templos, rituais, sacerdócio), para gizar que “historicamente a primeira foi incorporada pela segunda, até mesmo a ciência tende a tratar as duas sem fazer diferenças”. A investigação da socióloga e antropóloga da UNB centra-se em torno da *religiosidade*, que se vai construindo a partir de uma “crítica da religião, com seus cleros, dogmas, hierarquias, estrutura”. Constata, amparada em dados internacionais e pesquisa de campo no Brasil, uma tendência de “psicologização da religião”, com a conseqüente subjetivação: o religioso seria “ritos, crenças, práticas e tudo aquilo em que cada um acreditar” (p. 20). Uma forma de *religião difusa*, caracterizada pelo “trânsito dos adeptos, dos valores, dos símbolos, dos rituais, entre as diferentes religiões e religiosidades”. Um processo mais de *adesão* (que de *conversão* e *membresia* – típicos das religiões tradicionais – p. 21). É fato, contudo, que estamos diante de “formas não plenamente, ou fragilmente institucionalizadas, de religiosidade ou de manifestação do religioso. Trata-se de uma diversidade-pluralidade que tem sido olhada, muitas vezes, pelo viés do exótico, remetendo-o a um olhar depreciativo e desqualificador” (pp. 22-3).

⁶⁷⁶ Confira-se o art. 3º, n.º 2, da *Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa* (Espanha): “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas com el estudio y

proteção constitucional, bem entendido, pela via de “outros direitos fundamentais”. Tudo no escopo de reduzir ao mínimo a possibilidade de intervenção estatal nos “domínios específicos dos conteúdos religiosos e no foro íntimo e reservado da consciência individual”.

Da banda espanhola, López Castillo acentua a “enorme dificuldade” de definir um conceito de religião que, fora de um marco de relativismo cultural, “tende a aparecer com o qualificativo verdadeira”. Trata-se de um conceito “aberto ao tempo”, já que o que, na origem, é qualificado como seita (ou novo movimento religioso), pode perpetuar-se e qualificar-se como religião.⁶⁷⁷ Tradições e singularidades cruzam-se com os textos jurídicos: a férrea divisão Estado/Religião do laicismo republicano francês reconhece a “Igreja da Cientologia” como religião (existência de uma comunidade caracterizada por um credo comum), ao passo que na Inglaterra anglicana tende-se a identificar como religiosa toda congregação que se entregue no louvar a um Deus. A dificuldade está em “articular um conceito secularizado de uma realidade não secular”. É dado seguro, porém, que o Estado constitucional, sendo não confessional, não pode qualificar de verdadeira ou falsa uma determinada crença, o que é diverso de pretende que o mesmo Estado assuma como “crença religiosa qualquer coisa”. Daí o empenho do autor em mover-se entre dois pólos opostos, para lograr um conceito de “amplo espectro, suficientemente flexível” para abarcar, além das religiões tradicionais, os novos movimentos religiosos. Reconhece a indeterminação que radica na flexibilidade, mas não se trata de tarefa impossível.⁶⁷⁸

experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los Religiosos”. Advirta-se, desde logo, que a questão é controversa. GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, sob a epígrafe “Novas religiões e novas perspectivas” (pp. 272-81) tratam globalmente: (a) das novas *tendências religiosas*; (b) das *tendências esotéricas*; e (c) dos movimentos alternativos. Nos subtítulos, porém, dentre as *tendências esotéricas*, destacam a *astrologia*, a *ufologia* e o *espiritismo* – este último definido como “crença num mundo dos espíritos e na possibilidade de os vivos entrarem em contato com os espíritos dos mortos” durante *sessões mediúnicas*. Referem a fundação, na Nova Iorque de 1875, da *Sociedade Teosófica* pela russa Helena Blavatsky, que continha “elementos de ocultismo misturados com as doutrinas indianas do carma e da reencarnação” (pp. 278-9).

⁶⁷⁷ LÓPEZ CASTILLO, Antonio. *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Narra: Aranzadi, 2002, p. 39. Sinala o autor que, entre a demanda individual de não discriminação por motivos religiosos e o ensino de uma religião na escola pública, abre-se um espaço que não é “responsável” pretender transpor “mediante piruetas conceituais”. A paridade é uma forma extrema de igualdade que não cabe impedir, mas não é próprio dos “poderes públicos revolucionar os tempos do reconhecimento jurídico aos novos movimentos religiosos” – tanto que, no espaço europeu, vão-se precipitando os conceitos de religião e liberdade religiosa, sendo o resultado, mais ou menos exato, do *compromisso* alcançado entre os elementos próprios de um singular e específico sistema eclesiástico e a crescente potencialidade do direito fundamental à liberdade religiosa (p. 40).

⁶⁷⁸ LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, pp. 41-2. Mormente com apoio no texto constitucional. Inicia com a delimitação negativa do art. 3, nº 2, da Lei Orgânica de Liberdade Religiosa espanhola, que deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição, de modo a excluir do âmbito legal apenas as entidades e finalidade completamente estranhas ao fenômeno religioso, pois se houver conexão, pode-se abarcá-las num conceito lato (p. 43) – mesmo para diminuir o risco de seleção discriminatória por parte dos poderes públicos, em face do

Partindo da distinção entre *crenças* (aquelas certezas com que contamos absolutamente, pensemos nisso ou não) e *idéias* (aquilo com que não contamos, e sim elaboramos, construímos em vista de uma falha de nossas crenças) de Ortega y Gasset, prossegue López Castillo, para gizar que, ambas, quando se projetam *ad extra*, resultam num guia ético e moral de conduta (invocáveis sob o manto da objeção de consciência). Todavia, tanto as crenças (ainda que não religiosas) quanto as idéias (filosóficas etc.) a propósito do religioso e do teísta, na medida em que “não atuem como exigência de não ser forçado a assumir um credo ou submetido a quaisquer formas de culto etc.”, isto é, na medida em que “não funcionem como vertente negativa da liberdade de religião, restariam conceitualmente localizadas extramuros da liberdade religiosa”. Assim, o *ateísmo*, o *agnosticismo* e o *indiferentismo religiosos*, “ainda que diretamente relacionados com o religioso e o divino, seriam mais idéias que crenças”.⁶⁷⁹

Em linhas gerais, também de Portugal, Paulo Adragão adere ao conceito tipológico e aberto supradescrito, porém com duas objeções: (a) ao fato de Jónatas ter *desconsiderado a etimologia* da palavra, “que pode fornecer elementos auxiliares de interpretação” (no caso, significaria “ordenação ou relação a Deus”); e, principalmente, (b) à *falta de referência ao culto* entre os elementos essenciais da religião.⁶⁸⁰ As críticas, ponderáveis, não parecem decisivas. A etimologia, a rigor não incontroversa,⁶⁸¹ vai beber da tradição lingüística e

regime espanhol de Registro Público (no âmbito do Ministério da Justiça) para que as confissões adquiram personalidade jurídica (art. 5º da citada lei).

⁶⁷⁹ LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, pp. 38 e 45-6. No Brasil, forte no inc. VIII do art. 5º da CF 88, a distinção também prospera, como já sinalado, entre crenças e *convicções*.

⁶⁸⁰ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 16-7 e 405-6. Cita, ainda, o conceito de Magalhães Collaço, vista a religião como um “conjunto de crenças visando um ser ou poder superior e sobrenatural em relação a quem se sentem dependentes [os crentes de qualquer sistema religioso], e com quem aspirariam estabelecer relações, mediante a observância de um conjunto de regras de conduta, ritos e práticas” – os últimos dois vocábulos associados, por Adragão, a “culto”.

⁶⁸¹ Os dicionários apontam *religione* (*Novo Aurélio*, p. 1737), do latim *religio/onis* (*relligio* nos poetas dactílicos), como “religião, culto prestado aos deuses, prática religiosa; escrúpulo, receio, sentimento religioso; superstição, santidade, caráter sagrado; objeto de culto, sagrado; uma divindade, um oráculo; profanação, sacrilégio, impiedade; lealdade, consciência, exato cumprimento do dever, pontualidade; cuidado minucioso, escrúpulo excessivo”. O prefixo é *re* (como em relíquia), *mas o segundo elemento é obscuro* – os latinos, em defesa que remonta a Cícero, ligam-no a *relegare* (outros autores, Lactânio e Sêrvio, associam-no a *religare*). Seria propriamente “o fato de se ligar com relação aos deuses”, simbolizado pela utilização das *uittae* (fitas para enfeitar as vítimas ou ornar os altares) e dos *stémata* no culto. O sentido seria, portanto, “obrigação assumida com a divindade, vínculo ou escrúpulo religioso” (HOUAISS. Antônio; VILLAR, Mauro de SALLES. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2422). Ambos os dicionários, diga-se, fornecem nove significados para o verbete “religião”, destacando-se a “crença numa divindade” ou em “forças sobrenaturais”, mas aparecendo também a “filiação a um sistema específico de pensamento ou crença que envolve uma posição filosófica, ética, metafísica etc.”. Outra autora portuguesa dá conta de que a etimologia em apreço, “ainda hoje, é objeto de discussão e de desentendimento entre os Autores”. *Relegere*, “reler o que dizem os deuses”, com Cícero; *religere*, “revincular a Deus de que estávamos separados” (étimo eleito por São Tomás de Aquino); *reeligere*, “tornar a escolher Deus”; e *relinquere*, “revelar a tradição dos antepassados” –

difícilmente deixará de verter a matriz patriarcal e judaico-cristã;⁶⁸² serve, modo auxiliar como aliás sinalado, apenas para reforçar as manifestações já naturalmente conduzidas ao núcleo conceitual (certo que deixaria de fora, se critério isolado, o budismo).

Quanto ao culto, duas observações: (1ª) poderia ser incluído, se avaliado como elemento típico, nas pareências de família que não foram exaustivamente listadas por Jónatas, mas exemplificativamente, tanto que encerrou a enumeração com um expresso “etc.”; (2ª) se não é tratado como elemento essencial ou fundamental, é de lembrar que a intenção era exatamente afastar-se de conceito “substancialista” e “essencialista” – mas os “critérios dicotômicos tradicionais” e os “elementos externos” (dentre os últimos cabe a categoria *culto*, indiciada nas referências a “consistência da conduta de seus aderentes”, “funções cerimoniais” etc.) são todavia muito relevantes no desvelar conceitual, ao confluírem para formar o padrão familiar que será cotejado (no jogo similitude e contraste) com o fenômeno que se pretenda qualificar de religioso – tais elementos, vale frisar, devem externalizar-se (aberto novo espaço para as considerações ao culto), em vista da “unidade simbólica que virtualmente estabeleçam com comportamentos determinados”. Mas, repita-se, “não devem ser reconhecidas a algum desses elementos a necessidade ou a suficiência” para determinar-se a religiosidade da crença. De modo que, numa palavra, aceita a metodologia tipológica, não se sustenta a crítica calcada na falta de um elemento dito essencial.⁶⁸³

repare-se que, na última acepção (aliás transcrita por Adragão – nota *supra*), não há, necessariamente, relação ou ordenação a Deus (GARCIA, *Liberdade de consciência e liberdade religiosa*, p. 79).

⁶⁸² Vale, aqui, convocar Freud, que consignou: a “derivação das necessidade religiosas, a partir do desamparo do bebê e do anseio pelo pai que aquela necessidade desperta, parece-me incontrovertível (...) Não consigo pensar em nenhuma necessidade de infância tão intensa quanto a da proteção de um pai. (...) A origem da atitude religiosa pode ser remontada, em linhas muito claras, até o sentimento de desamparo infantil” – FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. (trad. José Octávio de Aguiar Abreu). Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 19. Adiante, refere-se ao que o homem comum entende como sua religião: o “sistema de doutrinas e promessas que, por um lado, lhe explicam os enigmas deste mundo com perfeição invejável, e que, por outro, lhe garantem que uma Providência cuidadosa velará por sua vida e o compensará, numa existência futura, de quaisquer frustrações que tenha experimentado aqui” (p. 21). E arremata: o “homem comum só pode imaginar essa Providência sob a figura de um pai ilimitadamente engrandecido”.

⁶⁸³ Mesmo porque a inserção de um ou outro elemento sempre será problemática, à luz da própria autocompreensão religiosa, como constatou o Parlamento das Religiões do Mundo. Para produzir consenso, “devem-se evitar afirmações que *a priori* seriam rejeitadas por uma das grandes religiões e, conseqüentemente, questões morais controvertidas (como aborto ou eutanásia) tiveram de ser excluídas”. Veja-se que a referência à transcendência é econômica. Os signatários da Declaração de 1993 “compartilham as seguintes convicções: (...) que nós, como mulheres e homens religiosos que baseamos nossas vidas numa realidade última, e que dela tiramos força espiritual e esperança por meio da fé, da oração ou meditação, em palavras ou silêncio temos, contudo, uma responsabilidade muito especial pelo bem-estar de toda a humanidade.” – *Declaração do Parlamento das Religiões do Mundo*. De toda sorte, no comentário de Pedro Amaral e Almeida acerca da proposta de Jónatas: “A esta lista, não seria de todo despiciendo acrescentar o exercício ou prática de atos de culto como elemento indissociável do fenômeno religioso” (ALMEIDA, *As seitas*, p. 115) – desde que se tenha em mente o que ficou dito sobre a metodologia tipológica e elementos “essenciais”.

De forma peremptória, no Brasil, Pontes de Miranda considera “erro evidente, no terreno lógico e no terreno da empiria” pensar que religião e culto “são uma e a mesma coisa” ou postular que é “impossível religião sem culto”. As cerimônias, que são a parte mais visível do culto, “podem existir sem religião”. Assim, “não somente há religião sem culto, como também culto sem religião”.⁶⁸⁴

Pode-se, sem dúvida, tentar aprimorar o elenco de “parecenças de família”, na exploração *intercultural das raízes mítico-simbólicas* do “misterioso e imenso” mundo das religiões, distinguíveis pelo menos três grandes correntes: as religiões originárias da Índia (os tipos convocantes são o hinduísmo e o budismo – figura-chave, o *místico*);⁶⁸⁵ as originárias da China (confucionismo e taoísmo – o *sábio*); e aquelas do Oriente Médio (judaísmo, cristianismo e islamismo – o *profeta*) – sem descurar o substrato das religiões tribais (dos aborígenes e da África, por exemplo, o “terreno onde todas as religiões estão enraizadas”).⁶⁸⁶

Outra aposta conceitual leva a busca de *equivalentes homeomórficos* que por acaso estejam antes dos elementos tipológicos (as questões primordiais sobre a origem e sobre o destino do mundo e do homem, sobre como superar o sofrimento, sobre os padrões do viver e do agir e sobre o sentido da vida e da morte), a par da consideração de que a visão histórico-sistemática comunga da premissa de dinâmica cultural (os grandes paradigmas com suas mudanças).⁶⁸⁷ Chega-se, assim, a um *conceito-quadro, de moldura não impermeável*.

⁶⁸⁴ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 127-28. Apoia-se em aportes antropológicos: caso de “zero culto” na Austrália (Nova-Núrsia) e caso antípoda, de “adoração de tudo” (indígenas Hidatsa, América do Norte).

⁶⁸⁵ PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor & NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, apêndice (citado *As religiões no Brasil*, apêndice), ao tratar das religiões não cristãs, destaca as *religiões de transe* (ou *de possessão*), as minorias mais representadas em termos numéricos, o espiritismo e as religiões afro-brasileiras (religiões dos orixás). Quanto ao *espiritismo kardecista* (GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, apêndice – pp. 308-11), vai definido como um sistema “filosófico-religioso cujo eixo principal é a *crença na reencarnação*”, baseado na “milênar doutrina hinduísta da transmigração das almas” e apoiado em dois pilares básicos: a concepção hinduísta do *carma* e a possibilidade concreta de *comunicação com os mortos*. A designação remonta ao pseudônimo “Allan Kardec”, adotado pelo teórico da doutrina espírita francesa Léon Hippolyte Denizard Rivail (1804-69), cuja obra essencial foi “O livro dos espíritos”. No Brasil (onde foi introduzido na segunda metade do século XIX), diferente da França, o espiritismo realçou mais o lado religioso da moralização da conduta. Em face da importância básica da evolução dos espíritos regida pela lei do carma (do sânscrito *karmam*), o espiritismo brasileiro “pode ser considerado uma espécie de posto avançado da cosmovisão hindu em plena América Latina”.

⁶⁸⁶ Aqui radicam as *religiões afro-brasileiras*: candomblé (Bahia); xangô (Pernambuco e Alagoas), tambor de mina (Maranhão e Pará), batuque (Rio Grande do Sul), macumba, depois umbanda (Rio de Janeiro) – confira-se PIERUCCI, *As religiões no Brasil* – GAARDER/HELLERN/NOTAKE, *O livro das religiões*, apêndice – pp. 311-23).

⁶⁸⁷ Vejam-se, *supra*, as implicações da hermenêutica diatópica e do interculturalismo (item 2.1.2), bem como, para a classificação das correntes religiosas (o autor distingue religiões *indiano-místicas*, *chino-sapienciais* e *semítico-proféticas*, às quais acresce as religiões *tribais*) – empenhada num programa de paz entre as religiões, um “etos comum da humanidade” que não deverá substituir as religiões, nem chegar a uma única religião ou a

Na doutrina brasileira, em geral, não se encontra a discussão do conceito de religião como dado do programa normativo constitucional, embora o tratamento jurídico de diversos elementos da liberdade religiosa. Pontes de Miranda, e.g., talvez consciente de armadilha definitiva, não arrisca conceito ao comentar os parágrafos 5º, 6º e 7º da Constituição de 1967, embora refira a distinção, ao tratar da assistência religiosa, restrito o alcance da regra à assistência *religiosa* (“Religionsgesellschaften”), e não “à assistência de outras concepções do Universo (‘Weltanschauungsvereinigungen’).”⁶⁸⁸ Alexandre de Moraes arrisca um conceito *substancial-objetivo*, cujos problemas já foram apontados.⁶⁸⁹

Mesmo, voltando a Portugal, o Parecer da Procuradoria da República nº 119/90, empenhado em buscar, “num sentido amplo e descomprometido”, falha na aproximação “do traço comum às várias religiões”, pois mantém a referência à relação do homem para com “um ser seu superior – Deus”, inescandível o *etnocentrismo* que subtrai, contra sua intenção, importantes experiências religiosas exteriores ao mundo judaico-cristão, bastando, outra vez, convocar o budismo, além da ênfase institucional (formação de Comunidade ou Igreja).⁶⁹⁰

Restaria o problema da extensão do âmbito normativo da liberdade religiosa às expressões inconventionais, algumas atípicas, muitas vezes, não sem boa dose de preconceito,

um coquetel de religiões, nem substituir a religião por uma ética – KÜNG, *Religiões do mundo*, “passim”. Max Weber, no quadro da teologia vista como *racionalização* intelectual da inspiração religiosa, refere, por exemplo, que “toda teologia, mesmo a teologia hindu, aceita o pressuposto de que o mundo deve ter um *sentido*, mas o problema que se coloca é o de saber como interpretar tal sentido, para poder pensá-lo” (WEBER, *Ciência e Política*, p. 49), certo que refletir sobre o sentido do mundo é também “porção integrante da meditação de sábios e filósofos” (p. 47). Talvez a nota distintiva, com Hans Küng, seja o fato de que “todas as religiões são também mensagem e caminho de salvação” (KÜNG, *As religiões do mundo*, p. 16).

⁶⁸⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 107-37, p. 137 para a citação. SILVA, *Curso*, também contorna a questão, pp. 248-53. BASTOS, nos dois textos citados, tampouco aborda o problema definatório (embora pareça pressupor conceito substancial-objetivo, com se verá adiante). SORIANO, *Liberdade religiosa, passim*, embora monográfico, não oferta conceito de religião nem problematiza a questão. Em artigo, GODOY, Arnaldo Moraes. “A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 09, nº 34, janeiro-março 2001 (citado *A liberdade religiosa*), igualmente omite referência conceitual.

⁶⁸⁹ “(...) pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto.” – MORAES, *Direito constitucional*, p. 73. Em artigo focado no ensino religioso, FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988”. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política*. Ano 5, nº 20, julho-setembro de 1997, p. 29 (citado *O ensino religioso*), indica, citando Jean Rivero, “elementos componentes da liberdade de religião”, ficando a meio caminho entre um conceito de religião e o desdobramento do âmbito normativo do direito em tela – mas, ao avançar, perfila a “adesão que gera um conjunto de comportamentos entre o homem e Deus”.

⁶⁹⁰ Religião é “todo sistema ideológico que busca uma explicação transcendental, metafísica, para a razão de ser do universo e da vida, exteriorizando-se em atos que traduzem uma relação do homem para com um ser seu superior – Deus. Será, assim, religiosa toda a atitude, individual ou coletiva, exteriorizável em ato, pela qual os homens manifestam a sua fidelidade aos princípios em que crêem, formando uma Comunidade ou Igreja” – Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 119/90, publicado no Diário da República, II Série, 30/4/1991, citado no Parecer do Conselho Consultivo da PGR nº 171/1994, p. 39 – <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf>, acesso em 30/11/1995.

denominadas *seitas*. Trata-se de um problema que esbate as fronteiras sociopolíticas e religiosas e que recebe especial atenção na França, que já realizou dois grandes inquéritos nacionais, de iniciativa parlamentar, em 1985 e 1995. Por outro lado, nos Estados Unidos, que vivenciam âmbito especialmente alargado no que tange ao direito à liberdade religiosa, com uma tradição de pluralismo e respeito às minorias, o fenômeno “sectário” não se reveste do mesmo relevo europeu.⁶⁹¹

Não é o caso, nesta sede, de aprofundar as implicações jurídico-constitucionais da matéria, que serão convocadas topicamente ao longo do texto. No escopo de delimitação conceitual, o que importa é registrar que se trata, para os estudiosos e especialistas, na linha das dificuldades de precisão, de um “fenômeno de difícil apreensão e que parece se desenvolver”. O relatório francês de 1995 (*Rapport*), aliás, destaca, de início, que o fenômeno é difícil de medir e está em “potencial expansão”. Antes, consigna que é de difícil definição, concluindo pela “impossibilidade de definição jurídica”.

A comissão responsável pelo *Rapport* tinha bem presente o risco que uma definição jurídica de seita representaria para a liberdade de consciência, derivando tal abstenção da concepção francesa da noção de laicidade (*laïcité*), cuja origem planta-se no artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – ninguém deveria ser “inquieté” por suas opiniões, “même religieuses” (ressalvada a ordem pública), posto o princípio da neutralidade do Estado. Ora, a França é, constitucionalmente, uma *République laïque*, “que respeita todas as crenças”. Daí que o regime jurídico dos cultos, em solo francês, contenha-se nos dois primeiros artigos da Lei de 09 de dezembro de 1905 (assegura-se a liberdade de consciência e o livre exercício dos cultos e a separação das Igrejas e do Estado). O fato religioso, assim, só importa aos indivíduos (*la seule sphère privée des citoyens*), permanecendo o Estado fiel à

⁶⁹¹ Confira-se, para o caso francês, o *Rapport* da “Comission d’Enquête sur les Sectes” (apresentado em 20/12/1995 e adotado por unanimidade) – http://cftf.com/french/Les_Sectes_em_France/sectes.html, acesso em 13/10/2005. Doravante citado como *Rapport*. Para uma discussão mais acurada e específica, vide AMEIDA, *As seitas*, com ampla visão de direito comparado (pp. 116-25) e ênfase para a ordem jurídico-portuguesa (pp. 125 e ss.). As pré-compreensões, nesta sede, são especialmente importantes: o primeiro parágrafo introdutório do relatório francês inicia por quantificar os mortos e feridos, recentes ou mais distantes, por suicídios coletivos, atentados ou enfrentamentos atribuíveis a “certaines sectes”; sondagem portuguesa (1998) informa que 70,3% dos inquiridos consideram a Igreja Universal do Reino de Deus “seita religiosa”, ao passo que apenas 16,4% colocam as seitas “no mesmo plano das igrejas tradicionais” (ALMEIDA, *As seitas*, p. 126). Para uma visão doutrinária de fôlego sobre o quadro jurídico-religioso na França, vide BOYER, Alain. *Le Droit Des Religions En France*. 1ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1993. O autor parte da história das concordatas, discorre sobre as perspectivas da laicidade, trabalha o direito das igrejas e, na quarta parte (pp. 214-38), apresenta o problema do exercício cultural e da presença de novos cultos no cenário francês. Confira-se, também, ROBERT, Jacques. “La Liberté Religieuse”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, quarante-sixième année, n° 2, France: Société de Législation Comparée, pp. 629-44, avril-juin 1994, às pp. 638-41. Discorre, a seguir, sobre o “laicismo militante”.

sua “indiferença religiosa”, o que explica que jamais tenha definido juridicamente as religiões. Não há, pois, discriminação, positiva ou negativa, no regramento jurídico, entre seitas e congregações religiosas.

O *Rapport* tentaria outra direção, com abordagens etimológicas (a noção de “corte”, heresia/erro é em particular perigosa) e sociológicas (que as opõem às igrejas, realçando o risco minoritário), que, não obstante, mantiveram a indesejável imprecisão. Acabaria, então, optando pela aproximação a partir da noção de “periculosidade” das seitas (*dangerosité*), ciente do aspecto pejorativo do conceito e do dilema a enfrentar, entre a banalização e a diabolização. Mesmo neste contexto, renuncia a uma definição objetiva e admite que o trabalho apoiou-se sobre um certo número de escolhas éticas, chegando, a final, a elementos tipológicos que retêm o senso comum que a opinião pública atribui à noção (*um faisceau d'indices*), cada um prestando-se a longas discussões – mas, do contrário, a comissão teria que interromper sua atividade.⁶⁹²

Parece suficiente a narrativa de tal percurso para afirmar a irrelevância jurídica de um tal conceito de *seita*. Pode-se, ainda, reforçar com os argumentos sintetizados por Souza e Brito como razões para a proscrição do uso jurídico do termo “seita”: a expressão não é utilizada na legislação portuguesa (*idem* no Brasil); o termo implica um “juízo extra-jurídico, de caráter teológico”; revela-se pouco útil na ótica das ciências sociais; e a nota “distintiva” do perigo social em torno de fatos ligados a certos grupos ditos “religiosos” encontra-se também “noutros grupos que desenvolvem uma contra-cultura sem caráter religioso”.⁶⁹³

Noutra direção caminham Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug. Ao comentarem a supressão, pela CF 88, das expressões “ordem pública” e “bons costumes”, que

⁶⁹² Dentre os critérios: a desestabilização mental, o caráter exorbitante das exigências financeiras, a induzida ruptura com o meio original, atentados a integridade física, a utilização de crianças, o discurso mais ou menos anti-social, as perturbações à ordem pública, tentativa de infiltração nos poderes públicos. A comissão está consciente de que nem a novidade, o pequeno número de adeptos ou mesmo a excentricidade permitem qualificar de sectário um movimento que se pretenda religioso – neste sentido, as maiores religiões contemporâneas, não foram mais, no início, do que seitas; assim como os ritos hoje estabelecidos e socialmente aceitos podem, na origem, ter suscitado reserva e oposição. O campo de estudo, então, restringe-se a um certo número de associações, reunindo, em geral em torno de um chefe espiritual, pessoas que partilham a mesma crença num ser ou num certo número de idéias transcendentais, situadas ou não em ruptura com as religiões “tradicionais” e sobre as quais [as seitas] pode, num ou noutro momento, pesar a suspeita de uma atividade contrária à ordem pública ou às liberdades individuais. O estudo exclui expressamente o cristianismo, o islamismo, o hinduísmo e o budismo – setores, aliás, como verificou-se *supra* (item 2.1.4), em que bebem diversos grupos fundamentalistas.

⁶⁹³ *Apud* ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 408. O autor também cita (p. 407) João Seabra, que denuncia a atitude fundamental do “recente movimento anti-cultos: pressupor que qualquer experiência religiosa intensa é

antes constavam como limite ao exercício dos cultos religiosos, asseveram que o “campo religioso” é também um espaço “constantemente invadido por impostores, falsos profetas, que desnaturam por completo esta atividade movidos por toda sorte de vícios”. Nestes casos, o Estado “deve proibir essas falsas expressões de religiosidade”, já que devem [as verdadeiras?] vincular-se a dois requisitos essenciais: a boa-fé dos promotores “do culto ou da seita”; e a exclusão de qualquer prática que, independente de seu “pretense caráter religioso, seja algo repugnável pela ordem jurídica vigente”.⁶⁹⁴ Apodar uma religião (ou uma expressão da religiosidade) de *falsa* significa que existe uma verdadeira – conceito essencialista de flagrante potencial discriminatório, mormente associado à expressão, carregada de memória pejorativa, *seita*.⁶⁹⁵

Ademais, sequer a sociologia da religião sente-se confortável com conceito, que ora se descarta, ao afirmar que a “labiríntica busca religiosa na atualidade” é acompanhada por uma “labiríntica busca teórico-metodológica”. Particularmente no caso brasileiro, parece disfuncional falar-se em *seita*, ao menos no sentido que remonta a Weber (uma associação voluntária apenas daqueles que, segundo o princípio, são religiosa e moralmente qualificadas), em que a *membresia*, o pertencimento (a identificação de um indivíduo como membro de uma seita) é “mais acentuada em relação à seita do que à igreja”.⁶⁹⁶

Some-se, ainda, para descartar a operacionalidade jurídica do conceito de seita, o contributo de confusão terminológica que dificulta o próprio manejo jurisprudencial. Importa reter duas coisas:

suspeita. Parte-se assim do preconceito, que não pode ser recebido, do caráter negativo da experiência religiosa em si mesma.

⁶⁹⁴ BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 108.

⁶⁹⁵ Neste ponto, anda bem ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 509, quando afasta do âmbito jurídico a questão de distinguir entre religiões, seitas e/ou novos movimentos religiosos. Para o “Direito, o problema está sobretudo na distinção religião/não religião: a coletividade em causa reveste ou não natureza religiosa?”. Esta distinção, baseada no conceito tipológico aberto, “já oferece uma segura base de partida para resolver os problemas mais complexos”. Ademais, como salientou o Relator Especial da Comissão dos Direitos Humanos (1996), a noção de seita é “demasiado controversa para ser aceita”

⁶⁹⁶ SIQUEIRA, *As novas religiosidades*, pp. 117-20. “(...) é possível deduzir que não se pode denominar os grupos místico-esotéricos, como tão usualmente se faz, de seitas”. A etimologia (a autora cita Pepe Rodríguez) sugere que o termo teria surgido por volta dos séculos XIII-XIV: “andar atrás de”, “tomar por guia a”, “separar-se”, “distanciar-se” ou, noutra derivação, “cortar”, “partir”, “amputar”, “mutilar”. Pois o caso brasileiro, segundo a literatura especializada (mencionada pela autora), sinaliza para um *sincretismo religioso*, sendo que os “agentes religiosos da atualidade seriam pouco fiéis, ou seja, não se identificaria a necessidade de se ter um único sistema religioso orientador de conduta”, daí falar-se que a “busca religiosa contemporânea” está marcada por uma “pluralidade religiosa”. Assim, escapando ao âmbito “clássico” da seita, as “novas religiosidades seriam caracterizadas pelo pluralismo, noções não rígidas de sagrado e profano, religião e psicologia, além de se definirem como anticlericais, anti-hierárquicas e anti-institucionais”.

(1ª) não é isento de problemas, em termos jurídico-constitucionais, a extensão do âmbito normativo da liberdade religiosa a determinadas expressões espirituais atípicas, já que *religião*, segundo o filtro jurídico adotado, corresponde a um “fenômeno social típico, ainda que com uma tipicidade aberta”⁶⁹⁷ (pela simples razão de que o *atípico está fora do conceito tipológico*);

(2ª) não existem *a priori* “obstáculos que impeçam uma confissão religiosa de ver reconhecida a sua existência jurídica”, sendo solução correta e constitucionalmente adequada dar-se “todo o benefício da dúvida a uma confissão religiosa” (seja ou não, acrescenta a investigação, fundamentalista; ou mais ou menos sectária de acordo com conceito, irrelevante, de cariz sociológico ou considerações sociopolíticas conjunturais) – o que não quer significar, todavia, que as “atividades concretamente exercidas” não possam ser eventualmente limitadas, nomeadamente por razões de ordem pública,⁶⁹⁸ equação que se há de resolver no tema limites ao exercício da liberdade religiosa (*infra*, item 4.1).

Assentado o carácter social do fenómeno religioso, imprescindível para enunciar o conceito tipológico de religião, é o momento de avançar na análise do direito complexo que é a liberdade religiosa, iniciando por uma faceta individual, vista no seu desdobramento como liberdade de crença.

3.2.3 Liberdade de crença

O direito à liberdade religiosa visa a proteger o *forum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé. Cria-se, em torno do indivíduo, uma “esfera jurídico-subjetiva” cujo “perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar”. Vinculada à “essência íntima e pessoal do homem”, identifica-se uma posição jurídica de conteúdo de *liberdade* em sentido jurídico, um “conceito democrático de liberdade negativa, cujo objeto constitui um conjunto indefinido de possibilidades e alternativas de comportamento” – do qual deflui a impossibilidade de edificar-se, nesta sede, uma liberdade *positiva*, que se pudesse construir pela imposição estatal de uma “concepção omnicomprensiva ou determinação material do conteúdo do direito em

⁶⁹⁷ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 407-8. A específica proteção constitucional da religião não afasta que os fenómenos atípicos sejam protegidos através de outros direitos fundamentais, “designadamente a liberdade de consciência e a liberdade de expressão do pensamento”.

⁶⁹⁸ ALMEIDA, *As seitas*, p. 130.

causa” (como seria a manipulação teológico-substantiva de noções como dignidade da pessoa, consciência individual, religião). Vista como instrumento de florescimento dos cidadãos, livres e iguais, a liberdade religiosa entende-se juridicamente como conceito-quadro, cujo “preenchimento positivo é, acima de tudo, uma prerrogativa essencial e ineliminável da personalidade”.⁶⁹⁹ Em suma, esta é a posição (CPJ 1.1.1), direito subjetivo individual que reconhece e assegura a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião. A faceta negativa é, pois, inerente à liberdade religiosa, pena de abrir-se o flanco para a programação do direito fundamental, que significaria, *ipso facto* e já na raiz, sua negação. Trata-se da forma mais segura de blindar o direito contra qualquer coação.

Assegura-se, pois, no plano jurídico-subjetivo, a possibilidade de cada pessoa, conforme os ditames de sua própria consciência, livre de pressão e coação, responsabilizar-se por suas decisões éticas e existenciais. O indivíduo é livre para crer ou não na divindade, no sobrenatural, na transcendência, nas respostas sobre os sentidos da vida e da morte – a liberdade, neste aspecto, poderia chamar-se, também, a-religiosa, já que a crença pode exercer-se em qualquer direção e contar, em qualquer caso, com a não confessionalidade do Estado, que deve igual consideração e respeito a todos os cidadãos. Na matéria religiosa, afirma-se, o “Estado deve ignorar se o indivíduo crê e em que crê”,⁷⁰⁰ também fazendo parte do conteúdo da liberdade de crença a *reversibilidade das opções de fé* (conectado à livre revisibilidade da consciência). Adentra-se, nesta paragem, nas posições (CPJ, 1.1.2 a 1.1.6).

A estrutura de liberdade negativa, que se pode exercitar como opção de crença ou de descrença, *não significa que o programa normativo da liberdade religiosa estenda-se ao ateísmo*.⁷⁰¹ Vale lembrar, aqui, a raiz mais ampla da liberdade de consciência (*supra*, item

⁶⁹⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 220-1.

⁷⁰⁰ Neste particular, o artigo 41º, nº 3, da Constituição Portuguesa, estabelece: “Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.”.

⁷⁰¹ Pese a inescandível imbricação das realidades em tensão. Jacques Maritain, num ensaio célebre sobre a significação do ateísmo contemporâneo (MARITAIN, Jacques. *A significação do ateísmo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Grifo, 1969), ressaltava, de forma crítica mas com evidente respeito, o ponto de partida do ateísmo absoluto: “um ato fundamental de eleição moral, uma crucial determinação livre”, um “ato interior de liberdade, em cuja produção compromete sua personalidade inteira”. Essa livre determinação moral de rejeitar Deus da “totalidade de seu universo pessoal de vida e de pensamento” é o ponto em que começa o ateísmo absoluto: “nas profundezas da atividade espiritual de um homem”. Indaga, a seguir, o que é isso, senão “uma espécie de ato de fé, um ato de fé às avessas” (pp. 32-3). Daí que o ateísmo absoluto seja positivo (envolva um combate a Deus), sendo a primeira contradição interna do ateísmo contemporâneo proclamar o “desaparecimento necessário de toda religião, e, no entanto, ele próprio é um fenômeno religioso” (p. 34). A segunda contradição é substituir Deus pela “total adesão à imanência (...) a esse grande Minotauro que é a História (...) uma nova espécie de ‘puro amor’ místico”. Sublinha o “desinteresse místico”, o elemento de “grandeza e de generosidade” de tal atitude, que termina, porém, “numa submissão reverente e humilhante ao onipotente movimento da História,

3.2.1), da qual a liberdade religiosa talvez seja o tronco principal, mas não o único a esgotar todas as manifestações da liberdade matricial – neste sentido, “o ateísmo começa onde acaba a religião”, embora merecedor da mesma tutela constitucional.⁷⁰² Com o que reafirma-se, já em sede de concretização do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, o conceito *tipológico* de religião (*supra*, item 3.2.2) que, sem aspiração definitiva essencialista (menos ainda aberto à mera *alegatio* subjetiva), confere substrato suficientemente geral para suportar a liberdade de crença (a abarcar o maior número possível e as mais diversas manifestações religiosas), sem todavia dinamitar as fronteiras que delimitam a liberdade religiosa das outras mundividências filosóficas e ideológicas.⁷⁰³

Ancora-se, pois, o ateísmo na liberdade de consciência (art. 5º, inc. VI, 1ª frase, CF 88 – como outras convicções ideológicas, filosóficas ou políticas), ao passo que a liberdade de crença (art. 5º, inc. VI, 2ª frase, CF 88), como desdobramento da liberdade religiosa (direito fundamental como um todo), significa, nuclearmente, a livre escolha e a possibilidade de mudar e/ou abandonar, a qualquer momento, a própria crença religiosa (CPJ 1.1.2). Tanto as convicções citadas, quanto as crenças religiosas, sob determinadas condições, podem fundar direito à objeção de consciência (CPJ 1.1.10).⁷⁰⁴

Outro aspecto que merece relevo – e que fundamenta a “liberdade de atuação segundo a própria crença” (CPJ 1.1.3) –, já incidentalmente referido na gênese dos *Mormon Cases*, é a “unidade essencial entre crença e conduta”, lacunosa a tutela pretendida se o entendimento

numa espécie de sagrado abandono mediante o qual a alma humana se entrega ao deus cego da História.” (pp. 36-9).

⁷⁰² MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 222.

⁷⁰³ No mesmo sentido, como já citado, LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, pp. 45-6. Se não funcionam como vertente negativa da liberdade de religião (CPJ 1.1.1), restariam (as crenças não religiosas ou as idéias sobre religião, despidas da exigência de conduta heterônomas) conceitualmente localizadas extramuros da liberdade religiosa. Assim, o *ateísmo*, o *agnosticismo* e o *indiferentismo religiosos*, “ainda que diretamente relacionados com o religioso e o divino, seriam mais idéias que crenças”.

⁷⁰⁴ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 115 utiliza a raiz “liberdade de pensamento” para que a “liberdade de crença” pudesse ser invocada por teístas e “ateus” – o que conduz ao mesmo resultado da investigação, embora a premissa doutrinária diversa. BASTOS/MEYER PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 107, no mesmo sentido da investigação, derivam “da liberdade de consciência uma proteção jurídica que inclui os ateus e os agnósticos”, sendo que a mesma liberdade de consciência pode levar a adesão a valores morais e espirituais que “não passam por sistema religioso algum” (exemplificam com os movimentos pacifistas, que não implicam fé religiosa). Em sentido convergente, mas numa formulação menos precisa, no sentir da investigação, MORAES, *Direito constitucional*, p. 74: “Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.”. Não parece clara, *data venia* (e lembrando da permeabilidade categorial), a ubicação do ateísmo (e do agnosticismo) na visão de SILVA, *Curso*, que os coloca como desdobramento da liberdade de crença (p. 249, no item 16, “liberdade religiosa”), mas também, antes (pp. 241-2), sob o manto do item 14 (“liberdade de opinião), mencionando em bloca a “liberdade de consciência e crença” e as “crenças” e “convicções”, citando os incisos VI e VIII do art. 5º da CF 88. Já para SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 12, crentes e descrentes amparam-se no direito à liberdade religiosa: os

então adotado pela Suprema Corte norte-americana prosperasse, ou seja, fosse admitida uma estrita e simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*), generosamente protegida, e conduta (*action*), desvalorizada – tratada a primeira como direito absoluto (por exemplo de crer na poligamia) e a segunda, “pela própria natureza das coisas, não” (vedação do casamento polígamo). Certo que as condutas são mais problemáticas em nível jurídico do que as crenças em si, um tratamento dicotômico, nesta sede, descaracterizaria o fenômeno religioso e subverteria completamente ou esvaziaria o programa normativo constitucional, que, de modo claro no caso português,⁷⁰⁵ encara a “religião como uma unidade incindível entre *convicções e práticas religiosas*” (figure-se o batismo cristão, a circuncisão judaica)⁷⁰⁶ – daí que a liberdade religiosa deve “proteger a conduta religiosa, a liberdade de atuação e autoconformação de acordo com as próprias convicções, numa medida tão ampla quanto o permita uma ponderação de bens constitucionalmente saudável.”⁷⁰⁷ A questão tem implicações ao considerar-se o problema dos limites (*infra*, item 4.1). Há uma relação de precisão no CPJ, entre as posições 1.1.10 (objeção de consciência) e 1.1.3 (liberdade de atuação segundo a própria crença), que também vai especificada na posição 1.1.12 (dispensa do trabalho e de aulas/provas).

O Estado deve levar a sério o fato de que a religião ocupa um lugar central na vida muitas pessoas, devendo, portanto, “consideração e respeito por todas as formas de religiosidade”, mesmo pelas mais inconventionais (núcleo da livre escolha de crença – CPJ 1.1.2). O Estado tem, neste contexto, um dever de abster-se de perturbar: a adesão/abandono de uma confissão religiosa, a educação religiosa das crianças por seus pais ou responsáveis, o

crentes, “através da liberdade de consciência e de crença”; os descrentes, “através da liberdade de consciência” – donde se pode concluir que exclui os ateus do âmbito da liberdade de crença.

⁷⁰⁵ A Constituição Portuguesa, no artigo 41º, nº 2, diz que “Ninguém pode ser perseguido (...) por causa das suas convicções ou prática religiosa”.

⁷⁰⁶ O princípio de que não deve haver dicotomia entre crença e conduta é componente estrutural da liberdade religiosa da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Foi reconhecido no caso *Jewish Litturgical Assoc. Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (2000) – tratava-se do acesso, pleiteado por uma comunidade judaica ultra-ortodoxa, aos matadouros em França, a fim de assegurar o respectivo direito de comer *glatt* (carne *Kosher*), embora, no fim das contas, a Corte não tenha vislumbrado violação atual ao direito à liberdade religiosa (MACHADO, *Freedom*, p. 488). Confira-se a implicação, *infra* (item 4.4.2).

⁷⁰⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 222-3. As restrições às condutas religiosas, então, devem “observar rigorosos requisitos materiais e procedimentais”, sob pena de retirarem “conteúdo útil” ao direito à liberdade religiosa. As convicções religiosas configuram íntimo e vital compromisso ético, com plúrimas e significativas repercussões políticas, culturais, sociais, econômicas etc., e, como tais, “não podem ser artificialmente desligadas da ação humana em que se concretizam”. A tutela constitucional cobre as ações e as omissões “consideradas obrigatórias no quadro de autocompreensão religiosa” e não podem fundar quaisquer atos persecutórios ou discriminatórios”. O Estado deve manter “prudente equidistância” (não identificação), neutralidade confessional “a fim de não encorajar ou desencorajar, direta ou indiretamente, as crenças que servem de base à conduta humana” (p. 224), o que não invalida, ao sentir da investigação, eventual discriminação positiva.

serviço religioso, o uso de indumentária própria ou de símbolos religiosos etc. Trata-se de uma *reserva de intimidade religiosa* cujo mérito intrínseco é insindicável pelo Estado.⁷⁰⁸ Genericamente, configura-se o direito à privacidade religiosa (CPJ 1.1.9) e o conteúdo negativo da liberdade religiosa (CPJ 1.1.13). Importantes implicações, daqui, para a discussão da polêmica em torno do uso do véu e de outros símbolos (*infra*, item 4.5).

Outro direito fundamental desdobrado é a liberdade de *divulgação* das crenças, de *manifestar e difundir* a fé (CPJ 1.1.4, 1.1.5 e 1.1.6), campo em que se pode delimitar a questão do *proselitismo* (CPJ 1.1.4.1), cujo ímpeto varia de religião para religião, mas, para muitas, é particularmente importante ou mesmo vital. Bastaria lembrar a histórica expansão do cristianismo e do Islã, bem como, especialmente, o caso das Testemunhas de Jeová e dos Mórmons, notáveis pelo vigor e insistência dos esforços proselitistas. Neste aspecto, a proteção da religião abrange os comportamentos idôneos à “aquisição do consentimento e da adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime”, pelo que se afirma que a liberdade religiosa compreende um *direito à divulgação das convicções religiosas*, aliás sem o qual a liberdade de mudar de religião nem faria sentido. O proselitismo pode definir-se como o “conjunto de comportamentos dirigidos de dentro da comunidade dos crentes para fora dela, com a finalidade de convidar outros à aderirem à mesa” (Tuschnet) e foi afirmado como direito, pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, no caso *Minos Kokkinakis c. Gréce* (1993).⁷⁰⁹

Adragão manifesta-se em sentido convergente, também partindo da unidade essencial entre crença e conduta e chegando a liberdade de divulgação de crenças ou proselitismo, “condição da possibilidade de mudar de convicções (art. 18º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948)” – núcleo das posições CPJ 1.1.1 e 1.1.2 (deixar de ter religião, mudar ou abandonar a crença religiosa). Trata-se, segue o autor, de elemento da liberdade

⁷⁰⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 224. Vários destes itens serão analisados como “tópicos problemáticos” (*infra*, capítulo IV).

⁷⁰⁹ *Apud* MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 225, notas 746 para a citação de Tuschnet e 747 para o caso Kokkinakis – o casal Kokkinakis foi detido pela polícia local quando se dirigia à casa da senhora Kyriakaki, no fito de partilharem sua fé, acusado de crime de proselitismo com base numa lei penal de 1938 (a Constituição Grega de 1975 proíbe o proselitismo a todas as religiões). Minos Kokkinakis foi condenado a três meses de prisão, convertidos em multa. O Tribunal Europeu, por maioria (na esteira da unânime decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem), entendeu que a condenação violava o direito à liberdade religiosa, embora a censura se tenha dirigido “aos juízes gregos e não à norma de criminalização”, interpretada como “proibindo apenas o proselitismo abusivo”. Também referência em BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 200 (citado *A convenção*): a liberdade religiosa comporta, em princípio, “o direito de tentar convencer o seu próximo, por exemplo, por intermédio do ensino, sem o que, de resto, a liberdade de mudar de religião ou de convicção, consagrada pelo art. 9º [CEDH], corria o risco de ficar letra morta”, com apoio no Acórdão Kokkinakis (25/5/93).

religiosa dos indivíduos, das famílias e dos grupos religiosos (CPJ 1.2.2.4) – está-se no “âmbito necessário da liberdade de manifestar a religião”.⁷¹⁰ Sem referência expressa ao respectivo regime jurídico, Celso Basto e Meyer-Pflug parecem reconhecer o elemento, ao mencionar a “vocação ao proselitismo”.⁷¹¹

Chega-se a um ponto crucial do direito à liberdade religiosa, já que o *proselitismo*, historicamente, tem sido um *locus* privilegiado para sua *restrição*, em geral em face das alianças mais ou menos expressas ou tácitas entre o Estado e as confissões dominantes, vistos os movimentos minoritários como focos de desestabilização e perturbação do controle social, pelo Estado, e ameaças ao monopólio religioso da maioria, resultando as “mais variadas estratégias de restrição das possibilidades de expressão das confissões religiosas minoritárias” – forte numa retórica acusatória que amiúde aponta a manipulação de pessoas em estado de vulnerabilidade emocional (o objetivo, então, seria garantir a dignidade e a personalidade dos indivíduos em situação de fraqueza), bem como a representação de interesses estrangeiros a periclitarem a soberania nacional⁷¹² e ainda uma compreensão que não aceita as “dimensões meta-rationais, emocionais e transcendentais” do fen meno religioso. Tais considerações (sobre o caráter preconceituoso e discriminatório dos libelos) não impedem que se exija que o proselitismo ocorra “dentro do respeito pelo *princípio da tolerância*, no respeito escrupuloso pelos direitos fundamentais de todos os cidadãos” (CPJ 2.1.5) – o que bem pode ser assegurado pela lei penal (CPJ 2.2 – deveres de proteção), desde que remanesça ampla “margem de manobra para um proselitismo convicto e insistente”, certo que a criminalização em tipo genérico, antes de proteger um bem fundamental devidamente identificado, acabaria por “proibir uma conduta religiosa, independentemente do impacto que a mesma concretamente pudesse vir a ter, ou não, nos bens constitucional e penalmente tutelados” (transferir para as autoridades administrativas vagos poderes de restrição também   inadmissível). Tais princípios afirmaram-se, na jurisprudência constitucional norte-americana, na década de 40 do século XX, com os casos envolvendo Testemunhas de Jeová (*Jehovah’s Witnesses Cases*), como *Cantwell v. Connecticut* (1940) e *Murdock v. Pennsylvania* (1943),

⁷¹⁰ ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa*, p. 507. Tal liberdade “tem precedência ontológica sobre a liberdade de não a manifestar: a segunda define por referência à primeira”.

⁷¹¹ BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 107.

⁷¹² Sem entrar no mérito da pol mica, mas para ilustrar a persistência do tom do discurso, veja-se notícia publicada em “Zero Hora”, 15/10/2005, p. 24, segundo a qual o embaixador dos EUA na Venezuela negou que agentes da CIA “atuem na Venezuela disfarçados como missionários do grupo evangélico Novas Tribos”. No dia 12/10/2005, o Presidente Hugo Chávez havia anunciado que “vai expulsar do país os membros da entidade, que atua nas reservas indígenas do país”, sob a acusação de que a organização, com sede nos EUA, promove a *infiltração imperialista* e espiona para a CIA – o embaixador negou categoricamente a acusação, mas frisou que a Venezuela está em “seu direito soberano” de decidir sobre o assunto.

relativos à liberdade de fazer proselitismo – o alargamento do âmbito de proteção a confissões minoritárias e inconventionais ficou muito a dever “à persistência com que as Testemunhas de Jeová vêm batendo à porta dos tribunais”.⁷¹³

Ademais, o que justifica a ênfase, tem-se aqui um nítido *spillover*, um recíproco transbordamento entre as *liberdade comunicativas* e o direito à *liberdade religiosa como um todo*, que se harmonizam com a *ponte matricial da liberdade de consciência* (o que se defendeu *supra*, item 3.2.1). É tão perigoso interpretar a liberdade religiosa num quadro de dicotomia crença/conduita, quanto na base de uma *dicotomia crença/expressão*. A liberdade religiosa concretiza-se com a *proteção da expressão religiosa*. Nos casos citados acima, a dicção da Suprema Corte norte-americana reconhece que o discurso religioso é inerentemente *persuasivo* (qualidade que partilha com outros tipos de discurso, como o político e o econômico), a indicar a conveniência de *suportar-se alguns excessos*. É o que sublinhou Jónatas Machado recentemente (num curso de julho/2005, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, “Liberdade religiosa e direito internacional”), ao debruçar-se, ainda uma vez, sobre o caso *Kokkinakis*, e a gizar que o *cluster right* implicado também envolve a liberdade de *falar sobre religião* – CPJ 1.1.4.3 – liberdade de produzir obras científicas, literárias e artísticas sobre religião (ponto que será problematizado *infra*, item 4.4.3).⁷¹⁴

⁷¹³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 226-9. Um dos problemas conexos é a utilização dos variados *suportes publicitários* pelas confissões religiosas que, em linha de princípio, como atores sociais que pretendem comunicar mensagens ao público, podem utilizar todos os instrumentos adequados ao desiderato, desde que não ponham em causa, para além das possibilidades de harmonização, direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Aqui a liberdade religiosa associa-se com a liberdade de expressão. Alusões vagas a tentativas de “manipulação de consciências débeis” não escondem boa dose de paternalismo e preconceito anti-religioso. Claro que as especificidades hão de ser consideradas, razoáveis diferentes tratamentos para as mensagens religiosas e não-religiosas – assim, aplicar os “princípios da veracidade, da proibição de publicidade enganosa e da proteção da saúde e segurança dos consumidores” choca-se com características meta-rationais do fenómeno religioso e com o princípio da incompetência dos poderes públicos em matéria de verdade religiosa, se “implicar um juízo sobre o mérito teológico ou eclesiológico intrínseco das confissões religiosas em causa, ou tocar nas suas dimensões éticas e morais essenciais”. Daí a problemática constitucionalidade de regras que proíbem a publicidade de idéias de conteúdo religioso, a sugerir a prática do que a doutrina norte-americana chama de “religious gerrymandering” ou “targeting” para qualificar aquelas “situações em que uma norma, ainda que aparentemente neutral, pretende atingir deliberadamente uma confissão religiosa particular” (cf. a longa nota 749, em que o autor comenta, de forma crítica, as regras portuguesas atinentes à publicidade). Na nota seguinte (750), informa que, na Itália, durante alguns anos, os “Pentecostais eram impedidos de proclamar a sua fé sob o pretexto de que as suas tentativas de persuasão eram acompanhadas de manifestações fisiológicas nocivas para a saúde”.

⁷¹⁴ MACHADO, *Freedom*, pp. 495-502. O senhor Kokkinakis, incrivelmente, já fora detido mais de 60 vezes (e preso em várias oportunidades), em face da lei criminal grega de 1938, que criminalizava o proselitismo. Vale rápida resenha dos argumentos das autoridades gregas: o proselitismo é uma intromissão nas crenças dos outros; é uma maneira de tirar vantagem da inexperiência e do baixo nível intelectual das pessoas; a sistemática e insistente natureza proselitista das Testemunhas de Jeová coloca-a na ilicitude; a par do espaço especial que a Igreja Ortodoxa ocupa na Constituição Grega. Síntese da posição da Corte: o direito de tentar convencer um vizinho – por exemplo através do ensino – baseia-se na liberdade individual de cada um “mudar de religião ou de crença” (art. 9º, nº 1, CEDH) – na linha de Judith Lichtenberger: se uma pessoa “não pode pensar livremente,

Registre-se, ainda, que o problema do proselitismo reveste de particular importância no quadro brasileiro, em que a mundivisão majoritária de um país católico (o *catolicismo* como religião oficial do Estado brasileiro no Império) vai sendo, gradativamente, minada pelo avanço perceptível de outras denominações cristãs – a falar-se num país cristão, cada vez menos católico.⁷¹⁵ Ramos do protestantismo histórico chegaram ao Brasil com as *missões*: presbiterianos, metodistas, batistas e episcopais, provenientes dos Estados Unidos, igrejas “implantadas pela palavra de pregadores e missionários enviados apenas com este fim: converter brasileiros”. Tais missões tiveram como consequência a “formação quase imediata de congregações protestantes com forte inclinação proselitista, voltadas claramente para a conquista de mais brasileiros para o protestantismo”.⁷¹⁶ No início do século XX, começam a chegar as *igrejas pentecostais* e seu crescimento, a partir dos anos 50, tornou-as amplamente majoritárias entre os protestantes brasileiros. Recentemente, o movimento passou a diferenciar-se em dois tipos: os pentecostais “clássicos” e os neopentecostais. Simplesmente, as formas de vida religiosa que mais crescem no Brasil são, em primeiro lugar, as igrejas

não pode expressar-se livremente; e não poderá pensar livremente se os outros não puderem expressar-se, pois é ouvindo os pensamentos dos outros e sendo capaz de comunicar-se com eles que nós desenvolvemos nossos pensamentos” (citada por MACHADO, *Freedom*, p. 501, nota 195); também persuasiva a noção de que pressupor o baixo nível intelectual das pessoas (que não seriam capazes de se defender da doutrina em disputa) traria a mesma dificuldade para que se protegessem da “doutrinação da Igreja Grega Ortodoxa”; não havendo provas de utilização de meios impróprios (oferta de vantagens materiais ou sociais, violência ou lavagem cerebral), as Testemunhas de Jeová não se podem considerar ilícitas: “a manifestação, individual ou coletiva, de zelo religioso, ainda que dentro de uma razoável medida de excesso, não é necessariamente imprópria”; quanto ao lugar especial da Igreja Ortodoxa no espaço constitucional grego, a Corte conferiu peso decisivo à noção de que o livre exercício da religião engloba-se na liberdade de ensino religioso, “dentro de um contexto de pluralismo e livre fluxo de idéias” – esses direitos foram considerados importantes demais para serem limitados por uma lei que adota uma noção vaga de proselitismo, que provavelmente seria, de todo modo, aplicada seletivamente. No dizer de Jónatas, o caso afirma que “numa sociedade livre e democrática não há o propósito de afastar a religião da praça pública, mas sim de livrar a expressão religiosa de toda sorte de monopólio, político e/ou confessional” (p. 502).

⁷¹⁵ Segundo os dados do IBGE (censo demográfico 2000), 73,8% da população brasileira é católica (125 milhões de pessoas), mas a Igreja católica vem perdendo adeptos, sobretudo para outras igrejas cristãs (segundo o censo de 1991, o percentual era de 83,8%. Em segundo lugar, vem o protestantismo, dividido, desde o início do século XX, em históricos e pentecostais. Os evangélicos aumentam de 9,05% (1991) para 15,45% (2000, cerca de 26 milhões) – quase 90% da população é cristã, embora tenha aumentado o número dos que se declaram “sem religião” (de 4,8% para 7,3% - 12,3 milhões de adultos). O luteranismo implanta-se no Sul do Brasil (RS e SC), com a chegada da imigração alemã, a partir de 1824. Em 1904, uma missão luterana norte-americana fundaria a Igreja Evangélica Luterana do Brasil, ligada aos Estados Unidos. Os anglicanos e parte dos metodistas também representam casos típicos de protestantismo de imigração (os emigrantes norte-americanos estabeleceram-se a partir de 1810 em SP), em geral enclaves culturais sem afã proselitista – cf. PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 300-5. Os dados do censo foram atualizados de acordo com os dados disponíveis no site do IBGE.

⁷¹⁶ PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 305-7, de modo que, no final do século XIX, já estavam praticamente implantadas no Brasil todas as denominações clássicas do protestantismo: luteranos, anglicanos (ou episcopais), metodistas, presbiterianos, congregacionalistas e batistas.

protestantes pentecostais. E, “entre as pentecostais, as que mais crescem são aquelas que já se convencionou chamar de *neopentecostais*”.⁷¹⁷

3.2.4 Livre exercício de culto

Vista a liberdade religiosa *lato sensu*, como “direito fundamental global” (*Gesamtgrundrecht*), compreende-se a subsunção da *liberdade de culto* no seu âmbito geral (o inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal declara inviolável a liberdade de crença e assegura “o livre exercício dos cultos religiosos”, além de garantir, “na forma da lei”, a “proteção aos locais de culto e a suas liturgias”). A prática religiosa, sem dúvida, “conhece no exercício dos atos de culto (*exercitium religionis*) um de seus elementos fundamentais” – a liberdade religiosa implica a *liberdade de atividade cultural*. Assentam, aqui, os direitos concretizados em (CPJ 1.1.7). O culto é “menos um ato ou ritual” e “mais uma atitude subjetiva, espiritual, que pode estar subjacente a atos de natureza muito diversa”, sendo certo, todavia, que o sentido útil da tutela constitucional passa pela “identificação objetiva de um conjunto de comportamentos razoavelmente qualificáveis como culturais” – entendidos, em geral, como comportamentos “individuais ou coletivos, religiosamente motivados, mais ou menos ritualizados, não dirigidos unicamente à comunicação de conteúdos religiosos a outros”. Exemplos: orações, certas formas de meditação, jejum, leitura e estudo de livros sagrados, serviços religiosos nos templos, homilias, pregações, procissões, sacrifícios rituais de animais (o último ponto será analisado *infra*, item 4.4.2).

O conteúdo do direito consiste na possibilidade de participar ou não, individual ou coletivamente, nos referidos atos de culto, imunes a quaisquer pressões estatais (neste sentido, o Estado “não pode obrigar ou proibir a prática de uma religião” – CPJ 1.1.13, conteúdo negativo da liberdade religiosa) – na paráfrase da Suprema Corte americana, o direito à

⁷¹⁷ PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 307-8. A *Congregação Cristã do Brasil*, primeira igreja pentecostal do Brasil, surge em 1910 no PR e em SP. Em 1911, dois missionários suecos fundaram, em Belém do Pará, a *Assembléia de Deus* (até hoje são as duas maiores alas do pentecostalismo no Brasil) – no início dos anos 90, pelo menos um décimo dos brasileiros era pentecostal (10%), contra 3% de protestantes históricos. Os neopentecostais “oferecem uma forma de religiosidade muito eficiente em termos práticos, pouco exigente em termos éticos e doutrinariamente descomplicada”. Conservam, do pentecostalismo clássico, “o estilo de culto fortemente emocional, voltado para o êxtase, com papel de destaque para a glossolalia, o exorcismo e o milagre, visados sempre como resultados palpáveis a ser experimentados de imediato”. Destacam-se, dentre as pentecostais clássicas, além das duas já citadas: Igreja do Evangelho Quadrangular (1953), Igreja Pentecostal O Brasil para Cristo (1955), Deus é Amor (1962), Casa da Bênção (1964). Dentre as neopentecostais: Igreja de Nova Vida (1960), Comunidade Evangélica Sara Nossa Terra (1976), Igreja Universal do Reino de Deus (1977), Igreja Internacional da Graça de Deus (1980), Renascer em Cristo (1986). Pode-se avaliar o potencial conflitivo, seja com a religião dominante, com setores não religiosos, entre si ou com as religiões afro-brasileiras. Confirmam-se, adiante, itens 4.4.2 e 4.4.3.

liberdade religiosa significa que “as crenças religiosas e a expressão religiosa são demasiado importantes para serem proscritas ou prescritas pelo Estado”.⁷¹⁸ Celso Bastos observa que, sendo o culto um dos elementos fundamentais da religião, resulta da inclusão, dentro da respectiva liberdade, “da possibilidade de organização destes mesmos cultos, o que por sua vez dá lugar à criação de igrejas e templos”. Assim, para assegurar a livre organização dos cultos, é que surge o problema dos “diversos sistemas de relações entre a Igreja e o Estado”.⁷¹⁹ Note-se que a primeira posição desdobrada da liberdade de culto é a inviolabilidade dos templos (CPJ 1.1.7.1) – vide também a correlata (CPJ 1.2.2.2), liberdade da igreja de estabelecer lugares de culto ou de reunião para fins religiosos, inclusive construir ou abrir edifícios religiosos e adquirir e usar os bens convenientes..

Na linha do exposto, englobando a liberdade religiosa diferentes posições jurídicas, tais situações podem reconduzir-se ao âmbito normativo de outros direitos, liberdades e garantias. Densifica-se, neste passo (CPJ 1.1.8). Reuniões e procissões religiosas, v.g., inserem-se no âmbito de proteção do direito à liberdade de reunião e associação (no caso brasileiro, artigo 5º, incisos XVI e XVII, da CF 88), aplicando-se-lhes o respectivo programa normativo geral (caráter pacífico da reunião, sem armas, em lugares abertos ao público, independentemente de autorização; fins lícitos e vedação de associação paramilitar).

A especificidade do direito à liberdade religiosa, nestes contextos, só seria convocada nos casos em que houvesse suspeita “do carácter religioso dos fundamentos da restrição” (indiciada nos casos que não resistiriam à ponderação razoável daqueles direitos com outros bens constitucionalmente protegidos), mas as notas distintivas substanciais do culto religioso

⁷¹⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 229-30. Embora controverso, o autor, interpretando a faceta não-participação, entende que a “liberdade de culto pode ser invocada por crentes e não crentes”, citando que o Tribunal Federal Suíço tem considerado que o não crente “pode invocar a liberdade de crença, mas não a liberdade de culto” (nota 761). A antiga lei portuguesa sobre liberdade religiosa (1971), em flagrante inconstitucionalidade, admitia a *obrigatoriedade* de participação em atos de culto em estabelecimentos educativos, penitenciárias e casas de “reeducação” para menores (nota 762). No direito brasileiro, João Barbalho, comentando a Constituição de 1891, dizia que a “fé e a piedade religiosa, apanágio da consciência individual, escapa inteiramente à ingerência do Estado. (...) Mas as religiões não são coisas meramente especulativas e, se seu assento e refúgio é o recinto íntimo da consciência, têm também regras a cumprir, práticas externas a observar, não menos dignas de respeito do que a crença de que são resultado, ou a que andam anexos. E – se ao Estado não toca fazer-se pontífice, sacerdote nem sacristão, e tampouco dominar a religião e constituí-la instrumento de governo, como não lhe cabe tornar-se doutor e mestre ou diretor de instrução e fazedor do programas de ensino (...) o Estado nada tem a ver com o fiel, com o crente, mas só com o cidadão – é fora de dúvida que, na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder público é dever assegurar aos membros da comunhão política, que ele preside, a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas.” – *apud* MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 123-4.

⁷¹⁹ BASTOS/MARTINS, *Comentários*, pp. 45-6.

“podem justificar a aplicação ao mesmo de um tratamento específico relativamente a outras atividades”.⁷²⁰

Neste sentido já se orientava Pontes de Miranda, ao asseverar que a liberdade de culto “é direito fundamental assegurado em si e não só institucionalmente”. Compreende tal liberdade: “a de orar e a de praticar atos próprios das manifestações exteriores *em casa* ou *em público*, bem como a de recebimento de contribuições para isso”.⁷²¹ A última posição preferiu-se inserir como direito de autofinanciamento das igrejas ou confissões religiosas (CPJ 1.2.3). Coerente com sua premissa doutrinária, Pontes de Miranda acentua que a liberdade de associação para fins religiosos, “sem ser para culto, não se subsume, decerto, na liberdade de culto, mas sim na liberdade de consciência e na liberdade de associação, ou na liberdade de manifestação do pensamento”.⁷²² Neste trecho da obra, o autor cita decisão do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 1.114, 17/11/1949), cujos “votos foram medievais”, ao negar o remédio jurídico impetrado por “bispo, dissidente, que pretendia fundar Igreja nacional” – ressalva o voto vencido de Hahnemann Guimarães, que transcreveu: o ex-bispo de Maura, D. Carlos Costa, “não quer reconhecer o primado do Pontífice Romano, quer constituir uma Igreja Nacional, uma Igreja Católica Apostólica Brasileira com o mesmo culto católico. É-lhe lícito exercer esse culto.”.⁷²³

⁷²⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 231 – seria o caso, por exemplo, da utilização, sem o consentimento do autor, de obras de caráter exclusivamente religioso durante os atos de culto ou as práticas religiosas (nota 764, regras de direito autoral adaptadas).

⁷²¹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 121.

⁷²² MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 123. Adiante, figura que a liberdade de cultos “está para a liberdade religiosa como a liberdade de pesquisa científica para a liberdade de pensar científico. Numa e noutra caem, apenas, mais algumas gotas de ação. Ambas supõem contato com outros homens ou com objetos que interessam a outros homens, em vez de serem liberdades do indivíduo sozinho”. Assim, *culto* é “a forma exterior da religião: religião + relação com outros homens + ação” (p. 127). Adverte, ainda, que as *cerimônias*, que são a “parte mais visível do culto, podem existir sem religião” (p. 128). Na parte cerimonial, para o autor, a liberdade religiosa subsume-se na “liberdade física” (p. 139).

⁷²³ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 125-7. Em seu estilo único, o autor verbera contra a “profunda regressão política”, submetida a camada dirigente do país, em grande parte, “a uma das três forças internacionais (o capitalismo internacional, a Igreja Católica e o comunismo)”. Tão medievais os votos que “Lutero, se ressuscitasse e pedisse mandado de segurança, não o teria obtido. Para os juízes, Roger Williams não existiu”. Daí celebrar o voto dissidente, “uma consciência vibrou, posto que católico o votante”. Do voto transcrito, retira-se que se atacava ato do Presidente da República, que aprovava parecer do Consultor-Geral da República “sobre a maneira de assegurar o livre exercício do culto da Igreja Apostólica Romana”, encaminhando-o ao Ministro da Justiça, para cumprimento. O parecer nascera em resposta a uma representação do Arcebispo do Rio de Janeiro, que reclamava do objetivo de “mistificar e confundir” do *apóstata* – do nome adotado “até o culto e ritos” (usam “as mesmas vestes e insígnias do clero e bispo romanos, praticam os mesmos atos religiosos da Igreja de Roma (...) adotam os mesmos paramentos, e o mesmo cerimonial do nosso culto externo”. No parecer, Haroldo Valadão, então Consultor-Geral, recomendava o uso do poder de polícia da autoridade civil para assegurar à Igreja Católica “o livre exercício do seu culto, impedir o desrespeito ou a perturbação do mesmo culto (...) quando praticadas [manifestações externas] pela Igreja Católica Apostólica Brasileira”. Nisso, o voto vencido encontrou infringência, pelo poder temporal, do “princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado

José Afonso da Silva coloca a liberdade de culto como uma das três liberdades que perfazem o conteúdo da liberdade religiosa (entre a liberdade de crença e a liberdade de organização religiosa). Lembra que religião não é “simples adoração a Deus”. Ao contrário, ao lado do corpo doutrinal, sua característica básica exterioriza-se “na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida”. Ainda, nota que a CF 88 ampliou essa liberdade, prevendo garantia específica (proteção aos locais de culto e a suas liturgias) – diferente das anteriores, “não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes” (o que se versará *infra*, item 4.1).⁷²⁴

De toda sorte, a proibição de impedir ou perturbar os atos de culto vincula entidades públicas e privadas e dá azo a um dever de proteção por parte do Estado, vale dizer, além de abster-se de perturbar o culto, o poder público deve, ao mesmo tempo, prevenir, reprimir e sancionar a sua perturbação por terceiros, alargando-se aos respectivos momentos anteriores e posteriores e abrangendo a ida e o regresso aos locais de culto. Conectam-se, neste sede, (CPI 2.1.3.7, 2.1.5, 2.2.1, 2.2.3, 2.3.1 e 2.3.2) – desenvolvimento, na ótica jurídico-penal, *infra* (item 4.3).⁷²⁵

(...) [e] dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto”. Prossegue, referindo que a história da Igreja está repleta destes “cismas, está repleta desses delitos contra a fé”, sendo que “os delitos espirituais punem-se com as sanções espirituais; os conflitos espirituais resolvem-se dentro das próprias Igrejas; não é lícito que essas Igrejas recorram ao prestígio do poder para resolver seus cismas, para dominar suas dissidências”. Fecha-se com o comentário final de Pontes: “Ainda há consciências livres e brasileiras, no país, para aplaudirem o voto, estritamente jurídico, do ilustre Ministro”. Adiante, Oliveira Filho também refere o caso, mas parecendo justificar a decisão. O MS nº 1.114 foi julgado em 17/11/1949, tendo como relator o Min. Lafayette de Andrada (negado provimento, contra um voto), publicado o acórdão na Revista *Arquivo Judiciário*, v. CI/6-15, (jan. a mar/1952). Além do livre exercício do culto, o impetrante pretendia assegurar as atividades da escola mantida pela Associação Nossa Senhora Menina – uma vez impedidos pela polícia. A já citada decisão da Corte considerou não haver culto próprio da Igreja Católica Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro e “causarem confusão as suas práticas religiosas, vestes sacerdotais e insígnias com as existentes nas solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana, constituindo uma imitação destas, conseqüentemente violando-se a liberdade desta última Igreja, o que deve ser evitado em prol da ordem pública” (disponível no site www.stf.gov.br, “julgamentos históricos”).

⁷²⁴ Repara que a Constituição do Império (1824) apenas reconhecia a liberdade de culto para a religião católica, sendo as outras toleradas “apenas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo” (art. 5º) – SILVA, *Curso*, p. 249. O que seria superado já na 1ª Constituição da República (1891), cujo art. 72, § 3º, consagrou tal liberdade “para todos os indivíduos e confissões religiosas”, previsão “seguida por todas as nossas constituições” (MORAES, *Direito constitucional*, p. 73). Citando Uadi Lammêgo Bullos, SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 13, diz que *culto* “resulta da exteriorização da crença, que pode manifestar-se através de ritos, cerimônias, reuniões, conforme a prescrição do credo escolhido”. Na mesma linha FERREIRA FILHO, *Curso*, p. 292, para quem a liberdade de culto é “a forma pela qual se extravasam as crenças íntimas”.

⁷²⁵ Os princípios da cooperação (assegurar as manifestações públicas dos cultos religiosos) e da tolerância, o dever estatal de proteção dos indivíduos e o dever de aperfeiçoamento, as garantias institucionais da LR individual e coletiva.

Da liberdade de culto, ainda, deriva a possibilidade de obtenção, em certos casos, de *assistência religiosa* por parte de confissões ou comunidades religiosas (Constituição Federal, artigo 5º, inciso VII) – CPJ 2.1.3.1, 1.1.7.2.1 (que se precisa em 1.1.11 e 1.2.2.5).⁷²⁶ Assegura-se, em rigor “nos termos da lei”, a *prestação de assistência religiosa* (de responsabilidade das igrejas e confissões religiosas – ao Estado só cabe facultar, não prestar diretamente) “nas entidades civis e militares de internação coletiva”. José Afonso da Silva, nesta sede, enumera: penitenciárias, casas de detenção, casas de internação de menores etc. A partir da 24ª edição de seu *Curso* (2005, atualizada até a Emenda Constitucional nº 45) excluiu as *Forças Armadas* do rol de entidades de internação coletiva, visto que “elas não têm essa qualidade”,⁷²⁷ mas a maioria da doutrina subsume as forças armadas na dicção constitucional, mesmo porque há lei específica regulando a matéria.⁷²⁸ Também existe previsão legal no tocante aos estabelecimentos prisionais e às entidades de internação para adolescentes privados de liberdade pela prática de atos infracionais.⁷²⁹

⁷²⁶ O princípio da cooperação (assegurar a prestação de assistência religiosa) e o direito individual de participação religiosa (receber a assistência religiosa que pedir), além do direito da igreja de assistir religiosamente o próprio membro dependem de situações especiais de concretização do direito (condição pessoal e *locus* de estada) Também há refrações quanto à possibilidade de construção de templos ou de aproveitamento, como locais de culto, de edifícios já existentes. A garantia da liberdade de culto relaciona-se, sobremaneira, com o problema da manutenção da ordem e da necessidade de medidas de polícia, que variam consoante o lugar onde decorrem os atos de culto: se manifestações *interiores*, a preservação da ordem compete essencialmente aos ministros de culto (certo que carentes de força pública e executoriedade para as suas decisões), suposto que “o exercício do culto dentro dos templos se processe de acordo com os ritos da confissão a que o templo está afeto” – concorrem a liberdade religiosa e o direito à inviolabilidade do domicílio para um princípio de *inviolabilidade do templo religioso*, pelo que só a pedido do ministro ou em casos excepcionais de grave ameaça à ordem pública é que o respectivo policiamento caberá à autoridade norma da polícia administrativa, encarregada natural do policiamento em locais públicos (manifestações *exteriores*), reuniões em cemitérios, praças etc. – cf. MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 231-2.

⁷²⁷ SILVA, *Curso*, p. 252.

⁷²⁸ Lei nº 6.923/81, parcialmente alterada pela Lei nº 7.672/88, “ambas recepcionadas pela nova ordem constitucional” (MORAES, *Direito constitucional*, p. 76).

⁷²⁹ Quanto aos *adultos*, a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) afirma, dentre os direitos do preso, a *assistência religiosa* (art. 41, inc. VII). Antes, o parágrafo único do art. 3º assegura que não haverá qualquer distinção de natureza religiosa. A assistência religiosa é regulada no art. 24: com liberdade de culto, será prestada aos presos e internadas (permitida sua participação nos serviços religiosos organizados no estabelecimento penal e a posse de livros de instrução religiosa), devendo haver “local apropriado para os cultos religiosos” (§ 1º) e garantida a absoluta voluntariedade (ninguém poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa – § 2º). Posteriormente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária fixou as *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil* (Resolução nº 14, de 11/11/2004). Entre os princípios fundamentais, “impõe-se o respeito às crenças religiosas, aos cultos e aos preceitos morais dos presos” (art. 2º). A assistência religiosa, com liberdade de culto, é permitida ao preso (bem como a participação nos serviços) – deve facilitar-se, nos estabelecimento prisionais, “a presença de representante religioso, com autorização para organizar serviços litúrgicos e fazer visita pastoral a adeptos de sua religião” (art. 43, parágrafo único). Cite-se, ainda, a Portaria nº 321/03 da Secretaria Especial de Defesa Social (Superintendência do Sistema Penal) do Estado do Pará, de 26/12/2003: em face da Lei nº 10.792 (1º/12/2003 – instituiu o “regime disciplinar diferenciado” para o preso rebelde ou pertencente a facções criminosas), criou o “Regime de Adequação ao Tratamento Penal” aplicável aos “presos que se mostrem inaptos ao tratamento vigente”; pois mesmo nestes casos, como não poderia deixar de ser, “o preso tem direito a receber assistência religiosa individual” (art. 6º, VI, 1ª parte). Para algum aporte doutrinário e jurisprudencial sobre a assistência religiosa na execução penal,

A Lei nº 9.982/2000 visa a realizar a prestação de assistência religiosa nos termos do art. 5º, VII, CF 88, ao dispor sobre a “prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares”. Assegura-se “aos religiosos de todas as confissões” o *acesso* aos hospitais da rede pública ou privada e aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, *para dar atendimento religioso aos internados*, “desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais” (art. 1º). Os religiosos, nas atividades de assistência, devem “acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de *não pôr em risco as condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional*” (art. 2º).⁷³⁰

Pontes de Miranda, debruçado sobre o texto da Constituição de 1967, expresso em relação às “forças armadas e auxiliares”, indagava como se processaria tal assistência religiosa que seria, “sem constrangimento dos favorecidos”, *prestada por brasileiros*. Haveria sacerdotes que cumpririam o serviço militar em forma de assistência? Ou capelães? A chave é o *conteúdo de direito individual à assistência religiosa* – não se pode negar ao militar, qualquer que seja a sua categoria, tal direito (desde que não se trate de culto “contra a ordem pública e os bons costumes”), sendo, portanto, *permitida e assegurada* “a penetração dos sacerdotes que sejam Brasileiros, nas forças armadas, sem distinção entre as religiões”. Não se podem introduzir sacerdotes “somente de *uma* religião, ou somente de *duas* ou *mais*”.⁷³¹

vide SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 95-8 (embora um certo compromisso confessional com o “poder transformador do evangelho, porquanto, quando tudo mais fracassa, a palavra de Deus é capaz de pacificar corações (...) Restaura-se, assim, um espírito manso e tranqüilo”). No que toca aos *adolescentes* privados de liberdade (regime de internação), a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), prevê, dentre seus direitos, o de “receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje” (art. 124, inc. IV). Há o correlato dever, para as entidades que desenvolvem programas de *internação*, de “propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças” (art. 94, inc. XII), extensível, dado seu caráter de fundamentalidade e em face do § 1º do mesmo artigo, às entidades que mantêm programa de *abrigo* (medida em específica de proteção, nos termos do art. 101, VII, em caso de crianças ou adolescentes em situação de risco – art. 98).

⁷³⁰ Foram vetados: o parágrafo único do art. 1º, que dizia que a assistência não seria permitida se, *a juízo das entidades supra-referidas*, houver risco à vida ou à saúde do interno ou do religioso – tal condição, segundo as razões do veto, “caracteriza um excessivo regramento em tema que se deve reservar ao alvedrio das pessoas envolvidas: o próprio paciente e seus familiares (...) ao excluir o paciente ou recluso, bem assim seus familiares, do processo decisório (...) transferindo à pessoa jurídica – em caráter absoluto e peremptório – a decisão da matéria, malfez o núcleo mínimo garantido pelos incisos VI e VII do art. 5º da Constituição”; e o art. 3º, que assegurava a todo interno o direito de receber, “no mínimo, uma visita semanal de religiosos da confissão que professe” – no particular, as razões do veto aduzem que a *periodicidade das visitas* (observado o princípio da razoabilidade) deve ser disciplinada pelos órgãos locais, conforme peculiaridades e usos e costumes regionais; também é de distinguir hospitais de prisões, inconveniente submeter ambos a um igual mínimo de visitas (Mensagem nº 960, de 14/7/2000).

⁷³¹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 136-7. Tratava-se do § 7º do art. 150, que teria vindo do art. 141 da Constituição de Weimar, lá estatuído que o Estado “não era obrigado a estabelecer assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e noutros estabelecimentos públicos”. Pontes observa que,

Celso Bastos e Meyer-Pflug observam que o “caráter laico do Estado brasileiro não fica comprometido com a “obrigação de propiciar assistência religiosa nos estabelecimentos de internação”, que, entretanto, “há de ser prestada pelas próprias entidades religiosas”.⁷³² Na mesma linha, Alexandre Moraes sinala que ao Estado cabe a “materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa”, que, ademais, deverá ser *multiforme*, ou seja, “de tantos credos quanto aqueles solicitados pelos internos”. Outra idéia forte, bem apanhada pelo autor, é que “não se poderá obrigar nenhuma pessoa que se encontra nessa situação, seja em entidades civis ou militares, a utilizar-se da referida assistência religiosa, em face da total liberdade religiosa vigente no Brasil”.⁷³³

A CF 88 menciona, no fim do inciso VI do artigo 5º, para garantir-lhes proteção, na forma da lei, o termo *liturgias* – a rigor despidendo, pois já assegurara o “livre exercício dos cultos”. Com efeito, a distinção pertence mais à tradição católica: culto, na definição de Pio XII (Encíclica *Mediator Dei*, 1947), “é a homenagem prestado ao Ente supremo por meio de ritos e cerimônias”; o culto é público se “tributado por quem legitimamente constituído, ou privado, conceito de Direito Canônico e, portanto, projetado no catolicismo”. Liturgia “é o conjunto de palavras (ritos), de culto público”.⁷³⁴ De todo modo, no escopo da maior generalidade possível e numa interpretação constitucionalmente adequada, pode-se tomar *liturgia* como “culto público e oficial instituído por uma igreja”,⁷³⁵ ritual institucionalizado.

3.2.5 A privacidade em matéria religiosa

nos hospitais, penitenciárias etc., “a assistência religiosa já não pode ser ministrada por sacerdotes apátridas ou estrangeiros”, porém as “violações do princípio pulularam por todo o Brasil”. Ainda, o texto, “estritamente ligado à liberdade individual e dirigido ao Estado, não pode ser invocado em relação aos estabelecimentos particulares, que não sejam de internação coletiva”.

⁷³² “É dizer, são elas [entidades religiosas] que deverão oferecer essa assistência, cabendo ao Estado tão-somente propiciar os meios para que tal assistência ocorra, evitando qualquer tipo de obstáculo” (BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito Fundamental* p. 113).

⁷³³ MORAES, *Direito constitucional*, pp. 75-6. O vetor axiológico, de fornecer amparo espiritual as pessoas em situação a princípio desfavoráveis (afastadas do convívio familiar e social), é compatível, dado seu caráter de direito individual, com o Estado laico brasileiro, que “não é ateu, como comprova o preâmbulo constitucional” – desde que preservada a plena liberdade dos descrentes.

⁷³⁴ GODOY, *A liberdade religiosa*, pp. 115-6.

⁷³⁵ Esta é a acepção do *Novo Aurélio*, p. 1.226, que consigna, entretanto, a etimologia grega (*leitourgía* – função pública) que passou ao português pelo latim eclesiástico (*liturgia* – culto divino). Remanesce, ainda, a “liturgia da missa”: culto público e oficial instituído pela Igreja Católica para a missa, cujo rito sofreu alterações a partir do Concílio Vaticano II (1962-65), e que consta das seguintes partes: ritos iniciais, liturgia da palavra, liturgia eucarística, rito da comunhão e ritos finais (cada parte subdivide-se em outros ritos específicos).

Ficou consignado alhures o caráter complexo do direito à liberdade religiosa, que apresenta na faceta negativa uma de suas dimensões primordiais (*supra*, itens 3.2 e 3.2.1, primazia da liberdade religiosa negativa individual em face da raiz matricial e preferencial da inviolabilidade de consciência), a suportar direitos subjetivos de defesa e normas definitórias de competências negativas estatais.

Pois uma das traduções privilegiadas da vertente negativa é a proteção da intimidade e da privacidade, da reserva pessoal, como delimitação de área constitucionalmente protegida, uma “esfera intelectual e espiritual indevassável”, livre das manipulações estatais, com substancial redução de risco de exposição do foro íntimo – a refletir-se, no plano jurídico-subjetivo, num “direito ao controle da massa de informações pela qual é definida a própria identidade”, um “direito de guardar segredo sobre a existência e o conteúdo das próprias convicções ou práticas em matéria religiosa”, ou seja, de “reter informações sobre o próprio posicionamento relativamente à religião”. É, assim, imperativo de consciência individual “manifestar publicamente se crê e em que crê”, proibido ao Estado investigar dados (pense-se nos arquivos eletrônicos) indicativos das crenças de quem se recusa a revelá-las.⁷³⁶

Interpenetram-se, aqui, as posições (CPJ, 1.1.9, 1.1.13, 2.2.1 e 2.3.1).⁷³⁷ Como a matéria, nesta feição, não costuma ser desenvolvida pela doutrina pátria, permita-se pequena digressão, em reforço da aludida permeabilidade categorial.⁷³⁸ O *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz) foi postulado, com precedência histórica, em 1890 nos Estados Unidos (Warren/Brandeis, *The Right to Privacy*),⁷³⁹ como reflexo de um bem jurídico mais

⁷³⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 232-4. No Brasil, a proteção (genérica) da intimidade e da vida privada, dentre outros direitos personalíssimos, escora-se no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Em Portugal (artigo 41º, nº 3, da Constituição), recorta-se, da liberdade de consciência, de religião e de culto, vedação específica às autoridades de inquirirem sobre tais convicções e práticas para fins que não sejam puramente estatísticos. A “proibição de perguntar” (*Frageverbot*) é derivação objetiva do “direito ao silêncio” (*Schweigerrecht*) e salvaguarda uma “reserva pessoal de convicções religiosas” que vale contra entes públicos e privados e proscreve qualquer “tentativa estatal de sondagem da mente (*mind screening*) com o objetivo de controlar o conteúdo moral e mundividencial dos pensamentos do indivíduo”. A questão da privacidade tem implicações em sede de ensino religioso, como se verá adiante (*infra*, item 4.4.1).

⁷³⁷ Direito à privacidade religiosa, com seus desdobramentos especificados; o conteúdo negativo da liberdade religiosa (igualmente desdobrado, dever de proteção do indivíduo e garantia institucional da LR individual).

⁷³⁸ Segue-se anterior investigação (com ligeiros ajustes), publicada em WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 69-70 e 72-3.

⁷³⁹ Tradução espanhola verteu “El derecho a la intimidad”. Segundo os autores, a imprensa estava “ultrapassando, em todos os âmbitos, os limites da propriedade e da decência. O mexerico deixou de ser ocupação de gente ociosa e depravada, para converter-se em uma mercadoria, buscada com afínco e, inclusive, com desfaçatez. Os mais íntimos detalhes das relações sexuais se divulgam (...) [tudo] mediante a intromissão no âmbito privado”. Adiante: “(...) nos levam a conclusão de que a proteção outorgada aos pensamentos, sentimentos e emoções manifestados por escrito ou em forma artística (...) não é mais do que um exemplo da aplicação de um direito mais geral do indivíduo a não ser molestado. (...) [o que o ampara] não é em realidade o princípio da propriedade privada, e sim o da inviolabilidade da pessoa” (WARREN, Samuel; BRANDEIS,

estabelecido e incontroverso (a propriedade no direito anglo-saxão, função que coube à honra no direito germânico).

Numa Boston de final do século, a imprensa local anelava pelos mexericos do salão da esposa de Samuel Warren (dama elegante, filha de senador, casada com prestigiado advogado). O marido e seu colega de banca (mais tarde o famoso juiz Brandeis da Suprema Corte) escreveram a obra para assegurar a “peace of mind”. Em 1902 a Corte rejeitou, por quatro votos a três, alegação de violação à intimidade, mas a opinião pública americana postou-se ao lado dos vencidos, o que significou inexorável adoção do conceito.⁷⁴⁰

Robert Post, catedrático da Universidade de Berkeley, numa postura interessante, defende a “fascinação” experimentada pelos bostonianos pela vida social das elites locais, no sentido de que a crítica acerca da vida privada dos ricos de fim de século foi um instrumento razoável e eficaz de sensibilização coletiva em prol da consecução de uma sociedade mais igualitária.⁷⁴¹

Seja como for, a *privacy* pode ser vista como uma espécie de núcleo duro do edifício constitucional norte-americano, que garante a todos os indivíduos três direitos fundamentais: o autodesenvolvimento (*selffulfilment*), o direito à diferença (*non-conformity*) e o respeito de sua dignidade nas relações com o governo (*dignified treatments by the government*). Nesse sentido, está ligada ao conjunto das liberdades constitucionais e mesmo ao regime político.

Louis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 26-7 e 44-5). Vide, também, COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 13. “O direito de ser deixado em paz” foi a expressão utilizada por Warren/Brandeis, que a tomaram do Juiz Cooley, da segunda edição de seu livro sobre responsabilidade civil (*On Torts*, 1888) – SALVADOR CODERCH, *El Mercado*, p. 307, nota 316.

⁷⁴⁰ Os primeiros tribunais a aplicarem a nova doutrina foram os *lower courts* de Nova Iorque. A *privacy* foi acolhida no *Restatement (First) of Torts* de 1939, elaborado pelo “American Law Institute”, em cuja seção 867 reconheceu-se o “direito à vida privada”. Seu caráter constitucional foi defendido pelo mesmo Brandeis na “dissenting opinion” de *Olmstead v. United States* (1928), que a considerava uma exigência da *IV Amendment* (SANTDIUMENG I FARRET, Josef. In: Salvador Coderch, Pablo (dir.). *El Mercado de Las Ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 346-7 – citado *El Mercado*). Três dispositivos constitucionais são essenciais para a construção da *privacy*: a *I Amendment* (liberdade de religião e de expressão), a citada *IV* (proteção das pessoas, domicílio, correspondência, contra *unreasonable searches and seizures*) e a *VI* (*due process of Law* e *equal protection of Law*), da qual a Corte Suprema derivou a interdição, aos poderes legislativos dos Estados, de adotarem leis que contenham discriminações não objetivas. Além disso, uma noção de “penumbra constitucional”, formada pela emanção das garantias expressas, fez a Corte afirmar que a *privacy* é mais antiga que o *Bill of Rights*. Assim, a configuração legal da *privacy* foi desenvolvida, na “common law”, através da doutrina dos *torts* ou consagrada pelas leis estaduais (muitas vezes motivadas pela recusa judicial de tutelar tais valores pelo “direito da terra”) – RIGAUX, François. “L’élaboration d’un ‘Right of Privacy’ par la jurisprudence américaine” *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, ano 32, nº 4, octobre-décembre, pp. 703-5 (citado *L’élaboration*).

⁷⁴¹ Citado por SALVADOR CODERCH, *El Mercado*, p. 89, nota 94 (na primavera de 1989 o autor teve acesso ao rascunho de um trabalho de Post intitulado “The Concept of Public Discourse”, p. 87, nota 93). O que introduz a crítica de classe ao bem jurídico privacidade.

Rigaux cita o professor Westin: “a sociedade democrática repousa sobre a publicidade como meio de controle do governo e sobre o respeito da *privacy* como escudo protetor da vida dos grupos e dos indivíduos”.⁷⁴²

A doutrina americana costuma distinguir três épocas na história do direito americano em relação à *privacy*, conforme a incidência do progresso tecnológico: a era pré-tecnológica (1770-1880); a era do primeiro salto tecnológico (1880-1950), com o advento do microfone (1870), da fotografia instantânea e do telefone (1880), a gravação de sons (1890), o soro da verdade e o *lie detector* (anos 1920), e a era do segundo salto tecnológico (a partir de 1950), em que as descobertas tornam-se mais agressivas (para a vida privada), seja pela via dos aperfeiçoamentos (teleobjetivas, microgravadores etc.) ou dos procedimentos eletrônicos de detecção, reprodução e de informatização.⁷⁴³

Na Alemanha, pelo menos desde 1907, debatia-se a necessidade de um delito de indiscrição. Em 1909 Ernst Beling propôs um tipo penal especial para a proteção da vida privada, que sancionaria mesmo a divulgação de fatos verdadeiros, centrando-se as discussões do Projeto do mesmo ano em torno da questão da vedação à prova da verdade.⁷⁴⁴ O 42º Congresso Jurídico realizado em Düsseldorf (1957) tratou da tutela da vida privada contra as indiscrições e interferências arbitrárias, que constou no sétimo título do Projeto de 1962 (também do Projeto Alternativo) e resultou na redação do § 298 do StGB (determinada por diploma de 22/12/1967).

Diante do déficit normativo do BGB alemão (Código Civil), que não tem uma regra geral a tratar do tema, a par de outras razões, doutrina e jurisprudência desenvolveram a noção de privacidade/intimidade como uma faceta ou manifestação do direito geral de personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) a partir do art. 2.1 da Lei Fundamental de Bonn, emanação concreta do conceito de dignidade humana (*Menschenwürde*). A proteção deste direito geral

⁷⁴² *Apud* RIGAUX, *L'élaboration*, p. 706. O que também explica o amplo espectro do conceito nos Estados Unidos, embora a pertinência de conectá-lo com o valor forte do pluralismo cultural: o direito à solidão; a *privacy* a ser exercida no interior de associações ou de comunidades; o direito de tomar só as decisões atinentes à esfera íntima; o direito de comunicar-se com outros e de ter protegido o segredo dessa comunicação (p. 708).

⁷⁴³ RIGAUX, *L'élaboration*, p. 709. A vertente da intimidade, ao chocar-se com a vocação pública dos meios de comunicação, vai ser acomodada com recurso aos conceitos de “public figure” e “public interest”, casos em que certas vítimas devem tolerar alguns atritos em prol das vantagens globais que a liberdade de informação propicia (p. 713). O direito ao anonimato, a proteção da intimidade familiar (a liberdade de utilização de anticoncepcionais), a proteção da liberdade de opinião no acesso a um emprego público, o direito ao abortamento etc. são alguns exemplos da concretização larga da *privacy* na jurisprudência americana (pp. 715-21), a par da já clássica proteção ao sigilo das comunicações (pp. 723-7).

⁷⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Delitos contra el honor*. Madrid: Dickinson, 2000, pp. 31-2.

desdobra-se em dois aspectos, um estático (direito a ser deixado em paz) e outro dinâmico (poder de desenvolver a própria personalidade, de decidir e atuar por si mesmo).⁷⁴⁵

Proíbe-se, pois, a prática da devassa, a proteger a liberdade fundamental “que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva”.⁷⁴⁶

Agasalhou-se, portanto, a teoria dos três graus ou a metáfora das três esferas (*Sphären*) formulada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (no citado caso *Elfes*, item 2.2.3, *supra*): a *intimidade*, último e inviolável reduto nuclear da liberdade pessoal (subtraída, por conseguinte, do princípio geral de ponderação de interesses e, em particular, à prossecução de interesses legítimos); a área intermédia da *privacidade* “*stricto sensu*”, cujo âmbito é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa (suscetível de ponderação e tendencialmente nula no caso de “pessoas da história do seu tempo”), em que a regra será a exclusão da ilicitude por prossecução de interesses legítimos, e, finalmente, uma área de *publicidade*, saudavelmente exposta à dissecação dos “*media*”.⁷⁴⁷

Retornando à seara da liberdade religiosa, pode-se focar a questão do juramento religioso como exigência estatal (CPJ 1.1.13.3). Nos Estados Unidos, de alguma forma, o problema foi prevenido já em 1789, no artigo VI, nº 3, última parte, da Constituição. Parlamentares e servidores públicos em geral obrigam-se, por juramento ou declaração, a defender a Constituição: “Nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para a nomeação para cargo público”⁷⁴⁸ (óbvias refrações em CPJ, 2.1.1 e 2.1.2).⁷⁴⁹ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tratou da matéria mais recentemente, no caso *Buscarini et al. v.*

⁷⁴⁵ SANTDIUMENGE I FARRE, *El Mercado*, p. 345.

⁷⁴⁶ ANDRADE, Manuel, *Comentário coninbricense*, p. 728. Embora desborde do tema, ilustrativo exemplo do poder de penetração e devassa do desenvolvimento tecnológico pode-se buscar nos procedimentos investigatórios oficiais, autorizados em direito processual penal. HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. (trad. Carlos E. Vasconcelos), Porto Alegre: AMP/ESMP, pp. 91-2, refere que para investigar terroristas manipularam-se dados informatizados de “milhões de alemães que pagavam suas contas de luz com dinheiro – método utilizado pelos terroristas para não serem localizados – filtrando informações para localizar três ou quatro terroristas”; quanto à escuta telefônica, apenas num processo, em Frankfurt, quebrou-se o sigilo de trinta e seis mil telefonemas.

⁷⁴⁷ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no “caso Lingens” (08 de julho de 1986), estabeleceu que a missão da imprensa não é só divulgar informações, mas também interpretá-las: “el político, por su actividad pública se expone más a las críticas de la opinión que el ciudadano privado, y éstas constituyen una condición fundamental del funcionamiento de un *régimen político verdaderamente democrático*”; neste contexto, os juízos de valor não se prestam a uma demonstração de sua exatidão e os eventuais excessos verbais não limitam necessariamente a liberdade de expressão (JAEN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Editorial Colex, 1992 pp. 27-8).

⁷⁴⁸ Constituição dos Estados Unidos da América.

⁷⁴⁹ Princípios da separação e da não confessionalidade.

S. Marino (2000).⁷⁵⁰ A Corte rejeitou o argumento de San Marino, de que o juramento em questão perdera seu significado religioso original e deveria agora ser entendido apenas como um compromisso de lealdade com os valores republicanos (apenas com significado secular, histórico e social). O Tribunal, ao contrário, considerou que a exigência de jurar uma religião particular, sob pena de perder o mandato, representava indubitável limitação coercitiva ao direito subjetivo de liberdade religiosa dos parlamentares – mais, seria contraditório fazer depender o exercício de um mandato, suposto representar diversos pontos de vista da sociedade, de uma apriorística declaração de compromisso com um particular conjunto de crenças. Nesta área (e em outras) de potencial conflito entre o Estado e a autonomia individual, observa Jónatas Machado, a liberdade de consciência e a noção de cidadãos iguais funcionam como princípios regulatórios.

3.2.6 A liberdade religiosa titulada pelas igrejas

Trata-se, a seguir, de explorar a propalada complexidade do direito à liberdade religiosa, agora no que toca ao seu exercício pelas pessoas jurídicas, o que decorre do próprio princípio da universalidade dos direitos fundamentais, cuja titularidade não se limita aos indivíduos, mas se estende, também, lógico que no que for compatível com sua natureza, às pessoas jurídicas. Em Portugal há expressa referência à vinculação das “pessoas coletivas” aos direitos e deveres fundamentais, consagrado o princípio da universalidade no artigo 12º, nº 2, da Constituição Portuguesa. A investigação utiliza *confissões religiosas* e, modo intercambiável, nos termos do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, *igrejas*.⁷⁵¹

⁷⁵⁰MACHADO, *Freedom*, p. 525. O senhor Buscarini e outros compatriotas recorreram contra a República de San Marino (março de 1998). Todos haviam sido eleitos membros do Grande Conselho Geral e requereram prestar juramento, conforme exigência da legislação eleitoral nacional, mas sem a referência prescrita (ao “santos espíritos”, *Holy Gospels*). O Grande Conselho negou e determinou que os novos membros prestassem o juramento original – caso recusassem, perderiam as respectivas cadeiras parlamentares. Posteriormente, entretanto, o Grande Conselho mudou a lei, permitindo aos membros substituir a expressão religiosa pela linguagem alternativa “por minha honra” (*on my honor*), embora a expressão tradicional permaneça compulsória para outros cargos públicos.

⁷⁵¹ A Constituição Federal, já referido, utiliza a expressão “igrejas” (artigo 19, inciso I) e também “confissões” (escolas *confessionais*, no *caput* do art. 213), ao passo que a Constituição Portuguesa refere-se a “igrejas e outras comunidades religiosas” (artigo 41,º nº 4) e a “confissões religiosas” (nº 5 do artigo mencionado). Não parece haver critério uniforme a possibilitar clarificação terminológica, muito presente a tradição histórica (MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 237). O vocábulo *igreja* o discurso jurídico-constitucional foi buscar ao universo teológico-confessional, num “significado especificamente cristão” e intimamente ligado às controvérsias teológicas acerca da “verdadeira Igreja”. No ambiente português (diga-se o mesmo no contexto brasileiro, com maioria de razão, já que é o único termo coletivo utilizado), reflete “cognitivamente o contexto histórico-cultural envolvente, densamente impregnado pela linguagem e pelos símbolos cristãos”. Já a expressão *confissão religiosa* contém um “sentido histórico-teológico particular, quando a unidade da Cristandade

A temática, relacionada à liberdade religiosa, *não é usual na doutrina brasileira*, referindo-se, boa parte dos comentadores, aos direitos das igrejas e das confissões no plano da liberdade de organização e no âmbito do princípio da separação, como se verá. Em face da opção da investigação, vertida no (CPJ 1.2 – direito subjetivo das pessoas jurídicas), preferiu-se, dentro do possível, distinguir a vertente dos direitos subjetivos titulados pelas pessoas jurídicas que institucionalizam igrejas e confissões, daquele outro vetor objetivo (CPJ 2 – transindividual), cuja lógica dogmática parece diversa o suficiente para sustentar a autonomia de tratamento. Identificaram-se, assim, quatro grandes posições que configuram *direitos subjetivos coletivos*: o direito geral de autodeterminação (CPJ 1.2.1), as liberdades de exercício das funções religiosas e de culto (CPJ 1.2.2), o direito de autofinanciamento (CPJ 1.2.3) e o exercício de atividades não religiosas (CPJ 1.2.4). Passa-se, então, à densificação, indicando-se, sempre que possível, as refrações e interconexões com (CPJ 2).

Desde logo, excluem-se os direitos que exigem obrigatória referência à pessoa humana, a “características inseparáveis da sua personalidade singular” – caso evidente da *liberdade de consciência*. *Se a priori* os direitos das pessoas jurídicas “não são menos dignos de proteção do que os direitos individuais”, há, todavia, presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e as “pretensões das confissões religiosas se encontram limitadas pelos direitos de autonomia religiosa individual”.⁷⁵² No item 3.2.1, *supra*, sustentou-se a presunção em favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

A história é, em boa parte, a compreensão da existência e da influência de inúmeros “grupos que surgem da dinâmica social do homem e da religião” – o Cristianismo primitivo, por exemplo, foi tão profundamente marcado pela idéia de assembleia (*ecclesia*) que até hoje é difícil conceber a religião “desligada da sua dimensão associativa”. Uma das maneiras mais marcantes pela qual o indivíduo exercita sua liberdade religiosa é a “adesão a uma comunidade moral de natureza religiosa”; dado o *caráter social* do fenômeno religioso,⁷⁵³

fragmenta-se em várias “confissões identificadas pela adesão a um conjunto de proposições de fé” (trata-se de uma discussão pós-Reforma) – com o Iluminismo passa a aplicar-se indistintamente a todas as religiões, cristãs ou não, inclusive as mais antigas. O constituinte português, ao lançar mão de *comunidades religiosas*, tentou reforçar, parece que de modo feliz, a construção alargada e inclusiva do âmbito normativo do direito à liberdade religiosa, por meio de uma “linguagem suficientemente neutra e aberta” – ponto relevante, já que “nem todos os grupos religiosos se autocompreendem como igrejas ou confissões religiosas” (assim as comunidades judaica e islâmica manifestaram-se quando consultadas para a elaboração da lei orgânica da liberdade religiosa de 1980).

⁷⁵² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 234-5.

⁷⁵³ MIRANDA, *Manual*, p. 405, repara que tal fenômeno penetra nas “esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos”, o que explica sua “importantíssima projeção política e jurídico-política”. Mais, tem “influído constantemente não só na história cultural mas também na história política”.

corolário necessário do direito à liberdade religiosa individual é o *respeito pela autonomia das respectivas e correlatas formações sociais*. O contrário, *interferência estatal* nos assuntos internos das confissões religiosas, traria *duplo impacto* sobre o direito à liberdade religiosa (nas suas dimensões coletiva e individual), ressaltando-se, assim, como principal fundamento para a liberdade religiosa das citadas confissões, “o escoramento nas convicções da consciência individual”, a significar que a liberdade religiosa coletiva “serve a *atualização da liberdade pessoal*” (o direito à liberdade religiosa como um todo apresenta, neste prisma, uma relação de meio/fim entre CPJ 1.2/1.1)⁷⁵⁴ – o que não implica, entretanto, que as coletividades possam reduzir-se a um mero agregado de indivíduos, o que contrastaria com sua condição atual de atores religiosos, políticos e sociais independentes.⁷⁵⁵

Mesmo em Portugal, a questão não é isenta da controvérsia. Vieira de Andrade, v.g., classifica os direitos fundamentais, quanto à titularidade, em quatro categorias: (a) direitos individuais; (b) direitos de exercício coletivo; (c) direitos de que também podem gozar as pessoas coletivas; (d) direitos coletivos estrito senso (direitos institucionais). Pensa que, a rigor, a *individualidade* (possibilidade de referência a homens individuais) é nota essencial do direito subjetivo fundamental, pois a dignidade humana só vale para as pessoas físicas – presente em (a) e (b).⁷⁵⁶ Na categoria (c) tem-se ainda direitos *individuais*, de que *também* podem gozar as pessoas coletivas (e.g. a liberdade de expressão, a liberdade de culto e de ensino religioso ou de criação de escolas).⁷⁵⁷ Apenas a categoria (d) agrupa os direitos exclusivos de pessoas coletivas ou organizações, vistos como verdadeiras *competências*.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ Isto é, na dimensão subjetiva, o direito subjetivo das pessoas jurídicas, no fundo, tem por finalidade assegurar o direito subjetivo das pessoas físicas.

⁷⁵⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 235-6. Certo, por outro lado, que a ruptura com o Antigo Regime traduziu-se em “rotura com a *libertas ecclesiae*”, daí a forte reação do liberalismo contra qualquer “compreensão holística das associações”, sempre enfatizando o potencial coercitivo e discriminatório de suas ligações com o Estado – o que hoje cede passo para uma compreensão mais positiva das organizações sociais, pelo suporte ao desenvolvimento individual e mesmo pela defesa da personalidade contra investidas tendencialmente totalitárias do Estado..

⁷⁵⁶ ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 173-4. Os direitos de exercício coletivo (ou ação) não podem ser exercidos por cada indivíduo isoladamente, pois pressupõe uma “atuação convergente ou concertada de uma pluralidade de sujeitos” (liberdade de reunião, associação etc.) – o titular continuaria sendo, nada obstante, o indivíduo. Certos aspectos da liberdade de culto (CPJ 1.1.7 e 1.2.2) entrariam aqui.

⁷⁵⁷ ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 176-9 – não são, assim, direitos de todas as pessoas jurídicas; levando-se em conta o princípio da especialidade, as pessoas jurídicas “só têm capacidade de gozo dos direitos necessários ou convenientes à realização dos seus fins”, pelo que não pode, por exemplo, uma associação política invocar a liberdade religiosa (p. 177).

⁷⁵⁸ ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 179: “poderes normativos concedidos no quadro normativo de uma organização” – se visam em primeira linha proteger a dignidade humana poderiam ser considerados fundamentais, “mas equiparados a garantias institucionais e não aos direitos subjetivos fundamentais”. ADRAÇÃO, *A liberdade religiosa*, p. 422, exemplifica tal categoria com o “direito de autodeterminação das confissões religiosas” – (CPJ 1.2.1), como direito subjetivo na ótica da investigação, o que não prejudica as posições em (CPJ em 2.3.1 e 2.3.2).

Diversa, entretanto, a visão de Jorge Miranda, ora comungada, para quem os direitos fundamentais são direitos das pessoas *individual* ou *institucionalmente consideradas*.⁷⁵⁹ Fica-se, pois e nesta linha, com Canotilho, definidas pessoas coletivas como “entidades organizatórias suscetíveis de capacidade jurídica geral”, não excluída a extensão da capacidade a “outras entidades dotadas apenas de *subjetividade jurídica parcial* (ex.:, pessoas coletivas sem personalidade jurídica)”.⁷⁶⁰

É, contudo, dado adquirido o amplo reconhecimento da *liberdade de associação das confissões religiosas*, estendido o programa normativo da liberdade em tela, modo coletivo, às correspondentes confissões. Sintomático que tanto a Constituição Federal quanto a Constituição Portuguesa refiram-se a “igrejas” (no plural), não a uma Igreja – todavia sem ofertar definição (vale o mesmo para confissão ou comunidade religiosa). Relevante é firmar o entendimento de que o *grupo religioso* é “sujeito institucional da liberdade religiosa”.⁷⁶¹

Importa, aqui, tendo em vista a igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos, alcançar um nível de generalidade conceitual que “permita estender a proteção constitucional a todas as formas de interação social que tenham no fenômeno religioso o princípio e o fim da sua existência” – na mesma linha do conceito tipológico de religião, é preciso limitar o mais possível a intervenção jurisdicionalista, no sentido de que “não é missão do Estado determinar o que deva entender-se por confissão religiosa, igreja, ou outra expressão similar”.

⁷⁵⁹ MIRANDA, *Manual*, pp. 79-81. Reportam-se, sempre, à pessoa humana: a objeção de consciência é óbvio exemplo de direito individual, ao passo que é direito institucional o de “livre organização das confissões religiosas”. Como já citado, na realidade, a liberdade religiosa é simultaneamente individual e institucional. Expressamente, diferente de Vieira de Andrade, o autor vislumbra nos direitos fundamentais das pessoas coletivas “também um *radical subjetivo* e um sentido último de proteção da pessoa, similar aos que se encontram nos direitos das confissões religiosas ou das associações em geral” (p. 81).

⁷⁶⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 394. Em síntese, “as pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais que não pressupõem *caraterísticas intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais*” – claro que é preciso verificar se o respectivo âmbito normativo é “aplicável às pessoas jurídicas”: se as “igrejas podem reivindicar liberdade de religião e de culto, já o mesmo não é possível dizer-se quanto à liberdade de consciência (p. 395). Não excluir, *a priori*, as pessoas sem personalidade jurídica pode ser importante no seio das confissões minoritárias e inconventionais; mais conforme, portanto, ao programa normativo da liberdade religiosa. No mesmo sentido Afonso Vaz (citado por ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 426): “a aquisição de personalidade jurídica não é condição de exercício coletivo de direitos, pelo menos quanto aos direitos fundamentais de associação, que pertencem também, por natureza, aos grupos religiosos de fato”

⁷⁶¹ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 423, que cita outro autor português (Pedroso, P.) para fornecer “sugestiva noção” (por ampla), de grupo religioso: “as coletividades de pessoas que se vinculam pelo fator religioso, auto-organizando-se segundo a crença de cada uma, vivendo segundo a moral própria e tendo os atos de culto também próprios, apresentam-se na sociedade civil como Igrejas, confissões, comunidades; ou então sob qualquer outra denominação que genericamente chamamos grupo religioso”. Adiante, apoia-se em Blanco de Moraes que articula um conceito de confissão religiosa em quatro elementos: institucional (estrutura organizatória própria), humano (realidade associativa), doutrinário (objetivo religioso, fins que a distinguem de outras comunidades “de natureza filosófica ou estritamente metapsíquica”) e culto (consecução de um conjunto de atividades rituais ou manifestações litúrgicas) – pp. 424-5.

Nesta ótica, prossegue Jónatas Machado, dignas de proteção, além das tradicionais e antigas confissões e igrejas, fortemente institucionalizadas e de âmbito internacional (com milhões de membros), são também “todos os grupos que sustentem crenças religiosas em comum, que sejam portadores de uma *própria e original concepção religiosa do mundo*”, ainda que dotados de incipiente organização interna (casos em que prepondera o elemento associativo, o substrato pessoal); preservado, óbvio, o elemento institucional das entidades que se apresentam formalmente como um todo unitário. É de reter, seja como for, que a intenção constitucional, vista numa interpretação sistemática, é captar uma “vasta e diversificada fenomenologia” – o “poder constituinte quis afirmar um princípio de pluralismo confessional, mas não o soube exprimir senão através da ótica restrita do terreno judaico-cristão”. Talvez o termo *confissão religiosa*, com estrita delimitação jurídica, desligado de qualquer referência histórica ou teológica, seja preferível, densificado na “dupla valência associativa e institucional” – desde que assente que não é legítimo privilegiar ou impor, legislativa ou jurisdicionalmente, uma “determinada concepção ou estrutura organizatória em detrimento de outras”.⁷⁶²

Solução razoável parece ter sido alcançada pelo legislador português, ao definir igrejas e comunidades religiosas como “comunidades sociais organizadas e duradouras em que os crentes podem realizar todos os fins religiosos que lhes são propostos pela respectiva confissão” (art. 20 da LLR). E, independente de serem propostos, aos efeitos de determinação do regime jurídico, consideram-se: *fins religiosos* os de “exercício do culto e dos ritos, de assistência religiosa, de formação dos ministros do culto, de missionação e difusão da

⁷⁶² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 238-9. Expressamente, o conceito de confissão religiosa não pode servir a uma distinção, “a priori”, entre “Igrejas grandes” (*Grosskirchen*), “Igrejas livres” (*Freikirchen*) e “seitas” (*Sekten*) – nota 790. A interpretação ampla permite, por exemplo, que uma confissão que se reporte a uma matriz cristã possa identificar-se, de acordo com sua autocompreensão e autodefinição, com uma ou várias igrejas (Igreja Católica, Igreja Universal do Reino de Deus, Igrejas Batistas etc.), cuja “forma de organização pode situar-se em qualquer ponto de um *continuum* que vai desde uma estrutura fortemente hierarquizada a uma estrutura de base democrática”, sendo que cada confissão pode conter, em seu bojo, “várias comunidades religiosas” – ressalvada a possibilidade daquelas que se não compreendem como “confissões religiosas”, que podem existir como “comunidades religiosas”. Descabido, em qualquer caso, que o Estado crie um determinado *figurino institucional*, concebido na forma das confissões dominantes e tradicionais, já que o programa constitucional manifesta total disponibilidade para tutelar a multiplicidade organizatória que identifica as diversas vivências coletivas da religião, tratando com igual consideração e respeito as especificidades de cada grupo (p. 240), o que terá decisivas implicações no tratamento fiscal (*infra*, item 4.1.1). O princípio é remeter, na maior medida possível, para esconjurar o risco regalista de uma política estatal eclesiástica, “para a particular *autocompreensão* e *autodefinição* doutrinária e institucional dos vários grupos religiosos” – o que não precludiria, bem vistas as coisas, especialmente se estiver em causa o exercício de dimensões positivas do direito, a exigência de um “mínimo necessário de estabilidade e organização que possibilite, nomeadamente, a identificação dos seus representantes”. O Estado, em suma, deve encarar a liberdade religiosa como uma “obrigação de otimização” (*Optimierungsgebot*) – p. 241. Tal obrigação pode-se localizar no (CPJ 2.2,

confissão professada e de ensino da religião”; *fins diversos dos religiosos*, entre outros, os de assistência e de beneficência, de educação e de cultura, além dos comerciais e de lucro (LLR, art. 21). Vale lembrar a (já citada) opção diversa do legislador espanhol, que definiu, pela negativa, atividades, finalidades e entidades que ficam fora do âmbito de proteção da respectiva lei.⁷⁶³

As confissões religiosas, portanto, à semelhança do que ocorre com os indivíduos, podem invocar, em condições de igualdade, o direito à liberdade religiosa. Confluem, nesta sede, o direito a uma igual liberdade religiosa, individual e coletiva (CPJ 1.1 e 1.2) e o princípio da separação das confissões religiosas do Estado e outros (CPJ 2.1), a desembocar num *direito à autodeterminação das confissões religiosas* (CPJ 1.2.1) que se desdobra em pelo menos duas facetas: (i) liberdade de *auto-organização* das confissões religiosas (CPJ 1.2.1.2); (ii) direito de *autodeterminação* (que se diria “estrito senso”).

Quanto ao primeiro tópico (i), Jónatas Machado refere-se ao artigo 41º, nº 4 e 5, da Constituição Portuguesa,⁷⁶⁴ como sede de um *direito de liberdade religiosa coletiva*, que confere às confissões uma “posição jurídica de liberdade na realização de suas finalidades” e que se traduz em (ia) *direito à abstenção* de qualquer interferência pelo poder público (CPJ 2.1.1 – princípio da separação) e (ib) *direito à proteção estatal* perante terceiros (CPJ, 2.2.3 e 2.3.2 – dever de aperfeiçoamento e garantia institucional da LR coletiva) – também convergindo a liberdade de associação (CF 88, art. 5º, XVII; art. 46º da Constituição Portuguesa), que se consubstancia no (ic) *direito à constituição* de confissões e comunidades religiosas, com plena garantia de “liberdade interna antes e independentemente da obtenção de personalidade jurídica”. Tais direitos concretizam as posições (CPJ 1.2.1.1, 1.2.1.2 e 1.2.1.3).⁷⁶⁵ Diante da sua “natural vocação” para a “personificação jurídica”, as confissões religiosas tem uma *competência* (Alexy), com o conseqüente *direito à prestação estatal de*

genericamente, e, especificamente, em 2.2.3). Quanto às *seitas*, descartou-se já a utilização do termo (*supra*, item 3.2.2).

⁷⁶³ Trata-se de afastar “o estudo e a experimentação dos fenômenos psíquicos ou parapsicológicos ou a difusão de valores humanísticos ou espirituais e outros fins análogos”, necessária a interpretação conforme a Constituição proposta por López Castillo.

⁷⁶⁴ O nº 4 do artigo 41º consagra o princípio da separação das igrejas e outras comunidades religiosas em relação ao Estado, livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto – encontra, na idéia forte de separação, similaridade com o artigo 19, inc. I, da Constituição Federal (que veda aos entes federados estabelecer cultos ou igrejas e subvencioná-los, bem como *embaraçar-lhes o funcionamento*, e manter relações de dependência/aliança). Já o nº 5 do citado artigo 41º (que explicita a liberdade de ensino religioso no âmbito da confissão e a utilização dos meios de comunicação social para o prosseguimento das atividades confessionais) não encontra paralelo no texto constitucional brasileiro. O direito genérico de liberdade de associação vai, na CF 88, inscrito no art. 5º, inciso XVII, dispondo os incisos XVIII a XXI sobre a criação de associações e outros desdobramentos.

normas que garantam e regulamentem seu exercício (CPJ 2.3.2, com reflexos em 2.2.3) – os requisitos para que obtenham personalidade jurídica, em coerência com o conceito tipológico de religião, não podem configurar apertado e arbitrário figurino, principalmente não podem exigir quaisquer diretrizes materiais no que tange ao conteúdo da fé.

Insera-se, aqui, o problema da *personalidade jurídica das confissões religiosas*, discutindo-se as implicações constitucionais de conferir-lhes, na legislação infraconstitucional, o estatuto de pessoas jurídicas de direito público ou privado.⁷⁶⁶ As idéias de complementaridade e de relações de coordenação entre Estado e Igreja sustentam a compatibilidade da personalidade pública com os dados constitucionais de liberdade religiosa, o que exprimiria a autonomia e especificidade das confissões e o caráter originário de sua autoridade, sem significar assimilação da Igreja ao Estado ou sua subordinação à fiscalização. Em sentido contrário, fala-se de uma disfunção sistêmica, identificando-se um certo *jus imperii* com o financiamento da religião e consolidando privilégios e discriminações, pelo que a tendência contemporânea aponta para a igualdade entre as confissões religiosas e as demais pessoas jurídicas de direito privado, o que não limita suas “aspirações de *performance* no espaço público”, nem desvaloriza ou degrada a religião (ou a relega para o foro privado da consciência individual).

Primeiro que o direito privado está devidamente constitucionalizado,⁷⁶⁷ segundo que modelo similar é utilizado para com os partidos políticos, que são pessoas de direito privado. Importa que a *personalidade de direito privado não retira das confissões religiosas sua autonomia funcional e normativa*, ao passo que a opção pelo direito público só faz verdadeiro sentido num estado confessional ou quase-confessional – vale o mesmo para a Igreja Católica,

⁷⁶⁵ Autocompreensão e autodefinição, auto-organização e auto-administração, autojurisdição e autodissolução.

⁷⁶⁶ Segue-se, salvo indicação, MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 241-5

⁷⁶⁷ Ilustrativa a lição de FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas*, pp. 26-40. Sob ponto de vista jurídico, “percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir” e nas duas direções: cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos de direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares” (privatização do direito público); e *publicização do direito privado* (categoria dos interesses e direitos difusos e coletivos, função social da propriedade e do contrato, redução da autonomia privada na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos etc.). Daí a constitucionalização de “certos princípios e institutos fundamentais de direito privado” – os três pilares básicos (família, propriedade e contrato) passam a ser matéria constitucional; há uma certa fragmentação do direito privado (os grandes códigos monolíticos cedem a um polissistema – Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.) e uma repersonalização do direito civil (ou despatrimonialização), exemplar o desenvolvimento dos direitos de personalidade. Assim, os códigos (constituições de direito privado, matéria de direito civil) eram vistos como espécie de barreira ao Estado, seguiam caminhos separados das constituições (códigos de direito público, na vertente liberal). Hoje é reconhecida a *relevância constitucional das relações privadas* (exemplos, dentre vários da CF 88: art. 5º, XVII a XX, XXVI, XXX, arts. 179, 183, 226, § 3º e 4º), a par da constatação da *constitucionalização do direito civil* (princípios e regras, interpretação conforme a Constituição), além do própria problema da “eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relações privadas” (pp. 41-6) e *infra* (item 3.3.2).

ainda que acresçam dúvidas quanto a uma propalada “personalidade jurídica de direito internacional” em relação à Cidade do Vaticano ou Santa Sé (*supra*, item 1.4).

Quanto à *prestação estatal de normas* (CPJ 2.2.3) – a par da dimensão positiva, há outra, de natureza negativa, forte no “direito a que os poderes públicos se abstenham de eliminar as normas em causa”, – o único objetivo, para maximizar a liberdade religiosa, deve ser assegurar um mínimo de institucionalização (segurança jurídica, proteção da confiança dos cidadãos – CPJ 2.2.2 e 2.3.2),⁷⁶⁸ sem qualquer cláusula de interferência no direito de auto-organização da respectiva confissão. A lei não pode ter preconceito ou menoscabo em relação às confissões minoritárias, e por óbvio, é vedado presumir má-fé ou fraude. Inadmissível, diante do valor constitucional em tela, a atribuição de poder discricionário de autorização (de funcionamento) pela administração (a liberdade de associação não se coaduna com um tal controle preventivo), da mesma forma que a extinção da confissão é *reserva do juiz* (incabível que opere por lei ou ato administrativo) – no caso brasileiro, nos termos dos incisos XVIII e XIX do art. 5º da CF 88 (artigo 46º da Constituição Portuguesa).⁷⁶⁹

Verdade que outro problema surge, ao remeter-se às confissões religiosas ao regime geral do direito privado, pois, sujeitas às pertinentes normas do *Código Civil*, podem muitas vezes chocar-se com a *estrutura associativa de base democrática programada* no diploma civil, que se apóia em assembléia geral, órgão administrativo e conselho fiscal – o que em

⁷⁶⁸ Proteção da sociedade civil contra os abusos, coordenação das diversas LR coletivas, garantia institucional da autodeterminação confessional.

⁷⁶⁹ Vejam-se, para soluções particulares, a Lei da Liberdade Religiosa Portuguesa (LLR) e o artigo 5º da Lei Orgânica de Liberdade Religiosa Espanhola (LOLR). No regime português, para adquirir personalidade jurídica, as pessoas coletivas devem inscrever-se no *registro das pessoas coletivas religiosas* (departamento governamental), com nuances para: igrejas ou comunidades religiosas de âmbito nacional (ou organizações representativas dos crentes residentes em território nacional); idem, porém de âmbito regional ou local; institutos de vida consagrada e outros, associações ou fundações criados pelas pessoas coletivas referidas antes, “para o prosseguimento de seus fins religiosos”; as respectivas federações ou associações das pessoas coletivas mencionadas (art. 33, LLR). Fora requisitos formais e de praxe, devem constar do pedido de inscrição “os fins religiosos” (LLR, art. 34, “d”). A inscrição só poderá ser recusada por: falta dos requisitos legais, falsificação dos documentos, violação dos limites constitucionais da liberdade religiosa (art. 39 da LLR). As pessoas coletivas religiosas extinguem-se: por deliberação própria (inclusive decurso de prazo ou verificação de causa prevista) ou “por decisão judicial, pelas causas de extinção das associações civis” (LLR, art. 42). A capacidade das pessoas coletivas religiosas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossegução dos seus fins (art. 43 da citada lei), sendo que as associações e fundações com fins religiosos podem ainda adquirir personalidade jurídica nos termos previstos no Código Civil para as pessoas coletivas privadas, sujeitando-se às respectivas normas, exceto quanto à sua atividade com fins religiosos” (art. 44 da LLR). A situação é similar em Espanha, nos termos do art. 5º da LOLR: as igrejas, confissões e comunidades religiosas (e suas federações) adquirem personalidade jurídica mediante inscrição no registro público “ad hoc”, no âmbito do Ministério da Justiça; a solicitação deve expressar “seus fins religiosos” e o cancelamento depende de pedido de seus próprios órgãos representativos ou em virtude de sentença judicial. Nos termos do art. 6º, 2 (LOLR), tais igrejas, confissões e comunidades podem criar e fomentar, para a realização de seus fins, associações, fundações e instituições, de acordo com o direito comum.

alguns casos pode violar a específica autocompreensão de alguma confissão religiosa (fala-se numa íntima e às vezes incindível relação entre as dimensões doutrinárias e organizatórias).

No direito brasileiro, o enquadramento das confissões religiosas aponta para a categoria de *peçoas jurídicas de direito privado*, na modalidade *associações*.⁷⁷⁰ Aplica-se, pois, artigo 44, inciso I, da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil), sendo que alguns dispositivos podem suscitar dúvidas: os fins e a sede, os modos por que se administra etc., aos efeitos de registro – artigo 46, incisos I e III, do Código Civil; as decisões por maioria de votos em caso de administração coletiva (pese o ato constitutivo possa dispor de modo diverso – CC, art. 48); o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial (principalmente pela primeira, art. 50 do CC); os requisitos que devem constar nos estatutos, pena de nulidade (art. 54, CC); a igualdade de direitos entre os associados (embora possam instituir-se categorias com vantagens especiais – CC, art. 55); o recurso à assembléia geral em caso de exclusão do associado por justa causa ou motivos graves – art. 57 do CC); os próprios poderes da assembléia geral (arts. 59 e 60) etc. A solução será harmonizar tais dispositivos com (CPJ 1.2.1), o direito geral de autodeterminação das igrejas.

Tangente ao direito geral de *autodeterminação estrito senso* (ii), decorre da ampla medida de autonomia conferida pela Constituição nas matérias circunscritas às suas próprias questões, a delimitar um *círculo vital* protegido pelo reconhecimento de um “complexo de direitos de natureza negativa (...) expressões do princípio objetivo da neutralidade e não identificação estadual em matéria religiosa e do reconhecimento da *diversidade de fins*

⁷⁷⁰ Este o entendimento de MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 129-32. Refere que a Constituição de 1946 falava de poderem as associações religiosas adquirir personalidade jurídica “na forma da lei civil” (art. 141, § 7º), o que restou sem correspondência na Constituição de 1967, que considerou supérfluo o dispositivo, suficiente a garantia da *liberdade de associação* (art. 150, ° 28). Ora, no Brasil (antes e depois da CF 67), e “desde que se procedeu à separação entre a Igreja católica e o Estado, a Santa Sé é *pessoa de direito das gentes*, portanto – de direito público supra-estatal, e as associações religiosas simples *peçoas jurídicas de direito privado*”. No mesmo sentido, já sob a égide da CF 88 (mas ainda tendo o Código Civil de 1916 como pano de fundo), BASTOS/MEYER PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 111, ao consignar que “ele [o Estado] se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se, para o que o Direito presta a sua ajuda pelo conferimento do recurso à personalidade jurídica. Portanto, as igrejas funcionam sob o manto da personalidade jurídica que lhes é conferida nos termos da lei civil” – e citavam o art. 16, I, do Código Civil de 1916, que elencava como *peçoas jurídicas de direito privado* as “sociedades civis, religiosas, pias, morais...”. Também OLIVEIRA FILHO, João de. “Culto”. *Revista forense*. Vol. 156, ano 51, novembro-dezembro de 1954, p. 60 (citado *Culto*), sinalava, em 1954, que “as associações ou corporações religiosas continuam a ser consideradas *peçoas jurídicas civis* no que toca à matéria temporal, e, especialmente, a eleições, administração de seu patrimônio e prestação de contas”. Ainda, SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 13-4, refere que a liberdade de organização religiosa está sob a égide da legislação civil (Código Civil). “As igrejas devem, portanto, atuar como *peçoas jurídicas* (...) seguir todo o *iter* previsto para a formação de uma *pessoa jurídica de direito privado*. (...) O

(*Zweckverschiedenheit*) das confissões religiosas e do Estado” – elencam-se os direitos de autocompreensão, autodefinição, auto-organização, auto-administração, autojurisdição e autodissolução (CPJ 1.2.1.1, 1.2.1.2 e 1.2.1.3), reconduzíveis ao direito geral de autodeterminação (*self-government, selbstbestimmung* – CPJ 1.2.1). Claro que se não trata de um direito sem peias, antes dever conformar-se aos princípios fundamentais da ordem constitucional (inclusive o valor básico da igual liberdade de todos os cidadãos). A noção a reter é que há, para amplas e diversificadas matérias uma *reserva absoluta de confissão religiosa*, definidora de competências negativas do Estado.⁷⁷¹ Tanto a lei portuguesa quanto a espanhola, ao disporem sobre a autonomia e auto-organização das confissões religiosas, prevêm a estipulação de *cláusulas de salvaguarda da identidade religiosa e do caráter próprio da confissão professada* –⁷⁷² o que se aproxima do núcleo essencial da posição (CPJ 1.2.1.1), direito de autocompreensão e autodefinição.

Todavia, a liberdade institucional de religião e de culto, no reforço de proteção da autonomia das confissões religiosas, leva em conta suas *funções próprias* (lembre-se o que ficou dito, *supra*, acerca dos “fins religiosos” e do regramento do art. 21 da LLR), pois, se abarcasse todas as atividades que as igrejas concretamente desenvolvem, fácil de ver que se desembocaria na utilização abusiva da tutela programada.⁷⁷³ A questão é que, na área das suas funções próprias, inclui-se, muitas vezes, um “complexo de atividades instrumentais, não caracteristicamente religiosas, apesar de mais ou menos próximas da atuação religiosa” (CPJ 1.2.4). Trata-se de distinguir, assim, dentre os domínios próprios das confissões religiosas, (a) àquelas atividades *não especificamente religiosas* daquelas (b) *atividades institucionais* –

registro civil é fundamental, para que a nova entidade religiosa comece a existir legalmente com personalidade jurídica (art. 17 do CC[1916]).

⁷⁷¹ Exemplos: definição e interpretação dos princípios doutrinários (e do seu grau de vinculação), o exercício das funções de culto, a fixação de pressupostos de admissibilidade de membros, a estrutura orgânico-funcional interna, a adoção de modelo hierárquico ou congregacional ou outro; a escolha dos processos de formação e exteriorização da vontade, a seleção dos meios de financiamento, edificação e abertura de edifícios destinados ao culto, a seleção de ministros de culto, o ensino religioso, a aplicação de sanções disciplinares, a realização de atividades de beneficência etc. Neste âmbito de autonomia estão vedadas as interferências dos poderes públicos (administrativo, legislativo, judicial). O Supremo Tribunal norte-americano, neste sentido, afirmou que, presente a boa-fé, “o conteúdo das crenças religiosas é insindicável pelos tribunais” (*United States v. Ballard*, 1944). As confissões religiosas devem resolver suas desavenças intestinas sem qualquer subordinação a imposições uniformes ou estereotipadas. Certo que a tal autonomia circunscreve-se ao conjunto de seus membros, isto é, “aos indivíduos que voluntariamente se colocaram, e enquanto se colocarem, sob a sua jurisdição” – a pretensão confessional de exorbitar os limites materiais e pessoais “extravasa o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa” (MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 246-8). Esta competência negativa torna ainda mais complexa a questão afluída anteriormente, de tensão entre o direito à autodeterminação e a configuração de personalidade jurídica a depender da normação estatal de programa democrático, a delibar-se a eficácia horizontal do direito fundamental (conforme *infra*, item 3.1.7).

⁷⁷² LLR, art. 22, 2; LOLR, art. 6º.

⁷⁷³ Neste passo segue-se, salvo indicação, MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 248-51.

averiguar, por exemplo, as relações travadas entre as confissões religiosas e as empresas comerciais. O que é outra forma de indagar acerca dos limites da deferência, pelo Estado, à autocompreensão religiosa, mormente no contexto atual, em que tanto o Estado quanto as confissões atendem à questão social, o que conduz ao “incremento da sua cooperação em múltiplas áreas e à constante evolução da compreensão” recíproca.⁷⁷⁴ O desafio é precisar o que sejam “funções próprias” (valorizando sua autocompreensão) de modo compatível com um razoável controle estatal da sua *plausibilidade*. Jónatas Machado acena com um modelo geométrico de solução, de círculos concêntricos de raios diversos: a “maior proximidade do centro traduz uma maior densidade religiosa dessas atividades” (exercício, pelas pessoas jurídicas, de práticas culturais, divulgação e propagação de conteúdos religiosos, ações de beneficência e assistência social gratuitas – e diretamente resultantes de imperativos doutrinários, casos em que o problema nem se coloca de forma aguda, certo que sobre elas incide a tutela constitucional).

Mais complexo é conceituar as atividades “intimamente associadas às finalidades religiosas (...) cuja realização, mesmo despida de quaisquer intuítos lucrativos, adquire algum relevo econômico, envolve a participação no tráfico jurídico” (e.g., a criação de nova pessoa jurídica, alienação de bens ou serviços, a prática de atos de comércio e de relações laborais, busca de financiamento público, atividades de ensino e assistência hospitalar privados; exploração comercial de livros, discos, radiodifusão).

Note-se que as confissões religiosas podem invocar a liberdade religiosa para definir suas atividades; mas condicionam-se (em linha de princípio) pela natureza jurídica das atividades que (livremente) escolheram, vale dizer, submetem-se às respectivas normas de direito civil, comercial, administrativo, fiscal etc. Mais ainda no caso de atividades que, embora ligadas ao financiamento das confissões religiosas, revestem-se de natureza comercial. Trata-se de evitar o “enfraquecimento do âmbito normativo do direito à liberdade religiosa” e prevenir sua “utilização abusiva e simulada”, de modo a não dar guarida a entidades pseudo-religiosas (*churches in disguise*, “igrejas de fachada”), o que, de outra banda, diminui as probabilidades de discriminação estatal contra pessoas (naturais ou jurídicas) não religiosas.⁷⁷⁵ Seja como for, a nota realmente distintiva das confissões

⁷⁷⁴ A Constituição Federal, ao configurar o princípio da separação, ressalva, na forma da lei, a *colaboração de interesse público* (artigo 19, inciso I).

⁷⁷⁵ “É comum o pensamento de que a organização religiosa não deve ser livre, sob o argumento de que muitos se aproveitam da fé, para se locupletarem. Apontam, ainda, como argumento, a existência de seitas perniciosas (...) Apesar de justificáveis, essas preocupações nada têm a ver com a liberdade de organização religiosa ou com a

religiosas, a sua *diferentia specifica*, é o “culto”, agregando-se, como critério identificatório, o da *atividade predominante*.⁷⁷⁶ Aqui radica CPJ 1.2.2, que se apóia, numa relação meio/fim, em CPJ 1.2.3 e 1.2.4.⁷⁷⁷

Resta um problema interessante, que é o de saber se outras pessoas jurídicas, para além das confissões religiosas, podem reclamar a proteção do direito à liberdade religiosa – trata-se não de abarcar pessoa jurídica confessionalmente neutra, mas aquelas que tenham “como elemento estruturalmente caracterizador um vínculo com a prossecução de interesses ou finalidades de natureza religiosa”.⁷⁷⁸ Afasta-se, de pronto, as pessoas jurídicas de direito público interno (artigo 41 do Código Civil combinado com o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal) – União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, Autarquias etc. violariam, neste caso, frontalmente o princípio da separação das confissões religiosas do Estado. No plano do direito privado, todavia, nada obsta que “interesses religiosos, globais ou parcelares, estejam na base da constituição de associações, ainda que estas não se compreendam como confissões religiosas ou como vinculadas a confissões religiosas”. Também não parece haver maior problema no caso de *fundações* (artigo 44, inciso III, do Código Civil), pois, mesmo que a afetação patrimonial realce o relevo estrutural na prossecução das finalidades do fundador, a “liberdade religiosa compreende a faculdade de estabelecer fundações em que o fim se reveste de um caráter religioso” – a invocação do direito à liberdade religiosa, neste caso, é “corolário da liberdade religiosa do fundador”, que pode ser pessoa natural ou jurídica, tendo sido sua liberdade religiosa exercida na altura da definição do elemento teleológico da fundação (CPJ 1.2.4.1).⁷⁷⁹

liberdade religiosa em sentido amplo, posto que não é absoluta. A existência de abusos não justifica a supressão, generalizada, dessa liberdade pública” (SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 14-5).

⁷⁷⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 249-51. O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, tem sustentado como religiosas as “atividades caritativas que sejam compreendidas como religiosas pelas pessoas coletivas titulares do direito à liberdade religiosa” (caso do “Exército da Salvação”) – orientação similar na Resolução da Assembléia Geral da ONU nº 36/55 (25/11/1981), que refere, como direito das confissões religiosas, a “liberdade de fundar e manter instituições caritativas ou humanitárias apropriadas” (nota 817). Quanto às condicionalidades próprias de cada ramo de atividade, o autor cita González dell Valle, que afirma: “uma Universidade batista ou um partido político católico estarão submetidos ao regime próprio das universidades ou dos partidos políticos, respectivamente” – o que não afasta eventual exigência de concordância prática (nota 819). É de notar, ainda (adiante, item 4.1), que o tratamento desfavorável para os não-religiosos, confrontados com confissões religiosas exercendo atividades “não religiosamente motivadas” provoca “distorções no mercado e situações de concorrência desleal” – cf. *United States v. Lee* (1982): “When followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding to others” (nota 823).

⁷⁷⁷ Liberdade de exercício das funções religiosas e culto, pelas igrejas, em função das quais há o direito de autofinanciamento e o direito ao exercício de atividades não religiosas.

⁷⁷⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 251-2.

⁷⁷⁹ Escolas particulares confessionais, cooperativas, associações e fundações correlatas.

Chegados neste passo, é de prosseguir na densificação normativa do direito fundamental em tela, para além da sua caracterização como direito subjetivo que encerra uma clássica relação “vertical”, estabelecida entre um sujeito jurídico (mesmo que titulado por uma confissão-associação) e o Estado. É de verificar qual sua configuração no plano objetivo, à luz de outras posições constitucionalmente valoradas, e as implicações, em tais campos, advindas do princípio da separação das confissões religiosas do Estado e outros, que agregam, ao discurso, a lógica da organização político-administrativa do Estado.

3.2.7 Plano objetivo: o princípio da separação das confissões religiosas do Estado e outras posições jusfundamentais

O direito à liberdade religiosa como um todo, com seus desdobramentos, já foi visto como um direito subjetivo, individual e coletivo, acionável por iniciativa de seus titulares diante dos poderes públicos, cabendo ao Estado a realização das respectivas prestações, positivas e negativas, fáticas e normativas. Todavia, tal concepção (o direito fundamental como um direito de defesa contra o Estado) é “manifestamente insuficiente para captar toda a densidade normativa do direito em análise”.⁷⁸⁰

O que não surpreende, havendo já razoável consenso no que tange à perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, a acarretar diversas conseqüências (*supra*, item 3.2). Daí que se possa, com Sarlet, afastar a anacrônica e superada expressão “direito público subjetivo”, atrelada a uma “concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo” – o que não é incompatível, frise-se, com a sustentada presunção em favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais (*supra*, item 3.2.1).⁷⁸¹

Aliás, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que “exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica”, fenômeno da *multifuncionalidade dos direitos fundamentais*, cuja doutrina pode remontar-se aos quatro

⁷⁸⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 252.

⁷⁸¹ SARLET, *A eficácia*, pp. 150-160, 161 (para a citação entre aspas) e 164 para a última referência.

status de Jellinek e que, com as devidas críticas, adaptações e complementações, serve de parâmetro para a classificação dos direitos fundamentais.⁷⁸²

Toca-se, neste passo e no plano objetivo, num problema estrutural, atinente à organização do Estado, ínsita à formatação político-administrativa do Estado Democrático de Direito a noção de que as confissões religiosas devem andar apartados de seu edifício – idéia da separação das confissões religiosas do Estado, princípio da separação Igreja/Estado, consagrado no inciso I do artigo 19 da Constituição Federal. Parece mais técnica tal opção tópica do que aquela operada pelo constituinte lusitano, que, em vez de regradar a situação na Parte III da Constituição Portuguesa (organização do poder político), lançou mão de preceito na Parte I (direitos e deveres fundamentais), especificamente no artigo 41º, 4.

⁷⁸² SARLET, *A eficácia*, pp. 166-9. HÄBERLE, *Recientes desarrollos*, pp. 152-8, discorre sobre as teorias e concepções dos direitos fundamentais, partindo da (1ª) postura clássica, também chamada liberal, que acentua o *status negativus* (Jellinek), pela qual os direitos fundamentais são primariamente direitos *reativos*, liberdade *frente ao e contra o Estado* (os conceitos chaves são: a pretensão negativa de liberdade como princípio; a intervenção estatal como exceção) – “como se toda a liberdade não fosse uma liberdade *cultural* e não precisasse à partida de configuração jurídica!”, doutrina que “está adquirindo novo auge recentemente” (1993). Segue-se a (2ª) teoria do “duplo caráter” dos direitos fundamentais, nas vertentes jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva, que se ampara no pensamento sistêmico-valorativo – neste passo, refere-se à *liberdade religiosa*, a respeito da qual, por exemplo, é preciso “prefigurar a ‘maioridade de idade religiosa’; e [visível] no Direito eclesiástico do Estado alemão, em que as igrejas e sociedades religiosas são objeto de especial proteção, apoio e promoção”. Tal doutrina também motivou-se pela “doutrina social católica” e, ainda que o pensamento valorativo tenha sido desprezado como filosoficamente ingênuo (*naif*) por alguns (Forsthoff), hoje a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão “repousa *sobre si mesma*”, de modo que as premissas filosóficas passaram para um segundo plano. A terceira concepção é a (3ª) “democrática”, os direitos fundamentais como ‘fundamento funcional’ da democracia, isto é, todos eles têm um “âmbito nuclear” mais ou menos vinculado com a democracia, abandonando-se uma compreensão privatista da liberdade – a dignidade da pessoa já não pode continuar a ser entendida de forma exclusivamente “apolítica”: o homem “não vive só de democracia, suas liberdades não devem ser instrumentalizadas exclusivamente a serviço da democracia”, mas tais liberdades têm, desde logo, “*também* a função democrática descrita”. Outra concepção descreve (4ª) os direitos fundamentais como *direitos de participação*, direitos a prestações estatais, na idéia-força que o Estado constitucional (social) há de realizar contribuições para configurar os pressupostos *reais* dos direitos fundamentais – certo que as pretensões perante o Estado entendem-se sob a “reserva do possível”, mas também os direitos fundamentais devem ser vistos sob a “exigência do real” (tampouco a vertente prestacional deve converter-se em uma “estatalidade total de bem estar”, pela qual os direitos fundamentais degenerariam em “deveres fundamentais”). Neste quadro, em 1971, o autor desenvolveu a idéia de *status ativus processualis* (proteção dos direitos fundamentais através da *organização e procedimento*), pela qual se garantem também na vertente *processual* (autodescreve-se, no particular, em relação à doutrina de Jellinek, como um “post-glosador”, que, à sombra dos “Grandes”, assume sua luz). Destaca, ainda, outras duas teorias recentes dos direitos fundamentais: (5ª) a que os concebe como *princípios*, um valioso complemento das anteriores; e (6ª) a que acentua o elemento defesa frente à intervenção (a volta a uma doutrina “viejoliberal”) – vista a última como um “empobrecimento”, ao passo que a primeira poderia “proporcionar um bom denominador comum para as muitas dimensões dos direitos fundamentais”. Chega-se, assim, a conclusão de Häberle, de que só uma concepção *pluridimensional* dos direitos fundamentais pode fazer frente a todos os perigos atuais. Problema distinto é a *acentuação*: no leste europeu, por exemplo, diante da situação econômica, é de indagar se uma ênfase no *status negativus* e *processualis* não seria mais adequada do que uma “platônica” faceta estatal prestacional, já que não há nada que “distribuir” (pode existir uma certa “diacronia”). Em suma, a dogmática dos direitos fundamentais deveria avaliar-se e desenvolver-se de maneira “flexível e variável”, do mesmo modo que, quanto aos limites do controle constitucional, alternam-se fases de *judicial activism* e de *judicial restraint*, nomeadamente no caso da Suprema Corte norte-americana.

Ingressa-se, portanto, em (CPJ 2 – dimensão objetiva), que comporta a análise de princípios, de deveres de proteção e de garantias institucionais (CPJ 2.1, 2.2 e 2.3). A doutrina brasileira, nesta sede, costuma tratar do tema sob o manto da liberdade de organização religiosa, identificando o princípio da separação (também chamado, amiúde, da neutralidade e/ou da não confessionalidade), falando também na cooperação. Optou a investigação por articular cinco princípios autônomos, diferenciando o *princípio da separação* (CPJ 2.1.1) e o *princípio da não confessionalidade* (CPJ 2.1.2) – preferindo evitar a expressão *neutralidade*, por razões que serão referidas –, abarcando os *princípios da cooperação* (CPJ 2.1.3) e da *solidariedade* (CPJ 2.1.4) e destacando o *princípio da tolerância* (CPJ 2.1.5).

Norberto Bobbio reserva o capítulo 5 da “Teoria do Ordenamento Jurídico” para tratar das *relações entre os ordenamentos jurídicos*, a focar a pluralidade dos ordenamentos.⁷⁸³ Ao início, recorda o ideal do ordenamento único, persistindo a idéia de um único direito universal no pensamento ocidental a partir do prestígio do direito romano e, depois, do direito natural. Tal ideologia universalista (“monismo jurídico”) decaiu, sucedendo-se, em duas fases, o *pluralismo jurídico*: na 1ª, ligada ao *historicismo jurídico*, haveria tantos direitos quantos são os povos ou as nações (tal fragmentação confirmou-se na corrente que prevaleceu na segunda metade do século XIX, o *positivismo jurídico*, sendo o direito positivo emanção de uma vontade soberana) – partindo da concepção voluntarista, um direito universal só pode ser concebido pela hipótese de um único poder soberano universal, e a *vontade de Deus* originaria os singulares poderes históricos. A proposição foi abandonada ao surgir o pensamento político moderno, substituída pelo universalismo da *razão*. Todavia, erodida a concepção teológica do universo e revalorizada a vontade (não a razão) como fonte do direito, derivará, como consequência inevitável, o pluralismo jurídico; a 2ª fase chama-se *pluralismo institucional*, para marcar que não apenas há muitos ordenamentos jurídicos (em contraposição ao direito universal único), mas que “há ordenamentos jurídicos de *muitos e variados tipos* – existe um ordenamento onde existe uma instituição, um “grupo social organizado”, produto também da “descoberta da sociedade abaixo do Estado”.

Daí, prossegue Bobbio, há quatro tipos de ordenamentos não-estatais distintos: (a) ordenamentos *acima* do Estado – como o internacional e, para algumas doutrinas, o da Igreja Católica; (b) ordenamentos *abaixo* do Estado – grupos sociais que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os; (c) ordenamentos *ao lado* do Estado – como o da Igreja

Católica, segundo outras concepções, e o internacional, para a teoria dualística; (d) ordenamentos *contra* o Estado.⁷⁸⁴ Para dar conta dos vários tipos de relação entre os ordenamentos, agrega, à pirâmide normativa kelseniana, a imagem da pirâmide dos ordenamentos, cuja distinção basilar ocorre entre (i) relações de *coordenação* e (ii) relações de *subordinação* (ou reciprocamente de soberania). No caso (i), são relacionamentos típicos entre Estados soberanos, a originar o regime pactuário, no qual as “regras de coexistência são o produto de uma autolimitação recíproca. Já no tipo (ii), verificam-se entre o ordenamento estatal e os sociais (associações, sindicatos, partidos, igrejas), que têm estatutos próprios, cuja “validade deriva do reconhecimento do Estado”.⁷⁸⁵ Acresce um segundo critério de classificação, levando em conta a *extensão* recíproca dos respectivos âmbitos de validade: (a) *exclusão total* – não se sobrepõem um ao outro em nenhuma de suas partes. Estado e Igreja “podem ser concebidos como se excluindo um ao outro, se se partir da teoria dos ordenamentos coordenados”, não em função da validade espacial (de fato, “as normas da Igreja e as do Estado são válidas no mesmo território”), mas a respeito da respectiva validade material (a “matéria regulada por um dos ordenamentos é diferente da regulada pelo outro”); (b) *inclusão total* – numa concepção em que “não há matérias especificamente espirituais reservadas à Igreja, mas onde a total jurisdição, seja em matéria espiritual, seja em matéria temporal, está reservada ao Estado”, o ordenamento da Igreja está totalmente incluído no ordenamento do Estado; (c) *inclusão parcial* e *exclusão parcial* – há parte em comum e parte não-comum, situação que se verifica “quando o ordenamento estatal absorve ou assimila um ordenamento diferente, como, por exemplo, o ordenamento da Igreja ou o ordenamento de uma associação particular, mas não o absorve totalmente” – uma parte fica fora da ordem estatal e continua a “regular o comportamento de seus membros numa zona que é, em relação ao Estado, de mera licitude”.⁷⁸⁶

Outra esquematização compreensiva do quadro das relações entre Estado e confissões religiosas é fornecida por Jorge Miranda. Há três grandes troncos: (a) *identificação* entre

⁷⁸³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ªed. (trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos) Brasília: Universidade de Brasília, 1999, pp161-9 (citado *Teoria do ordenamento jurídico*).

⁷⁸⁴ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 164. Exemplos do último caso são as “associações de malandros, as seitas secretas”. Observa, ainda, que o “universalismo jurídico ressurgue hoje não mais como crença num eterno direito natural, mas como vontade de constituir um *Direito positivo único*”.

⁷⁸⁵ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, pp. 165-6. “Na concepção curialista das relações entre Estado e Igreja, relação de subordinação também é aquela intercorrente entre o ordenamento fundado sobre a *potestas temporalis* e o fundado sobre a *potestas spiritualis*”.

⁷⁸⁶ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, pp. 166-8. Um terceiro ponto de vista (a validade que um ordenamento atribui às regras de outros com os quais entra em contato) leva a três situações diferentes: *indiferença, recusa, absorção* (p. 169)

Estado e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa (Estado confessional), seja com domínio do poder religioso (ai – *teocracia*) ou com domínio do poder político (aai – *cesaropapismo*); (b) *não identificação* (Estado laico), que comporta subdivisão: (bi) com *união* entre o Estado e uma confissão religiosa (que pode se dar com autonomia relativa ou com ascendentes de um dos poderes sobre o outro: *clericalismo*, se ascendente do poder religioso; *regalismo*, se ascendente do poder político); (bii) com *separação*, seja relativa (com tratamento especial ou privilegiado de uma religião) ou absoluta (com igualdade absoluta das confissões religiosas); e (c) *oposição* do Estado à religião, que se manifesta em oposição relativa (*Estado laicista*) ou oposição absoluta (*Estado ateu*, ou de confessionalidade negativa).⁷⁸⁷

O princípio da separação das confissões religiosas do Estado (CPJ 2.1.1) é um produto do constitucionalismo liberal e representa, justamente, a superação dos modelos de união político-religiosa, tendo-se já percorrido o trajeto histórico que parte da mundivisão teológico-confessional (manifesta seja em estruturas teocráticas ou hierocráticas, cesaropapistas ou regalistas) e aporta ao discurso jurídico-constitucional (*supra*, item 1.3.1). Não significa, todavia, é bom que se advirta, o abraçar uma concepção vincadamente *laicista*. Adota-se, aqui, com Jónatas Machado, a distinção usual na doutrina europeia, que distingue “laicismo” de “laicidade”, esta última vista como “atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso”, em que o Estado se abstém de “tomar posição sobre o problema da verdade religiosa”, ao passo que a primeira pode definir-se como filosofia global, de exasperado racionalismo antropológico que “exclui qualquer referência a uma verdade transcendente alicerçadas na revelação” – radicado no republicanismo europeu, o laicismo pretendia um corte revolucionário com o antigo regime, a superar não só a tradição política como também o quadro epistemológico, num programa de dismantelar os alicerces da unidade político-religiosa e substituí-los por “estruturas emancipatórias”. A “verdade que liberta”, agora, é antimetafísica e positivista e gira em torno de um “quase metafísico princípio da verificação – o que se traduz numa atitude de “relativa hostilidade perante a

⁷⁸⁷ MIRANDA, *Manual*, pp. 405-6. Trata-se, com ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 134, de quadro a ser interpretado de modo aberto, como “sintetização de uma realidade histórica e comparativa mais complexa, sujeito a inevitáveis atualizações e melhoramentos” (o autor, por exemplo, considera “Estado confessional” mais apto a expressar o “modelo de não identificação com união; há, por outro lado, atitudes do Estado perante a religião que dificilmente se reconduzem ao enquadramento, casos do Estado liberal europeu – caracterizado pela funcionalização das práticas regalistas à política de oposição relativa do Estado à religião; e do modelo de coordenação Igreja-Estado – defesa da liberdade da Igreja Católica pela Santa Sé).

religião”, confinada do espaço público, a par da promoção deliberada de uma “mentalidade secularizada e indiferente” à religião.⁷⁸⁸

Vale o mesmo, com maioria de razão, para outros modelos de franca hostilidade para com a religião, como os regimes comunista e nacional-socialista, bastando lembrar o ateísmo militante da URSS que deveria livrar o *homo sovieticus* do ópio religioso (na célebre máxima marxista), e o programa de *descristianização* da sociedade alemã, por via da propaganda para o abandono das Igrejas (*Kirchenaustrittpropaganda*), em que o desiderato era substituir a dependência de Deus pela totalitária dependência das prestações estatais.⁷⁸⁹ Em sentido confluyente, Lopez Castillo sinala que o advento do Estado constitucional anda junto com o conceito, novel, de liberdade religiosa, ante a qual o pluralismo do Estado contemporâneo, ainda que de modo diverso segundo seu posicionamento específico em relação às igrejas, vai tornando a Europa “progressivamente neutra”, não sem antes “experimentar ocasionais tentativas de um laicismo exacerbado e militante”.⁷⁹⁰

Pontes de Miranda cunhou uma feliz expressão, ao comparar as Constituições brasileiras, neste particular. Dizia que, na de 1967, “nenhuma agressividade contra as religiões se observa”, como também ocorria com a de 1946. Permaneceram os pontos em que a Constituição de 1934 revelava a “mais franca simpatia, sem que deixasse de ser laico o Estado. Laicidade que continuava *neutra*, posto que já não fosse *indiferente*, nem, tampouco, *hostil*” (a de 1937 vovera a ser, como a de 1891, *indiferente*) – “e a de 1967, como a de 1934 e a de 1946, *atenta*”.⁷⁹¹ Nem indiferente, menos ainda hostil, a CF 88 parece, como se verá, uma Constituição *atenta*, separada mas cooperativa, não confessional mas solidária, tolerante.

Demarca-se, assim, o *princípio da separação*, em que não subjaz qualquer hostilidade ou escopo substitutivo em relação ao fenômeno religioso – o que pretende, sim, é “construir um espaço aberto para a religião, livre de qualquer coerção ou discriminação”, escorado na visão de cidadãos livres e iguais em direitos. Vale dizer que, no Estado democrático de direito, a religião não é “assunto dos poderes públicos, mas dos cidadãos” – salvo a tarefa

⁷⁸⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 306-7. Para os *filhos de Voltaire* (os maçons ou pedreiros livres, na expressão portuguesa) o clericalismo era o “inimigo a abater” (*le clericalisme, voilà l'ennemie*), tudo no clima radical em que as confissões religiosas, a seu turno, aferravam-se à defesa de tradicionais privilégios. Em síntese, pode-se reter, com a idéia de *laicidade*, a ênfase na liberdade de pensamento e de religião e o “princípio da neutralidade do Estado e dos espaços públicos” (*neutralité de la rue*), e ao mesmo tempo rejeitar a ideologia anti-religiosa e antimetafísica (laicismo). O princípio da separação, ao vedar qualquer privilégio epistemológico à razão teológica, “também o faz em relação à razão secularizada” (p. 308).

⁷⁸⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 308-9.

⁷⁹⁰ LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, p. 19.

estatal de assegurar o programa normativo (CPJ, 2.2 e 2.3).⁷⁹² *Liberdade e laicidade* (não laicismo, repita-se), são vistas como expressão e conteúdo do Estado democrático de direito. Renunciando o Estado a qualquer competência em matéria de verdade religiosa, permanece fiel a um “princípio de não identificação confessional” (CPJ 2.1.2) – ao silenciar perante as questões últimas de sentido da vida, pode ser “casa comum de todos os cidadãos”. A maneira como é acolhido sinaliza o grau de importância conferido pela ordem constitucional ao “princípio da igual liberdade religiosa” (CPJ 2.3.3 – garantia institucional do princípio da igualdade).⁷⁹³

Exemplo de tratamento conjunto na doutrina brasileira, sem distinção entre os princípios da separação e da não confessionalidade (também articulando um princípio de neutralidade), pode ser visto em Celso Bastos e Meyer-Pflug. No tocante à organização religiosa, o Brasil “adotou o modelo da separação entre Igreja e Estado. O Estado brasileiro é laico, ou seja, não confessional. Isso significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se...”. Adiante, explicitam outro princípio fundamental, o de que o “Estado deve manter-se absolutamente neutro” (não pode discriminar entre as diversas igrejas e templos existentes, “quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los”).⁷⁹⁴

A investigação, é já de esclarecer, considera que o princípio da separação (CPJ 2.1.1), estrutural, aparta as igrejas e confissões religiosas da organização político-administrativa do Estado, no escopo de garantir sua livre organização e livre exercício de culto (CPJ, 1.2.1 e 1.2.2), tendo como radical subjetivo, como já consignado, (CPJ 1.1 – o direito subjetivo individual) – conexão com a liberdade de consciência. Ampara-se, ainda, o princípio da separação, na idéia forte da divisão dos poderes.⁷⁹⁵

⁷⁹¹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 132.

⁷⁹² Deveres de proteção e garantias institucionais, o que se reflete também nos princípios da cooperação e da solidariedade.

⁷⁹³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 310.

⁷⁹⁴ BASTOS/MEYER-PFLUG, *Do direito fundamental*, pp. 111-2. Na mesma linha, apenas para ilustrar, LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, p. 477, diz que, desde a República, o Brasil é um país “leigo, laico ou não-confessional”, inexistindo qualquer religião oficial.

⁷⁹⁵ Visto aqui em sentido amplo, considerando os “fatores reais de poder” de que falava Lassalle e num contexto de pluralismo jurídico, aliás já apontado o fundamento de “freio ao poder” no fundamento da constitucionalização da liberdade religiosa. Assim, extravasando o canal “poder estatal, pode-se ler, como dimensão material do princípio do Estado de Direito, o “princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos” (CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 246). Também uma divisão vertical – no esquema federativo – pode ser aventada, cf.

Já o *princípio da não confessionalidade* (CPJ 2.1.2), noutra linha, aparta o Estado das questões (matérias) e sujeitos religiosos, com os desdobramentos apontados em (CPJ, 2.1.2.1 a 2.1.2.4),⁷⁹⁶ e comanda uma atuação estatal *imparcial*. A *não discriminação*, a seu turno, na ótica da investigação, decorre do *princípio da tolerância* (CPJ 2.1.5.1),⁷⁹⁷ dos *deveres de proteção* (CPJ, 2.2.1 e 2.2.2)⁷⁹⁸ e das *garantias institucionais*, nomeadamente (CPJ 2.3.3, mas também 2.3.2 e 2.3.4).⁷⁹⁹ Explorar o vetor objetivo, assim, permite maior grelha analítica.

Quanto à *imparcialidade*, em vez de neutralidade, adiantam-se cinco considerações:

(i) apóia-se, também, na consagração do princípio da impessoalidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF 88);

(ii) goza de amplo lastro doutrinário, especialmente no direito adjetivo, solidificado o princípio da imparcialidade do juiz;

(iii) substitui com vantagem a expressão neutralidade, tensionada pelas discussões de estilo pós-moderno (o “mito” da neutralidade, mesmo científica);⁸⁰⁰

(iv) imparcialidade é mais operacional em termos constitucionais, já que o Estado (não sendo neutro) funda-se sobre valores basilares aglutinantes, em função dos quais, se pode tolerar o fundamentalismo hermenêutico, também tem condições de bloquear o fundamentalismo militante;

SCHRAGGER, Richard C. “The role of the local in the doctrine and discourse of religious liberty”, *Harvard Law Review*, v. 117:1810, 2004, pp. 1810-92.

⁷⁹⁶ O Estado não adota qualquer religião (não se alia com elas, nem as embaraça); os atos oficiais e o protocolo estatal submetem-se à não confessionalidade; a educação e a cultura não podem ser programadas por diretrizes religiosas; o ensino público não pode ser confessional.

⁷⁹⁷ Dever estatal de tolerância, não podendo discriminar os titulares de direitos religiosos quando do exercício.

⁷⁹⁸ Proteção dos indivíduos e da sociedade civil contra os abusos

⁷⁹⁹ Garantias institucionais do princípio da igualdade, da autodeterminação confessional e da diversidade e pluralismo religiosos.

⁸⁰⁰ Neste sentido, veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 284-93, ao versar sobre “objetividade e neutralidade – os limites do possível”. Consigna que o “grande problema da pretensão de objetividade e neutralidade plenas das decisões judiciais é, precisamente, que ela não passa de uma pretensão, incapaz de submeter a totalidade dos casos” (p. 287). Já a *neutralidade* é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear, já que se dilui em muitos aspectos diferentes (alguns não são de difícil implementação), como a *imparcialidade* (ausência de interesse imediato na questão) e a *impessoalidade* (atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém) – basta “seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. (...) A idéia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*” (pp. 288-9). Em suma, “em sentido pleno, não há neutralidade possível” (p. 290)

(v) não sendo indiferente, mas atento ao fenômeno religioso (e reconhecendo elementos positivos no aspecto identitário e de autodeterminação pessoal), explica-se com maior naturalidade os princípios da cooperação e da solidariedade de um Estado que, nem por ser imparcial, é neutro.⁸⁰¹

É de reconhecer, entretanto, que a doutrina, ao menos em sede de liberdade religiosa, em geral utiliza “neutralidade” na acepção de “não confessionalidade”.⁸⁰²

Dois modelos constitucionais, diversos no acolhimento do princípio da separação, são em geral convocados pelo direito comparado: o (i) *americano*;⁸⁰³ e o (ii) *concordatário europeu*.⁸⁰⁴ Trata-se, claro, de aproximação simplificada, já que, especialmente em relação à diversidade europeia, é difícil, sem ajuste semântico prévio, a descrição de um modelo abrangente.

Em síntese, acompanhando-se o quadro traçado por Jónatas Machado,⁸⁰⁵ o modelo (i) plantou-se no solo fértil para a cultura específica da liberdade religiosa, nas terras dos Estados Unidos, ávidos os grupos religiosos da reforma radical pela fim das perseguições, em face da realidade sociológica de pluralismo religioso e também pela influência universalista do jusnaturalismo contratualista. No quadro das relações Igreja/Estado, um dos primeiros desafios era alargar o âmbito normativo do direito à liberdade religiosa, concebido no

⁸⁰¹ Os dados de direito positivo comparado também parecem confortar a proposta da investigação. Veja-se, por exemplo, a LOLR, cujo art. 1º, em separado, proíbe desigualdade e discriminação em função de crenças religiosas, com olhos na atividade laboral e no acesso aos cargos e serviço público (nº 2); e estabelece que “nenhuma confissão terá caráter estatal” (nº 3). Ainda mais explicitamente, a LLR trata em quatro artigos diversos: o princípio da igualdade (art. 2º); o princípio da separação (art. 3º); o princípio da não confessionalidade do Estado (art. 4º); e o princípio da cooperação (art. 5º).

⁸⁰² Inclusive a norte-americana, como se vê em NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 1.218-9 (citado *Constitucional law*), para quem o conceito de “neutrality” é um guia geral para harmonizar as duas cláusulas da primeira emenda, sendo que a Suprema Corte tem sido sensível a tal conceito como *central principle*, ao recusar-se, por exemplo, a definir a natureza das crenças que constituem crenças religiosas, também suportando [a neutralidade] o princípio de não discriminação governamental (a vedar especiais benefícios ou ônus).

⁸⁰³ Excelente resenha sobre “separação da Igreja e do Estado e liberdade de religião nos Estados Unidos”, todavia alcançando apenas até o início da década de 1970, em RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política – os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*, pp. 101-26. Avançando até meados da década de 1990 e com análise detalhada desde a história até as mais recentes decisões, há o capítulo 17 de NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional law*, pp. 1.218-334, especialmente, para a *establishment clause*, pp. 1.223-90. Síntese interessante, ainda, em ADRAGÃO, pp. 144-62. Vide, também, SHIFFRIN, Steven H. “The pluralistic foundations of the religions clause”, *Cornell Law Review*, v. 90:9, 2004, pp. 09-95).

⁸⁰⁴ Visão bem atualizada em MACHADO, *Freedom*, pp. 509-34 (texto apresentado em julho de 2005, Coimbra). Ótima síntese também em ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 163-261, que apresenta, sucessivamente, a configuração dos regimes de liberdade religiosa em França, Alemanha, Itália e Espanha. Para a Inglaterra, vide BRADNEY, A. *Religions, Rights and Laws*. England: Leicester University Press, 1993; para a Itália: MUSSELLI, Luciano. “Libertà Religiosa e Islam Nell’Ordinamento Italiano”, *Il Politico*, Rivista Italiana di Scienze Politiche, anno LX, n. 2, Milano: Università Degli Studi Di Pavia, 1995, p. 227-49.

paradigma de (mono)deísmo e (mono)teísmo de matriz judaico-cristã, numa comunidade de corte protestante relativamente homogêneo. Ainda no século XIX, a Suprema Corte foi confrontada com práticas religiosas que contrariavam tais valores dominantes (a poligamia no caso dos *mormon cases*) e, embora afirmasse o “princípio da imunidade de coerção em matéria de *crença* religiosa”, ao adotar a dicotomia *belief-action*, considerou “legítima a proibição de determinadas *condutas* religiosamente motivadas”, mormente se tipificadas como crimes. Contudo, num “quadro de crescente diversidade religiosa”, era necessário generalizar o conceito de religião, para que a tutela constitucional abarcasse formas mais “recentes e inconventionais”, que deveriam ser acomodadas na esfera pública – o que colocava em xeque a própria garantia de neutralidade estatal e significou a superação do conceito essencialista e definitório, substituído por um conceito tipológico aberto (estrutural-funcional) e assumido o princípio da incompetência estatal em questões de ortodoxia religiosa, como referido *supra* (item 3.2.2).

Outro desafio no modelo (i) era proteger a liberdade religiosa das restrições do Estado intervencionista, tendo que a jurisprudência optar entre um “controle apertado” (*strict scrutiny*), como no caso *Sherbert v. Verner* (1963), ou um “critério de mera razoabilidade” (*reasonableness*), aplicado no caso *Employment Division of Oregon v. Smith* (1990). A evolução vinha apontando para a vitória da segunda corrente – considerado o controle apertado “um luxo a que um Estado moderno não se pode dar”, sendo inevitável o desfavorecimento das confissões religiosas minoritárias, decorrente da lógica majoritária de que “If you lose in politics, you lose” – até que houve intervenção legislativa, editada em 1993 a “Lei de Restauração da Liberdade Religiosa”,⁸⁰⁶ que determinou o regresso ao *strict scrutiny*: o princípio é de ponderação de bens e a restrição do direito à liberdade religiosa justifica-se apenas pela “prossecução de um interesse estadual relevante” (*compelling state interest*) e pela “procura do menos mais restritivo”.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 311-20, salvo indicação.

⁸⁰⁶ Cf. NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, pp. 1.287-90, com transcrição integral do diploma legislativo, que ficou conhecido como “Religious Freedom Restoration Act of 1993” (aprovado em 16/11/1993). No 2º considerando, o Congresso sinala que leis “neutras” do ponto de vista religioso podem criar ônus para a liberdade religiosa da mesma forma que leis que pretendem interferir na matéria. No 3º, diz que um ônus substancial só pode ser criado se baseado numa justificação relevante (*compelling justification*). No 4º, rejeita expressamente a decisão da Suprema Corte citada (conhecida como *Smith II* – pela qual considerou constitucional lei penal que proibia totalmente o uso do “peyote”, mesmo que criasse situação muito desfavorável ao uso cerimonial derivado de crença religiosa). O primeiro objetivo do ato, assim, é restaurar o “compelling interest test” de *Sherbert v. Verner* (1963) – a Seção 7, todavia, afirma que o ato não interfere ou afeta a *establishment clause*.

⁸⁰⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 313-4. A jurisprudência que assenta na noção de que “se você perde na política, você perde” parte da suposição de uma lei votada pela maioria é neutra e coloca os direitos da minoria

Ainda na órbita do modelo (i), e na senda de Jónatas, a Suprema Corte norte-americana tem densificado o princípio da separação contido na *establishment clause* numa tendência de “gradual superação das aspirações de separacionismo estrito” (sem nunca chegar aos modelos de coordenação adotados por boa parte dos países europeus). Em vez de um inexpugnável muro de separação entre Igreja/Estado (*wall of separation between Church and State*), procura-se “acomodar o fenômeno religioso”. Concebe-se a separação não como um fim em si mesma, antes como “corolário estrutural de determinadas finalidades constitucionais substantivas” (liberdade religiosa, individual e coletiva; o princípio da igualdade; e o discurso público aberto e plural), que tanto podem “impor ao Estado que se mantenha numa posição de rigoroso distanciamento e neutralidade perante o discurso interconfessional”, como “exigir dos poderes públicos a adoção de medidas positivas” que possibilitem ou viabilizem, em termos razoáveis e em condições de igualdade, o livre exercício da religião. Percebe-se, nesta sede, base para (CPI, 2.1.3 e 2.1.4), princípios da cooperação e da solidariedade.

A *establishment clause* é convocada para garantir a *distância* e a *neutralidade* (imparcialidade, via não confessionalidade, na dicção da investigação) estatal diante do fenômeno religioso, tendo a Corte Suprema desenvolvido o *three pronged test*,⁸⁰⁸ três princípios de controle da atividade estatal também chamados de *Lemon Test*, eis que formulado no caso *Lemon v. Kurtzman* – um ato do poder público não será inconstitucional pelo simples fato de “prestar algum auxílio à religião”, salvo:

- (1) se tal ato não se revestir de propósito secular;
- (2) se o seu efeito primário for a promoção/inibição da religião;

numa “posição de total dependência e vulnerabilidade” em relação às concepções majoritárias, “contrariando a própria *ratio essendi* contramajoritária da consagração de um *Bill of Rights* e pondo em perigo o princípio da igualdade” (nota 1038). Cláudio Ari, a respeito, observa que a definição dos limites dos direitos fundamentais é “primariamente uma competência institucional dos órgãos parlamentares” e sujeita-se ao fato do pluralismo e às circunstâncias da política – daí que a deferência judicial à concretização legislativa seja “elemento essencial para a legitimidade política de uma democracia constitucional”, o que “não pode determinar uma regressão ao minimalismo constitucional do positivismo jurídico. Se os órgãos de representação democrática têm primazia “no desenho definitivo dos direitos”, não se lhes “conferem liberdade absoluta e irrestrita, porque em uma democracia constitucional os direitos fundamentais são direitos constitucionais, isto é, direitos que não estão à disposição do arbítrio do legislador”, que pode “conformar direitos, mas não pode violá-los” (MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 159 – citado *Democracia constitucional*).

⁸⁰⁸ NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 1.223, sinalam que as três partes do teste (*the purpose, primary effect, and excessive entanglement test*) são convocadas para determinar quando um auxílio incidental é permitido e quando é proibido. O grau de envolvimento, na terceira parte do teste, também pode ser estimado de

(3) se provocar “envolvimento excessivo” entre os poderes públicos e a religião. São “conceitos sensores” (*sensitizing concepts*) de conteúdo relativamente indeterminado, cuja interpretação é deixada intencionalmente aos órgãos jurisdicionais, com “certa margem de flexibilidade”.⁸⁰⁹

Seja como for, o *Lemon test* nunca foi incontroverso, apontadas algumas debilidades fundamentais:

(1^a) seus critérios dificilmente seriam conciliáveis com direito à liberdade religiosa, nomeadamente o “propósito secular” (fase 1), à luz do qual a assistência religiosa prevista no inciso VII do artigo 5º da Constituição Federal teria evidentes dificuldades de sustentação;

(2^a) sua aplicação dar-se-ia de “forma pouco sensível às novas realidades do Estado intervencionista” (fases 2 e 3) – ao não distinguir promoção da religião de “promoção da liberdade religiosa”, pode resultar a *discriminação das entidades religiosas* em face das não religiosas, aventando-se o efeito de redução da liberdade das confissões religiosas à medida que o “Estado expande os seus domínios de atuação”.

O que explica, talvez, eventuais tergiversações ou giros do Tribunal,⁸¹⁰ que ora é zeloso na aplicação do princípio da separação, ora sustenta a “admissibilidade da existência de capelanias nos órgãos legislativos estaduais” (caso *Marsh v. Chambers*, 1983), em que levou a acomodação da religião ao paroxismo, apoiando-se em claudicantes “argumentos de ordem histórica”.

forma tripartite: o caráter e a finalidade da instituição religiosa a ser beneficiada; a natureza do auxílio; o relacionamento resultante entre as autoridades governamentais e religiosas.

⁸⁰⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 314-6. O *Lemon v. Kurtzman* questiona o auxílio estatal às escolas religiosas, considerado admissível pela Corte Suprema, discutindo-se, desde a década de 20 do século passado, “em que medida o Estado pode apoiar materialmente estas escolas”. Se as escolas religiosas são “braços confessionais”, cuja finalidade essencial é doutrinar os alunos, admite-se o “auxílio indireto”, às crianças e aos seus pais (que não pode ser canalizado para fins sectários), mas “não diretamente às escolas”. No *Lemon case* reafirmou-se tal princípio, pois o Tribunal julgou inconstitucional o pagamento de 15% do salário dos professores das escolas religiosas “como compensação à função educativa não estritamente religiosa das mesmas”, já que a vigilância estatal necessária para evitar a utilização não religiosa do dinheiro “propiciava um envolvimento excessivo entre o Estado e as confissões religiosas”. Em aberto o caso das universidades religiosas, em que a “maior sofisticação intelectual dos estudantes” torna-os menos permeáveis à doutrinação sectária – o ensino religioso será analisado *infra*, item 4.4.1. Vide, também: WALLERSTEIN, *A ciência social*; NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law* pp. 1.255-6, analisa o auxílio para instituições de ensino, cujo credo religioso discrimina em função da raça.

⁸¹⁰ Neste sentido, NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 1.224, relatam que, na década de 1990, a Suprema Corte afastou-se da aplicação do teste tripartido, sem rejeitá-lo formalmente e mantendo a preocupação central de “religious neutrality”.

A insatisfação com o *Lemon Test* levou a jurisprudência Renhquist a “enfatizar os valores substantivos subjacentes às cláusulas da religião da primeira emenda”, visando maior articulação entre ambas – e no reforço de (CPJ, 2.1.3 e 2.1.4).⁸¹¹ A reinterpretação dos três critérios considera conforme à *establishment clause* o “acesso dos grupos religiosos às escolas públicas nos mesmos termos em que isso é possível para outros grupos”, bem como lícitas as ajudas do Estado no caso de “programas alargados a entidades de natureza religiosa e não religiosa”(sempre observado o princípio da utilização não sectária dos recursos). Ademais, indaga-se do “impacto efetivo” que as medidas adotadas têm nos cidadãos afetados.

Sucedem-se, assim, sempre na esteira de Jónatas Machado, o (a) *endorsement test* e o (b) *coercion test*.

O primeiro (a), enunciado pela Juíza Sandra Day O’Connor (na *concurring opinion* do caso *Lynch v. Donnelly*, 1984), baseia-se na mensagem simbólica de inclusão e exclusão que o apoio estatal (*endorsement*) a uma religião “envia aos cidadãos aderentes e não aderentes”, numa dicotomia entre plena cidadania e *outsiders* – o que não impediu sua autora de concordar com a constitucionalidade da inserção de um presépio numa exposição pública organizada pela cidade de Pawtucket, pois surgia “rodeada de outros símbolos natalícios consideravelmente secularizados”, a impedir que se falasse em concreto de *endorsement* à religião.

O segundo teste (b) foi proposto pelo Juiz Anthony Kennedy (na *dissenting opinion* ao caso *Allegheny County v. ACLU*, 1989), similares os fatos ao primeiro teste, pois um dos tópicos em disputa era a admissibilidade da exposição de um presépio “nas escadas principais de acesso ao Tribunal do Condado de Allegheny” – considerada inconstitucional pelo Tribunal, já que o presépio em causa “acentuava exclusivamente o elemento religioso”. O Juiz Kennedy, recusando-se a vislumbrar no “simples apoio simbólico à religião” uma violação da *establishment clause*, enfatiza o fator *coerção* (sutil ou ostensiva) e, justamente pela inexistência de coerção na exibição do presépio (ainda que se pudesse falar de *endorsement*), considerava-a admissível – visível o escopo de conferir ao poder público maior margem de manobra na acomodação da religião na esfera pública, parece difícil afastar, do apoio simbólico ou material, o efeito de *pressão* aos não aderentes para que se conformem à maioria. A saída apontada por Jónatas seria avaliar a interferência estatal do ponto de vista do

⁸¹¹ Princípios da cooperação e da solidariedade.

seu “impacto na igual liberdade dos cidadãos”, perceptível que algumas intervenções “promovem e outras ameaçam esse valor fundamental”.⁸¹²

Perceptíveis as refrações em (CPJ, 2.1.5, 2.2. e 2.3, especialmente 2.3.3 e 2.3.4),⁸¹³ a questão continua atualíssima no cenário norte-americano, como se vê das recentes decisões, descritas com um “racha”, acerca dos “Dez Mandamentos”.⁸¹⁴

Numa apreciação geral, Adragão entende a originalidade norte-americana na “precedência do livre exercício da religião, embora, devido à “estrita separação Igreja-Estado, preconize um “conceito de liberdade religiosa bastante deficiente”, visto que o poder político, praticamente, não pode apoiar o livre exercício da religião e porque a “dimensão institucional do livre exercício é virtualmente desconhecida” – a ênfase, de fato, é numa liberdade negativa, individual e privada, faltando quase totalmente um conceito operacional de liberdade religiosa positiva.⁸¹⁵

⁸¹² MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 317-20. Quanto ao *endorsement test*, o receio de parte da doutrina é que seja usado para “afastar a religião da praça pública”, diante do inevitável conteúdo simbólico de qualquer conduta estatal de acomodação ou não da religião – o que colocaria em causa “muitas manifestações públicas e institucionais de religiosidade desde sempre aceites como legítimas pela maioria dos cidadãos, congressistas e presidentes americanos”. No que tange ao *coercion test*, alguma literatura recusa-se a ver violação do princípio da separação apenas quando exista coerção, mais ainda se interpretada na acepção restrita do termo – tal doutrina, sensível ao impacto simbólico da atuação do poder público, uma “herança de discriminação oficial contra os não-cristãos não tem lugar na jurisprudência da *establishment clause*”; além disso, o teste não permite avaliar a intervenção pública nos domínios sociais e culturais, para distinguir entre legítima e ilegítima utilização dos fundos públicos, certo que a recolha de fundos, pelo sistema fiscal, é “inerentemente coerciva” (p. 320). Para uma visão ampla do estágio da discussão norte-americana, vide NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 1.223, especialmente nota 1; para o conceito de “envolvimento direto com religião” (*direct entanglement with religion* violador da *establishment clause*), pp. 1.229-30; para o uso de “evidências históricas para determinar violações a *establishment clause*”, pp. 1.230-4. O auxílio a instituições religiosas de ensino (primário, secundário e universitário) é tratado às pp. 1.235-54, notando-se a preferência da Suprema Corte, sem um teste formal (*student aid v. aid to religious school*), pelos programas de assistência que visam primariamente o auxílio individual aos estudantes e seus pais.

⁸¹³ Princípio da tolerância, deveres de proteção e garantias institucionais, com ênfase para a diversidade e o pluralismo religiosos.

⁸¹⁴ A manchete da CNN consignou: “High court split on Ten Commandments”, sendo que os juízes sustentaram uma exposição pública no Texas, mas rejeitaram outras duas em tribunais do Kentucky. As decisões foram tomadas por 5-4 (27/6/2005). Nos casos do Kentucky a maioria considerou que as imagens (reproduções da cena bíblica de Moisés levando as tábuas da lei, os dez mandamentos) apostas no interior de dois tribunais violavam a primeira emenda (*establishment clause*), ao irem longe demais na promoção de idéias religiosas, ao passo que, no Texas, o voto do Justice Stephen Breyer mudou, ao vislumbrar uma mistura de finalidades, mas primariamente um propósito não religioso (tratava-se de um monumento de granito de seis pés de altura, inserido em meio a outras 40 peças espalhadas em frente ao Capitólio de Austin – doação da Ordem da Fraternidade das Águias ao Estado em 1961) – <http://cnn.worldnews> – CNN.com – High court split on Ten Commandments – jun 27, 2005 (acesso em 14/7/2005). Discussão mais detalhada sobre a disputa simbólica *infra* (item 4.4.1).

⁸¹⁵ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 162 – pelo que, no comentário do autor, “em vez de ser vista sobretudo como a pátria da liberdade religiosa efetiva, a América é hoje preponderantemente identificada como a matriz da separação absoluta Igreja-Estado”.

É de ver, agora, o modelo (ii) dito *concordatário-europeu*.⁸¹⁶ Já se gizou que, na Europa, a tradição de unidade teológico-política retardou a consolidação do direito de igual liberdade religiosa, agasalhando-se, muitas vezes, velhos institutos com as “novas vestes do constitucionalismo”.⁸¹⁷ Nos países protestantes e ortodoxos, a inspiração das novas estruturas é regalista e cesaropapista (claro que com níveis diversos de abertura e tolerância); nos países católicos, persiste o *sistema concordatário*, com sua “lógica bipolar intrínseca da privilégio e discriminação”; na Alemanha, há um sistema bilateral de *paridade* entre as Igrejas Católica e Evangélicas (celebram-se concordatas e acordos eclesiásticos e algumas confissões têm *status* de corporações de direito público – o que seria acessível a qualquer confissão, desde que atestem, “consistência e permanência”, o que por óbvio favorece às dominantes, dotadas de estrutura institucional centralizada e hierarquizada, em detrimento das “confissões policêntricas”, em que preponderam comunidades locais autônomas, o que leva a afirmar que o Estado alemão prossegue uma “determinada política eclesiástica”). Acentua-se, em geral, o “caráter público da religião”, que se traduz, mesmo que localizado numa esfera não estatal, numa “íntima relação entre as confissões religiosas e o Estado”, utilizando-se prerrogativas de direito público para garantir as posições privilegiadas no contexto de outras comunidades religiosas, denominadas de “igrejas livres” (*Freikirchen*) ou “seitas” (*Sekten*), isso em nome de um Estado Social e Cultural e da noção de “provisão da liberdade” (*Freiheitvorsorge*) – CPJ 2.2.3 deve ser ponderada com 2.1.2.3 –,⁸¹⁸ o que não esconde o resultado de clara desvantagem e discriminação a que são relegadas as confissões sem laços institucionais (CPJ

⁸¹⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 320-2, salvo indicação.

⁸¹⁷ CLERGERIE, *La place*, pp. 746-51, refere que, no seio de uma Europa em que convivem 25 países-membros, é necessário levar em conta a realidade, em que coabitam monarquias e repúblicas, estados unitários e federais, alguns dos quais são laicos e outros referem-se a um fundamento religioso. Louis Michel, chefe da diplomacia belga, considera que a “Europa não é nem monoreligiosa nem monocultural, e seu modelo é fundado sobre o Estado imparcial”. Seja como for, salvo França, Bélgica e Holanda, em que a laicidade institucional é preceito, “a maior parte dos países-membros da União mantém relações mais ou menos estreitas com suas Igrejas, quando não se referem, pura e simplesmente, ao Deus dos cristãos, como a Grécia e sobretudo a Irlanda”. *Quinze dos países celebraram concordatas com a Santa Sé*. Portugal, embora concordatário, República Tcheca, Hungria, Eslováquia, Eslovênia e Letônia “referem-se igualmente ao princípio da separação das Igrejas e do Estado” (mesmo em França, uma concordata liga a região da “Alsace-Moselle” à Santa Sé). O Reino Unido e os países nórdicos mantêm estreitas ligações com suas igrejas (a Constituição da Dinamarca, por exemplo, de 1953, considera a Igreja Evangélica Luterana como Igreja Nacional e sustentáculo do Estado – art. 1º, § 4º; e o Rei da Dinamarca deve ser obrigatoriamente membro desta Igreja – art. 6º). A Constituição Grega de 1975, redigida em nome da “Santíssima Trindade”, reconhece oficialmente a Igreja Ortodoxa Grega e fixa suas relações especiais com o Estado, inclusive o “direito de se opor à edificação de toda construção religiosa de outros cultos”. A Constituição da Irlanda, de 1937, também redigida em nome da “Santíssima Trindade”, cujo preâmbulo reconhece a submissão do povo irlandês ao “Divino Senhor Jesus Cristo”, coloca todos os poderes do Estado sob autoridade divina (*under God*, art. 6º), sendo que o Estado reconhece a adoração pública e devida ao “Deus Todo-Poderoso” e engaja-se mesmo a reverenciar seu nome (art. 43) – só a Constituição Polonesa (1997) vai tão longe neste domínio, embora consagrando a separação Estado/Igreja (art. 25, § 3º e 5º). Por fim, Malta, onde 98% dos 380 mil habitantes dizem-se católicos, reconhece que a Igreja é “depositária de uma sabedoria que é preciso levar em conta” (art. 51 da Constituição em fase de adoção).

2.2.2 – dever estatal de coordenar as diversas liberdades religiosas coletivas). Jónatas observa que a *primazia da Constituição*, longe de autorizar o Estado a patrocinar uma específica política religiosa, circunscreve ao Estado a *função de ordenação (Ordnungsfunktion)* conforme os “princípios básicos de liberdade, justiça e reciprocidade” (CPJ 2.3.2 – garantia da igreja como instituição).⁸¹⁹

Parece a Jónatas que, em certa medida, a lógica de exclusão e discriminação resiste aos imperativos constitucionais em matéria religiosa, sobretudo nos países de tradição concordatária (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal) – ainda que se afirme que o *direito eclesiástico* fundamenta-se na Constituição (visto como “ordem de liberdade” e centrado no princípio de igual dignidade dos cidadãos), verifica-se a tendência “não inocente” de conservar o *sistema concordatário*,⁸²⁰ a manter antigos privilégios – a ponto de alguns autores colocarem a matéria concordatária a salvo da Constituição, ao remetê-la para o direito internacional ou a uma *sui generis* comunidade jurídica cingida às partes contratantes (Igreja e Estado) – manifestos em “avultadas prestações estaduais, financeiras e naturais, dirigidas às confissões religiosas dominantes”, difíceis de reconduzir ao regime geral das prestações estatais: construção e conservação de locais de culto, sustento do clero, estabelecimento de capelanias, ensino religioso nas escolas públicas, faculdades teológicas, *imposto eclesiástico (Kirchensteuer)*, casos em que o problema do financiamento surge como um *assunto comum ao Estado e à Igreja*, na tradicional linha da coordenação e cooperação entre duas entidades independentes e soberanas.⁸²¹ Nota-se, nesta paragem, relação de tensão e necessidade de ponderação entre (CPJ 2.1.2.1 e 2.1.3/2.1.4, com refrações em 1.2.3 e 1.2.4).⁸²²

Nada obstante, o *sistema concordatário* é cada vez mais confrontado com as “exigências do Estado Constitucional”, que, em vez de relegar a religião para uma esfera privada (ou submeter as confissões religiosas ao mesmo figurino institucional das demais associações), tem em vista “precluir que da afirmação do caráter público da religião, resulte

⁸¹⁸ O dever de aperfeiçoamento em tensão com a não confessionalidade da educação e da cultura.

⁸¹⁹ O fato é que, ainda que o direito fundamental à liberdade religiosa e a garantia da neutralidade confessional do Estado sejam vistas “elementos integrantes do tipo do Estado Constitucional”, as refrações institucionalistas nas relações Igreja/Estado (ecos de sociedades perfeitas) tensionam os direitos de “autonomia moral prática dos indivíduos, subordinado-se muitas vezes a consciência individual e a igual liberdade à *Raison d’État* ou à *Raison d’Église* (MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 323).

⁸²⁰ Opção legislativa em Portugal (art. 58 da LLR), considerada conforme a Constituição por Jorge Miranda e Adragão, adiante.

⁸²¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 323-4.

⁸²² O Estado não adota qualquer religião (não se alia com elas, nem as embaraça) em tensão como os princípios da cooperação e da solidariedade, com implicações no direito das igrejas de autofinanciamento e de atividades não religiosas.

a publicização de algumas confissões religiosas à custa da privatização de outras”. Em países como a Itália e a Espanha, por exemplo, eleva-se o nível de generalidade do direito à liberdade religiosa alargando o sistema concordatário, a possibilitar acordos eclesiásticos com confissões minoritárias – na Itália, desde 1984, há acordos com a Igreja Valdense, as Assembléias de Deus, com a Igreja Adventista e a Comunidade Israelita; na Espanha, a partir de 1992, com a Federação de Comunidades Israelitas, com a Comissão Islâmica e com a Federação das Entidades Religiosas Evangélicas, concretização do dever de colaboração (CPI 2.1.3.5) com a Igreja Católica e com as demais confissões, nos termos do artigo 16º, 3 da Constituição Espanhola.

Lopez Castillo assenta que o princípio da separação e da não confessionalidade, “antes que pressupor indiferença e, menos ainda, rechaço ou oposição, implica uma ativa atuação dos poderes públicos”. Diferente do regime confessional, no marco de uma concepção renovada das relações Estado/Igreja (compatível com a liberdade religiosa), já não basta a ampliação da base da tutela penal e traçar limites à disponibilidade do legislador, a efetivação da liberdade religiosa de todos demanda também *prestação estatal*, que deflui do citado art. 16, 3, da Constituição Espanhola – o mandato de cooperação estatal com a Igreja Católica e com as demais confissões, mediante acordos, “abrirá aos crentes novas possibilidades de expressão (direito a prestações no marco das relações de especial sujeição em estabelecimentos públicos, por exemplo) de sua liberdade religiosa”.⁸²³

Várias críticas recolhem-se ao sistema concordatário, na ótica de Jónatas Machado:⁸²⁴

(1º) a técnica de *acordos de vértice* entre o Estado e as confissões religiosas assenta em compreensão institucionalista e pré-constitucional ultrapassada, em que os protagonistas não são os cidadãos, entretanto “titulares por excelência dos direitos fundamentais”;

⁸²³ LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, pp. 89-91. Salvo variações de forma, é comum a todos os acordos (inclusive a Concordata com a Santa Sé), em Espanha, “a previsão de mecanismos de consulta em relação a iniciativas que possam incidir sobre o seu conteúdo, e a natureza paritária para a resolução de dúvidas e diferenças de interpretação e, na medida em que se prevê sua denúncia, a disponibilidade última dos mesmos (para além da concreta forma de aprovação) por parte dos contratantes”. Veja-se o art. 7º da LOLR (há apelo à tradição, “notório arraigo em España”, com comando de respeito sempre ao princípio da igualdade).

⁸²⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 326-31. Em Portugal, afirma o autor, o regime concordatário parece reter apenas sentido residual nalguns domínios (auto-organização e património cultural) em que a “situação material-fática da Igreja Católica não encontra paralelo na de qualquer outra confissão religiosa”. O autor retoma a necessidade de alargar a todas as confissões o “tratamento dispensado à confissão religiosa mais favorecida”, de modo que os “ganhos jurídico-normativos conseguidos pela maior capacidade de pressionar o processo político revelado por esta última possam reverter a favor do estatuto jurídico das primeiras”.

(2º) há perigo real de que a regulação bilateral redunde num “impulso regalista de conformação político-normativa do panorama religioso” – a seleção das partes contratantes (inexiste uma obrigação de contratar por parte do Estado) excluiria as confissões mais recentes e de pouca expressividade social embora a enorme vitalidade e capacidade de crescimento (algumas são vistas hoje como “ameaça ao *status quo* religioso). O problema das recusas planta-se em (CPJ 2.1.5.1);⁸²⁵

(3º) pode-se resvalar para um “teoria da negociação das liberdades”, em que seu respectivo exercício depende da celebração do acordo com o Estado, mais ainda ao constatar-se que tais avenças “nada fazem para garantir a não discriminação daqueles que não os assinam” – em claro perigo para o princípio da igualdade;

(4º) muitas das matérias reguladas, nomeadamente a fiscal, poderiam perfeitamente constar de legislação geral;

(5º) sublinha-se o “enorme esforço financeiro que o Estado laico é chamado a fazer para o sustento da religião” e com a persistência de várias confusões (teleológica, institucional, pessoal e simbólica) entre o poder público e a confissão dominante.

Uma saída preconizada seria substituir o regime concordatário por “legislação geral e abstrata sobre o fenómeno religioso”, programada para pôr fim à “patologia do sistema pactício”, tendência geral observável no caso português, segundo Jónatas. Por outro lado, o regime e a compatibilidade do sistema concordatário com a liberdade religiosa é defendido por Adragão, que resenha a posição dos principais autores portugueses no que tange à relação entre a Concordata e a Constituição de 1976. O autor conclui que a Concordata, que data de 1940, “é um tratado internacional e está em vigor (...) abaixo da Constituição e acima da lei ordinária”, sendo instrumento de “concretização da liberdade religiosa dos católicos e da Igreja Católica em Portugal”.⁸²⁶ Em posição intermediária, Jorge Miranda aduz o “entendimento dominante e acolhido pelos órgãos de fiscalização de constitucionalidade”, vale dizer, que os princípios constitucionais “se compadecem com um tratamento diferenciado das várias confissões, em razão do modo como elas se encontram difundidas entre as pessoas ou do peso real que têm na sociedade”, embora não admitam, em caso algum,

⁸²⁵ Dever de tolerância por parte do Estado e de não discriminação entre os titulares dos direitos subjetivos correspondentes ao *cluster right* da LR.

⁸²⁶ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 376-85. O sentido fundamental de colaboração entre a Igreja Católica e o Estado não contradiz a Constituição de 1976. Posição contrária, citada pelo próprio autor (p. 379), encontra-se em Canotilho/Vital Moreira, que sustentam a inconstitucionalidade do sistema concordatário.

um tratamento privilegiado ou discriminatório. Pelo que, atenta leitura da Concordata mostra que a quase totalidade das suas regras, “se corretamente interpretadas, não contradizem as regras de liberdade e da igualdade”, havendo poucas normas que se devem ter por inconstitucionais.⁸²⁷

Jónatas Machado alinhava oito estratégias argumentativas que perpassam a doutrina e militam, conscientemente ou não, no reforço do “jogo de linguagem” do silogismo aquiliano, configurador da *libertas ecclesiae* (*supra*, item 1.3.1). Tais argumentos, portanto, tenderiam a erodir (CPJ, 2.1.1 e 2.1.2) e a periclitar (CPJ, 2.3.1, 2.3.3 e 2.3.4).⁸²⁸ Vale resenha do esforço de “desmonte” do autor:⁸²⁹

(1ª) o *caráter público da religião* – correto que não se contenta com uma “esfera subjetivo-intelectual de crença o adesão a uma ortodoxia”, mas exige uma “conduta ética (*ortopraxis*)” que transcende o âmbito restrito da devoção privada/doméstica; certo também o caráter *gregário* do fenômeno religioso, não estritamente individual, bem como seu “impulso proselitista”, donde deriva a vocação de publicização da mensagem religiosa; palpáveis, enfim, seu impacto social e relevo público, mesmo diante da natural vontade de *performance* (Luhman) das confissões religiosas no debate público relativo ao “funcionamento dos vários subsistemas sociais onde estejam envolvidas questões de forte ressonância moral” – aqui é de reforçar a compreensão positiva da investigação com o *fundamentalismo crença*, que pode legitimamente pretender mobilizar a opinião pública e pressionar o poder político, ao mesmo tempo em que se reitera a barreira ao *fundamentalismo militante*, que pretendesse, coercivamente, mais que ser relevante, impor normas de conduta em áreas não especificamente religiosas, tais como a política, o direito e a economia). Todos os significados elencados são compatíveis, segundo Jónatas, com a dimensão constitucional da liberdade religiosa, não porém outros sentidos que passem de *contrabando*, como a “construção

⁸²⁷ MIRANDA, *Manual*, pp. 419-25. Reconhecendo que não são fronteiras fáceis, assevera que um “tratamento privilegiado concederia a uma pessoa ou entidade direitos que outras não teriam; um tratamento diversificado ou especializado não afetará a qualidade dos direitos e deveres reconhecidos, apenas os dará numa medida, em condições de exercício ou segundo estruturas organizatórias diferentes consoante as diferentes situações e entidades”. Essencial é que a regra da liberdade, em todos os aspectos, valha para todas as confissões, o que “não impede a subsistência de regras específicas e imediatamente dirigidas à Igreja Católica – por força da sua realidade histórica e sociológica – desde que estas regras correspondam a critérios de objetividade, necessidade e adequação” (pp. 420-1). Na análise individual das normas, considera, por exemplo, os arts. 9º e 10 “manifestamente inconstitucionais, por envolverem uma intervenção do Estado na vida interna da Igreja Católica”; e os arts. 11 e 15 em parte inconstitucionais – não porque o Estado assumia deveres de proteção dos ministros de religião e dos hábitos religiosos (o que deveria ser extensivo a outras confissões), “mas por equiparar essa proteção à dos funcionários públicos” (p. 424)

⁸²⁸ Princípios da separação e da não confessionalidade e as garantias institucionais da LR individual, do princípio da igualdade e da diversidade e pluralismo religiosos.

religiosa da idéia de nação”, exigências de associação de órgãos públicos, ou o reclame de prerrogativas de direito público às confissões religiosas. Fique claro, então, que a natureza pública da religião não conduz à “institucionalização de um cristianismo cultural ou nacional”, menos ainda ao “estabelecimento de uma Igreja oficial” e sequer à “incorporação das estruturas ou símbolos de uma confissão religiosa nas instituições estaduais” e também não à patilha, pelas confissões, de prerrogativas de direito público;

(2^a) a *necessidade de uma “civil religion”* – diante da crise da modernidade e do correlato déficit de legitimidade do poder político (religião como coesão social – lembra-se, aqui, do debate Habermas-Ratzinger (*supra*, item 1.3.2) e do fato de os movimentos fundamentalistas darem nome à crise da modernidade, *supra*, item 2.1.4). Parece intuitivo que a sanção jurídica a uma religião civil, assim funcionalizada, “escorada nos ritos e símbolos da confissão dominante”, acarretaria perigo real à igual liberdade de todos os cidadãos. Neste passo argumentativo de Jónatas, é preciso ressaltar que a investigação valoriza o papel positivo de *coesão/virtude* do fenômeno religioso (nos termos *supra*, item 3.2), sem, evidente, sancionar juridicamente os eventuais inadimplentes, o que parece, de resto, possível e viável;

(3^a) a *tradição histórica e cultural do país* – os privilégios como resultado da situação observada no contexto histórico. Cabe objetar que a posição dominante da Igreja Católica (perceptível, a vista desarmada, em Portugal e no Brasil) não decorre de um livre mercado das idéias, mas de um “sistema secular de união político-religiosa”, estruturado em privilégio e discriminação, também parecendo óbvio que a “radicação histórica de práticas de coerção e discriminação” é insuficiente para legitimá-las; na ótica do constitucionalismo atual, é ilegítimo qualquer arranjo jurídico-político que perpetue e consolide “situações históricas de desigualdade religiosa”, em prejuízo das legítimas aspirações das minorias e do pluralismo da esfera pública. O que não significa, bem de ver, que sejam irrelevantes os sentimentos religiosos da maioria dos cidadãos, mas sim que não podem servir de “cobertura a um ‘instinto tribal’ assente na confusão entre nação e religião”. Todavia, fique claro que é “impossível e indesejável uma absoluta supressão da religião da esfera pública” (pensa-se no apoio a festividades religiosas enraizadas culturalmente), tendo-se em mente que as *mensagens de exclusão* que necessariamente decorrem do apoio estatal a certas manifestações religiosas devem impulsionar uma *compensação inclusiva* (envio de mensagens de inclusão às minorias religiosas);

⁸²⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 332-46 – salvo indicação.

(4ª) o *princípio do Estado Social* – as responsabilidades sociais e culturais, via de regra prestacionais, do Estado contemporâneo justificariam às subvenções às confissões religiosas. Todavia, afora a própria crise providencialista que transpassa o cerne estatal, o programa jurídico-constitucional do Estado Social, neste domínio, só pode consistir na “criação dos pressupostos fáticos e normativos que possibilitem a emergência de um pluralismo religioso efetivo que exprima a multiplicidade e a diversidade das opções individuais e coletivas nesta matéria” (CPJ 2.3.4 – garantia institucional da diversidade e pluralismo religiosos) – cabe ao princípio da separação frear a “*dinâmica expansionista* que o princípio do Estado Social pode imprimir na liberdade religiosa”, sob pressão das confissões dominantes. Seja como for, é preciso aprofundar a discussão, levando a sério (CPJ 2.1.4 – princípio da solidariedade);

(5ª) o *princípio da cooperação* (CPJ 2.1.3) – convocado para legitimar subvenções estatais e “expediente retórico-argumentativo” usado pelo Tribunal Constitucional português para cancelar a instituição da disciplina de *Religião e Moral Católicas* nos cursos pedagógicos (CPJ 2.1.3.4 e 2.1.3.6 – *infra*, item 4.4.1).⁸³⁰ Concordes que, em essência, o princípio enfatiza que neutralidade estatal em matéria religiosa não significa “indiferentismo ou passividade diante do fenômeno religioso”, importa não descurar a base histórica em que se desenvolveu, como coordenação entre Igreja e Estado no ideal do Estado Cristão (encíclica do século XIX, *Immortale Dei*, consigna que o Estado peca, se não cuidar da religião), a resultar na cooperação entre ambos (confissão dominante e Estado) no exercício da coerção da discriminação da dissidência. Hoje, por outro lado, Igreja e Estado submetem-se aos postulados constitucionais de “respeito pela igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos” (CPJ 2.3.3 – garantia institucional do princípio da igualdade), sobrepondo-se tal tutela “à realização de qualquer idéia vaga de *bem comum*” (de ressonâncias aristotélicas e tomistas). A relação de coordenação e a imposição de cooperação podem favorecer, *sem vigilância*, a “manutenção de fortes laços institucionais e materiais entre o Estado e a confissão religiosa dominante”, o que chocaria com a noção que a Constituição não protege ou promove os “direitos da verdade”. Rejeitar a postura laicista não importa, segundo Jónatas, considerar que o imperativo de coordenação ou cooperação represente, para o Estado, um *plus* em relação à proteção da “igual liberdade religiosa ou que justifique a subversão das finalidades

⁸³⁰ O Estado assegurará o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas; e auxiliará os pais, no exercício do poder familiar, na concretização da educação religiosa dos filhos.

substantivas do princípio da separação”. De toda sorte, no Brasil há comando constitucional no sentido da cooperação, do qual se há de retirar conseqüências jurídicas;

(6ª) *liberdade religiosa positiva* – não encerrando o direito fundamental em tela dimensão exclusivamente negativa, já que cabe ao Estado assegurar determinados pressupostos materiais para seu exercício (CPJ 2.2 – deveres de proteção), seguir-se-ia que a “liberdade negativa de uns não pode ser exercida à custa da liberdade positiva de outros”, noção mobilizada em prol da defesa dos direitos das confissões majoritárias, que legitimaria a subalternização e a discriminação dos membros das confissões minoritárias, o que se traduz em prestações positivas estatais e avultadas subvenções. Daí que se tenha que invocar os limites trazidas pelas finalidades materiais e pela exigências estruturais do princípio da *separação* (CPJ 2.2.3 em linha de tensão, e necessitando concordância prática, com 2.1.1 e 2.1.2),⁸³¹ sendo que, no domínio religioso, a “experiência histórica demonstra que mais subvenções estaduais não significa necessariamente mais liberdade religiosa”, o que reconduz à *primazia da liberdade religiosa negativa*, no desiderato de “remeter a religião para a sociedade civil de forma a possibilitar uma maior inclusividade das instituições e do discurso público” (CPJ 2.3.4 – garantia institucional da diversidade e pluralismo religiosos), ao passo que a ênfase na liberdade positiva resvala numa postura “estatizante” ou “oficializante” do fenômeno religioso (com grande risco de manipulação, como ocorre com o fundamentalismo militante). A primazia, contudo, a sentir da investigação, não pode significar esvaziamento da vertente positiva;

(7ª) o *princípio democrático* – identificada a democracia, sem mais, com o governo da maioria, existindo uma confissão religiosa professada pela maioria dos cidadãos, se decidirem atribuir-lhe um “estatuto jurídico preferencial”, dá-se o lógico resultado da aplicação da regra da maioria, que decidiria, modo soberano, pelas vultosas contribuições financeiras e pela utilização dos ritos e símbolos da confissão dominante nas “cerimônias e nos espaços públicos”. É quase despiciendo, nesta altura, insistir no caráter *contramajoritário* “subjacente à própria existência de uma constituição escrita e de um catálogo de direitos fundamentais”. Democracia, no constitucionalismo, é vista como o “governo *limitado* da maioria”, comprometida com a construção da sociedade aberta que respeita a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos.⁸³² Em realidade, a liberdade religiosa só alcança pleno

⁸³¹ Dever de aperfeiçoamento em tensão com os princípios da separação e da não confessionalidade.

⁸³² CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 227, sustenta que a síntese do Estado constitucional democrático de direito permite concluir que, no fundo, a tensão entre “constitucionalistas e democratas” é um dos *mitos* do

sentido quando intimamente ligada à proteção dos direitos das minorias, mesmo “contra atos do legislador majoritário”, uma “garantia estrutural” deste entendimento (CPJ, 2.3.1 e 2.3.2),⁸³³ a implicar o “distanciamento das funções públicas e religiosas de forma a garantir a impermeabilidade do processo político a formas de pressão, por parte da confissão dominante, que façam perigar a igual liberdade de todos os cidadãos” (CPJ 2.3.3 – garantia institucional do princípio da igualdade) – some-se, ainda, a constatação que o processo democrático pressupõe “esfera de discussão pública aberta e pluralista”; nesta sede, o direito à liberdade religiosa e o princípio da separação pretendem “servir de *guarda flanco* institucional dessa esfera de discussão pública” (CPJ 2.3.4 – garantia institucional da diversidade e pluralismo religiosos);

(8ª) o *direito internacional* – a qualidade de sujeito de direito internacional da Santa Sé já foi discutida alhures (*supra*, item 1.4), mas não pode implicar adesão estatal, expressa ou tácita, a “postulados teológico-confessionais” (o Papa, por exemplo, como “Vigário de Jesus Cristo, sucessor do Príncipe dos Apóstolos, Sumo Pontífice da Igreja Universal”), nem obnubilar aspecto fundamental, qual seja, a “titularidade, por parte de todos os cidadãos e confissões religiosas, do direito a uma igual liberdade religiosa”.

É preciso discutir com mais sistemática e espaço tais argumentos, que, intuitivo, se não têm a mesma ressonância na problemática brasileira do que em Portugal, tampouco são despiciendos, mormente num quadro de crescente diversidade e relativa perda de espaço da tradicional confissão dominante. Alguns serão testados na exploração dos tópicos problemáticos (*infra*, item 4.4).

Dito que não abraça uma concepção laicista e anticlerical da religião, o princípio da separação exprime, isto sim, “radical hostilidade constitucional para com a coerção e a discriminação em matéria religiosa”, além de afirmar o princípio da igual liberdade e dignidade de todos os cidadãos. Não traz consigo, em relação à verdade, indiferentismo ou

pensamento político moderno. A dicotomia “governo das leis ou dos homens” é uma questão mal posta; o “governo dos homens é sempre um governo *sob* leis e *através* de leis. É, basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral”. Em sentido convergente MELLO, *Democracia constitucional*, pp. 199-200, nota que é “justamente contra a *tentação da supremacia* que se volta o constitucionalismo democrático moderno, por isso ele é um modelo que reivindica ser uma síntese entre concepções historicamente adversárias (...) A constituição da democracia constitucional (...) limita e dirige o exercício do poder político mediante a instituição de direitos fundamentais (...) E ela protege esses direitos do ataque ou da omissão das maiorias que dominam a deliberação democrática através de um Poder Judiciário independente e com poderes especiais para controlar o respeito às normas constitucionais”.

⁸³³ Garantias institucionais da LR individual e da autodeterminação confessional.

relativismo; antes, ao reconhecer a ausência de um meta-conceito ou de uma *rule of recognition*, remete a resposta à *questão de Pilatos* (“O que é a verdade?”, indagou a Jesus) à consciência individual e à “tradição moral das diferentes confissões religiosas”. Em sede constitucional, o princípio da separação apresenta na esquematização de Jónatas Machado, pelo menos cinco finalidades substantivas:⁸³⁴

(1ª) funciona como *garantia institucional* da liberdade religiosa individual, com tudo que isso significa em termos de autodeterminação da personalidade (CPJ 2.3.1) – o direito substantivo necessita de um “complexo de *instituições de liberdade* aptas para garantir, no seio de uma comunidade social, um amplo leque de possibilidades e alternativas”, soluções organizatórias “provisórias e reformáveis, que consigam conferir uma estrutura sólida à realidade material dos direitos fundamentais”. Daí o sentido instrumental do princípio da separação, complementar da liberdade religiosa no “quadro das opções de *justiça estrutural* formuladas pelo legislador constituinte”, que pretende “assegurar a *emancipação do particular*” (CPJ, 1.1.1 e 1.1.2).⁸³⁵ Constata-se que a união Igreja/Estado, longe de ser opção institucional neutra, pode ser interpretada, pelos não aderentes, como forma de *press to conform*, a par de carregar “mensagem de desvalorização das restantes crenças” (inerência coerciva). Sob ponto de vista dogmático, então, o direito à liberdade religiosa “compreende um direito subjetivo a prestações normativas do tipo organizatório conducentes à separação das confissões religiosas do Estado”,⁸³⁶ supõe um específico arranjo institucional.⁸³⁷ Neste

⁸³⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 347-55 – salvo indicação em contrário. Em texto mais recente, MACHADO, *Freedom*, pp. 522-34, contudo, enumera seis *substantive goals*. Ao que parece, trata-se mais de um desdobramento da primeira finalidade, que se abre em duas, para enfatizar a conexão entre liberdade de consciência e separação Igreja/Estado: além de garantir a liberdade de consciência, o princípio da separação também é pré-condição para alcançar-se a igual cidadania entre todos os membros da comunidade política (p. 523).

⁸³⁵ Liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião e liberdade de crença.

⁸³⁶ Prefere-se, no sistema proposto pela investigação, a fórmula “dever estatal sem direito subjetivo correlato”.

⁸³⁷ Já no texto mais recente, todavia, MACHADO, *Freedom*, pp. 523-4, revela-se muito *mais sensível às acomodações culturais e ao peso da tradição*. Nota que nenhum cidadão deve ser tratado como “outsider”, mas que tal finalidade não pode ser sobreinterpretada como se exigisse que se apagassem todos os traços e vestígios evidentes da maneira pela qual as tradições religiosas evoluíram em instituições políticas e legais (e em práticas discursivas). Ateus e membros de confissões minoritárias devem ter proteção integral de seus direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo as minorias religiosas devem entender que “a comunidade política não existe num vácuo histórico ou cultural, antes desenvolveu seu próprio conjunto de valores fundamentais” – o que terá dimensões religiosas e não-religiosas, vale dizer, o reconhecimento público da situação descrita pressupõe “um certo grau de abertura para a diversidade religiosidade”, assim como para as “ideologias não-religiosas e para os pontos de vista filosóficos”. Todavia, o legítimo reconhecimento da história e da identidade de uma comunidade política não podem justificar a violação de direitos básicos da liberdade religiosa e da igual cidadania (na linha do caso *Kokkinakis v. Greece*). Por outro lado, por maior que seja a separação institucional, sempre um ateu ou membro de confissão minoritária sentirá alguma grau da “outsider syndrome”, por exemplo ao ver em cada esquina um templo da religião dominante ou, nas bancas e na mídia, perceber a influência cultural da religião dominante (que lhe reduziria a quase zero a chance de eleger-se, sendo muçulmano, presidente dos EUA) – mas nada disso justificaria ações estatais discriminatórias contra a religião dominante,

sentido, nenhum teste religioso é admissível como requisito para o exercício de qualquer cargo público;⁸³⁸

(2ª) significa a proteção da *autodeterminação confessional* (CPJ 2.3.2), ao repudiar qualquer tentativa de instrumentalização por parte dos poderes públicos, tentação histórica em face do notável poder de mobilização e lealdade alcançados pelas confissões religiosas, certo que a interferência estatal, ainda por cima, estabelecia uma clivagem entre credo majoritário, juridicamente privilegiado em relação ao minoritário (muitas vezes reprimido como heterodoxo).⁸³⁹ Trata-se, portanto, mais uma vez, de *garantia institucional* do direito fundamental de autodeterminação das confissões religiosas (CPJ 1.2.1) que visa a “quebrar o *ciclo vicioso de discriminação* em que o tratamento jurídico das minorias” relega-as ao “estatuto de *perdedores permanentes e totais*”. Neste sentido, o princípio da separação proíbe consolidar um “*princípio de territorialidade* a partir do qual a confissão dominante pretenda alicerçar as suas pretensões exclusivistas e furtar-se à *competição espiritual* com outras confissões religiosas” (CPJ 2.2.2 – coordenação das diversas liberdade religiosas coletivas). Assim, o direito à liberdade religiosa coletiva engloba um “direito fundamental à separação das confissões religiosas do Estado”;⁸⁴⁰

(3ª) consagra, por outro lado, a *não confessionalidade do Estado* (CPJ 2.1.2), que prescinde de buscar legitimidade no jogo de linguagem religioso,⁸⁴¹ pois “nem a Constituição

pois a liberdade religiosa estaria seriamente ameaçada se o Estado censurasse os livros ou proibisse a construção de novos templos da religião majoritária, sob o pretexto (absurdo) de que tais livros e templo tornam a atmosfera pública desconfortável para as minorias e os ateus.

⁸³⁸ MACHADO, *Freedom*, p. 525 – lembrando-se o já citado caso *Buscarini et al. v. S. Marino* e o art. 6º, 3, última parte, da Constituição dos Estados Unidos, na linha de (CPJ 1.1.13.3 – vedação do juramento religioso).

⁸³⁹ No texto mais recente, indicando-a como 3ª finalidade, MACHADO, *Freedom*, pp. 526-9, diz que o princípio da separação previne a interferência politicamente motivada do Estado nas matérias próprias da religião dominante, já que amiúde o poder político procura a *aura* da legitimidade religiosa (história que remonta aos imperadores Constantino e Teodósio, até as versões autoritárias de Napoleão, Hitler e Mussolini). É precisamente a radicalização entre uma “religião estatal-induzida” e um “secularismo estatal-induzido” que a liberdade religiosa (e o princípio da separação), na estrutura de uma sociedade livre e democrática, procura superar.

⁸⁴⁰ MACHADO, *Freedom*, pp. 529-30, menciona, no particular, como principal finalidade, a garantia da autodeterminação e da autogestão dos grupos religiosos, numa estrutura normativa favorável e deferente à particular autocompreensão de cada entidade – sendo uma implicação do princípio a noção de que o Estado não pode interferir no direito das confissões de definirem o procedimento para seleção de seu próprio clero, o que foi afirmado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em *Serif v. Greece* (1999), ao consignar que punir alguém pelo mero fato de agir como líder religioso de um grupo dificilmente é compatível com as exigências de pluralismo religioso numa sociedade democrática. Assim, os sistemas de igreja oficial (e.g. a Igreja Anglicana), em que o chefe de estado (ou de governo) influencia na escolha do líder religioso (como o primeiro ministro britânico em relação ao Arcebispo de Canterbury), não seriam constitucionalmente aceitáveis, inclusive com a implícita exigência de que o chefe do estado pertença à igreja oficial.

⁸⁴¹ A noção de que o Estado não deve resolver disputas religiosas, de uma maneira “constantiniana”, tem encontrado imprevistas dificuldades em algumas partes da Europa, como se vê da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Metropolitan Church of Bessarabia et al. v. Moldova* (2001). Vale breve síntese (cf.

nem os poderes constituídos podem ser compreendidos como *braços seculares* de mundividências globalizantes e definitivas” (CPJ 2.1.2.1 – o Estado não adota qualquer religião), permanecendo o discurso jurídico-constitucional “normativamente fechado perante as diversas concepções religiosas e morais” – o que a investigação traduz por *bloqueio* ao *fundamentalismo militante* (*supra*, item 2.1.4);

(4^a) serve de garantia institucional do *princípio da igualdade* (CPJ 2.3.3), já que a simbiose Igreja/Estado teria “impacto discriminatório nas outras confissões”, uma tomada de posição contra uma tradição histórica de privilégios para as confissões dominantes, capaz de gerar uma *lesão estigmática* ou *dano de status* (*status harm*).⁸⁴² Nesta faceta, o princípio da separação tem uma “dimensão sistêmica e realiza uma função relacional” que veda, nas relações sociais, a “criação de situações de hierarquia em que uns dominam perenemente outros”, sendo uma expressão da idéia de *equal respect*;

(5^a) fomenta a *abertura e o pluralismo do espaço público* (CPJ 2.3.4),⁸⁴³ criando e preservando um “processo dialógico e crítico de *exame cruzado*”, exigência do processo democrático, que não se escora em argumentos de autoridade ou posições de privilégio, mas

MACHADO, *Freedom*, pp. 530-1): a Igreja Metropolitana da Bessarábia (MCB) foi criada em 1992, filiada ao Patriarcado de Bucareste, na Romênia, e teve seu reconhecimento legal negado (embora alegasse ter cerca de um milhão de membros e 160 clérigos) por se tratar, segundo o governo, de um “ramo dissidente” da já existente Igreja Metropolitana da Moldávia (MCM), ligada ao Patriarcado de Moscou. A denegação à MCB, considerou-se, seria uma forma de intervenção estatal numa disputa religiosa entre igrejas (o conflito, neste ponto de vista, deveria ser resolvido por acordo entre os Patriarcas da Rússia e da Romênia). O governo alegou, ainda, que reconhecer a MCB representaria um perigo para a ordem pública e uma ameaça à soberania estatal e à integridade territorial da Moldávia (diante de rumores de que havia uma predominância étnica de laços especiais com a Romênia). A Corte não aceitou tais argumentos, antes privilegiou a idéia de que o reconhecimento legal da MCB era exigência do direito à liberdade religiosa, que inclui proteção ao direito à dissidência e à identidade; também ressaltou o papel de liberdade institucional e o direito à personalidade jurídica; portanto, a neutralidade estatal demanda às autoridades públicas que reconheçam todos os grupos religiosos, inclusive facções dissidentes, num quadro de igual liberdade, pluralismo e tolerância.

⁸⁴² Neste passo, MACHADO, *Freedom*, pp. 528-29, nota que o princípio previne uma coalizão entre o Estado e a religião dominante de modo a periclitare a igual liberdade e dignidade das comunidades minoritárias. O autor lança mão da “teoria regulatória”, pela qual o Estado tem uma fonte básica que, em linha de princípio, não pode partilhar com seus cidadãos: “o poder de coerção”; por isso não surpreende que diferentes grupos, inclusive religiosos, tentem controlar este “recurso” (*resource*) e usá-lo para impor, de uma maneira definida, global e rígida, sua própria posição comparativa em face de outros grupos. A ideologia, a “metanarrativa” e a legitimação do poder próprias do discurso religioso facilitaram, ao longo dos séculos, a captura do “poder temporal” pelo *spiritual power* – aqui, mais uma vez, *razão para o bloqueio ao fundamentalismo militante*. Daí que, mesmo na realidade européia, onde não há explicitação constitucional do princípio da separação, a doutrina tem considerado que se trata de um “corolário estrutural dos princípios da neutralidade estatal e da igualdade material de todos os grupos religiosos.

⁸⁴³ Também ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 431, ao referir-se ao “delicado problema das relações entre a comunidade estatal e as comunidades religiosas”, consigna: “a liberdade religiosa é, aqui, garantia fundamental do pluralismo de formações sociais”. MIRANDA, *Manual*, p. 423, ao discorrer sobre a concordata portuguesa, afirma a constitucionalidade de vários artigos, “compreendidos à face do postulado do pluralismo das ordens jurídicas e não exclusividade da ordem jurídica estadual”. Vide, também, BECKLEY, Gloria T.; BURSTEIN,

num “ideal regulativo de discussão e deliberação racional”, baseado nos princípios da liberdade individual e da igualdade política, no qual *nenhum cidadão conta mais, ou menos, do que outro*. O vetor, aqui, é facilitar “fluxos de comunicação que transcendam os limites das diferentes comunidades e tradições morais”, num quadro de abertura ao pluralismo e valorização da heterogeneidade – a noção de um “livre mercado das idéias”, que não é um fim em si, mas subordina-se à “várias finalidades constitucionais substantivas”, como a liberdade de expressão (individual e coletiva) e a “proteção da diversidade de idéias”, sem desconhecer a realidade oligopolística de grupos econômicos, políticos e religiosos e as “grandes disparidades de ‘poder de compra’ entre os vários indivíduos e grupos sociais”, que leva à necessidade de “corrigir as *falhas de mercado (market failures)*”.⁸⁴⁴ Tampouco parece razoável sinalar-se, como resultado final deste processo dialógico, o “acesso à verdade absoluta”, mas a vantagem da esfera de discurso público estaria no favorecer a “expressão das diferentes pretensões de verdade” e, ao mesmo tempo, submetê-las à crítica/refutação.

Na ótica da investigação, a “afirmação unilateral e incontestada de uma determinada concepção filosófica ou religiosa” nomeou-se *fundamentalismo-crença* (*supra*, item 2.1.4) e, bem por isso, é *tolerável* no livre mercado das idéias. Ainda um ponto a destacar é que tal mercado depende da “capacidade de renovação e transformação pacífica da sociedade”, há de conviver com a *rotação das idéias*, em que aquelas tradicionalmente centrais vão sendo “gradualmente questionadas e substituídas por outras que começam por ter um relevo apenas marginal (...) uma função catártica, favorecendo o equilíbrio entre a estabilidade e a mudança”.⁸⁴⁵ Em face do risco de distorção do mercado, a presença das confissões religiosas

Paul. “Religious Pluralism, Equal Opportunity, and the State”, *The Western Political Quarterly*, California: University of Utah, v. 44, nº 1, pp. 185-208, 1991.

⁸⁴⁴ MACHADO, *Freedom*, pp. 531-2, aqui, enfatiza a *conexão interna* entre “liberdade religiosa” e “liberdade de expressão e ação” e a ligação de ambas com o princípio da separação Igreja/Estado, inclusive porque o “estabelecimento” de uma religião representa um perigo para a autonomia racional e moral dos indivíduos, periclitando os direitos individuais de consciência e de livre debate público.

⁸⁴⁵ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 428 e nota 1.355, no particular, aproveita a imagem da “rotação das idéias” para uma crítica mais ampla à visão de Jónatas, pois, diferentemente, não vê garantia constitucional da diversidade e do pluralismo religioso (posição afirmada pela investigação em CPJ 2.3.4). Entende que a *diversidade* é “simplesmente reconhecida pelo plural utilizado” (igrejas e outras comunidades religiosas). Assevera Adragão que a liberdade religiosa garante, “não a diversidade religiosa efetiva, mas a diversidade religiosa potencial (pluralismo), o que certamente a torna objeto de proteção dos mais fracos”. Observa em Jónatas “uma certa obsessão pela proteção das minorias que limita, por vezes, o alcance da sua exposição”, ao não levar em conta que a emergência de uma situação de diversidade pode dar-se ou não numa determinada sociedade. Para Adragão, o princípio da separação não pode “impedir por si só a permanência de situações de maioria monoconfessional. A rotação efetiva de idéias na sociedade não é um elemento necessário do pluralismo” (ao revés de Jónatas), “necessária é apenas a possibilidade de rotação”. Ademais, “a hegemonia social e cultural de uma confissão religiosa, desde que seja espontânea, , não gera um perigo real de obliteração das possibilidades das demais confissões [que Jónatas teme], mas um perigo meramente potencial que justifica, obviamente, a adoção da pertinentes garantias”.

na esfera do discurso público “deve depender o menos possível da intervenção estadual e o mais possível da iniciativa das próprias confissões” – a censura de uma e o apoio a outras teria “efeito devastador” na liberdade religiosa. O que não significa, de modo algum, que o Estado não tenha papel importante a desempenhar, sendo justificada a *intervenção regulatória das falhas de mercado* (CPJ, 2.2.2 e 2.2.3),⁸⁴⁶ no patamar dos limites *superiores* (evitam que uma confissão, por sua influência, coloque em xeque “os fluxos normais da comunicação de idéias religiosas”) e *inferiores* (implicam a garantia, pelo poder público, de efetiva possibilidade de “presença das confissões religiosas minoritárias”) ao funcionamento da esfera de discurso público. Talvez seja o caso de agregar (CPJ 2.1.4 – princípio da solidariedade), com a possibilidade de discriminação positiva).

É de avançar, neste passo, para as dimensões concretizadoras do princípio da separação, numa comunidade política que não pretende ser dos “santos, eleitos ou crentes”, e sim de cidadãos livres e iguais. Para obter-se a cidadania não se está sujeito ao princípio da voluntariedade, como acontece para alcançar-se a “qualidade de membro de um confissão religiosa”. O Estado, assim entendido como organização jurídica, “não essencialista”, da comunidade política, desvincula-se de compreensões confessionais acerca da “verdade objetiva ou do bem comum”, o que se densificará em quatro planos:⁸⁴⁷

(1º) *diferenciação teológica* – crava-se, aqui, um “limite negativa a uma teoria dos fins do Estado”, que não é visto pela Constituição como *guardião de um plano de salvação* (CPJ 2.1.2.1 – o Estado não se pronuncia sobre questões religiosas), pelo que não lhe cabe “defender uma determinada ortodoxia, colaborar na ação missionária ou proselitista de combater o pecado”, preclusas “finalidades de origem transcendente, religiosa e moral”. Vale dizer, o sistema jurídico não pode motivar-se “única e exclusivamente por valorações metafísicas de sentido teológico e moral” – inexistente espaço teórico, assim, para uma “*constituição material* substancialmente religiosa na sua axiologia ou na sua teleologia intrínseca”;⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ Dever estatal de proteger a sociedade civil contra os abusos e de coordenação das diversas LR coletivas e dever de criar condições para que as confissões religiosas desempenhem suas missões.

⁸⁴⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 356-61 – salvo indicação em contrário. Determinadas posições, como indicado no texto que segue, a investigação catalogou como concretizações do princípio da não confessionalidade.

⁸⁴⁸ Em direito penal, numa tradição que se inaugura com o Iluminismo, chega-se à concepção teleológico-racional (Roxin, Figueiredo Dias, Costa Andrade), que rompe com qualquer finalidade metafísica atribuível ao sistema penal. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. (trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña et al.), Madrid: Editorial Civitas, 1999. Tomo I, pp. 55-7 (citado *Derecho penal*), leciona que o ponto de partida correto é “reconhecer que a única restrição previamente dada ao legislador encontra-se nos princípios

(2º) *diferenciação institucional* (CPJ 2.1.1 – princípio da separação) – entre o aparelho estatal (razão pública) e as confissões religiosas (razões confessionais), a apontar para uma “radical distinção” entre entidades públicas e religiosas, com estrita separação entre os respectivos “órgãos, competências, funções, normas, recursos patrimoniais e financeiros”;

(3º) *diferenciação pessoal* – não se trata de proibir o exercício de funções públicas por membros ou líderes de confissões religiosas, e sim de precluir a “*publicização* de uma função religiosa ou a *confessionalização* de uma função pública”, quando exercidas de modo a sugerir a existência de uma “unidade teológico-política subjacente” (CPJ 2.1.2.2 – não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado);

(4º) *diferenciação simbólica* – que se traduz na proibição da “utilização de símbolos religiosos nos estabelecimentos públicos”, o que identificaria o Estado com as confissões ou idéias religiosas representadas por tais símbolos (trata-se de evitar a criação de um ambiente coercitivo, em face da pressão da religião majoritária). Pretende-se, pois, proibir a produção de *lesões estigmáticas*, “proscurendo o envio de mensagens simbólicas de exclusão e discriminação”, do que também não cabe inferir qualquer “hostilidade para com a religião e os seus símbolos” (aliás, a “neutralidade estatal” extravasa o âmbito estritamente religioso e atinge, v.g., o domínio político-partidário e o desportivo) e tampouco restrição ao direito à liberdade religiosa da maioria, já que não está no seu âmbito de proteção utilizar o “Estado para a promoção de crenças religiosas”. Vale a advertência de que a “forte imbricação entre a religião e a cultura”, maior ou menor conforme a experiência de cada ordem constitucional, aconselha que a diferenciação em tela não seja vista em termos absolutos, devendo mobilizar-se nos casos em que atue “efetivamente como elemento de coação e discriminação” (CPJ 2.1.5 – articula-se, aqui, o princípio da tolerância).

constitucionais”. Derivando o conceito de bem jurídico da constituição, estaria vedado “proteger finalidades puramente ideológicas mediante normas jurídico-penais”, assim como “as meras imoralidades não lesionam nenhum bem jurídico e dever restar impunes” etc. DIAS, *Direito penal português*, pp. 72-3, refere que o “princípio da referência constitucional” implica que *só finalidades relativas de prevenção, geral e especial*, “não finalidades absolutas de retribuição e expiação, podem justificar a intervenção do sistema penal”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 387, também menciona a “nova compreensão das coisas” (que se vai consolidando a partir da década de 60 do século passado), a assentar “o dogma da ilegitimidade do recurso ao direito penal como meio de estabilização contrafática das normas de uma qualquer moralidade”, e, citando Morris/Hawkins: “Do ponto de vista do direito penal, cada pessoa tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lese diretamente a pessoa ou propriedade alheias. O direito penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a retidão de vida”.

Pelo visto, tensionam-se, e reclamam concordância prática, (CPJ, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3.7, 2.1.5.1, 2.2.1 e 2.3.1).⁸⁴⁹ É de explorar, como premissa, como já alinhavado, as categorias *separação, não confessionalidade, laicidade e neutralidade*. Estudo alentado oferta Adragão, no quadro português, que merece referência mesmo pelo pouco tratamento conferido ao tema pela doutrina brasileira.⁸⁵⁰ Assim, unânime o reconhecimento pelo princípio, explicitado na Constituição Portuguesa, da *separação*, há referências à *laicidade* como princípio implícito, em geral confundido com o princípio da *não confessionalidade*. Quanto à eventual consagração da *neutralidade religiosa* do Estado, “a doutrina divide-se” – a maioria inclinando-se pela sua presença no “espírito da Constituição” e a maior parte caracteriza-o por uma “atitude positiva para com a religião como fenômeno socialmente benéfico” (raros autores preconizam uma neutralidade radical, de corte laicista). Jorge Miranda, sempre um bom exemplo, ao comentar diplomas legislativos que se ocupam de “matérias atinentes às obrigações positivas do Estado de garantia e efetivação da liberdade de religião”, refere que não são criticáveis por preverem ensino e assistência religiosa, “porque o silêncio perante a religião, na prática, redundaria em posição contra a religião”.⁸⁵¹ Do que, conclui Adragão, “não confessionalidade e neutralidade religiosa não se confundem” (já que sequer o silêncio estatal seria neutro). Na obra conjunta de Canotilho/Vital Moreira (1993), a não confessionalidade era interpretada como “indiferença ou neutralidade confessional do Estado”. Já em 1995, num artigo em co-autoria com Jónatas Machado, a neutralidade do Estado é vista como “não identificação estadual em matéria religiosa”, que nada tem a ver com “indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos” – aliás a neutralidade preclui “qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião”.

Parece procedente, tendo em vista a obra de Jónatas de 1996, tantas vezes citada (*Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*), a crítica de Adragão, no sentido de que, para o autor [Jónatas], “a separação parece ser, mais do que a liberdade religiosa, o princípio dominante quanto à regulamentação jurídica, pelo poder político, do fenômeno social religioso”.⁸⁵² Adragão cita, como particularmente bem estruturada, a

⁸⁴⁹ Princípios da separação e não confessionalidade em tensão com: o dever estatal de assegurar as manifestações públicas de exercício dos cultos religiosos; o dever de tolerância estatal; dever de proteção dos indivíduos; e garantia institucional de autodeterminação da personalidade.

⁸⁵⁰ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 434-44, 476-7 e 511-8. Vide FLAUSS, Jean-François. “Laïcité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue du Droit Public* n° 2, 2004, pp. 317-24.

⁸⁵¹ MIRANDA, *Manual*, pp. 426-7. São criticáveis, entretanto, ao não organizarem tais matérias também em colaboração com as confissões não católicas.

⁸⁵² ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 438-9, nota que o título da obra evoca a liberdade religiosa, mas o sentido da relação meio/fim entre tal liberdade e o princípio da separação não seria claro, já que o trabalho culmina com a análise do princípio e a seu propósito que se extraem as aplicações mais concretas, parecendo que

interpretação de Afonso Vaz quanto ao princípio da separação: implica não identificação institucional ou simbólica do Estado com qualquer religião; “não tem de significar aversão, ou mesmo indiferença, perante o fenômeno religioso”; serve essencialmente a garantia da liberdade e da igualdade (pelo que o Estado não pode impedir ninguém de professar determinada crença “ou de o fazer de forma organizada”); não é incompatível com uma vertente ou “dimensão positiva que impele o Estado a propiciar um mínimo de condições fáticas e normativas para que a escolha religiosa dos seus cidadãos se possa exprimir em liberdade e igualdade”.⁸⁵³ A jurisprudência constitucional portuguesa refere a neutralidade religiosa (em geral ligada à não confessionalidade), às vezes identificando “Estado neutral” com o princípio da separação – a expressão, com Adragão, “não descreve bem as exigências da vertente positiva da liberdade religiosa”, pelo que a “resolução do conflito parece passar pela desconstrução crítica da neutralidade religiosa do Estado”.⁸⁵⁴

Neste desiderato, Adragão afasta as duas matrizes da neutralidade religiosa do Estado: as teses *francesas*, de “tendência laicizante e anticlerical”, e as teses *rawlsianas*, de “orientação contratualista e formalista” – ambas justificam “o desconhecimento, pelo poder político, da dimensão social específica do fenômeno religioso”, ficando a expressão *neutralidade* estigmatizada, por tais usos, no “contexto mais geral da cultura ocidental”. Acresce o embaraço operacional, em face da vertente positiva da liberdade religiosa.⁸⁵⁵ E a

“a preocupação última é a separação, não a anunciada liberdade religiosa”, tanto que, nos conflitos entre dados culturais e liberdade religiosa, Jónatas sugere que se “maximize o princípio da separação” (como se vê adiante, no texto). A investigação não vai tão longe na crítica, mas é perceptível, de fato, que, na relativa ênfase conferida por Jónatas à experiência norte-americana (tão pródiga na tutela das minorias – valor forte do autor), ganhou grande peso a *establishment clause*, embora sua tensão aludida com a *free exercise clause*, e ressentido-se das dimensões positivas da liberdade religiosa como um todo (como aliás a própria Suprema Corte parece sentir nas decisões mais recentes), o que se procurou corrigir, na investigação, mesmo em face do texto da CF 88, com o desdobramento do princípio da separação (agregando-se o princípio da não confessionalidade) e, principalmente, com a autônoma consideração dos princípios da cooperação e da solidariedade.

⁸⁵³ *Apud* ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 440.

⁸⁵⁴ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 444. A LLR, na linha do autor e da investigação, não confunde neutralidade (que não consagra) com não confessionalidade (princípio estampado no art. 4º e escrito na rubrica). Aliás, Adragão saúda “a supressão da referência à neutralidade religiosa do Estado, que constava do Capítulo dos ‘Princípios’, na 1ª versão do Anteprojeto” – coerentemente, muitas soluções da aludida lei, inspiram-se no “reconhecimento da função social das confissões religiosas”, explícito no art. 5º (princípio da cooperação), levando em conta o poder político “a contribuição das religiões para a promoção dos direitos humanos, para o desenvolvimento integral da pessoa humana e para os valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância” (pp. 476-7).

⁸⁵⁵ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 511-3. Na Alemanha, as atitudes postuladas pela doutrina (não identificação, não indiferença e não intervenção) não se traduzem no termo *neutralidade*, aventando-se, até, paradoxos, como “neutralidade positiva”. Também em França, “a estigmatização do princípio da laicidade pelo discurso laicista é responsável pelo anacronismo legislativo do sistema jurídico-constitucional francês” (não parece de apostar na elaboração doutrinária em curso, acerca da “laicidade positiva”). Daí o especial interesse das contribuições doutrinárias “no sentido de construir a liberdade religiosa como princípio, a par da sua dimensão de direito fundamental”. Conclui: “o Estado não deve ser neutro, nem estar absolutamente separado, nem ser

tese fundamental do autor exprime-se: “a possibilidade de o modelo de não identificação com cooperação ser preferível para a relação entre o poder político e as religiões, por só ele satisfazer plenamente as exigências da dimensão institucional da liberdade religiosa”.⁸⁵⁶

A posição mais atual de Jónatas, a respeito, vê no princípio da separação limites para a capacidade governamental de interferir no discurso secular por razões religiosas e, no discurso religioso, por razões seculares ou religiosas – a postular, do Estado, uma regulação imparcial (*an impartial regulator*) do livre mercado de idéias. Adiante, cita Robert Post, que aduz que o conceito de discurso público requer do Estado que permaneça neutro (*remain neutral*) no “mercado das comunidades” (já que há uma diferença entre a comunidades constitucional e as várias comunidades morais que coexistem dentro dela). Na observação de Jónatas, tal “finalidade, entretanto, é tanto impossível quanto indesejável de atingir na sua totalidade”. Ora, os valores da moderna comunidade constitucional liberal foram influenciados pela existência de comunidades morais e vão “inevitavelmente colidir com outros valores e princípios”. Como a separação Igreja/Estado permanece um forte componente da estrutura constitucional do Estado, a tese de Post “pode ser aproximadamente aceita, removendo-se a coerção pública da esfera do discurso público”. Assim, o Estado liberal governa na expectativa de que as pessoas têm crenças incompatíveis e que há uma forma partilhada e racional de adjudicar as disputas decorrentes – daí que o princípio da separação assegure a possibilidade de que novas crenças e comunidades religiosas surjam, desafiando as existentes. Neste sentido, o contrato social constitucional deve proteger as escolhas religiosas tanto da geração presente quanto das futuras (lealdade com as futuras gerações – *fairness to future generations*).⁸⁵⁷

Em seara dogmático-constitucional, é de realçar o caráter *princípial* da separação Igreja/Estado, afastada a configuração de uma regra definitiva, remetendo-se ao debate já esboçado (*supra*, item 2.2.1). Como princípio, de toda sorte, contém um núcleo duro “especialmente resistente a pressões”, plasmado por “dispositivos mínimos de proteção dos valores inegociáveis da igual dignidade e liberdade” – mas, por óbvio, não é nem pode ser

estranho perante a religião, mas antes deve ser sensível à relevância social positiva do fenômeno religioso na comunidade política”.

⁸⁵⁶ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 517-8. O autor pensa numa terceira via, dentro dos modelos de não identificação, um pluralismo estrutural como *tertium genus*, uma atitude compatível com o *Estado democrático de liberdade religiosa*.

⁸⁵⁷ MACHADO, *Freedom*, pp. 532-3. Percebe-se, pois, uma maior abertura para a categoria “imparcialidade” e uma visão mais crítica da “neutralidade”. A “lealdade para com as futuras gerações” conduz ao problema das cláusulas pétreas, ou seja, à eficácia *protetiva* dos direitos fundamentais contra a sua erosão pelo Poder Constituinte Reformador, o que é desenvolvido por SARLET, *A eficácia*, pp. 371-403.

absoluto; por isso “deve criar condições para acomodar a liberdade religiosa da maioria e da minoria” e equilibrar as ligações entre religiões majoritárias e culturas nacionais. Trata-se de explorar o princípio da separação como “obrigação de otimização”: entre várias soluções que permitam “acomodar razoavelmente a liberdade religiosa e a deferência para com os dados culturais do país deve procurar-se a que maximize o princípio da separação”.⁸⁵⁸ Sem descurar, no caso brasileiro inclusive em face da dicção constitucional, do princípio da cooperação e, até, do princípio da solidariedade.

Ainda uma nota no que tange ao princípio da separação e seu significado no contexto do *Estado Social*, que materializa um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, um *Second Bill of Rights* na expressão do Presidente norte-americano Roosevelt (1944) citada por Jónatas Machado.⁸⁵⁹ Ora, percebe-se que o Estado tem funções de alocar e distribuir recursos, via “mecanismos de intervenção regulativa e prestacional”, tendo como destinatários pessoas coletivas de relevantes atividades nos planos sociais, econômicos e culturais, dentre as quais as confissões religiosas. Interpretação estrita do princípio da separação poderia ignorar tal contexto e excluir indevidamente as “confissões religiosas de programas de ação cuja finalidade legitimaria, à partida, a sua inclusão” – ao revés da visão da investigação (CPJ, 2.1.3 e 2.1.4 – princípios da cooperação e da solidariedade). Também é de notar que o alargamento do poder estatal amplia as oportunidades do poder público “restringir a liberdade religiosa, violar o princípio da igualdade e distorcer o livre fluxo de idéias religiosas”. A consabida crise do *Welfare State* não esconde, a seu turno, as *distorções do mercado*, que reclamam intervenção estatal, como no caso das *externalidades negativas* (nem sempre o preço do produto revela o real custo social inerente à sua produção, tantas vezes repassado como passivo ambiental etc.)⁸⁶⁰ e do trato dos *bens não econômicos* (igualdade, democracia, justiça social), que são “irrelevantes do ponto de vista das leis da oferta e da procura e que justificam a inversão estadual das regras normais de mercado”.

⁸⁵⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 360-1. Em cotejo com a observação anterior, acerca da crítica de Adragão.

⁸⁵⁹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 362-5.

⁸⁶⁰ AZEVEDO, Plauto, *Ecocivilização. Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2005, p. 19 (citado *Ecocivilização*), realça (ao citar Ramonet) que, para o “pensamento único”, fundamental é o dado econômico, “sendo o estado natural da sociedade o mercado e não a democracia”. Para isto, requer sempre menos Estado, “uma arbitragem constante em favor dos ganhos sobre o capital em detrimento daqueles provenientes do trabalho”, ao que se agrega a *indiferença pelo custo ecológico – a repetição constante deste catecismo*, pela mídia e pelos setores políticos, *lhe confere uma tal força de intimidação que abafa toda tentativa de reflexão livre* e torna muito difícil a resistência contra este novo obscurantismo. Daí que estejam juntos, entre outros, a *pilhagem ecológica* e a volta dos racismos.

A idéia básica, então, ainda na esteira de Jónatas, é que as confissões religiosas “integram a sociedade civil”, devendo movimentar-se, quanto possível, sem interferências estatais. Contudo, noção complementar aproxima o Estado Social da liberdade religiosa,⁸⁶¹ podendo manifestar-se na “inclusão das confissões religiosas em programas governamentais em que a realização das finalidades sociais e culturais de relevo constitucional é feita em cooperação com as diversas forças da sociedade civil”, sob dois requisitos para o poder público:

(i) há de respeitar a finalidade intrínseca do Estado Social, que, “longe de pretender afirmar a religião como serviço público” ou promover uma dada confissão ou defender competência estatal em matéria religiosa, tem em vista efetivar uma “igual e real liberdade de todos os cidadãos”, especialmente para aqueles que estejam em posições sociais, econômicas ou políticas desfavorecidas;

(ii) deve atender a “princípios e não ao peso político diferenciado das diversas confissões religiosas”, o que se articula com a assertiva anterior de que o patamar de tutela obtido pela confissão religiosa dominante, sempre que não se oponham obstáculos de todo intransponíveis, deve “estender-se automaticamente às minorias”.

Com tal substrato, mais fácil, agora, percorrer a doutrina brasileira. A começar por Pontes de Miranda, cujo qualificativo *atenta* (na feliz expressão já mencionada, utilizada para as Constituições de 1967 e 1946) aplica-se à CF 88. Verbera, do ponto de vista histórico, contra a simplificação que a primeira Constituição Republicana (1891) pretendia impingir às relações entre Estado e Religião, ao riscar, de um só lance, “todo o passado jurídico de mais de cinco séculos. De extremo a outro extremo”.⁸⁶² De toda sorte, não se seguindo a opção da Constituição de Weimar (pela qual as igrejas eram corporações de direito público interno), no Brasil, “desde que se procedeu à separação entre a Igreja católica e o Estado”, nenhuma

⁸⁶¹ Vide, por exemplo, SALDAÑA, Javier. “Derecho y Principio de Libertad Religiosa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie año XXXII, número 95, mayo-agosto, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 587-603

⁸⁶² MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 131. Refere-se à passagem da Religião de Estado, que vinha desde as *leis de amortização* de Dom Dinis (21/3/1329 – incorporadas às Ordenações do Reino) e fora consagrada no art. 179, § 5º, da Constituição Imperial de 1824, à “liberdade pura e simples, como dádiva de ateus inconseqüentes a religiosos estarecidos, diante de tão santa ingenuidade política e de tão cândida teoria do Estado”, já que o singelo § 3º do art. 72 da CF de 1891 (“todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”) parecia-lhe pouco mais que um “*nada* de regramento e de cautela”. Específico relato da liberdade religiosa nas Constituições do Brasil em GODOY, *A liberdade religiosa, passim*. Também é de visão mais histórica a inserção da liberdade religiosa em FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl. e atual. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 509-11.

pessoa de direito público interno, constitucional ou administrativa, “pode ser de caráter religioso, porque infringiria o princípio de separação”. A vedação à União, aos Estados-membros e aos Municípios (de estabelecer, subvencionar ou embaraçar os cultos) exclui “qualquer personificação no plano do direito público” (uma universidade católica/protestante só pode ser *particular*), assim “como qualquer outro laço que implique aliança ou dependência, ainda que menos intenso que o da personificação (*e.g.*, a contribuição em verbas orçamentárias ou fixas)”.⁸⁶³

Celso Bastos e Ives Gandra consideram que liberdade de organização religiosa no Brasil reflete a *indiferença* do Estado frente às diversas confissões religiosas, que podem livremente constituir-se. Funcionam sob o manto da personalidade jurídica, sendo vedado às pessoas de direito público criar igrejas ou cultos religiosos. A separação entre Estado e Igreja é percebida pela *não-colocação de dificuldades e embaraços à criação de igrejas*, o que é evidenciado pela imunidade tributária que gozam. Por outro lado, a própria Constituição permite *abrandamentos desta separação*, quando prevê a possibilidade de alianças entre o Estado e a Santa Sé. O artigo 19, inc. I, CF 88, reza, ainda, a possibilidade de *colaboração*, mas remete à lei para definir as modalidades desta cooperação. O próprio Texto Constitucional não faz referência ao conteúdo que ela possa assumir, ao contrário do texto anterior, em que ela se daria notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar.⁸⁶⁴

Celso Bastos, em escrito singular e no tópico “liberdade de organização religiosa”, refere três modelos possíveis no relacionamento Estado e religião: fusão, união e separação, adotado pelo Brasil desde o advento da República, instaurada a separação Igreja/Estado com o Decreto nº 119-A (17/01/1891) – o que tornou o Estado brasileiro *laico* ou *não confessional* (daí a “indiferença” à livre constituição das diversas igrejas, para a qual o “direito presta a sua ajuda” pelo recurso à personalidade jurídica), embora também afirme que princípio fundamental “é o da não colocação de embaraços à criação de igrejas”. Pelo contrário, “há manifesto intuito institucional de estimulá-las” (evidenciado pela imunidade tributária). O

⁸⁶³ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 132. Na mesma página, ao comentar as várias situações decorrentes das relações entre religião e Estado, o autor refere que a Constituição de 1967 “assegura todos esses direitos, em diferentes regras jurídicas” – o que seria reconduzível ao regime do direito fundamental como um todo (*supra*, item 3.2). Na mesma intuição, veja-se Oliveira Filho: “A liberdade religiosa é qualquer coisa de complexa, cujos elementos constitutivos ficam assim especificados” (OLIVEIRA FILHO, *Culto*, p. 51). Reiteram-se, aqui, as referências doutrinárias à personalidade jurídica de direito privado, no quadro brasileiro, para as igrejas e confissões religiosas.

⁸⁶⁴ BASTOS/MARTINS, *Comentários*, pp. 45-52.

Estado, outro princípio fundamental, “deve manter-se absolutamente neutro, não podendo discriminar entre as diversas igrejas” (para beneficiá-las ou prejudicá-las). A *separação* admite abrandamentos, no próprio dispositivo, que refere *cooperação* – entretanto, “será sempre difícil, uma vez que deverá estar adstrita ao princípio de uma absoluta igualdade entre todas as igrejas”. O caráter *laico* do Estado não compromete a obrigação de “propiciar assistência religiosa”, a ser prestada pelas próprias entidades religiosas.⁸⁶⁵

José Afonso da Silva, a seu turno, também trata da matéria no tópico “liberdade de organização religiosa”, identificando pequenos ajustes quanto às relações Estado-Igreja na CF 88, “passando de uma separação mais rígida para um sistema que admite certos contatos”. Refere-se, assim, ao art. 19, I, com a epígrafe *Separação e colaboração*, sendo mais difícil definir o “nível de colaboração de interesse público”, possibilitado na *forma da lei* – nada obstante, “não poderá ocorrer no campo religioso (...) tem que ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões”. Lei de qualquer ente federal (da entidade que deve colaborar).⁸⁶⁶ Alexandre de Moraes, ao comentar a assistência religiosa prevista no inciso VII

⁸⁶⁵ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, pp. 335-7 (citado *Curso*). No texto conjunto com Meyer-Pflug, Bastos discorre sobre a *fusão* (confusão integral entre Igreja e Estado), na qual o Estado é tido como fenômeno religioso. Em fórmulas mais ou menos radicais, há sistemas de *união*, desde igrejas privilegiadas pelo reconhecimento do Estado (v.g., ao remunerar seus ministros) até a preferência dada a uma religião, também podendo haver incorporação da igreja pelo Estado, como na Inglaterra anglicana. Já na *separação*, o Estado recusa-se a “intervir no funcionamento das igrejas ou templos, não importando sob que pretexto” – regime também conhecido como “regime de tolerância”. Observam, os autores, que não há correlação entre fusão e ausência de liberdade religiosa e que tampouco separação equivale à maior liberdade de culto. O Estado adotar uma religião não implica que “todas as outras sejam vedadas”. Quanto à *indiferença do Estado*, pode ser tolerante ou “assumir uma modalidade hostil”(BASTOS/MEYER PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 107, repetindo-se, praticamente, o texto singular às pp. 111-3). Discorda-se, fique já consignado, da aludida ausência de correlação, que seria negar as finalidades substantivas dos princípios da separação e da não confessionalidade, bem como a própria figura das garantias institucionais. A abordagem dos autores não resulta, no sentir da investigação, pelo desdobramento dogmatically insuficiente do vetor objetivo (CPJ 2) e pela confusão desse plano com os direitos subjetivos titulados pelas igrejas (CPJ 1.2) – faltando, justamente, as relações de precisão, de meio/fim e de ponderação de que falava Alexy no direito fundamental como um todo. Dificuldades que, em maior ou menor grau, perpassam a doutrina brasileira, ao menos no que tange à precisão terminológica e analítica.

⁸⁶⁶ SILVA, *Curso*, pp. 250-3. Refere os três sistemas já citados, chamando de *confusão* o que Celso Bastos tratou por “fusão”, exemplificando com o Estado *teocrático*, tanto o Vaticano quanto Estados islâmicos. Há *união* foi o sistema do Brasil Império – daí a *separação* republicana. Cita Pontes de Miranda para esclarecer o teor das prescrições do art. 19, I, CF 88: *estabelecer*, em sentido amplo, criar religiões ou seitas, fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa ou propaganda; *subvencionar*, no sentido de concorrer com dinheiro, ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a atividade religiosa; *embaraçar o exercício* significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso. A imunidade do templos serve para evitar qualquer embaraço por via tributária. Quanto à *colaboração*, se, e.g., lei municipal prevê cessão de terrenos para entidades educacionais, assistenciais e hospitalares, “tal cessão pode ser dada em favor de entidades confessionais de igual natureza”. A própria CF, art. 213, faculta que recursos públicos sejam, excepcionalmente, dirigidos a escolas confessionais – mera faculdade, que “não dá direito subjetivo algum a essas escolas de receber recursos do Poder Público”. Trata o autor, no mesmo tópico (liberdade de organização religiosa, mas não mais sob o manto “separação e colaboração”), da *assistência religiosa* (CF 88, art. 5º, VII), do *ensino religioso* (CF 88, art. 210, § 1º) e do efeito civil do *casamento religioso* (CF 88, art. 226, §§ 1º e 2º)

do artigo 5º da CF 88, considera improcedente a crítica, de setores da doutrina, que vislumbra incompatibilidade entre o Estado laico e o referido direito individual – já que nem por ser laico o Estado é ateu, “como comprova o preâmbulo constitucional”.⁸⁶⁷ Na análise, noutro texto, do citado art. 19, reafirma a natureza leiga ou laica da República Federativa do Brasil, vez que há “separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial”, embora ser uma Federação-leiga não a confunda com os Estados-ateus, “pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus” (refere-se ao *sob a proteção de Deus* inserido no preâmbulo constitucional). Mais, identifica, como corolário do princípio da separação, a vedação constitucional da instituição de impostos sobre os templos (art. 150, VI, “b”, CF 88).⁸⁶⁸ Advirta-se (deixando a referência ao preâmbulo para logo mais) que a autolimitação ao poder de tributar é vista pela investigação como afloramento do princípio da cooperação (CPJ 2.1.3.3)⁸⁶⁹ e, até, do princípio da solidariedade (CPJ 2.1.4).⁸⁷⁰

Quanto à separação, Walter Ceneviva vê no art. 19 em apreço o “Estado laico”, com a ressalva da colaboração de interesse público, sendo efeito simultâneo (do Estado laico e da liberdade religiosa) o “impedimento da privação de direitos por motivo de crença religiosa” – todavia, a separação “não é absoluta”, mantidos o casamento religioso com efeitos civis e o ensino religioso na escola pública.⁸⁷¹ Ao analisar o inc. VII do art. 5º da CF 88, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que a prestação de assistência religiosa “não importa em violação da neutralidade religiosa do Estado brasileiro (...) [que] não reclama que o Estado sonegue aos seus cidadãos que têm crença religiosa a assistência para o culto a que se filiem”.⁸⁷² Já Aldir Soriano, no trato da liberdade de organização religiosa, articula os arts. 5º, VI, e 19, I, da CF 88, de modo que o Estado não pode embaraçar as manifestações religiosas, desde que “organizadas na forma da lei; nem subsidiar a religião e estabelecer culto.”⁸⁷³

⁸⁶⁷ MORAES, *Direito constitucional*, p. 76. A crítica doutrinária viria de Alcino Pinto Falcão, *Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. No item “religião e cultura” (p. 75), Moraes refere o ensino religioso (que se deve adequar ao Estado laico) e a disposição legal acerca de feriados religiosos (CF 88, art. 215, § 2º).

⁸⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 118 (citado *Direitos humanos fundamentais*). A referência à religião e cultura vai à p. 120.

⁸⁶⁹ Vedada, constitucionalmente, a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b”, § 4º, CF 88).

⁸⁷⁰ Vedados impostos sobre as atividades educativas e assistenciais das confissões religiosas (art. 150, VI, “c”, § 4º, CF 88).

⁸⁷¹ CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

⁸⁷² FERREIRA FILHO, *Comentários*, p. 33.

⁸⁷³ SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 13. Adiante (p. 85), refere-se apenas ao art. 19, I, CF 88, que reafirma o princípio da separação entre Igreja e Estado e reflete o “caráter laicista do Estado brasileiro” – o “Estado

Em artigo sobre o ensino religioso, Anna Ferraz caracteriza as relações Estado/Religião no Brasil, superadas a união imperial e a rígida separação de 1891, como um modelo de *separação atenuada* (inaugurado pela Constituição de 1934 e mantido pela atual), sendo a norma parâmetro o art. 19, I, da CF 88 (embora afirme que a Constituição não estabelece, em preceito expresso, a separação, aduz que o dispositivo-sede da separação resultado da dicção do art. 19), que “determina a neutralidade do Estado, no sentido de não subvencionar ou não adotar cultos religiosos (...) a interferência direta ou indireta do Estado em matéria de religião é proscrita”. Mas a *regra-parâmetro*, na sua visão, é desdobrada e *atenuada* em “exceções constitucionais expressas”, inclusive, no próprio dispositivo, pela “colaboração” para atividades de interesse público. Indisputável a separação e o “não envolvimento do Estado em assuntos de fé”, não é menos certo que o “Estado brasileiro não é hostil à religião”.⁸⁷⁴

Oliveira Filho, sob a égide da Constituição de 1946, em alentado artigo, comenta as duas formas em geral adotadas pelo Estado para regular os “problemas das religiões”, a *integração* (em que um dos pólos é dominante) e a *separação* – o primeiro tem prevalecido na Europa (e predominou no Brasil durante o Império), o segundo é o sistema do Brasil desde a instauração da República. Prossegue na análise do sistema brasileiro (de separação, recorde-

laicista” não pode favorecer uma religião em detrimento de outras, mas Igreja e Estado podem ser “parceiros em obras sociais e de interesse público”. Reitera-se a advertência sobre os equívocos do termo *laicismo*.

⁸⁷⁴ FERRAZ, *O ensino religioso*, pp. 24-28. Na separação atenuada, o “Estado emite um julgamento positivo sobre a religião em geral, embora predominem os objetivos laicos, legalmente estabelecidos, sobre os objetivos religiosos, e não haja opção por determinada seita”. Duas observações: ao abordar o art. 19, I, em comento, como regra com uma série de exceções, a autora implode a própria funcionalidade normativa da categoria regra, sendo preferível assumir a *separação* proposta pela investigação, como *princípio* (CPJ 2.1.1); por outro lado, o recorte da separação torna-se casuístico, ao sabor de normas díspares – a colaboração é exceção da regra (ao passo que na investigação é princípio autônomo, CPJ 2.1.3), que também abarca, na visão da autora, o que é outro princípio para a investigação (CPJ 2.1.2), a não confessionalidade. Daí que, em vez do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, fique-se com a sensação de uma colcha de retalhos, que parte da “regra-separação”, para as exceções: colaboração; proselitismo (no ensino religioso e na livre manifestação de pensamento); assistência religiosa; liberdade de associação religiosa; o reconhecimento do casamento religioso; a vedação de impostos sobre templos; a possibilidade de atribuição de recursos públicos a escolas confessionais; a abertura para feriados religiosos; a divulgação, pela comunicação social, de manifestações religiosas; a existência de “cláusulas-garantia” (objeção de consciência, cfe. inc. VIII do art. 5º e § 1º do art. 143, CF 88); e a “excepcionalidade” do tratamento atribuído aos eclesiásticos (art. 143, § 2º) – tudo descrito como “vários preceitos constitucionais [que]abrem exceções à regra-parâmetro da separação entre Estado-Igreja”, a evidenciar a “separação atenuada”. Ademais, como cláusulas de exceção, na visão da autora, “devem ser tratadas restritivamente”. Fácil de ver, no sentir da investigação, que vários setores do direito fundamental à liberdade religiosa, assim, correm o risco de comprometimento hermenêutico apriorístico (fora o ferimento da lei estética da dogmática – ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual*, p. 168, com apoio na *lei da estética jurídica* de Jhering, chamam-na da terceira lei da dogmática, que, não tendo valor absoluto, é de se respeitar: “é conveniente que a construção seja simétrica, natural, não artificiosa, não ‘afetada’”. O jogo dos cinco princípios enumerados em (CPJ 2.1) e a interação dos planos subjetivo e objetivo dispensam o contorcionismo para dar conta do *cluster right* em tela. Separação é separação, não confessionalidade é não confessionalidade, assim como cooperação e solidariedade, a par da tolerância, mas todos devem ser otimizados e harmonizados.

se), que “não é Estado agnóstico, nem ateu”. Antes, “como Estado, crê em Deus, pois foi invocando sua proteção que instituiu a sua atual Constituição”. Refere-se ao preâmbulo, que reconhece a “lei natural que rege o povo”. Vai mais longe, ao dizer que o “Deus, porém, que o Estado brasileiro proclama seu protetor, é o Deus da Cristandade, o Deus da Santíssima Trindade, o Deus de que Cristo é filho, é o Pai Celeste”. Daí que não se possa alegar inconstitucionalidade “em qualquer ato dos poderes da União que importe em culto a Deus. O culto a Deus é até obrigatório. A luta em prol de Deus é até obrigatória”. Em sua interpretação, estabelecer culto é “criar um culto novo”. O que o Estado brasileiro não pode, então, é “criar um culto especial a Deus” (em face da vedação constitucional), mas “pode cultuar a Deus em atos solenes e em templos religiosos cristãos”. Sendo a subvenção subsídio ou “suprimento regular para a subsistência”, prestar auxílio para a construção de templo não é subvencionar, nem a colaboração recíproca ou até unilateral, “quer da religião cristã, quer do Estado, para a mesma finalidade social”.⁸⁷⁵

Ainda que ressoe anacrônico, laivos do expediente argumentativo encontram-se numa “opinião legal” lavrada por Ives Gandra Martins, em 1995, acerca da educação religiosa nas escolas públicas. Ao responder que *tipo* de ensino religioso deveria ser ministrado, evocando os primeiros nomes do Brasil (Ilha e Terra de Santa Cruz) e o fato da religião católica apostólica romana ter sido oficial até a separação dos assuntos do Estado e da Igreja, considera óbvio que o constituinte referiu-se “ao ensino religioso da Igreja fundada por Cristo e que outorgou apenas a Pedro a sua preservação”, o da Igreja que “levou os portugueses a conquistarem o mundo em nome de Cristo e que comemorou a descoberta do Brasil com missa e eucaristia pertinentes ao rito católico apostólico romano”. Quanto a outras Igrejas e a “proliferação de seitas que se utilizam do nome de Cristo para arrecadação de fundos fantásticos”, não se referiu a elas o constituinte. Em suma, ninguém precisa cursar a

⁸⁷⁵ OLIVEIRA FILHO, *Culto*, pp. 57-8. Afirma o autor (que, é de frisar, reconhece como de separação o sistema brasileiro), que nenhum princípio constitucional fica ofendido se o Governo ou qualquer dos Poderes da União “mandar rezar missa de Ação de Graças ou se comparecer ou mandar rezar *Te-Deum* por ocasião de notáveis acontecimentos”. Desde que o Estado garanta o livre culto de qualquer religião (refere-se ao § 7º do art. 141 da Constituição de 1946), nada impede que “ele proceda de acordo com o rito da religião cristã, que adote para si próprio”. A supressão das relações oficiais entre o Estado e a religião “significa simplesmente que o Estado não tem religião oficial com obrigatoriedade para todos segui-la” – mas, da mesma forma que “o cidadão é livre para cultuar sua religião, assim o Estado é livre para cultuar a Deus”. Somente não é permitido que o “Estado se reserve o direito de indicar bispos, párocos” etc. Insiste o autor: a *tolerância* que o “Estado garante para os crentes das diversas religiões (...) é recíproca dos cidadãos, para com o Estado. Fica este livre para seguir o culto cristão que aprouver aos detentores do Poder”. A rigor, trata-se de um desenvolvimento, com coerência dogmática, de uma concepção de ordem constitucional em que vige o princípio da separação, mas da qual está ausente o princípio da não confessionalidade, vale dizer, uma visão seletiva do (CPJ, que aceita 2.1.1 e recusa 2.1.2) – inadmissível, evidente, à luz do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo.

disciplina, “a não ser aquelas pessoas de formação católica apostólica romana”.⁸⁷⁶ Com frontal discordância, pela dupla violação de (CPJ, 2.1.1 e 2.1.2 – princípios da separação e da não confessionalidade), o tema do ensino religioso será enfrentado *infra* (item 4.4.1).

Resta, ainda, ligeira análise da referência a Deus no Preâmbulo da CF 88, já que algumas vezes mobilizada para caracterizar as relações Igreja/Estado.⁸⁷⁷ Na resenha histórica de Pontes de Miranda, lembra-se que Dom Pedro I, *por graça de Deus*, outorgou a Constituição de 1824 (na qual constava proposição inicial, logo depois do título: “Em nome da Santíssima Trindade”). Caído o Império, a Constituição Republicana de 1891 silencia. Na Carta de 1934, os representantes do povo brasileiro, *pondo a nossa confiança em Deus*, reuniram-se em assembléia constituinte para organizar um regime democrático que assegurasse à nação a “unidade, a liberdade, a justiça” etc. A Constituição de 1937 também é silente. No diploma de 1946, os representantes do povo dizem-se reunidos, *sob a proteção de Deus*. Na Carta de 1967 é o Congresso que, *invocando a proteção de Deus*, promulga a Constituição.⁸⁷⁸ A expressão vocabular de 1988, portanto, retorna literalmente a 1946.

Pontes de Miranda leciona que os *preâmbulos* (ou *palavras introdutórias*) enunciam alguma coisa dos propósitos constitucionais e, principalmente, dizem qual o *poder estatal* (o poder de construir e reconstruir o Estado) – as teocracias respondem “Deus”; as democracias clássicas, “o Povo”.⁸⁷⁹ Para Alexandre de Moraes, o preâmbulo pode ser definido como o

⁸⁷⁶ MARTINS, Ives Gandra, “Educação religiosa nas escolas públicas – inteligência do art. 210 da CF”, *Revista dos Tribunais*. Ano 84, vol. 721, novembro de 1995, pp. 81-2 (citado *Educação religiosa*). Na “tradição da história brasileira foi a Igreja Católica apostólica romana aquela que conformou seu perfil de Nação continente (...) por ter se referido, o constituinte, ao ensino religioso – necessariamente católico apostólico romano...” – por fim, sendo tal ensino religioso o “da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, à evidência, caberá a esta Igreja dar o conteúdo da matéria, sendo a responsável por seu programa”. Trata-se, quase, de um retorno à *libertas ecclesiae*...

⁸⁷⁷ Textualmente: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar os direitos sociais e individuais (...) promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁸⁷⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I, São Paulo: RT, 1967 pp. 407-8, 432-4 (citado *Comentários*, I). Quanto ao *problema da unidade*, o autor destaca que era a primeira palavra, quanto a fins, nas Constituições de 1934 e 1937, suscetível de ser encarada pela face externa (direito das gentes) e pela face interna. Dizia que, à época (1967), “os fatos da vida interestatal são de gravidade poucas vezes atingida, em toda a história, e a quebra da *unidade*, na ordem interna, seria a quebra da *unidade* na ordem externa, com prováveis desaparecimentos do caráter estatal. Mas a história, o real, é pela unidade; as divisões foram obras técnicas, que dificilmente *cindirão* o todo real”. Destacou-se para marcar o giro de compreensão do constitucionalismo contemporâneo, imerso no pluralismo, em que se passa da integração à inclusividade (*supra*, item 2.1.3).

⁸⁷⁹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, I, p. 408. “Proteção de Deus” (fórmula de 1946), para o autor, é menos que “em nome da Santíssima Trindade” e mais do “confiança em Deus” (p. 410). O “pondo nossa confiança em Deus”, introduzido à última hora em 1934, “colocou ao lado, em segundo plano, a divindade. Não era Deus, nem qualquer princípio religioso que constituía o veio fecundo de toda a construção (...) era o voto, a democracia” (p. 427). Refere Pontes que o pensamento constituinte de 1946 (como em 1932-34) tinha duas correntes: (a) construir uma “República quase teocrática”; (b) a de “não inserir qualquer referência, ainda acidental, a Deus” –

“documento de intenções do diploma”, uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*. Embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito (não contém normas constitucionais de valor jurídico autônomo), não é irrelevante, vez que “deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem” – não pode, assim, prevalecer contra texto expresso da CF ou ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade; mas, por traçar as diretrizes (políticas, filosóficas e ideológicas) da Constituição, “será uma de suas linhas mestras interpretativas”.⁸⁸⁰

Noutra linha, Ivo Dantas assevera que o preâmbulo funciona como “limite implícito ao poder de reforma constitucional”, já que estabelece, de forma sintética, toda a *ideologia constitucional*, expressa em um *Estado democrático*.⁸⁸¹ Uadi Lammêgo Bulos aceita o preâmbulo como “parte integrante da constituição, dela não se distinguindo nem pela origem, sentido ou conteúdo” e que “servirá para efeito de interpretação”, como um conjunto de princípios que exercem uma “força centrípeta sobre as demais normas da constituição (...) Não criam nem direitos nem deveres e só se prestam ao mister interpretativo se tomados em seu conjunto...”. Considera, ainda, importante a menção ao “elemento teocrático”.⁸⁸² Sérgio Luiz Souza Araújo explora a ideologia do preâmbulo da CF 88, que revela uma “clara manifestação axiológica que se nutre das aspirações da sociedade”, pelo que “todo o texto

o relator de 1934 apontava contradição entre o preâmbulo (a Emenda nº 47 fez triunfar a “confiança em Deus”) e a inviolabilidade de consciência e de crença, mormente se existisse “um só ateu, legítimo representante do povo”. Pondera o autor que se trata de um dos aspectos da *antinomia* democrática – “a incomensurabilidade entre o *todo* (= todos) e a *maioria*”, inexistindo contradição se o princípio majoritário for visto como o cerne da democracia, já que se não supõe unanimidade.

⁸⁸⁰ MORAES, *Direito constitucional*, pp. 48-9. Noutro texto, o autor retira da invocação o fato de o Brasil não ser um Estado-ateu, “pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo constitucional...” (MORAES, *Direitos humanos fundamentais*, p. 118). Em sentido convergente, CUNHA, Fernando, *Direito Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 141, considera a CF 88, em face de seu preâmbulo programático, como “aconfessional, deísta, alheia ao problema da revelação divina, mas acreditando num princípio supremo”, da qual é possível “extrair uma incipiente orientação democrata-cristã”. Também no sentido de que o preâmbulo da Constituição não possui natureza normativa, vide BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5 (citado *Constituição*) e SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 86 – o último autor apontando que a sociedade “fraterna, justa e pluralista” (nos termos do preâmbulo) só “pode subsistir com liberdade, inclusive liberdade religiosa”, pelo que “essa sociedade deve ser tolerante, em relação às diferentes confissões religiosas, senão deixa de ser pluralista, e não terá a liberdade como valor supremo. Portanto, a tolerância é fundamental para a manutenção de uma sociedade fraterna, justa e pluralista”.

⁸⁸¹ DANTAS, Ivo. *Princípios e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995, pp. 215-21, parecendo concluir que o preâmbulo faz parte do texto constitucional visto como um todo.

⁸⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 33-6 (citado *Constituição*). O *elemento teocrático* (cita Francisco Nóbrega, *Deus e Constituição: a tradição brasileira*, Petrópolis, Vozes, 1998, p. 73) “não pode ser olvidado pelo intérprete”, não sendo insular a posição adotada pelo Brasil, já que o direito constitucional comparado registra inúmeros outros países de face teísta em seus preâmbulos. O Deus do chamamento preambular é “ecumênico, porquanto nossa sociedade é pluralista e

constitucional há que ser interpretado em íntima conexão com as ideologias perfiladas no Preâmbulo”. A invocação divina, em sua visão, demonstra “algo extraordinário: a importância de Deus”, que torna relativa toda soberania social e afasta toda “tirania absolutista que sacraliza o poder e pretende fazer de um dirigente um Deus na terra”. Mais, a “economia, a política, a ciências e as artes não podem separar-se da fé que lhes determina seus fins divinos e humanos”.⁸⁸³

No particular, há manifestação do Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a Adin nº 2.076-5 (Acre), em 15/8/2002, relator o Ministro Carlos Velloso. A ação fora impetrada pelo Partido Social Liberal (PSL) contra a Assembléia Legislativa do Estado do Acre, por omissão da expressão “sob a proteção de Deus” do Preâmbulo da Constituição do Acre, que seria, na alegação, “ato normativo de supremo princípio básico com conteúdo programático e de absorção compulsória pelos Estados”, mormente porque o “Preâmbulo integra o texto constitucional e suas disposições têm verdadeiro valor jurídico” (a omissão da invocação litúrgica privou os cidadãos acreanos, únicos no país que deixaram de ficar sob a proteção de Deus).⁸⁸⁴

A Corte firmou entendimento, vertido no Acórdão: “II. – Preâmbulo da Constituição: não constituiu norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa”.⁸⁸⁵ Ao fundamentar, o relator citou Jorge Miranda e doutrina nacional para concluir que o preâmbulo “não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. (...) Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica”. Contém, de regra, “proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta”, estes sim normas centrais de reprodução obrigatória (princípio do Estado Democrático de Direito,

não confessional”. A circunstância da intercessão estar no “pórtico da constituição não lhe retira o valor, porque o preâmbulo é parte integrante da mesma”.

⁸⁸³ ARAÚJO, Sérgio, *O preâmbulo*, Revista de informação legislativa – Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e publicação, 143, julho-setembro 1999, *passim*. A vida, “em todas as suas dimensões, encontra em Deus sua unidade”. Ademais, “mostra fé na transcendência da pessoa humana”. Não podemos “aceitar uma vida social que desloque o homem e desintegre a sociedade. Uma fé ligando o homem à sua origem e ao seu fim é que dá um sentido à sua vida, criando para o homem uma dimensão transcendental para o seu ser”.

⁸⁸⁴ Na Assembléia Nacional Constituinte, a emenda que visava a suprimir a invocação divina foi derrotada na comissão de Sistematização por 74 votos contrários (e somente um voto a favor) – STF, Adin 2.076-5, pp. 219-21. Promulgada a CF 88, dos então 25 Estados-membros, 24 fizeram o chamamento a Deus, apenas o Acre apartando-se da tradição. Segundo o PSL (cf. BULOS, *Constituição*, p. 33), a omissão feriu os arts. 11 e 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “sem falar que a Divindade está presente nas constituições de quase todo o mundo, sendo um Deus ecumênico, irrestrito a esta ou àquela religião em particular”.

⁸⁸⁵ STF, Adin 2.076-5, p. 218. O item I do Acórdão diz: “Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas ou não, incidirão sobre a ordem local”.

princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc.). Em concreto, o preâmbulo da Constituição do Acre não dispõe de forma contrária aos princípios consagrados na CF, só não invoca a proteção a Deus – a invocação preambular da CF, todavia, “reflete, simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico”, consagrada a liberdade de consciência e de crença e a não privação de direitos por crença/convicção (objeção de consciência). Assim, a “Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”.⁸⁸⁶

À investigação a discussão soa bizantina, supérflua qualquer referência ao Preâmbulo da CF de 1988 para a configuração do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, firmes o princípio da separação e da não confessionalidade e em harmonia com os princípios da cooperação e da solidariedade, na tolerante e atenta Carta Constitucional, com apoio textual, como ficou apontado, nos indisputados preceitos normativos.

⁸⁸⁶ A referência divina não tem maior significação, tanto que Constituições de Estados de populações majoritariamente teísta “não contêm essa referência” – exemplifica com os Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Espanha (STF, Adin 2.076-5, pp. 224-8). Segundo Jorge Miranda, citado, o preâmbulo, “proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social”. As três posições doutrinárias: (a) tese da irrelevância jurídica; (b) tese da plena eficácia; (c) tese da *relevância jurídica indireta*, não confundindo o preâmbulo com preceitos normativos, sendo a última versão acolhida pelo autor português, para quem o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição (sem criar direitos ou deveres ou sustentar constitucionalidade por violação). O relator cita, ainda, Paulino Jacques, Sérgio Araújo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Wilson Ferreira Sobrinho, recolhendo a orientação global de que não é normativo, mas princípio informador da interpretação constitucional. A rigor, bem de ver, o STF abraçou a tese (a) da irrelevância jurídica, colocando o preâmbulo no domínio da política. Neste sentido, inclusive, os demais votos. O Ministro Sepúlveda Pertence aduziu: a locução “sob a proteção de Deus” não é uma norma jurídica, “até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada”; é uma “afirmação de fato (observação de Clemente Mariana, em 1946, recordada pelo Ministro Celso de Mello), “jactanciosa e pretenciosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do Brasil”. Não é, de todo modo, norma jurídica (nem princípio constitucional), “independentemente de onde esteja” (p. 229). O Ministro Marco Aurélio acrescentou que o “intróito não integra o corpo da própria constituição” – pelo que não pode repercutir a ponto de se “adentrar o campo da simetria, exigindo-se que haja adoção uniforme em todas as unidades da Federação” (p. 230). Também considera que “peca” contra a *humildade* a invocação divina preambular, citando Celso Bastos, MARTINS, *A educação religiosa*, p. 85, nota 13: tendo-se voltado à “fórmula soberba da Constituição de 1946”, ao passo que a de 1967 foi mais *humilde* (observação que Celso Bastos retirou de Manoel Gonçalves Ferreira Filho), ao *invocar Deus*, “vez que não se sabe a partir de que indícios os constituintes se consideraram certos de estarem sobre a proteção divina”.

4 A LIBERDADE RELIGIOSA NA COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Percorrido este caminho, delibam-se as *fronteiras* do direito à liberdade religiosa. Um tratamento adequado de relevantes problemas pressupõe, em novo patamar dogmático, investigar a convivência da liberdade religiosa com outras exigências constitucionais impostas por uma abordagem sistemática dos demais direitos e garantias fundamentais. O que leva a princípios em tensão, à discussão sobre os limites, à questão da vinculação das entidades privadas pelo direito e de como opera a liberdade religiosa nas relações que se travam diretamente entre particulares.

Intuitivo que a atuação concreta do direito à liberdade religiosa como um todo, no sistema dinâmico e intercultural de uma sociedade plural e pós-secular, implica uma gama de relações complexas (*supra*, itens 1.3.2 e 2.1.1), em que é preciso dar conta da interação entre os planos subjetivo e objetivo (CPJ, 1 e 2). Na primeira dimensão, subjetiva, inúmeras vezes concorrem e/ou confrontam-se diferentes titulares do mesmo direito fundamental e/ou de outros direitos fundamentais – convergentes ou eventualmente instrumentais, quando não, simplesmente, em linha de conflito.⁸⁸⁷

Segue-se, portanto, o esforço para captar as diretrizes dogmáticas capazes de orientar a aplicação do direito constitucional em tela, quando chamado a responder às exigências do

⁸⁸⁷ Os conflitos no âmbito dos direitos fundamentais manifestam-se sob as formas de *concorrência*; *colisão em sentido estrito* (quando o exercício de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares, e podem ocorrer entre direitos idênticos ou diferentes) e *colisão em sentido amplo* (entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos) – STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais*, pp. 64-6). ALEXY, *Colisão*, p. 69, subdivide a colisão em sentido estrito de direitos fundamentais idênticos em quatro categorias, a terceira das quais ocorre em razão de que se podem manifestar positiva ou negativamente, sendo típico o caso da *liberdade de crença*: na Resolução-Crucifixo do Tribunal Constitucional alemão tratava-se de decidir se o Estado pode ordenar a afixação de uma

real. É vital conferir um certo *sentido às colisões*, submetê-las a determinados vetores. Urge, também, clarear o conceito e a prática dos *limites* dos quais não pode desbordar o *cluster right* (já que se não conceberia uma ordem jurídico-constitucional colonizada pela religião), bem como, ao mesmo tempo, garantir o *núcleo essencial* das posições jusfundamentais catalogadas – sob pena de retirar-se com uma mão o que fora alcançado pela outra. Assim equipados, é viável pautar normativamente as *relações entre vários sujeitos particulares*, em diferentes subsistemas sociais, todos cidadãos portadores, em igual dignidade, de liberdade religiosa. Trata-se, enfim, de auferir a cautela dogmática disponível, para a mais segura possível navegação de fronteiras. É a próxima tarefa.

4.1 A DINÂMICA DAS COLISÕES E A SUJEIÇÃO A LIMITES. O NÚCLEO ESSENCIAL

Limitar direitos fundamentais é “coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade”, o que a Constituição só faz ela própria numa parte pequena. A tarefa é, pois, fundamentalmente, *produção de concordância prática*, o que requer, reitera Hesse, a coordenação “proporcional”.⁸⁸⁸ Refere-se, para ilustrar, à liberdade de opinião como uma “parte essencial da liberdade política e espiritual”, que abrange a liberdade de informação e também protege a “comunicação de fatos” determinada a possibilitar ou influenciar a formação da opinião. Entretanto, “não é protegida pelo artigo 5º da Lei Fundamental a informação de fatos falsa, consciente ou demonstrada”. Saber, em cada caso particular, quando uma informação não se deve efetuar, não é algo que se possa decidir unilateralmente, à custa da liberdade de informação – “é necessária, antes, a produção de concordância prática”.⁸⁸⁹

Canotilho, em texto relativamente recente, aborda o tema ao indagar se a *dogmática das restrições* dos direitos fundamentais pode ser transferida para o problema dos limites aos chamados “direitos civis” de personalidade, definida *restrição* como “afetação desvantajosa

cruz em salas de aula de escola pública (colisão entre a liberdade de crença negativa dos não-cristãos e a liberdade de crença positiva dos cristãos).

⁸⁸⁸ HESSE, *Elementos de direito constitucional*, p. 255. Há limites no controle judicial dessa limitação dos direitos fundamentais. As concepções políticas podem diferir e o juiz não deve pôr a sua “no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos” (p. 257). Sobre direitos fundamentais e “status especial” (no exemplo da discricção profissional do funcionário versus direito de manifestar livremente sua opinião) também há de incidir a *concordância prática* (pp. 261-2).

de direitos ou liberdades juridicamente protegidos”. O que leva à querela das teorias: significativa parte da doutrina (civilística e constitucional) adotando a (i) *teoria interna* ou *teoria dos limites imanentes* e outra parcela defendendo a (ii) *teoria externa* ou *teoria de intervenção e de limites*.⁸⁹⁰

Da primeira concepção (i), para ilustrar, comunga Vieira de Andrade, ao lidar com a idéia de “conflito aparente”, decorrente de limites imanentes (expressos ou implícitos), como no exemplo que fornece: não há liberdade de opinião quando o jornalista divulga opinião que é incitamento público à prática de crimes, ou divulga fatos íntimos da vida de anônimo cidadão particular (o que se poderia ilustrar, na seara religiosa, com o sacrifício ritual de vidas humanas).⁸⁹¹ A segunda (ii), por outro lado, tem Alexy como um dos corifeus. A questão é polêmica e permanece em aberto. Toca direto com o âmbito de proteção e o suporte fático do direito fundamental, “aquilo que é concedido *prima facie* pelas normas jusfundamentais, isto é, sem levar em conta as restrições”.⁸⁹² Digladiam-se as *teorias estrita e ampla do suporte fático*, defendendo Alexy, como apontado, a ampla. Para que se produza a consequência jurídica jusfundamental *definitiva* (a proteção jusfundamental definitiva) tem que “estar preenchido o suporte fático e não estar satisfeita a cláusula restritiva [estrita]; para que não se produza, ou bem tem que não se preencher o suporte fático ou satisfazer-se a cláusula restritiva [ampla]”.⁸⁹³

⁸⁸⁹ HESSE, *Elementos de direito constitucional*, pp. 302-5. Quanto à liberdade de arte e ciência, especialmente de investigação e ensino, vide pp. 310-3.

⁸⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 340-1 (citado *Dogmática de direitos fundamentais*).

⁸⁹¹ ANDRADE, *A problemática*, p. 89.

⁸⁹² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 292-3. Um exemplo de norma jusfundamental permissiva, que oferece menores dificuldades, é a que permite a catequização (proselitismo) de quem sustenta outra fé religiosa: “se uma ação é uma catequização de alguém que sustenta outra fé religiosa, então, *prima facie*, sua realização está jusfundamentalmente permitida”.

⁸⁹³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 298-9, em que abraça a “teoria ampla do suporte fático como uma teoria de construção”. Observa o autor: “Quem deseja proteger definitiva e jusfundamentalmente o mais possível, pode tentar fazê-lo concebendo amplamente o suporte fático e estreitamente a restrição” – um amplo suporte fático não está necessariamente vinculado com uma restrição ampla”, pois tal vinculação trata-se de uma questão normativa. Nas pp. 300-11, Alexy resenha duas teorias estritas do suporte fático: a teoria do alcance objetivo de Fr. Müller e a teoria das limitações na base de leis gerais de Rüdner. No conhecido exemplo do pintor que executa sua arte num cruzamento movimentado, Alexy entende que, embora estivesse ao amparo do suporte fático do direito fundamental de liberdade artística, são os direitos de terceiros e bens coletivos (segurança e rapidez do trânsito) que excluem a proteção (pp. 303-6). *Não se prescinde, nunca, da ponderação*, embora pudesse tornar-se *supérflua* no caso patente do *homicídio numa encenação teatral* ou do artista que rouba seu material de trabalho, exemplos apontados pela *teoria estrita como de exclusão do suporte fático* (p. 310) – certo que as teorias estritas do suporte fático desconsideram a ponderação, como no caso de proibir-se uma procissão religiosa em caso de risco sério de epidemia, que não seria dispensável, todavia, em caso de “reduzido perigo de epidemia”, o que facilmente poderia descambar para “medidas de perseguição religiosa”. A discussão segue nas pp. 311 e ss. Registra-se, apenas, seu exemplo do furto, no qual o autor tem, *prima facie*, a

Na abordagem dogmática referida, Canotilho precisa que, em termos teóricos, o que está em causa é se devemos lidar com uma teoria *restritiva* ou *alargada do Tatbestand* e se devemos escolher uma teoria *interna* ou *externa* na compreensão da *restrição* (intervenção restritiva) de um direito fundamental.⁸⁹⁴ Parte da idéia de que não há identidade entre âmbito de “proteção” e âmbito de “garantia efetiva” de um direito fundamental – o primeiro significa que um bem é protegido, mas nele podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou privados (mesmo lícitas, carecem de justificação e de limites); o segundo é o domínio no qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita.. Partindo das premissas da teoria *externa*, o âmbito de garantia efetivo é o “âmbito de proteção definitivo depois de estabelecidas as restrições”, ao passo que, eleita a teoria *interna*, o âmbito de garantia efetivo é o que “resulta depois de um cuidadoso recorte dos limites que *a priori* (limites imanentes) subtraem ao âmbito de proteção determinadas ações, posições, comportamentos”. O problema é que, nas colisões entre direitos, não é fácil delimitar os diferentes âmbitos (de proteção e de garantia efetivo), pela simples razão que a “intervenção restritiva surge associada ao próprio direito”, seja na dogmática civil ou na constitucional.

Didaticamente: para a (i) *teoria interna*, os direitos e os respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica, pelo que o conteúdo definitivo de um direito já resulta da visão do direito “nascido” com limites – o âmbito de proteção de um direito é também seu âmbito de garantia efetivo; o esquema da (ii) *teoria externa*, a seu turno, concebe direitos e restrições como dimensões separadas (restrições como “desvantagens” impostas externamente aos direitos) – o âmbito de proteção de um direito *é mais extenso* do que seu âmbito de garantia efetivo (aos “direitos sem restrições” são apostos limites que diminuem o âmbito “inicial” de proteção). Interessa, todavia, que o acréscimo de duas outras dimensões metódicas na grelha analítica (1ª, a distinção entre *princípios* e *regras*, na seara dos direitos fundamentais; 2ª, a indispensável *ponderação* de direitos e bens, rebelde à fixação de padrões teóricos abstratos) demonstra a “insustentabilidade de teorias puras”, a suplantarem a “radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições”.⁸⁹⁵

liberdade geral de ação jusfundamentalmente protegida (caso potencial que se limita pela proibição), concepção apodada de grotesca por opositores (pp. 318-9). Inviável desenvolvê-la, não se descarta analogia com as relações entre tipicidade e ilicitude no âmbito do injusto penal (vide WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 156-62).

⁸⁹⁴ CANOTILHO, *Dogmática de direitos fundamentais*, pp. 343-7.

⁸⁹⁵ CANOTILHO, *Dogmática de direitos fundamentais*, pp. 348-56. Ao visitar as teorias, Canotilho comenta catorze argumentos em geral esgrimidos (que reduz para onze) e tendentes à dicotomia, para concluir que as dogmáticas das restrições, seja em nível constitucional ou cível, “não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes” nos quadros da mesma ordem jurídica e axiológica. Aliás, ALEXY, *de los derechos fundamentales*, pp. 298-9, já registrara que há duas respostas para a questão de saber se uma forma de ação está

Se alguma diferença hoje existe, prossegue Canotilho, talvez seja que a *teoria externa* e do *Tatbestand alargado* permitem “adaptar-se melhor os desafios da *inclusividade* e da *multiculturalidade* com que hoje se defronta a justiça constitucional” do que as teorias *interna* e do *Tatbestand restrito*, que foram “sedimentadas em sociedades civis tendencialmente mais homogêneas” – daí que o ilustre juspublicista alemão Peter Häberle falasse, há não muito tempo, do “nosso Islã europeu” e termine Canotilho por indagar “como se passarão as coisas na ordem jurídica civil?”. A investigação assume tal posição, em face do que ficou dito *supra* (itens 2.1.2 e 2.1.3 – perspectiva intercultural e função constitucional de inclusividade).⁸⁹⁶

Em reforço à constatação de Canotilho, partindo de outra concepção (a tese liberal de que os direitos fundamentais apenas vinculam o Estado, invocáveis somente contra uma ação estatal – *state action* – presumidamente ilícita), o direito constitucional norte-americano, ao ampliar os conceitos de poder público e ação estatal, acaba chegando a resultados práticos similares aos da jurisprudência alemã.⁸⁹⁷

Quanto à teoria dos *limites imanes*, Steinmetz argumenta que “só é necessária e útil se justificar a possibilidade de concretização de limites imanes pelo legislador ordinário”.⁸⁹⁸ Certo que a existência, na Constituição, de direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei (caso de várias posições da liberdade religiosa como um todo) poderia induzir, “em uma análise simples e apressada, à conclusão de que há direitos não passíveis de restrição”. Todavia, e o autor cita Alexy e Canotilho em reforço, tais direitos apenas *prima facie* não são restringíveis – “nem tudo que cai sob o suposto fático de uma norma de direito

jusfundamentalmente protegida: está permitida ou não está – as duas respostas podem fundamentar-se em quatro construções lógicas (que articulam suporte fático e restrição). “Chama a atenção que, para a fundamentação da permissão, serve só uma construção, mas, para a fundamentação da não-permissão, três. As três construções são *equivalentes no que diz respeito com seu resultado*.” – trata-se de uma eleição dogmática.

⁸⁹⁶ CANOTILHO, *Dogmática de direitos fundamentais*, p. 357. Em sentido convergente, “(...) na hora da verdade, as diversas construções teóricas conduzem aos mesmos resultados.” – UBILLOS, Juan María Bilbao. “Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, In: *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 317 (citado em *En qué medida?*).

⁸⁹⁷ Com tal relativização da doutrina da *state action*, tribunais americanos puderam negar legitimidade à administração de uma “cidade privada” (*company town*) ou de um *shopping center* para que impedissem a *distribuição de panfletos por testemunhas de Jeová* nas suas ruas e praças (proselitismo – CPJ, 1.1.4.1 a 1.1.4.3), o mesmo valendo para a distribuição de informação sobre temas de interesse público (não prevaleceu o argumento de que o espaço estaria submetido ao regime da propriedade privada) – cf. SARLET, *Direitos fundamentais e direitos privados*, pp. 134-5. Para maiores detalhes da *state action*, inclusive com relato de refluxo da concepção doutrinal nas duas últimas décadas, “reação frente a um desenfreado ativismo judicial”, vide UBILLOS, *En qué medida?*, pp. 318-20, optando o autor pelo reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que, não obstante possa ser *direta*, é “sempre matizada, condicionada, não indiscriminada” – veja-se adiante (item 4.2).

⁸⁹⁸ STEINMETZ, *A colisão de direitos fundamentais*, pp. 43-4. Do contrário, “o conceito de colisão de direitos fundamentais absorve a noção de limites imanes”. Assevera que é hegemônica a concepção (na doutrina e

fundamental sem reserva está protegido definitivamente” – e, se nos casos concretos colidirem com outros direitos fundamentais (ou bens constitucionalmente protegidos), “de uma ponderação de bens resultará a restrição”. Indaga, a seguir, se o legislador brasileiro está autorizado a concretizar limites imanentes, mesmo em face de direito fundamental garantido sem reserva de lei, e responde afirmativamente (citando posição similar de Gilmar Ferreira Mendes quanto à liberdade de expressão, art. 5º, IX, CF 88).⁸⁹⁹

Também Paulo Gustavo Gonet Branco refere-se aos limites imanentes, advertindo para a circunstância de que “nem todas as situações pensáveis, referidas a um direito, estão necessariamente protegidas por ele”, já que há situações que, “embora semanticamente incluídas na norma de direito fundamental, não acham nela proteção”. Entre os problemas cotidianos que menciona, vai o de saber se o “curandeirismo se inclui no âmbito da liberdade religiosa ou de culto ou se o discurso de ódio racial é protegido pela liberdade de expressão”.⁹⁰⁰

Chegando-se as tema das *restrições à liberdade religiosa*, é de conjugar as exigências de otimização com a consideração de que os restantes direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos servem de base para as restrições do direito à liberdade religiosa. Na busca de enfatizar o equilíbrio, trata-se de uma *grandeza concretamente variável* que trava com outros direitos uma “relação principial de mútua definição de limites”, nenhum dos quais suscetível de “hipostasiação aniquiladora dos direitos que com ele convivem a

jurisprudência constitucionais alemã, espanhola e portuguesa, v.g.) de que limites imanentes existem (p. 50), embora o dissenso na sua fundamentação teórico-dogmática

⁸⁹⁹ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais*, pp. 47-61. Já no âmbito das decisões judiciais, considera o autor, a situação concreta seria melhor definida com a noção de *colisão de direitos fundamentais* e aplicação do princípio da proporcionalidade. A interpretação sistemática a concluir pela possibilidade de intervenção legislativa restritiva da liberdade de informação para proteção da imagem, da honra e da intimidade (art. 5º, X, CF 88) encontra-se em MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 234-6. Análise da mesma questão, porém sob o prisma da liberdade de conformação legislativa jurídico-penal, em WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 327-9.

⁹⁰⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 187-8 (citado *Aspectos*). Há vários critérios para resolver essas indeterminações, que podem ser combinados: a teoria liberal que enfatiza a defesa do indivíduo contra os poderes públicos; a teoria dos valores (vetor objetivo dos direitos fundamentais); a função social que o direito proclamado exerce (utilizado, por exemplo, por Owen Fiss para afirmar que a função democrática da liberdade de expressão não protege constitucionalmente o discurso do ódio e a pornografia). Há, ainda, que verificar se as condutas que estão enfeixadas no suposto de fato da norma não estão definidas como crime (p. 189). Assim, a prática de curandeirismo não estaria albergada na liberdade de religião, como decidiu o STF: RHC 62.240/SP, RTJ 114/1038, rel. Min. Francisco Rezek – “Curandeirismo. Condenação criminal fundada em fatos inconfundíveis com o mero exercício da liberdade religiosa” (p. 190). De afastar a teoria de Fr. Müller, que excluiria as modalidades inespecíficas (circunstâncias acidentais), especialmente perigosa, no sentir da investigação, em face das confissões minoritárias e inconventionais. Já o recurso a uma *reserva de amizade* ou de *não prejudicialidade* opera a partir do modelo de ponderação (p. 191).

normatividade constitucional”⁹⁰¹ – Jónatas nota o risco de sublinhar-se em demasia a restrição, ao afirmar que o artigo 9º da Convenção Européia tem sido mais utilizado, pela via do seu § 2º,⁹⁰² para restringir as garantias enunciadas, “em prejuízo dos grupos religiosos minoritários”; exemplifica com o fato da Holanda ter imposto vacinação obrigatória mesmo àqueles portadores de convicções religiosas contrárias e com o informe do governo da Alemanha para avisar os cidadãos dos perigos das “seitas juvenis” (*Jugendsekten*).

Adragão fornece interessante quadro acerca do problema dos limites da liberdade religiosa no direito comparado: (a) nos EUA, onde não há referência constitucional explícita aos limites, a imposição se dá pela jurisprudência da Suprema Corte, mediante interpretação extensiva dos conceitos de “estabelecimento de uma religião” e de “interesse governamental” (fim perseguido pelas leis restritivas); (b) na França, a *ordem pública* é o único limite explícito que consta do “bloco de constitucionalidade, além da aplicabilidade dos “limites gerais aos direitos fundamentais” (e uma extensa definição jurisprudencial feita pelo Conselho de Estado no “Parecer sobre o *foulard*”, em 1979); (c) na Alemanha, não há limite específico na Lei Fundamental (a delimitação é doutrinária e jurisprudencial); (d) na Itália, “só a Constituição define os limites”, citando-se a não violação da ordem jurídica pelos “estatutos confessionais”, os *bons costumes* e a refração dos limites à liberdade de associação sobre as pessoas coletivas religiosas (a doutrina acrescenta a *ordem pública*); (e) na Espanha, a Constituição refere a *ordem pública*, com base na qual a LOLR constrói uma cláusula geral de limites (integrada por direitos alheios, segurança, saúde e moralidade pública – art. 3º, 1, da lei mencionada).⁹⁰³

⁹⁰¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 278-80. Quanto à vacina, no Brasil há solução legal diversa (*infra*). O aviso sobre o perigo das “seitas” mereceria análise mais criteriosa e circunstancial, aos efeitos de ponderação concreta.

⁹⁰² BARRETO, *A Convenção Européia*, p. 202, repara que, ao revés do que acontece no nº 2 dos arts. 8º, 10 e 11 (que se referem à globalidade dos direitos mencionados no nº 1), “o nº 2 do art. 9º visa apenas a *liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções*” – tais restrições seguem o esquema do nº 2 do art. 8º: “devem estar previstas na lei e mostrarem-se necessárias numa sociedade democrática à prossecução dos objetivos ali previstos”, mas, ao contrário desse dispositivo, “não se referem à *segurança nacional e ao bem-estar econômico do país*, omite-se também à referência à *prevenção das infrações penais*, mas esta deve englobar-se na proteção da ordem”.

⁹⁰³ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 266. Certo é que há bens jurídicos que, pela sua importância para a existência humana, “não podem ser violados a pretexto da liberdade religiosa. A fronteira social irrenunciável, prevalecendo sobre o relativismo cultural, é constituída pelos valores ligados à idéia de dignidade da pessoa humana, expressos através da tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes” (p. 267). Em Portugal, em que não há limite constitucional explícito, o autor refere a cláusula geral de limites do art. 29, 2, da Declaração Universal, e em especial o art. 9º, 2, da Convenção Européia – a liberdade religiosa está sujeitas as limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente: a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros; a satisfazer as justas exigências da segurança pública, da moral, da saúde e da ordem pública, numa sociedade democrática. Da mesma forma, por analogia, os limites constitucionais à liberdade de associação são “pressupostos materiais negativos da liberdade de constituição de confissões religiosas”: vedados

Num sentido amplo conferido por Alexy, pode haver colisão entre direitos fundamentais e bens coletivos, sendo a *segurança pública* (ou interna) um bem coletivo central do Estado de direito liberal, mas de caráter *ambivalente*, pois o “dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública”.⁹⁰⁴

Seja como for, importa repisar que a garantia da liberdade religiosa capta-se a partir de conceito amplo, não definitório, de religião (*supra*, item 3.2.2), mas o suporte fático alargado não implica incluir, adverte Jónatas, no respectivo âmbito de proteção, comportamentos (individuais ou coletivos) que, ainda que “religiosamente motivados, revestem uma natureza específica”, v.g., atividades comerciais, político-partidárias, científicas, artísticas etc. – casos em que a tutela constitucional efetiva-se “através de outros direitos fundamentais”.

A ulterior restrição do *Tatbestand* da liberdade religiosa condiciona-se a um *substantive due process*, a um conjunto de requisitos *formais* e *materiais*, visto que uma “restrição dos direitos fundamentais distingue-se da sua violação precisamente pela observância das referidas exigências” (Jónatas). Não se tem, no *caso brasileiro* (e também português), *previsão explícita*, no plano *constitucional*, de *qualquer restrição legal*, o que, se é coerente com a íntima proximidade com a dignidade da pessoa humana (a conferir perímetro especialmente alargado à liberdade religiosa, que não pode ser suspensa no *estado de defesa* ou sequer no *estado de sítio* – artigos 136 e 139, respectivamente, da Constituição Federal), não significa direito destituído de limitação,⁹⁰⁵ inclusive em face dos limites implícitos já referidos (*supra*, item 2.2.2).

Socorre Gilmar Ferreira Mendes, a lembrar que a CF 88 (como as anteriores) consagra a técnica de estabelecimento de restrição legal direta a diferentes direitos individuais (exs. no art. 5º, XII, XIII, XV, XVII); outras vezes, inserindo-a na própria definição da garantia (art.

os grupos que se proponham fins violentos ou contrários à lei penal e a constituição de organizações armadas, militarizadas, racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (art. 46, 1 e 4, Constituição Portuguesa) – p. 373. Maiores comentários, com aporte de outros doutrinadores portugueses, às pp. 411-5. Em concreto, considera interessante a posição de Jónatas (“A Constituição e os movimentos religiosos minoritários”), que critica a proibição de publicidade de natureza religiosa (Decreto-Lei nº 330/90, Código da Publicidade), uma “concepção paternalista e *infantilizadora* da competência moral prática dos cidadãos”, a par de uma “presunção constitucionalmente inadmissível do caráter fraudulento e manipulativo da mensagem religiosa”. Preconiza, também, a utilização da legislação penal geral (desaconselhável a adoção de legislação especial “anti-seitas”), sendo de evitar os “excessos preventivos, em nome de uma duvidosa profilaxia social”.

⁹⁰⁴ ALEXY, *Colisão*, p. 272.

⁹⁰⁵ O art. 19º, 6, da Constituição Portuguesa estabelece a não afetação, dentre outros direitos, da liberdade de consciência e de religião no caso de declaração de estado de sítio ou de emergência.

5º, XVI, “pacificamente e sem armas”) – filia-se à teoria interna, concebendo os direitos fundamentais como princípios que conferem posições *prima facie*.⁹⁰⁶ Seja como for, os direitos individuais fundamentais só podem ser limitados (restringidos) por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária com fundamento na própria Constituição (*restrição mediata*), sendo que algumas restrições explícitas no texto constitucional advém do regime excepcional de *estado de necessidade* (estado de defesa e estado de sítio).⁹⁰⁷ Certo que a falta de previsão de reserva legal “não assegura maior efetividade”, pois o “esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção, ou mesmo legitimar a imposição de restrições”, também é verdade que a “utilização abusiva dessas reservar pode reduzir ou mesmo nulificar a garantia outorgada pela Constituição”. Importa sinalar que a “reserva legal” envolve aspectos *formais* (competência para estabelecer a restrição, o processo e a forma de realização) e *materiais* (observância das condições das reservas qualificadas, da proporcionalidade/ponderação e do “princípio da proteção do núcleo essencial”).⁹⁰⁸

Na *reserva legal simples* (RLS), a Constituição autoriza, em diversas disposições e com diferentes fórmulas, a “intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos individuais”, sem fazer qualquer exigência no que tange ao *conteúdo* ou à *finalidade* da lei, exemplificando Gilmar Ferreira Mendes com a prestação de assistência religiosa (*nos termos da lei*) e a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (*na forma da lei*) – CF 88, art. 5º, VI e VII. Na *reserva legal qualificada* (RLQ), a eventual restrição deve ter em vista a “persecução de determinado objetivo ou ao atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição”. Há, ainda, os direitos individuais sem reserva legal expressa (SRLE).⁹⁰⁹

⁹⁰⁶ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 223-6.

⁹⁰⁷ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 227-9. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressa a idéia de limite dos direitos naturais no art. 4º: a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; o exercício dos direitos de cada homem não tem por limite senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos; limites que só podem ser determinados por lei. No seu art. 10, assegura-se a liberdade de pensamento e de opinião, *contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida em lei*. A liberdade religiosa e de culto, na CF de 1937, deveria observar “as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”.

⁹⁰⁸ MENDES, *Os direitos individuais*, p. 230-1.

⁹⁰⁹ MENDES, *Os direitos individuais*, p. 232. Exemplo de direito individual (SRLE) o autor fornece no art. 5º, X, CF 88 – inviolabilidade da imagem). Exemplos de (RLQ) no mesmo art. 5º, XIII (atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer), XII (ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal) e LX (quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem) – pp. 236-9.

Vale dizer, para ilustrar, que as posições (CPJ, 1.1.11) e (CPJ, 1.1.7 e 1.1.7.1) submetem-se a (RLS),⁹¹⁰ ao passo que na posição (CPJ, 1.1.2 – liberdade de crença) ocorre o regime (SRLE).⁹¹¹ Já as posições (CPJ, 2.1.3 e 2.1.4 – princípios da cooperação e da solidariedade) submetem-se a (RLQ – colaboração de interesse público, na forma da lei), uma reserva legal qualificada pela finalidade.

No caso (SRLE), não pode o legislador, em princípio, “ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção”. Gilmar Ferreira Mendes consigna a unanimidade da doutrina do direito comparado, no sentido de que “nem tudo que se encontra protegido, em tese, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa (...) colhe efetiva proteção dos direitos fundamentais” (um de seus exemplos é a *liberdade religiosa*), sendo que a possibilidade de uma *colisão* legitimaria o estabelecimento de uma restrição no caso (SRLE), justificando-se o legislador com fundamento nos “direitos de terceiro ou em outros princípios de hierarquia constitucional”, o que se facilita, no Brasil, pela “cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição”. Em qualquer caso, *tais restrições são limitadas*, cogitando o autor dos chamados “limites imanentes” ou *limites dos limites (Schranken-Schranken)*, que “balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais” – decorrem da própria Constituição e referem-se tanto à “necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental”, quanto à “clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”.⁹¹²

Também a vertente constitucional espanhola reconhece a figura do efeito de irradiação e da limitação recíproca, ao consignar que, se por um lado, os direitos e liberdade envolvidos com a expressão não são absolutos, “tampouco pode-se, por outro, atribuir tal caráter aos limites aos quais há de submeter-se seu exercício (...) *a força expansiva de todo direito fundamental restringe o alcance das normas limitadoras que atuam sobre o mesmo; daí a exigência de que os limites dos direitos fundamentais não de ser interpretados com critérios restritivos e no sentido mais favorável à eficácia e à essência de tais direitos*” (STC 20/1990).⁹¹³ Em outras duas decisões, o Tribunal Constitucional Espanhol confirmaria a

⁹¹⁰ Direito de assistência religiosa “nos termos da lei” e proteção aos locais de culto “na forma da lei” (CF 88, art. 5º, incs. VII e VI, respectivamente).

⁹¹¹ Não há previsão constitucional de que lei possa restringir a liberdade de crença.

⁹¹² MENDES, *Os direitos individuais*, p. 240-1.

⁹¹³ STC 20/1990, de 15 de fevereiro, *apud* SALVADOR CODERCH, *El Mercado*, p. 122 – em junho de 1982, no semanário *Punto y Hora*, o jornalista Fernández Pérez criticou a organização, pela Espanha, do Campeonato Mundial de Futebol daquele ano, que estaria sendo utilizado pelo governo, como sempre o faziam os regimes ditatoriais, além de criticar as origens históricas da monarquia constitucional, mencionando o “passado fascista do Rei”. Fora, por isso, condenado pelo Tribunal Supremo a seis anos e um dia de prisão por injúrias leves ao

premissa de *interpretação restritiva dos limites* especificamente para o caso da liberdade religiosa: “(...) os limites à liberdade de crenças estão submetidos a uma interpretação estrita e restrita” (STC 141/2000); “(...) como direito de liberdade, a liberdade religiosa não está submetida a mais restrições do que aquelas que podem derivar-se da citada cláusula de ordem pública prevista no próprio artigo 16.1 da Constituição (...)” (STC 46/2001).⁹¹⁴

Referiu-se (*supra*, item 3.2), como um dos quatro desdobramento do plano objetivo dos direitos fundamentais, a noção de *eficácia irradiante*,⁹¹⁵ em cujo âmbito também se fala em *efeito recíproco*, que serve como *limite dos limites* – a lei limitadora há que ser interpretada conforme o valor posto pelo direito fundamental em tela (no caso, a liberdade religiosa); e, portanto, limitada na sua eficácia limitadora. Costa Andrade, numa observação que serve perfeitamente ao direito fundamental à liberdade religiosa (permeabilidade categorial), caracteriza a relação entre a liberdade de imprensa [liberdade religiosa] e os valores conflitantes como dinâmica, “sem fronteiras pré-determinadas e fixas”. É o próprio relevo constitucional da liberdade religiosa que “condiciona o alcance com que os valores conflitantes a podem balizar”. Assim, “as norma de direito (penal) ordinário” que de algum modo estabelecem limites à liberdade religiosa estarão sempre “iluminadas com a luz da Constituição”, devendo ser “sempre interpretadas a partir do programa de tutela da liberdade de imprensa [religiosa] consignado na Constituição”.⁹¹⁶

Chefe de Estado (por escrito e com publicidade), até que o Tribunal Constitucional aceitou seu amparo, na decisão citada. Antes, na STC 121/1989, a Corte recordara sua tese sobre o “valor superior de eficácia irradiante” das liberdade do art. 20 da CE, que obriga o juízo penal a verificar se o exercício dessas liberdades atua, ou não, “como causa excludente da antijuridicidade” (p. 103). Não escapa a Salvador Coderch que a tese do efeito de irradiação, ao deparar-se com limites que são também direitos fundamentais, resulta incompreensível, diante da mútua força expansiva (p. 122). Há uma certa circularidade dos valores em jogo, imagem aliás expressivamente delineada por Faria Costa (relação biunívoca entre o círculo e a circunferência). É mais coerente, nesta ótica, a construção da *prefered position*.

⁹¹⁴ Citadas por LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa*, pp. 123-5.

⁹¹⁵ Vide SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 154-60. O autor observa que a eficácia irradiante tem na *interpretação conforme à Constituição* “um dos seus mais férteis instrumentos”, aliás hoje expressamente prevista em lei (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99) possibilita que o STF elimine, na fiscalização abstrata dos atos normativos, “possibilidades exegéticas de determinada norma, sem redução do seu texto”. Serve também para a *filtragem constitucional*, pela qual toda legislação infraconstitucional terá de ser “revisitada pelo operador do direito”, com especial incidência, por exemplo, no direito penal (refere o problema da contravenção de vadiagem, art. 59 do Decreto-lei nº 3.688/41; e do conceito de “mulher honesta”, nos crimes sexuais) – no último caso, recente intervenção legislativo resolveu a questão....

⁹¹⁶ ANDRADE, Manuel, *Liberdade*, pp. 46-9. Adiante (p. 156), consigna que “a experiência alemã da *teoria do efeito recíproco* não passará, afinal, de uma técnica de *ad hoc balancing*” (ao estilo da vertente norte-americana). O efeito recíproco surge no contorno do *Lüth-Urteil* e conseqüência desta decisão “é a substituição da teoria de que no caso de conflito entre liberdade de expressão [liberdade religiosa] e um outro bem jurídico cederia sempre a primeira, pelo princípio da ponderação de bens entre a liberdade de expressão [liberdade religiosa] e o bem jurídico tutelado pela lei limitadora” (SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. *Liberdade de imprensa*. Coimbra, Separata do v. XXVI do Suplementos ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, p. 284).

Ao desdobrar-se em *posições jurídicas* que *substanciam outros direitos fundamentais*, naturalmente a liberdade religiosa vai conformar-se com os limites constitucionais diretos e indiretos que *valem genérica e formalmente para as atividades de suporte*: liberdade de expressão, de reunião, de manifestação, de associação etc., estabelecidos já de forma ponderada pelo legislador constituinte. Neste contexto, por exemplo, veda-se a utilização da liberdade de reunião e associação religiosa para justificar a “prossecação de fins violentos” ou contrários à lei penal ou para contrariar a “aplicabilidade de outras regras constitucionais que condicionem, de alguma forma, o exercício desses direitos. No mais, verificam-se *limites implícitos*, que decorrem de leitura sinóptica da constituição e da necessidade de compatibilizar a liberdade religiosa com os “direitos de terceiros” e com “outros bens jurídicos” (por exemplo *vida, integridade física, saúde, meio ambiente, segurança pública*), certo que o direito em tela “não protege práticas que ponham em perigo a saúde pública” – tudo no quadro de um “processo racional de harmonização compromissória”.⁹¹⁷

Na ótica da investigação, também para a livre manifestação do pensamento religioso é vedado o anonimato (art. 5º, IV, CF 88); a reunião religiosa há de ser pacífica e sem armas, não podendo frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, exigível o “prévio aviso à autoridade competente” (CF 88, art. 5º, XVI); é livre a criação de associações religiosas, desde que para fins lícitos e sem caráter paramilitar (art. 5º, inc. XVII, CF 88) – os fins lícitos, aqui, devem escoimar-se da chamada “infecção de preconceitos majoritários” (*infection of majoritarian bias*), pena de tornar-se retórica a garantia constitucional.⁹¹⁸ Também as reuniões religiosas, por outro lado, podem ser restringidas (mesmo que exercidas no seio das confissões religiosas) na vigência do estado de defesa (art. 136, § 1º, I, ‘a’, CF 88) e suspensas por decreto de estado de estado de sítio (art. 139, IV, CF 88) – reuniões religiosas, bem entendido, não o “exercício dos cultos religiosos” (liberdade posta em patamar superior pelo inciso VI do artigo 5º da CF 88). A liberdade de expressão religiosa (inviolabilidade de correspondência, sigilo das comunicações, direito de informação, liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão), todavia, submete-se às restrições do estado de sítio, nos termos do regime geral do art. 139, inc. III, da CF (certo que com expressa reserva de lei).

De todo o modo, a tarefa é de harmonização. Consignou-se *supra* (item 2.2.1) que a ponderação é a precipitação metodológica da construção teórico-normativa dos direitos

⁹¹⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 280-3. As implicações da liberdade religiosa com o direito penal, marco fundamental de ilicitude (no quadro da segurança pública *lato sensu*) serão referidas adiante (item 4.4.3).

⁹¹⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, nota 922 da p. 280.

fundamentais como princípios. Também registrou-se *supra* (item 2.2.5) que a ponderação, em si, como método para atribuir peso a elementos que se entrelaçam, sem orientação teleológica (desprovida de critérios materiais), revela-se instrumento pouco útil. Avança-se com a noção de *harmonização*, finalidade que deve direcionar a ponderação, para a diretriz da *concordância prática*, que repele o sacrifício cabal de qualquer um dos princípios ou bens em conflito.

A diferente *espessura* dos bens pode revelar-se critério operativo. Harmonizar (e ponderar) é realizar sucessivos cortes nos bens ou valores em jogo, tornando-os gradualmente mais finos, leves e menos densos, despojando-os de toda accidentalidade, tendo como limite o núcleo, o caroço, o que os torna essenciais (identificáveis), a fim de que caibam, todos, no mesmo espaço discursivo ou unidade argumentativa. E numa colisão incontornável e fundamental, do entrechoque e do desbastar recíproco, há de permanecer a realidade mais espessa.⁹¹⁹ Na mesma metáfora, os fenômenos vinculados socialmente (e a religião o é, em boa parte) só existem no instável equilíbrio das recíprocas fricções, a delimitar as conjunturais espessuras. Ademais, a espessura dos interesses em baila determinará, em última instância, a profundidade cirúrgica da harmonização/ponderação: os sistemas *capilares* do culto, por exemplo, da privacidade religiosa e até do proselitismo, que decorrem de fluxos comunicacionais, em condições normais (necessidade de compatibilizar) poderão ser sacrificados em alguma medida, mas *nunca uma artéria do feixe* de direitos e deveres envolvidos *comporta incisão*, o que, a par da hemorragia fatal para os núcleos do *cluster right*, alerta para o nível mínimo de fluxo de informação que tampouco pode ser transposto (não ao menos sem disfunção sistêmica e violação das garantias institucionais – CPJ 2.3.1 a 2.3.4).⁹²⁰

⁹¹⁹ Abordagem de estrutura similar, porém com olhos nas liberdades comunicativas, especialmente na tensão entre honra/privacidade e liberdade de imprensa (a reforçar a permeabilidade categorial) em WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 131-2). Neste caso, assente que a antinomia entre princípios é indesejável e impossível, uma interpretação sistemática haverá que lançar mão do princípio da hierarquização (um metacritério norteador) que, aceitando a convivência entre dois princípios superiores com exigências concretas díspares, encontrará – no caso em apreço – o bem ou valor mais espesso (um será mais elevado e fundamental). Também por isso, o critério da hierarquização axiológica tem um peso decisivo “para vencer antinomias, inclusive quando da ocorrência simultânea de incompatibilidades”. Neste sentido, “interpretar é hierarquizar” (FREITAS, *A interpretação sistemática*, pp. 83-5). Vale gizar, com GUEDES, *Economia e Complexidade*, p. XXVIII, que os sistemas complexos (indubitavelmente o caso do direito) organizam-se hierarquicamente, pelo que podem ser vistos como “hierarquias de módulos, pois apenas os elementos que se interligam num agrupamento modular podem permanecer estáveis tempo suficiente para serem integrados em módulos sucessivamente mais amplos.”

⁹²⁰ O pano de fundo do “standard” proposto é estético-expressivo e seu enunciar pode elucidar a fórmula. “(...) *O que vive fere/O homem, porque vive,/choca com o que vive./ Viver/é ir entre o que vive./§ O que vive/incomoda de vida (...)/O que vive choca,/tem dentes, arestas, é espesso./§ Como todo o real/é espesso.(...) Como é muito mais espesso/o sangue de um homem/do que o sonho de um homem./§ Espesso/como uma maçã é espessa./Como*

No quadro do procedimento da concretização das normas constitucionais é que Hesse desenvolve os princípios de interpretação constitucional, destacando a *unidade da Constituição* e, em conexão estreita, o princípio da *concordância prática*, de modo que cada um dos bens jurídico-constitucionalmente protegidos “ganhe realidade” – tarefa de otimização que impõe limites a ambos os bens, a serem traçados no caso concreto e de modo *proporcional*. “Proporcionalidade” aqui é definida como uma “relação de duas grandezas variáveis”, não uma relação entre “uma ‘finalidade’ constante e um ‘meio’ variável”. Serve o exemplo da “ação recíproca” entre liberdade de opinião e lei geral limitadora: trata-se de “concordância prática pela coordenação ‘proporcional’ da liberdade de opinião por um lado; dos bens protegidos por ‘leis gerais’, por outro”.⁹²¹

uma maçã/é muito mais espessa/se um homem a come/do que se um homem a vê./Como é ainda mais espessa/se a fome a come./Como é ainda muito mais espessa/se não a pode comer /a fome que a vê.(...)/§ Porque é muito mais espessa/a vida que se desdobra/em mais vida,/como uma fruta/é mais espessa/que sua flor;/como a árvore/é mais espessa/que sua semente;/como a flor/é mais espessa/que sua árvore,/etc. etc.(...) João Cabral de Melo Neto, O Cão sem Plumas, IV (Discurso do Capibaribe), *Serial e antes*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, pp. 83-6. As metáforas normalmente utilizadas, nesta ótica, têm caráter predominantemente estático e mecanicista: “densidade” é a relação entre a massa e o volume de um corpo e, uma vez calculada matematicamente, terá um valor médio igual para todo o corpo; “peso”, como resultado do produto entre a massa de um corpo e a aceleração gravitacional, é por definição medido em unidades determinadas, cada corpo tendo a sua grandeza numérica. A “espessura”, mesmo apontando para tais imagens, liga-se mais a “grossura”, camadas dispostas e superpostas, fácil imaginar-se o desbastar de uma mata cerrada ou o descascar de uma maçã. Convive bem com a noção de núcleo/carçoço do direito fundamental e de uma sua membrana, carapaça/casca, que se conforma e varia ao atrito (dinâmico) de outros valores. Externalidades descartáveis não passariam de limites imanentes (expressos ou implícitos, na noção de Vieira de Andrade de “conflito aparente”, já que o “direito” invocado está fora do “domínio de proteção” da norma (ANDRADE, *A problemática*, p. 89 – o autor fala de “limiar exterior” à p. 91). A espessura dependeria da percepção sensorial do sujeito envolvido, de um tacto humano que lhe dá sentido... Na pintura contemporânea, acima de tudo, “numerosos artistas são fascinados pelo que chamam ‘textura’, a sensação tátil de uma substância, sua maciez ou aspereza, sua transparência ou densidade” (GOMBRICH, *A História da Arte*, p. 606). Na subjetividade barroca da transição paradigmática vislumbrada por Boaventura de Sousa Santos (*supra*, I-2.1 e 2.3) também socorre o *extremismo* que produz/devora as formas: através do *sfumato* (técnica de pintura que consiste em esbater os contornos e as cores entre os objetos, com o que se cria o próximo e o familiar entre inteligibilidades diferentes) e da *mestiçagem* (a criar novas formas de constelações de sentidos) – SANTOS, *Crítica da razão indolente*, p. 335. O último conceito é uma das manifestações da *hibridação*, que deriva da sociabilidade de *fronteira* própria de um período de transição, cujo tipo-ideal induz: a) ao uso seletivo e instrumental das tradições (a novidade da situação leva à criação e ao oportunismo; b) à invenção de novas formas de sociabilidade (a reforçar a responsabilidade pessoal pela consequência de cada ato); c) às hierarquias fracas; d) à pluralidade de poderes e ordens jurídicas; e) à fluidez das relações sociais; e f) à promiscuidade de estranhos e íntimos, de herança e invenção. Tal sociabilidade assenta em limites e na constante transgressão destes, numa “escassez de centros e na abundância de margens”, que resulta de uma permanente definição e redefinição dos limites: experienciá-los sem os sofrer. Dita experiência pode-se dar pela navegação de cabotagem e, no que interessa mais de perto, pela *hibridação*, que consiste em “atrair os limites para um campo argumentativo que nenhum deles, em separado, possa definir exaustivamente (...) obrigando-os a confrontarem-se reciprocamente fora do seu terreno próprio” (*idem*, pp. 321-30).

⁹²¹ HESSE, *Elementos de Direito Constitucional*, pp. 65-7. Sustenta que a “ponderação de bens” cai no “perigo de abandonar a unidade da Constituição”, o que também vale para a presunção inicial a favor da liberdade (na qual não vislumbra um princípio de interpretação constitucional). De todo modo, e na esteira do Tribunal Constitucional Federal, o princípio da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito (p. 159).

Modo convergente, Wilson Steinmetz sinala que a solução da colisão de direitos fundamentais, como todo problema constitucional, “tramita pelos meandros da interpretação constitucional”, atribuindo maior peso aos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, do efeito integrador e da efetividade (específicos da interpretação constitucional). Para resolver o fenômeno da colisão, ademais, é preciso agregar uma teoria dos direitos fundamentais, abraçando a teoria estrutural de Alexy (principiológica) – daí chamando a aplicação do princípio da proporcionalidade, em especial a ponderação de bens que ocorre no terceiro subprincípio (proporcionalidade em sentido estrito).⁹²²

Harmonização, nesta sede, significa, na proposta de Jónatas:

(a) precluir-se o “recurso à dicotomia *crença-conduta* (*belief-action*) como base para uma teoria das limites à liberdade religiosa”;

(b) rejeitar-se a “prevalência incondicional tanto das concepções morais-majoritárias vertidas em normas gerais e abstratas pretensamente neutrais em matérias religiosas, como de prerrogativas administrativo-estaduais de eficiência e economicidade”, para as quais a religião surge, no mais das vezes, como um estorvo;

(c) vedar-se o recurso metódico a fórmulas fáceis, tipo “ingovernabilidade em caso do dever de satisfazer desejos e necessidades religiosas de todos os cidadãos”;

(d) acolher um *standard of review* com ênfase na “análise da forma, do modo e da intensidade da interferência”, e na “inexistência de meio alternativo menos restritivo”. À luz da liberdade religiosa, os poderes públicos devem demonstrar o “relevo constitucional cumulativo dos fins que pretendem prosseguir e suscetibilidade da sua significativa lesão, caso não se venha a operar a restrição ou não se opere na medida pretendida”.

Ademais, para preservar o *núcleo essencial* do direito de liberdade religiosa, pode ser insuficiente um escrutínio estritamente objetivo da restrição, que desconsidera o respectivo impacto na consciência individual, o “modo como é sentida e compreendida pelos sujeitos a

⁹²² STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais*, p. 210. Para uma síntese das críticas (p. 213), que o autor responde com a concepção de Alexy, no sentido de que a ponderação é um procedimento racional. Embora não seja, como adverte o próprio ALEXYY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525, “um procedimento que em cada caso conduza exatamente a uma única solução” – o que se examinará *infra*, item 4.3.

quem diz concretamente respeito” – a recomendar *empatia com a perspectiva subjetiva* (com a autocompreensão e avaliação da situação dilemática criada no foro interno da pessoa).⁹²³

Neste passo, é de focar mais de perto o *princípio da proteção do núcleo essencial*, aliás expresso no art. 19, II, da LF alemã, e no art. 18, III, da Constituição Portuguesa, mas também aventado no sistema norte-americano.⁹²⁴ Aqui também controvertem dois modelos básicos: (i) a *teoria absoluta* entende o núcleo essencial como “unidade substancial autônoma”, que, independente de qualquer situação concreta, “estaria a salvo de eventual decisão legislativa” (há um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal) – o legislador poderia limitar até um limite, a partir do qual o direito seria insuscetível de limitação; (ii) a *teoria relativa* defende que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, “tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo” – aferível mediante um processo de ponderação entre meios e fins, forte no princípio da proporcionalidade (o conteúdo essencial não é uma medida preestabelecida e fixa).⁹²⁵

⁹²³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 283-4. No caso *Lyng v. Northwest Cemetery Protective Association* (1988), altura em que era “visível o abandono do *strict scrutiny* em matéria de liberdade religiosa”, a Suprema Corte norte-americana consignou: “Government simply could not operate if it were required to satisfy every citizens’ religious needs and desires” (nota 930) – o que se afasta da “empatia” recomendada.

⁹²⁴ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 241-3, tece o histórico do dispositivo na Alemanha, em que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal “poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa” (a própria doutrina das garantias institucionais era uma reação à quase onipotência do legislador). Seja expresso ou como “postulado constitucional imanente”, o princípio da proteção do núcleo essencial “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.

⁹²⁵ MENDES, *Os direitos individuais*, pp. 243-5, observa que ambas apresentam fragilidades: a noção material do núcleo essencial pode converter-se em “fórmula vazia”, difícil ou até impossível caracterizá-la em abstrato – sendo de difícil identificação, pode sacrificar o objeto que pretende tutelar (fora os embaraços da premissa de distinguir elementos essenciais de outros acidentais); ao passo que a teoria relativa pode conferir “flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais” e descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional. Daí que Hesse proponha uma fórmula conciliadora, como segue no texto. Há, ainda, polémica adicional, que indaga se o princípio de proteção do núcleo essencial deve ser interpretado (a) em sentido *subjetivo* (a *teoria subjetiva* entende que o que se proíbe é a supressão de um direito subjetivo determinado) ou (b) em sentido *objetivo* (a *teoria objetiva* defende que o que se pretende assegurar é a intangibilidade objetiva de uma garantia dada pela Constituição), com o que pretende uma saída para o impasse, já que não raras vezes “as posições individuais são drástica e radicalmente afetadas” (a proteção do núcleo essencial subsiste, ao considerar-se que o instituto restou protegido). Enfim, afirmado o caráter pluridimensional dos direitos fundamentais e o duplo aspecto subjetivo/objetivo, as “variantes de interpretação do referido princípio não se haverá de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (*ou – ou – entweder – oder*), mas num raciocínio de ampliação (*tanto – quanto – sowohl – als auch*)” – p. 246. Vide, também, CANOTILHO, *Direito constitucional*, pp. 430-2, sobre o princípio da *salvaguarda do núcleo essencial*, a partir do art. 18º, 3, da Constituição Portuguesa, discorrendo o autor sobre as teorias subjetiva e objetiva (quanto ao objeto de proteção) e afirmando que a solução não pode reconduzir-se a “alternativas radicais”: irrealista uma teoria subjetiva que desconheça a função dos direitos na vida comunitária (às vezes há necessidade de limitar o direito fundamental mesmo no seu núcleo essencial, v.g., longa pena de prisão para crimes graves), mas tampouco se pode abdicar da dimensão subjetiva (evitar restrições conducentes à aniquilação, e.g., vedação de prisão perpétua ou pena de morte). Vale o mesmo para as teoria absoluta e relativa no que tange ao *valor da proteção* – a 1ª vê no conteúdo essencial um “conteúdo normativo irrestringível, abstratamente fixado” (uma posição subjetiva que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto); a 2ª vê no núcleo essencial “o resultado de um

Hesse refere-se à proteção contra “escavação interna”: a uma *escavação* de direitos fundamentais por *limitações excessivas* procura opor-se a “barreira material da *garantia do conteúdo essencial*” (art. 19, 2, LF alemã), que indica as *barreiras* à limitação dos direitos fundamentais que resulta da tarefa da concordância prática. Tais barreiras são excedidas “onde um direito fundamental é limitado com motivo insuficiente”; são “de todo desprezadas” onde resultam num direito fundamental limitado, que “não mais pode desenvolver eficácia na vida da coletividade” (em ambos os casos a limitação é *desproporcional*). O “conteúdo essencial” começa onde as possibilidades diferenciadoras (de limitação admissível) terminam; núcleo que tem uma dimensão objetiva e “não-só-mas-também” de direito subjetivo.⁹²⁶

Sarlet, ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, articula a idéia de que o *conteúdo de dignidade* dos direitos fundamentais “constitui limite material ao poder de reforma constitucional” (CF 88, art. 60, § 4º, IV), além de ser, tal princípio, o “reduo intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”.⁹²⁷ Reiteram-se, aqui, as observações *supra* (item 2.2.2), inclusive quanto a diferença entre núcleo essencial e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido preciso, tendo em vista o direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, pode-se aventar que as posições (CPJ, 1.1.1 e 1.1.2)⁹²⁸ configuram, para os *indivíduos*, o *núcleo essencial* do *cluster right*, e, portanto, caracterizam posições *definitivas*. Vale o mesmo, embora *sem o correlato conteúdo de dignidade* (pese a relação instrumental fazer com que remanesça em algum grau), em relação às *confissões religiosas*, para a posição (CPJ 1.2.1.1).⁹²⁹ Identificam-se, ainda, núcleos essenciais, agora no molde *objetivo*, no que tange à (CPJ 2.1.1, separação estrutural e organizacional entre o Estado e as confissões religiosas) e à (CPJ 2.1.2.1, o Estado não adota qualquer religião e nem se pronuncia sobre questões religiosas). Por outro lado, são os núcleos essenciais *institucionais* que se protegem

processo de ponderação de bens”. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 286-91, depois de analisar as teorias citadas, conclui que o conteúdo essencial (art. 19, 2, Lei Fundamental alemã) não acarreta “nenhuma restrição adicional” (para a restrição dos direitos fundamentais) que já não fosse operada pelo princípio da proporcionalidade, sendo mais uma razão a favor da sua validade. Vide, ainda, ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 233-42, que, diferente de Alexy, vislumbra na *dignidade do homem concreto como ser livre* um “limite absoluto”, fixo, “um mínimo de valor inatacável”.

⁹²⁶ HESSE, *Elementos de direito constitucional*, pp. 264-8. Para o autor, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico (de adequação da medida limitadora ao fim perseguido), mas também cuidar da harmonização desta finalidade com o direito afetado pela medida).

⁹²⁷ SARLET, *A eficácia*, p. 122.

⁹²⁸ A liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e abandonar a própria crença religiosa.

⁹²⁹ Autocompreensão e autodefinição no que tange à identidade religiosa e ao caráter próprio da confissão professada.

em (CPJ 2.3 – garantias institucionais) e a atuação estatal em (CPJ 2.2 – deveres de proteção) orienta-se pelo *conteúdo de dignidade*, em maior ou menor grau, presente nas posições desdobradas. Também se pode cogitar, inclusive a partir do sistema de restrições posto pelo nº 2 do art. 9º da Convenção Européia de Direitos Humanos (que só abarcam as *manifestações positivas*), que a posição (CPJ, 1.1.13 – conteúdo negativo da LR), com seus desdobramentos (CPJ, 1.1.13.1 a 1.1.13.3),⁹³⁰ configuram núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo (*posições definitivas de conteúdo negativo*).

Tratando da liberdade de programação, Canotilho/Machado perguntam em que medida é possível mobilizar o valor da dignidade da pessoa humana como “fundamento imediato de restrições”. O *conceito* de dignidade apresenta-se “desvinculado de qualquer *concepção* mundividencial fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer *absolutismo valorativo*”.⁹³¹ Afirmam os autores que construir uma retórica de restrições com base na dignidade da pessoa humana seria assentar sobre uma “base demasiado geral, abstrata e manipulável para poder ser juridicamente operativa de acordo com as exigências de certeza, segurança e controlabilidade”, pelo que o princípio valerá, “quando muito, em situações extremas”, tais como lesões de bens físicos e psicológicos da personalidade, que comprometam de forma “intolerável e irreversível as possibilidades de desenvolvimento individual e social”. Daí que prefiram, como ponto de partida metódico, “começar pelo respeito devido aos indivíduos em concreto e às razões que autonomamente os motivam”⁹³² – remete-se, novamente, *supra* (item 2.2.2)

⁹³⁰ Ninguém pode: ser obrigado a professar uma crença, a participar/assistir atos de culto, a receber assistência religiosa; ser coagido a permanecer em associações religiosas; ser obrigado a prestar juramento religioso.

⁹³¹ CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, p. 45-6. Nem poderia ser diferente numa sociedade plural, em que há “múltiplas concepções divergentes” sobre o homem (de *imago Dei* a um “aglomerado contingente de genes egoístas”. Numa sociedade pluralista, a dignidade humana é um conceito compatível com diferentes concepções, “imprestável para assumir o lugar dantes ocupado pelas cláusulas gerais da *moral pública* e dos *bons costumes*, como fundamento normal de restrição de direitos (...) [solução que seria] materialmente incompatível com a ordem constitucional livre e democrática”. A imagem do homem da lei fundamental precisa ser compatível com a “radical diversidade de ontologias, mundividências, epistemas, concepções do bem, valorações, perspectivas, opiniões, etc., que coexistem no seio da comunidade política (...) nunca se nos apresenta *in propria persona*, surgindo sempre mediada por visões do mundo e da vida controversas”. Mas não é uma fórmula vazia: seja como “elemento conceitual mediador de *consensos de sobreposição*” (Rawls) ou “acordos incompletamente teorizados” (Cass Sunstein), em geral associa-se a afirmação de indivíduos como sujeitos livres e responsáveis, capazes de autodeterminação racional (pela positiva) e insuscetíveis de “instrumentalização, objetivação ou reificação” (pela negativa). Daí que se afirme ser fundamento e limite dos direitos fundamentais (p. 47).

⁹³² CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 48-9. Deve ser vista, em primeira linha, “como fundamento de um *direito geral de liberdade* e de um *direito geral de igualdade*, concretizados através de múltiplos *direitos especiais de igual liberdade*” (p. 50). Trazendo a questão para a reserva da intimidade da vida privada, notam que uma pessoa que tornar públicos determinados comportamentos protegidos pela esfera citada, não estão a renunciar ao direito, mas “sim a exercê-lo autonomamente de acordo com as suas próprias preferências. O direito

Assente o que já ficou dito em matéria de igualdade (*supra*, item 2.2.4), com olhos na *função inclusiva* do princípio e do ponto de vista das confissões religiosas, a tarefa é de “igualitarização do seu *status* constitucional” (*Egalisierung ihres Verfassungstatus*), na idéia de que apoio estatal a uma determinada confissão religiosa desqualifica a posição jurídica e social dos cidadãos não aderentes – a implicar um *princípio de neutralidade confessional e mundivisional do Estado* (prefere-se *princípio da não confessionalidade* – CPJ, 2.1.2, especialmente 2.1.2.1 – o Estado não adota qualquer religião e não se pronuncia sobre questões religiosas).⁹³³ Como corolários:

(i) a *proibição de diferenciação*, em que “tratamento como igual significa direito a um tratamento igual” (chave de leitura para os artigos 4º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso VII da CF 88 – normas que visam a proibir as “diferenciações em que a religião é utilizada como critério para beneficiar uns e prejudicar outros, interferindo na igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”, mas não vedam “aquelas diferenciações que têm em vista possibilitar uma igual medida de liberdade religiosa” –(CPJ 2.3.3, garantia institucional do princípio da igualdade);

(ii) *obrigação de diferenciação* de tratamento jurídico, em que tratamento como igual significa “direito a um tratamento especial”, que resulta do fato de que as instituições políticas e sociais “incorporam as necessidades e os interesses da confissão majoritária, deixando de lado as necessidade e os interesses das confissões minoritárias”.⁹³⁴ Articulam-se, aqui, (CPJ, 2.2.3 e 2.3.4 – dever estatal de aperfeiçoamento e garantia institucional de diversidade e pluralidade religiosos).

Sempre na premissa do *espaço de conformação legislativa*, lei que estabeleça uma dada disciplina jurídica apenas para uma confissão religiosa padece de “forte presunção de inconstitucionalidade, pelo provável assento numa “afirmação pura e dura de poder político” – fala-se numa “aura de suspeição que cobre os atos do legislador majoritário incidentes em matérias em que se verificam preconceitos”. O que não invalida, contudo, diferenciações jurídicas que favoreçam a igual dignidade e liberdade dos cidadãos, que se justificam quando

à intimidade é compatível com diferentes modos de utilização” – o contrário seria respaldar aqueles que, “mais preocupados com a promoção de uma determinada ordem de valores do que com a proteção dos direitos individuais”, sustentaram que a *liberdade religiosa* “protege apenas a única e verdadeira religião, deixando de fora todas as outras e o ateísmo” (p. 56). Não se pode transformar o “direito à privacidade” num *dever de privacidade* (p. 57).

⁹³³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 288. Com o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Zorach v. Clauson* (1952), “Government must be neutral when it comes to competition between sects”.

⁹³⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 291-2. A última hipótese pode implicar a “previsão, sempre que isso se justifique, de regimes especiais para membros de determinadas confissões religiosas”, o que será discutido, em relação aos feriados e dias de guarda religiosos *infra* (item 4.2.2).

o “respeito pelas especificidades de certas confissões religiosas minoritárias exige que a ordem jurídica proceda a determinados ajustamentos de forma a efetivar a sua liberdade religiosa e a acomodar a sua presença na esfera pública” – o que não violará o princípio da igualdade se o ajuste/acomodação não colidir de forma desproporcional com outros direitos e interesses tutelados constitucionalmente (alcançada uma relação razoável e proporcional com as “diferenças fáticas concretamente existentes entre as confissões religiosas”). Em suma, aceitam-se *programas de discriminação positiva (affirmative action)*, que podem ser necessários para ultrapassar “situações de discriminação profundamente enraizadas nas estruturas econômicas, sociais e culturais de um povo”. Como critério, a situação da “confissão religiosa mais favorecida” deve ser considerada como “patamar normal de referência”, *linha de base (base-line)* a partir da qual se “determinam os *direitos derivados* das restantes confissões religiosas” – e qualquer desvio do tratamento das minorias, em relação à maioria, é concebido *a priori* como restrição ao direito de igualdade e, portanto, deve munir-se de “justificação adequada”.⁹³⁵

Também poderá optar-se por uma interpretação da lei conforme a Constituição,⁹³⁶ que se apoia na idéia de aplicabilidade direta do princípio da igualdade (“sem lei, contra a lei e em vez da lei”), de modo a conceder “às confissões religiosas minoritárias uma medida de liberdade igual à concedida às confissões majoritárias” – chega-se ao princípio fundamental de *alargar* para as *minorias* o “tratamento jurídico dispensado à confissão religiosa mais favorecida” (extensão do regime mais favorável).⁹³⁷ Trata-se de retirar as conseqüências da interpenetração em (CPJ, 2.2 e 2.3 – deveres de proteção e garantias institucionais), especialmente 2.2.2 (coordenação das diversas liberdade religiosas coletivas), 2.2.3 (criar condições para o desempenho das confissões religiosas minoritárias), 2.3.2 (as igrejas

⁹³⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 297-9. Para o controle legislativo, vale a pergunta do Juiz Marshall no caso *Chicago Police Department v. Mosly* (1971), “Is there na appropriate governmental interest suitably furthered by the differential treatment?” – ilegítimos os “objetivos puramente confessionais (...) que possam reconduzir-se à afirmação das *preferências brutas* de uma dada confissão religiosa”. Neste contexto, e com olhos na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, deve o Tribunal Constitucional declarar inconstitucionais tais normas (por ação do legislador), eliminando-as do ordenamento jurídico, uma solução mais eficaz do ponto de vista das minorias, ao “colocar a capacidade de pressão das maiorias ao serviço da liberdade das minorias” (a recuperação da posição jurídica perdida avançará normas gerais e abstratas que procedam à *agregação das preferências*, em vez da imposição dos interesses particulares da confissão dominante – p. 300).

⁹³⁶ Sobre a incidência desse postulado no direito constitucional brasileiro, vide BARROSO, *Constituição*, p. 3, que cita trechos de votos de ministros do STF. Idem em relação ao princípio da unidade da Constituição (p. 4).

⁹³⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 302. Em face da concretização de um determinado direito social, o autor cita J. Casalta Nabais, relativamente a um grupo de pessoas, o regime é de estender-se a “todos os outros grupos de pessoas que sejam contemplados com uma concretização (quantitativa e qualitativamente) deste mesmo direito, desde que, em relação a eles, não exista qualquer *fundamento material* ou *racional* para serem objeto de um tratamento diferenciado”. Completa Jónatas que, o caráter majoritário ou minoritário de uma confissão religiosa, “não é motivo suficiente para justificar uma desigual liberdade religiosa” (nota 1004).

minoritárias como instituição), 2.3.3 (igualdade material) e 2.3.4 (possibilidade de rotação da esfera pública).

Deve-se, ainda que de forma breve, dar conta da discussão atinente aos limites da liberdade religiosa na doutrina brasileira. Pontes de Miranda, debruçado sobre a Constituição de 1967, tinha como limites expressos ao exercício dos cultos religiosos, a *ordem pública* e os *bons costumes* (§ 5º do art. 150). Assim, a liberdade de cultos é “limitada por medidas de ordem pública”, com o mesmo critério geral que preside às outras limitações: as práticas (atos/palavras) “têm de respeitar as leis penais, isto é, não podem ser tais que constituam crimes ou contravenções; nem lhes seria permitido infringir as outras liberdades”.⁹³⁸

José Afonso da Silva, já com olhos na CF 88 (art. 5º, VI), repara que, diferentemente das anteriores, o texto “não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes”, conceitos que importavam em “regra de contenção, de limitação dos cultos”, mas já “não mais o são”.⁹³⁹ Em visada oposta, Alexandre de Moraes afirma que a CF 88 assegura o livre exercício do culto religioso, “enquanto não for contrário à ordem, tranqüilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes”. Como as demais liberdades públicas, acrescenta, também a liberdade de religião “não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilização civil e criminal”.⁹⁴⁰

⁹³⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, pp. 128-9. Na Constituição de 1824, o limite era duplo: respeito à religião do Estado (católica) e a não ofensa à moral pública – a rigor, a liberdade de culto só havia para a religião católica, as outras eram toleradas apenas “com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo” (art. 5º). Na de 1891, deveriam ser observadas as “disposições do direito comum”. As Constituições de 1934 e 1946 mantiveram a referência ao binômio “ordem pública” ou “bons costumes” (como a de 1967), ao passo que a de 1937 agregou ao binômio citado “as disposições do direito comum” (pp. 107-8)

⁹³⁹ SILVA, *Curso*, pp. 249-50. Parece ao autor “impensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Demais, tais *conceitos são vagos, indefinidos, e mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais*” (grifou-se). O dispositivo (art. 5º, VI) tem duas partes: assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, “sem condicionamentos”; e protege os locais de culto e as liturgias, *na forma da lei* – mas não vai a lei definir os locais do culto e suas liturgias (parte da liberdade de exercício dos cultos, “que não está sujeita a condicionamento”); poderá definir “melhor esses locais não típicos de culto, mas necessários ao exercício da liberdade religiosa” e estabelecer normas de proteção destes e dos locais usuais de culto (os *templos*, edificações com as características próprias da respectiva religião). Os locais não típicos são, por exemplo, praças – neles se realizam cultos “mais no exercício da liberdade de reunião do que no da liberdade religiosa”. BULOS, *Constituição*, p. 101, ao comentar o inc. VI do art. 5º, praticamente repete (sem citar a fonte) tais considerações de José Afonso da Silva (sobre a reserva legal), introduzidas pelo locução “Advertência”. Antes, porém, diz que o “limite da liberdade de crença situa-se no campo do respeito mútuo. Logo, a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade de outrem”.

⁹⁴⁰ MORAES, *Direito constitucional*, p. 75. Cita, como base, duas decisões jurisprudenciais: a questão das pregações (sic) e curas religiosas “deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas”. MOTA, Leda Pereira & SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 368, também são franciscanos no

Na linha das restrições, amplamente majoritária, embora a ausência, no texto constitucional atual, das expressões “ordem pública” e “bons costumes”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sinala que a omissão “não é de molde a sugerir que os cultos religiosos estejam autorizados a desrespeitar a ordem pública, pois sua manutenção deriva do próprio sistema jurídico como subjacente a ele”.⁹⁴¹ Numa visão ampliativa das restrições, José Cretella Júnior consigna que a “liberdade de culto sofre restrições impostas pela lei e pelos regulamentos de polícia”. Todavia, sempre que o exercício do culto “não contrarie a ordem pública e os bons costumes, será ilegal a intervenção coativa, que perturbe de qualquer maneira a prática religiosa”.⁹⁴²

Celso Bastos subscreve a tese de que a liberdade de culto, “como todas as liberdades, também não pode ser absoluta”, sendo a ordem pública e os bons costumes, embora o silêncio da CF 88, “valores estruturantes de toda ordem normativa”. Não pode o Estado permitir (e convoca o que já observara sobre a inexistência de censura), ainda que sob o fundamento da

comentário: a liberdade de culto “poderá ser obstada (sic) pelo Estado, encontrando seus limites nas diretrizes estabelecidas pela Constituição. Assim é que não se pode tolerar a existência de cultos que: façam rituais de sacrifício de vidas humanas, utilizem drogas ilegais, envolvam exploração, violência ou crueldade contra crianças etc.”. No primeiro caso, se as curas religiosas podem tensionar-se com a figura penal do charlatanismo e do curandeirismo, não fica claro, entretanto, o papel das “pregações” no eventual conflito. No segundo, como “obstar” significa “causar embaraço ou impedimento; servir de obstáculo”, é preciso alertar que a intervenção estatal há de operar-se num quadro de harmonização e concordância prática, vedado que esvazie a liberdade de culto, atingindo seu conteúdo essencial, embora algumas suas manifestações, na ponderação, possam ter que ceder (preferencialmente preservando os respectivos núcleos essenciais).

⁹⁴¹ FERREIRA FILHO, *Curso*, p. 290. Convergente GODOY, *A liberdade religiosa*, p. 160: o “Estado deve zelar para que a liberdade não prejudique a ordem pública”. Adiante (p. 165), referindo-se ao inc. VI do art. 5º, diz que “intuitivamente percebe-se que tais condições [bons costumes e a moral pública] foram remetidas à ‘forma da lei’ (...) A tendência é a eliminação das últimas barreiras. A modernidade assimilou os desdobramentos religiosos de moral e bons costumes”. Mais, conquistada a liberdade religiosa (pelo menos em sentido formal), “afere-se, a partir da agora, o impacto da liberdade religiosa (e o desdobramento de novas crenças e segmentos) sobre as outras expressões da liberdade” (p. 166).

⁹⁴² CRETILLA JÚNIOR, J. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 224-5 (citado *Elementos*). Considerou-se “ampliativa” sua visão restritiva, pois cita obras da década de 50, de Brandão Cavalcanti, que fracionam liberdade religiosa (nega CPJ 1.1.3, liberdade de atuação segundo a própria crença): intimamente, “cada um pode ter o culto ou a fé que mais lhe convier”; não, porém, quanto às “manifestações desses sentimentos religiosos”, subordinadas à ordem pública, bons costumes, direitos da coletividade – certas práticas religiosas, “ofensivas à moral, são necessariamente proibidas...”. Por outro lado, distingue as manifestações religiosas entre as que se desenvolvem nos *templos* (missas, serviços religiosos, confissões, comunhões, cantos, batizados, casamentos) e as que se desenrolam no *exterior* (procissões, enterros, romarias) [o roteiro é francamente católico], para afirmar que as manifestações *exteriores tradicionais*, inerentes ao exercício do culto, “não podem ser interditas, a não ser que tragam ameaça grave à ordem pública”, enquanto as *não tradicionais*, “pelo fato de não serem inerentes à liberdade de culto, podem ser mais estritamente regulamentadas” (em apoio ao que parece preconceito contra as minorias, nomeadamente inconvenções, cita obras de direito administrativo da década de 70). Por fim, comenta o já referido Mandado de Segurança julgado em 1949 pelo STF (cujo resultado escandalizou Pontes de Miranda) como o *leading case* “do exercício do poder de polícia, em matéria de liberdade de culto, no Brasil” – quando a Igreja Católica Apostólica Brasileira foi proibida de “realizar culto externo, nas ruas”. O ato da autoridade coatora foi considerado legítimo, “por fundamentar-se no exercício moderado e disciplinador do poder de polícia. O Governo ‘proibiu, sim, o culto público, em lugares públicos, por entender que nessa prática havia manifesta confusão com os costumes, com as solenidades externas da Igreja Católica Romana’”.

proteção de “valores muito encarecidos pela ordem moral, venham a se perpetrar atentados a uma moral dominante ou mesmo à condição humana”.⁹⁴³ Na linha de Cretella Júnior, a dividir a liberdade religiosa numa vertente íntima, naturalmente impenetrável, e outra, de manifestações do sentimento religioso, Maria L. W. Barreto submete a liberdade em tela a “interesses de ordem pública, dos bons costumes e dos direitos da coletividade”. Afirmar que certas práticas religiosas, “ofensivas à moral, são necessariamente proibidas”, bem como os atos que possam provocar tumultos ou perturbações da ordem pública.⁹⁴⁴

Manoel J. Silva Neto, noutra senda, somente admite as contenções à liberdade de culto pela *regra de ouro da liberdade* (a liberdade de alguém termina onde começa a liberdade de outrem) – assim, não é legítima expressão de tal liberdade “o prosseguimento de cultos

⁹⁴³ BASTOS, *Curso*, p. 335. Similar em BASTOS/MARTINS, *Comentários*, pp. 45-52: o texto anterior fazia referência a não contrariedade da ordem pública e dos bons costumes pelo exercício dos cultos religiosos. A atual Constituição omitiu-se, mas não no sentido de proteger cultos que agridam tais valores. Permanece a redação na implicitude, ou seja, é pressuposto de todo o direito o ser utilizado de forma a não prejudicar igual direito de outrem, como também é requisito de toda a faculdade juridicamente protegida o só poder ser exercida de molde a não ferir os valores ético-morais, estruturantes de uma sociedade. Já em BASTOS/MEYER PFLUG, *Do direito fundamental*, p. 108, repetem tais noções, acrescentando, como já citado, que o espaço religioso é constantemente invadido por impostores e falsos profetas – daí que o “Estado não pode, pois, furtar-se ao dever de proibir essas falsas expressões de religiosidade, pois a religiosidade (verdadeira?) vincula-se à boa-fe dos promotores do culto ou da *seita* e exclui qualquer prática “repugnável pela ordem jurídica vigente” (p. 108). Não há “negar-se, portanto, que a liberdade de culto há de ceder (sic) frente a outros direitos constitucionalmente assegurados”, já que não pode desrespeitar “a ordem jurídica vigente, a segurança social e a moralidade pública” (a investigação sente falta de menção à concordância prática, proporcionalidade etc.). Citam, em reforço, três acórdãos: TJPR (1997) – a inexistência de alvará de localização e a ocorrência de poluição sonora decorrente de culto religioso, com reclamação da vizinhança e infração à legislação municipal, autorizam ação cominatória para coibir os atos abusivos; TJSP (1991) – exercício do poder de polícia, com fechamento da Igreja Universal do Reino de Deus de Diadema, em face de cultos ruidosos, disseminados por aparelhagem de som (em prejuízo ao sossego da vizinhança), não afronta a liberdade de culto, já que o Município é competente para “proibir a prática religiosa quando ela se torna abusiva e anti-social”; STJ/6ª T. (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 1992 – HC 1498/RJ) – a glosa da decisão (que afirma a liberdade de culto como garantia constitucional e considera a denúncia inepta, por serem o charlatanismo e o curandeirismo crimes contra a saúde pública e de perigo concreto) é para deixar claro que a “liberdade de culto não implica de forma alguma na aceitação do charlatanismo. (...) Todavia, a alegação (...) deve ser devidamente comprovada” (pp. 110-11).

⁹⁴⁴ BARRETTO, Maria Luiza Whately. “Exercício da liberdade religiosa”, *Revista dos Tribunais*, ano 4, nº 14, pp. 249-254, março-janeiro 1996, p. 250. Cita decisão judicial (TJSP, 1ª Câmara Cível, Ap. Cível 146.692-1/6 – Diadema, rel. Des. Andrade Marques, 01/10/91), que confirmou o fechamento do templo onde se realizavam as práticas religiosas da Igreja Universal do Reino de Deus naquela cidade (a quem a autora refere-se como *seita*): “A liberdade religiosa garantida em nossa Constituição não permite desrespeito ao direito de repouso da coletividade e afrontar as autoridades municipais”. Comenta que a Igreja foi várias vezes notificada para regularizar a situação, mas preferiu desrespeitar as normas municipais e os direitos alheios (dos vizinhos) – “e, quando se viu envolto por problemas que ela mesmo criou, tentou solucioná-los mediante o disposto no art. 5º de nossa Constituição, que garante o exercício da liberdade religiosa” (pp. 250-1). Refere-se, adiante (pp. 252-4), a práticas “abusivas e anti-sociais” ocorridas nos Estados Unidos: a *seita* “Ramo Davidiano” (que descende da Igreja Adventista do Sétimo Dia) resistiu ao FBI e, reagindo à invasão dos federais em 19/4/93, depois de um certo policial de 51 dias, ocorreu o suicídio coletivo que vitimou pelo menos 85 pessoas (Rancho do Apocalipse, Waco, Texas) – tributa o fato a líderes que se aproveitam da “fraqueza das pessoas carentes, problemáticas, induzindo-as, através do exercício da liberdade religiosa, a falsas percepções da realidade”, para o que também contribuem as religiões tradicionais, ao “falharem em sua missão de manter acesa a chama do sagrado”. Trata-se de uma “distorção da função religiosa. As pessoas passam a buscar a religiosidade de forma inferiorizada e se

ruidosos noite adentro, impedindo o silêncio indispensável ao sono e ao descanso da comunidade” (ou, pior, admitir-se sacrifício de vidas humanas). Entretanto, à liberdade *não pode ser limitada por barreiras com lastro na idéia de “bons costumes”*.⁹⁴⁵

Aldir Soriano, na corrente majoritária, menciona que o direito à liberdade religiosa não é absoluta, pelo que a “inviolabilidade” (art. 5º, VI, CF 88) tampouco o é. Deve amoldar-se à ordem pública e aos bons costumes (como previam as CF de 1946 e 1967), quer “por implicitude” (pressuposto de todo direito é não prejudicar igual direito de outrem”, ou – e aqui a nota original em face da doutrina brasileira – por *força da incorporação do tratado de São José da Costa Rica*.⁹⁴⁶ A questão da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio foi discutida *supra* (item 1.4), e é pressuposta pela investigação. Importa, neste passo, o efeito que decorre para a problemática dos limites, tendo em vista o artigo 12, 3, do Pacto de São José: “A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está *sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e* que sejam *necessárias* para proteger a *segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas* ou os *direitos ou liberdades* das demais *pessoas*”. Daí afirmar Soriano que, “se uma lei ordinária passa a restringir a liberdade religiosa, mesmo de uma minoria”, há de ser declarada inconstitucional.⁹⁴⁷

Adiante, o mesmo autor menciona o *conflito entre a liberdade religiosa e o direito ambiental*, que pode ocorrer em pelo menos duas situações: o sacrifício de animais decorrente de rito religioso (*infra*, item 4.2); e nos casos de “intensa propagação sonora” (que associa em particular ao culto pentecostal). Assim, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode, em certos casos, restringir ou limitar a liberdade de culto. Tangente à *poluição sonora*, cita Celso Fiorillo para gizar que “alguns cultos religiosos modernos

tornam presas fáceis de falsos profetas”. Se o fiel “parasse um pouco para pensar enxergaria o seu erro. Mas está dominado por esse fato”.

⁹⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. “A proteção constitucional da Liberdade religiosa”. *Revista de Informação legislativa*. Ano 40, nº 160, outubro-dezembro, 2003, p. 117 (citado *A proteção constitucional*). Adiante (p. 123), o autor diz que o direito de celebrar cultos *não se submete* aos fundamentos de “ofensa à ordem pública ou aos bons costumes”. Observa (p. 117) que o sistema constitucional abandonou “regra análoga” aos bons costumes (*moral pública*, art. 72, § 5º, CF 1891, como “dado legitimamente restritivo à liberdade de culto”). A liberdade de culto prevista no art. 5º, VI, CF 88, é norma de “eficácia relativa restringível: enquanto não demarcados os limites ao exercício do direito individual, exerce-o o indivíduo plenamente”, mas no tocante aos “horários para as reuniões se mostra necessário reverenciar aqueles fixados pelo Município” (art. 30, I, CF 88) – quanto à liturgia, o Código Penal descreve as condutas que tipificam homicídios ou lesões corporais.

⁹⁴⁶ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 93-4. Argumenta com o exemplo do sacrifício de vidas humanas, sendo o Estado livre para atuar em questões que envolvem a “segunda tábua da lei de Deus, v.g., não matarás, não furtarás, pois são questões de ordem pública”. A garantia da liberdade de culto consubstancia-se no artigo 208 do Código Penal.

⁹⁴⁷ SORIANO, *Liberdade religiosa* p. 109. Às pp. 110-16, o autor discorre sobre o direito internacional das minorias religiosas; sobre a matéria religiosa no Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e acerca da liberdade religiosa dos refugiados.

utilizam poderosos equipamentos sonoros, que, aliados ao entusiasmo dos fiéis, podem causar a perturbação da vizinhança mais próxima”. O *ruído*, como “agente poluente”, colide com a sadia qualidade de vida. Daí que se deva integrar o art. 5º, VI, CF 88, com o *princípio da preservação do meio ambiente* e, concretamente, na forma da Resolução Conama nº 1/90, que prescreve a observância dos padrões técnicos estabelecidos pela ABNT (a NBR nº 10.152 aponta os valores de 40 a 50 decibéis para igrejas e templos).⁹⁴⁸

Ana Maria Moreira Marchesan,⁹⁴⁹ em abrangente artigo sobre poluição sonora, afirma que não é em função da liberdade de culto que se vai “permitir a propagação de ruído capaz de perturbar os moradores do entorno das casas religiosas”. Cita doutrina e jurisprudência neste sentido.⁹⁵⁰ Comenta, ainda, artigo Tânia Salles sobre o “Poder de Polícia”,⁹⁵¹ em que aborda a liberdade de culto frente à poluição sonora e versa que as “Igrejas Eletrônicas”, que utilizam poderosos aparelhos de amplificação sonora, ao provocarem ruídos geradores de incômodos aos moradores do entorno, estão submetidas, neste aspecto, às normas que regem o controle ambiental. No tocante à instalação de alto falantes que emitem elevados sons no exterior dos prédios das Igrejas, além da problema atinente à poluição sonora, é possível,

⁹⁴⁸ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 124 e 126-8. Cita o autor, no sentido de que o direito à liberdade religiosa não pode ser utilizado em desconsideração ao direito alheio, dois acórdãos: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – DANO AMBIENTAL – POLUIÇÃO SONORA – ENTIDADE RELIGIOSA – RECURSO DESPROVIDO – Constitucional. Processual. Meio ambiente. Poluição sonora decorrente de sons emitidos em templo religioso acima dos decibéis em legislação permitidos (...) A liberdade de culto e de seu exercício, como garantia constitucional, há de conciliar-se com o princípio da preservação do meio ambiente, inclusive sonoro, bem comum de todos (art. 225 da CF)” – TJRJ (07/10/97); “CONTRAVENÇÃO PENAL – Perturbação do trabalho ou sossego alheio. Abuso de instrumentos sonoros em cultos religiosos. Fato comprovado pericialmente (...) Nenhuma entidade com fins religiosos, lúdicos ou entretenimento, é bom que se diga, goza de imunidade sonora para perturbar descomedidamente os outros. A liberdade religiosa deve ser exercida com respeito aos demais direitos assegurados, até a nível constitucional, ao cidadão” (TACRIMSP, 06/7/95).

⁹⁴⁹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira Marchesan. “Poluição Sonora”, disponível em www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina. A autora é Promotora de Justiça Coordenadora das Promotorias de Defesa Comunitária – Área do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

⁹⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª ed., Malheiros Editores, 1999, p. 549, após enfatizar a garantia constitucional à liberdade religiosa, adverte: “nem dentro dos templos, nem fora dos mesmos, podem os praticantes de um determinado credo prejudicar o direito ao sossego e à saúde dos que forem vizinhos, ou estiverem nas proximidades das práticas litúrgicas”. Veja-se decisão do Tribunal de Justiça do RS, Mandado de Segurança nº 593156896 (Apelação Cível nº 146.692-1, julgada em 01.10.91), Relator Des. Andrade Marques): “Ação Civil Pública. Deferimento de liminar para vedar o uso, durante culto religioso, de instrumento de ampliação sonora, causadora de perturbação e poluição ao ambiente. Inexistência de ofensa ao direito de culto. O Estado, como tem obrigação de tutelar pela liberdade de culto, deve também proteger o meio ambiente da poluição sonora causada por instrumentos amplificadores de sons. Denegação do *writ*”. Também o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ato administrativo – Templo religioso – Igreja Universal do Reino de Deus – Fechamento – Cultos ruidosos, disseminados por aparelhagem de som. Prejuízo ao sossego de vizinhança – Exercício do Poder de Polícia que não afronta a liberdade de culto – Inexistência de afronta ao art. 5º VI da Constituição da República/88 – Município que é competente para proibir a prática religiosa quando ela se torna abusiva e anti-social”. Também vale conferir os arestos do Tribunal de Justiça do Paraná de nºs 10604, datado de 17.10.94, e 14268, de 22.12.97.

segundo a autora, vislumbrar violação ao princípio da liberdade de crença de eventual vizinho sem crença ou dos que professam outros cultos religiosos, na medida em que, do interior de suas residências, estariam jungidos a ouvirem, diuturnamente, as pregações lançadas ao ar pelos aparelhos instalados na face externa das Igrejas.⁹⁵²

Silvia Cappelli, também oferece extenso e profundo artigo sobre poluição sonora em geral.⁹⁵³ Versa sobre o tema da poluição sonora decorrente da liberdade de culto, o que recrudescer com a utilização de som amplificado em cultos religiosos, gerando incômodos e perturbações aos moradores do entorno. Relata que várias Promotorias de Justiça vêm firmando compromissos de ajustamento ou até mesmo ajuizando ações civis públicas contra “igrejas eletrônicas”, objetivando a implantação de projeto de contenção acústica, bem como regulando os horários das práticas religiosas. Nesse particular, os tribunais têm entendido que a atividade deve ser exercida nos limites fixados pela legislação ambiental para evitar a poluição sonora, reconhecendo a legalidade do exercício do poder de polícia pela autoridade administrativa e a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública.⁹⁵⁴

Em nota histórica, João de Oliveira Filho, em artigo de 1954, efetuou levantamento da jurisprudência brasileira sobre a liberdade de culto e religião, encontrando dez casos: sob a égide da CF 1891, “não pode prejudicar a ordem, a moral, os bons costumes, a saúde pública” (Revista Forense, XXVI, p. 374); é da “alada policial proibir ou restringir o culto externo (...) desde que haja perigo de alteração da ordem pública ou ofensa aos bons costumes” (RF,

⁹⁵¹ <http://www.amperj.org.br/associados/taniaasalles/poder.htm>. A autora citada é Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁹⁵² Para a investigação, todavia, não é possível esgrimir com a legislação ambiental *tout court*, sem lembrar dos limites dos limites e da necessidade de concordância prática. Quanto à ofensa à liberdade de crença, parte-se, ao revés, da posição (CPJ, 1.1.4, liberdade de professar a própria crença; 1.1.4.1, direito de proselitismo; e 1.1.4.2, liberdade de exprimir e divulgar, por qualquer meio, o pensamento em matéria religiosa), estando a liberdade de culto radicada na posição (CPJ, 1.1.7) e seguintes. O que, por óbvio, não significa direito ilimitado.

⁹⁵³ CAPPELLI, Silvia. “A Poluição Sonora e a Tutela do Meio Ambiente pelo Ministério Público: a Experiência Brasileira - do direito de vizinhança à tutela dos interesses difusos”, disponível em www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina. A autora é Procuradora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, conhecida jusambientalista. Na Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre, por exemplo, em abril de 2005, tramitavam 268 inquéritos civis sobre meio ambiente, sendo que, desse total, 45 tratavam sobre poluição sonora, representado assim, um percentual de 16,7%. Os casos mais frequentes de atuação são: casas noturnas, bares ao ar livre, *templos religiosos*, indústrias etc.

⁹⁵⁴ Dos vários exemplos colacionados pela autora, citam-se: TJRS, MS nº 593156896, julgado em 01.03.94; TJRS, Agravo de Instrumento nº 70005075726, julgado em 24/10/2002. Todavia, o mesmo TJRS, no Processo Criminal nº 70008550832 absolveu um Centro de Umbanda (pessoa jurídica) e um “pai-de-santo” da acusação de poluição sonora, tendo o rel. Gaspar Marques Batista observado que “nem todo o ruído é intolerável, somente o anormal” e recomendado cautela, porque a “origem do conflito pode estar lastreada por intolerância religiosa”. O Ministério Público manifestou-se pela absolvição do réus, “pois a liberdade de religião deve ser garantida e é preciso conviver com os cultos desde que não sejam lesivos”. Um bom exemplo de verificação do efeito de

XXXIV, 501); STF, é “legítima a punição de pastor de seita religiosa, quando leva à insubmissão, com suas prédicas, soldados brasileiros...” – vencido o Min. Orozimbo Nonato, para quem “

não constituem delito as prédicas que aconselham o horror à violência e o repouso semanal” (RF, CII, p. 127); não cabe *habeas corpus* contra proibição policial, “à requisição de autoridade eclesiástica, de uma procissão religiosa” (RF, XXVII, p. 175); lesões ou injúrias a um sacerdote, por ocasião das funções sacras, podem perturbar o culto, mas, “ausente o ânimo direito à agressão do culto”, tal circunstância deve ser reputada como agravante do crime principal (RF, VII, p. 181); acórdão da Relação de Minas Gerais afirmou não haver ofensa ao art. 72, § 2º, CF 1891, “a ordem de comandante de polícia militar a oficial dessa corporação proibindo-o de frequentar sessões espíritas, em que se perturba a tranqüilidade pública e se praticam outros atos ilegais” (RF, XXV, p. 498); acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal diferencia o espiritismo, ciência ou religião, das “práticas mistificadoras (...) o falso espiritismo que visa à cura de moléstias, simulando a influência de forças sobrenaturais (...) não se confunde, portanto, com a parte científica e religiosa...” (RF, XCVII, p. 195); negou-se *habeas corpus* pedido a favor de pastor adventista japonês condenado por instigar desobediência coletiva ao cumprimento da lei em tempo de guerra (acusado de levar, com sua pregação, certo jovem que prestava serviço militar a negar-se, em dado “sábado”, a cumprir determinação de serviço provinda de superior hierárquico) – no “habeas”, o Min. Filadelfo Azevedo referiu exemplo da Suprema Corte norte-americana que, dois dias depois de conceder *habeas* impetrados por pais de alunos que, por motivos de consciência, recusavam-se a saudar o pavilhão nacional, considerou legítimas “restrições impostas por leis de guerra” (diante da situação de cidadãos americanos, nascidos no território nacional, “mas filhos de japoneses, com espírito formado à feição asiática); permitir procissão de uma “imagem benta de Igreja Católica fora dos ritos desta Igreja e contra proibição da autoridade religiosa respectiva (...) fora desrespeito e vilipêndio que a lei veda por contrário à garantia do livre exercício de cada confissão religiosa”; o último é o já citado caso da Igreja Católica Apostólica Brasileira.⁹⁵⁵

irradiação e dos limites dos limites – <http://intra.mp.rs.gov.br/noticias>, acesso em 23/8/2004. A ótica penal será desenvolvida no item 4.4.3 (*infra*).

⁹⁵⁵ OLIVEIRA FILHO, *Culto*, pp. 65-7. No último caso, a polícia proibiu a realização do culto (seguindo parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República) e o STF denegou o mandado de segurança requerido, sob o fundamento de “se tratar de questão de fato” (uso dos mesmos paramentos, dos mesmos templos, do mesmo ritual), mas diversos ministros manifestaram-se sobre a liberdade de culto. O

Reitera-se, então, para que fique claro. Admite-se, como não poderia deixar de ser, os *limites implícitos* da liberdade religiosa como um todo no direito brasileiro (de resto, materialmente constitucionais em face do Pacto de São José da Costa Rica), operados por via legal (cuidando-se dos limites dos limites) – que, mesmo assim, há que passar pelos crivos sucessivos da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial (a apontar para a necessidade de concordância prática). Tais limites abarcam a *ordem pública* lato sensu (segurança pública, saúde pública, direitos e liberdades das demais pessoas). Não porém, em interpretação sistemática, a limite dos *bons costumes* (ainda que na roupagem de *moral pública*), cuja vagueza semântica autorizaria a imposição de mundivisões fixadas e discriminatórias.⁹⁵⁶

4.2 A VINCULAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Ministério da Justiça, embora não de forma explícita, considerou “não existir uma tradição que desse direito à nova Igreja para ser admitida”, além da “confusão”.

⁹⁵⁶ São aceitas restrições aos direitos fundamentais através de leis “facialmente neutras”, na expressão de MACHADO, *Liberdade de expressão*, p. 715, cuja intenção normativa é disciplinar um determinado domínio da vida ou proteger determinados bens, e “não imediatamente à limitação daqueles direitos”. Leis “content-neutral”, que não têm como orientação finalística restringir a liberdade religiosa enquanto direito alvo (*target right*). Como exigência geral do princípio da legalidade, a lei restritiva há de ter a maior dose possível de precisão, clareza e determinabilidade, além de caráter geral e abstrato. Quanto aos bens comunitários passíveis, constitucionalmente, de suportar restrições da LR, referiu-se a *ordem pública*, cláusula implícita numa ordem constitucional livre e democrática, subjacente a vários comandos (reunião pacífica e sem armas, vedação de grupos paramilitares) e referida expressamente no art. 144 da CF 88 (compondo, com a incolumidade das pessoas e do patrimônio, o conceito constitucional de segurança pública). Deve traduzir a “possibilidade concreta, garantida pelos poderes públicos, de os cidadãos gozarem os seus direitos constitucionais sem quaisquer interferências ilegítimas de terceiros, no pleno respeito pelos direitos e interesses constitucionalmente protegidos. (...) deve traduzir, na vivência social concreta, o ponto ótimo de equilíbrio de todos os direitos e interesses consagrados na lei fundamental, que não de apenas alguns deles” (MACHADO, *Liberdade de expressão*, p. 857). Já o descarte da *moral pública* e dos *bons costumes* liga-se a noção de que são amiúde utilizados como “conceitos de atalho” (*shortcuts*) “para justificar a restrição ou mesmo a neutralização de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de religião, de uma forma subtraída a qualquer avaliação crítica” (p. 849), uma automática abertura a outros códigos deontológicos (morais e religiosos) “insuscetíveis de descrição sistêmica pelo binário característicos do discurso jurídico). Surgiam como “instrumentos de racionalização autoritária da imposição heterônoma de uma determinada concepção do bem, através do *monopólio da coação legítima*” – daí o “relativo descrédito” em que caíram nas doutrinas constitucionais pluralistas, pós-tradicionais ou pós-teológicas”, freqüentemente funcionando como “instrumento de luta política e cultural” (p. 850). A menos que se construa um conceito material de *moral pública constitucional* (pp. 854-5) “a partir do valor básico da dignidade da pessoa humana [com as dificuldades já vistas], dos princípios da igualdade, da justiça, da reciprocidade, do respeito mútuo, bem como de bens constitucionais como a proteção da infância, da juventude, qualidade de vida, honra, integridade moral, a obrigação de tolerância em relação aos sentimentos religiosos e morais dos cidadãos”. Certo é não se pode afirmar um “específico conceito de moral pública escorado numa concepção mundividencial fechada, ontológica e teleologicamente referenciada, dotada de pretensão de objetividade e exclusividade”. Por tudo, têm-se sérias dúvidas acerca da operacionalidade do conceito.

Chamando a questão para os titulares do direito à liberdade religiosa, a respectiva tutela constitucional tem efeito *erga omnes*, que se dirige à totalidade dos indivíduos e das forças integrantes da comunidade –⁹⁵⁷ o que implica, todavia, adequada ponderação entre o “princípio da autonomia privada no tráfico jurídico com o direito à liberdade religiosa”,⁹⁵⁸ ambos fundamentais e constitucionalmente protegidos. É de verificar a densificação dogmática da aludida tensão.

Observa-se, de início, com Sarlet, a inviabilidade de uma *eficácia direta de feição absoluta* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que impossibilita solução uniforme; depende, antes, de “adequado manejo”, em nível de abrangência e intensidade da vinculação, “de acordo com as circunstâncias do caso concreto, insuficientes, para além disso, os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência” – o que decorre “também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.⁹⁵⁹

Em Portugal, o artigo 18º, nº 1, estabelece a *força jurídica* dos direitos fundamentais, que “são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. As entidades privadas, então, são vistas, em certa medida, como “co-responsáveis na realização de direitos fundamentais”.⁹⁶⁰ Adentra-se o campo do efeito horizontal, externo ou em relação a terceiros dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). No direito brasileiro, a discussão baliza-se a partir do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal (as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), a reclamar tratamento diferenciado e privilegiado no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado. A expressão “eficácia horizontal” obscurece a desigualdade de relações entre um particular “comum” e um sujeito com expressivo “capital social” (às vezes mais “verticais” que as travadas pelo primeiro com o Estado). As expressões mais usadas na doutrina alemã (eficácia privada, eficácia em relação a terceiros, *Drittwirkung*) parecem muito genéricas, não indicando a especificidade do problema, de modo que se adota a terminologia “vinculação (do direito fundamental à liberdade religiosa) nas relações entre particulares”, cuja natureza peculiar decorre do fato de que nos dois pólos da relação (ambos os particulares envolvidos) há titulares de direitos

⁹⁵⁷BRANCO, *Aspectos*, p. 170, repara que não seria possível abrigar na sociedade uma *dupla ética* (na expressão de Jean Rivero), em que um mesmo comportamento, “com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo”.

⁹⁵⁸MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 253-5.

⁹⁵⁹SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 157.

⁹⁶⁰MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 253.

fundamentais, a clamar por recíproca proteção e restrição – ao revés do poder público em geral, que não pode opor direito fundamental aos particulares.⁹⁶¹

Vieira de Andrade apresenta as posições tradicionais, recolhidas da doutrina alemã, dividida entre a aplicabilidade *imediate* dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados (posições *monistas*, Nipperdey por exemplo, diante do fato de que no século XX os perigos para os direitos em tela não vinham apenas do Estado, mas também de grupos sociais poderosos) e a aplicabilidade *mediata*, que se daria *mediante* a regulação legislativa do direito privado (posições *dualistas*, Dürig como paradigma) – embora propostas de soluções intermediárias, que procuravam equilibrar, em posições diversas, “os valores conflitantes em jogo” (Schwabe, Hesse). Percebe-se tendência doutrinal a superar esse modo de apresentar o problema, “em favor da construção de um *dever de proteção estadual* dos direitos fundamentais” (vide CPJ 2.2. e *supra*, item 3.2), que vale para os poderes públicos e perante os privados.⁹⁶² É evidente que as relações privadas estão permeadas de *situações de poder*, nomeadamente nos casos em que “grupos ou organizações exercem poderes sobre os seus membros”, como ocorre “nas *ordens religiosas*, nas *igrejas* e especialmente nos poderes de exclusão ou de sancionamento disciplinar”.⁹⁶³

Se o Estado, aduz Vieira de Andrade, tem o dever de proteger o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, a “eficácia vertical” dessas normas projeta-se nas relações entre particulares, “proibidos todos os *atos de pura e simples violação do conteúdo essencial* dos direitos fundamentais” – a idéia de aplicabilidade *mediata* “foi mal defendida, porque os seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas”, influenciados pelo fato do direito civil e do direito penal, na sua “ancianidade”, terem sido os primeiros a regular as relações privadas e a definir os termos em que os respectivos direitos pessoais seriam assegurados. O autor entende por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais, a “necessidade de conciliar esses valores com a

⁹⁶¹ SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, 108-16. Os direitos fundamentais podem ter uma eficácia “vertical” no direito privado, ao vincular entidades públicas (como o legislador privado e órgãos do Poder Judiciário, no exercício jurisdicional do juiz “civil”) – a relação estabelece-se entre particular-Estado. Outra distinção convoca o prisma material (existe, ou não, uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais?) e o prisma processual (meios para tornar efetivos tais direitos nas relações interprivadas – problema, e.g., na Espanha, do recurso de amparo possibilitar ao particular acesso ao Tribunal Constitucional por ofensa oriunda de outro sujeito privado).

⁹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 275-80 (citado *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*).

liberdade negocial e a *autonomia* privada no direito civil” – deve-se *presumir* que norma legal que regule positivamente as relações privadas entre iguais “estabelece um *equilíbrio aceitável* entre os valores em jogo”, o que pode ser ilidido, cabendo a quem alegar o ônus da prova da inconstitucionalidade.⁹⁶⁴ Pode-se aventar, então, que nas relações entre os particulares A e B, (CPJ, 2.2.) projeta-se, reconhecendo-se a posição preferencial do sujeito que detiver as posições mais espessas em (CPJ, 1.1), o que é dizer mais densas no conteúdo de dignidade.⁹⁶⁵

Em suma, a proposta de Vieira de Andrade é que a “Constituição seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da *liberdade* como *regra* das relações entre indivíduos iguais”, desde que não se prejudique “intoleravelmente a idéia de *dignidade* da pessoa humana” – solução inversa é possível: “subordinar constitucionalmente os indivíduos aos princípios da igualdade e da sujeição aos direitos fundamentais como imperativos, que só deveriam ser afastados no caso de a imposição prejudicar intoleravelmente a liberdade do agente”.⁹⁶⁶ As opções oscilam no que tange à obrigação do Estado (Es). Para Vieira de Andrade: Es, ao atuar (CPJ, 2.2), deve considerar a posição preferencial de (CPJ, 2.3.1) A outra premissa possível: Es, ao atuar (CPJ, 2.2), deve considerar a posição preferencial de (CPJ, 2.3.3).⁹⁶⁷

Numa linguagem mais livre, Maria da Glória Dias Garcia recorda a *parábola da vinha*. Um fazendeiro, ao longo do dia e sucessivamente, contratou vários trabalhadores para a vindima. Pese começarem em horários díspares, todos findaram a labuta ao sol posto – e todos receberam igual salário (do primeiro, com horas de faina extenuante, ao último, que dedicou pouco mais que minutos à colheita), ao que, sob protesto dos que mais madrugaram na atividade, que invocaram a injustiça da situação, respondeu o fazendeiro: “Cumpli

⁹⁶³ ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, p. 285 e nota 44 – grifou-se.

⁹⁶⁴ ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, pp. 288-91.

⁹⁶⁵ O dever de proteção estatal projeta-se nas relações entre os particulares, reforçando a tutela do sujeito que detiver, na relação concreta examinada, as posições mais espessas de conteúdo em dignidade.

⁹⁶⁶ Posição que, na nota 70 da p. 293, ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, acredita ser a de Canotilho, tanto que esse último considera intolerável decisão do Tribunal Constitucional alemão que entendeu que um “senhorio poderia exigir de um locatário que retirasse cartazes eleitorais apostos nas janelas, por serem suscetíveis de prejudicarem a convivência no prédio (nos termos das regras gerais de direito civil)”, limitação à liberdade de expressão que Vieira de Andrade considera não arbitrária e que não afeta substancialmente sua capacidade de autodeterminação no plano político; o que não poderia fazer, como aliás declarou a Corte, “era impedir a afixação de cartazes a um inquilino e permiti-la a outros”.

⁹⁶⁷ O Estado, ao atuar o dever de proteção, pode preferir, metodicamente (ponto de partida inicial), a garantia institucional da liberdade individual ou, então, a garantia institucional do princípio da igualdade.

integralmente o contrato que estipulei convosco; quanto aos outros, paguei-lhes assim porque quis”.⁹⁶⁸

Ainda segundo Vieira de Andrade, forte na premissa geral e prioritária de *liberdade* de atuação individual, o “princípio da igualdade não é aplicado nas relações privadas enquanto proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação”, mesmo pela visão de que o homem não é apenas um ser racional, incluindo sua efetiva liberdade uma “margem de arbítrio, [que] é também uma liberdade emocional” – daí que o direito civil tutela generosamente a vontade, na doação e no testamento, e consagra a liberdade de contratar e de não-contratar, sem condicioná-las em geral a um critério de *racionalidade do comportamento*. Em sua mundivisão, aplicar aos indivíduos o princípio constitucional da igualdade afigura-se “impróprio, absurdo e insuportável”, pois a *liberdade* tem de “prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente deste princípio”.⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ GARCIA, *Liberdade de consciência e liberdade religiosa*, pp. 77-9. Sendo a igualdade um dos parâmetros da racionalidade da distribuição, “com a qual se constrói a idéia mesma de justiça”, compreende-se a reação dos que mais trabalharam, cuja consciência formou-se num quadro jurídico que garante uma “justiça construída através da igualdade” (certo que relativa, com uma uniformização mínima de situações diferentes – todos os que trabalharam de sol a sol recebem salário integral, ainda que em concreto nem todos se portem igualmente, uns colhem mais, outros melhores uvas...). Todavia, o mesmo quadro jurídico que respira igualdade, também constrói a justiça “por sobre a liberdade pessoal” (não total ou absoluta, mas relativa, a permitir a “coexistência das diferentes liberdades individuais que socialmente se expressam”). É essa *liberdade pessoal, de consciência, que o fazendeiro projeta externamente fazendo algo que não está proibido: pagar mais a quem trabalhou menos, tal como podia, licitamente, pagar acima do estipulado aos que trabalharam com mais qualidade*. Não têm razão os insurgentes, “o agir do fazendeiro decorre da sua liberdade, da possibilidade de optar por padrões valorativos próprios, diferentes eventualmente dos padrões médios da sociedade, assim evidenciando a sua identidade”. Tudo seria diferente se o fazendeiro fosse o Estado! Não sendo um fim em si mesmo e não tendo autonomia, o Estado deve pautar-se pela igualdade que os homens e a sociedade juridicamente se impuseram (não poderia “pagar por igual tarefas distintas se expressamente a ordem jurídica o não habilitasse com uma competência para tal”). A parábola, segundo a autora, permite refletir sobre a tensão entre a igualdade e a liberdade, presente na ordem jurídico-política, compreender a “absoluta impossibilidade do poder estadual, a que compete garantir a liberdade de consciência, [de] interferir, coagindo, na racionalidade interior do homem, na sua consciência”. E também ter presente o que “entretece a ordem socialmente estabelecida”: a ordem, nas palavras de S. Tomás de Aquino, “não é substância, mas relação” – e o que dá identidade à ordem “é o homem compreendido como pessoa, como o conjunto das relações entre os homens. Assim, para que a ordem social, o direito, não seja estranho ao homem, é necessário garantir a liberdade deste, daí a importância da liberdade de consciência”. E ainda compreender que “os padrões valorativos sociais e individuais não sejam absolutos, antes expressão de homens e sociedades situados, em constante ultrapassagem de si próprios”. A procura da Verdade, da Justiça, da Retidão, que cada pessoa desenvolve interiormente no ato de “conhecer e conhecer-se” abrem agora caminho a um plano mais elevado da liberdade de consciência, que é a liberdade religiosa.

⁹⁶⁹ UBILLOS, *Em qué medida?*, p. 332 (defensor da eficácia imediata), com formulação diversa, chega a consideração semelhante: “Ninguém pode ser obrigado a organizar sua vida privada conforme aos valores constitucionais. É o preço a pagar por preservar uma sociedade de homens livres” – daí que a eficácia seja atenuada pela *ponderação* como técnica para medir seu alcance em cada caso (p. 332). Perspicaz, o autor refere o risco de um “certo fundamentalismo maximalista na aplicação das normas constitucionais, de um voluntarismo bem intencionado que pode chocar-se com as exigências técnicas e lógicas do ordenamento jurídico e acabar funcionalizando a liberdade individual”, o que exige um “esforço em conter a *vis* expansiva desta teoria” (que não é negada), fixando-se “limites razoáveis a essa eficácia pluridirecional” (p. 336).

Certo que a igualdade de tratamento pode ser imposta por *disposições legislativas restritivas* da liberdade geral ou negocial, seja por imposição constitucional ou de obrigações internacionais ou quando circunstâncias concretas indicarem “razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos, não permitindo determinados tipos de discriminação”. O autor considera que não são importantes, na sociedade portuguesa, “tradicionalmente, os problemas raciais ou religiosos”, discriminações consideradas pouco prováveis, “já que nossa sociedade não sofria dessas escleroses sociais que só a intervenção ativa do poder público era capaz de curar” – transformado o país numa terra de imigração, contudo, surgem problemas novos de exclusão e discriminação potencial, sobretudo em relação às comunidades estrangeiras. Salta aos olhos que sua pré-compreensão é diametralmente oposta, por exemplo, a de Jónatas Machado, que, do mesmo solo lusitano, preocupa-se primariamente com a discriminação tradicional sofrida pelos grupos religiosos minoritários e especialmente em face da Igreja Católica. Lembra Vieira de Andrade, por fim, que a proibição de discriminação refere-se à *igualdade material* e exige uma intenção discriminatória *injustificada*, o que não se dá, v.g., quando um partido político discrimina, na admissão, pelas convicções políticas dos candidatos (o que se insere num quadro próprio de racionalidade política), assim como uma “publicação confessional pode discriminar pela religião”.⁹⁷⁰ Aqui contendem (CPJ, 1.2.1, 1.2.2.4 e 1.2.2.6) com (CPJ, 2.1.5.2).⁹⁷¹

No plano das soluções intermediárias, em busca do equilíbrio, a proposta de Ingo Sarlet vai no sentido de uma eficácia (vinculação) imediata *prima facie*, que dialoga com os defensores da eficácia mediata e fundamenta uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais (salvo, é claro, os que se dirigem exclusivamente ao poder público), considerando que o *modus vinculandi* e o papel do legislador e do juiz serão diversos conforme o caso concreto – a “existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada” poderá justificar maior intervenção e controle no “âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado”, isto é, “uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil”, sem desconhecer que a peculiaridade decorre das relações travarem-se

⁹⁷⁰ ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, pp. 295-7. Importa é que haja uma atuação racional, “técnica ou eticamente fundada, que não se discrimine para discriminar”. Pergunta, neste contexto (nota 87), se poderá uma clínica *católica* despedir um pintor por ter casado civilmente pela 2ª vez (mantendo-se ainda, para o direito canônico, anterior casamento católico); ou *quid juris* se fosse um médico? O tema será abordado *infra* (item 4.2.2).

⁹⁷¹ O direito geral de autodeterminação das igrejas, com o respectivo proselitismo e o direito à divulgação do próprio credo, em tensão com o dever de tolerância dos particulares, que não devem perseguir/discriminar os titulares dos direitos subjetivos quando exercitam o *cluster right*.

entre titulares de direitos fundamentais – daí que a eficácia não é direta “de feições absolutas”, antes trata-se de uma eficácia direta *prima facie*, cujas respectivas soluções diferenciadas dependerão, em última análise, de um problema de ponderação, uma solução que se reconhece “cautelosa” e que não prescinde da “análise tópico-sistemática”.⁹⁷²

Seara tradicional, em que os resultados práticos estão consolidados, ainda que sem a fundamentação ventilada, apresenta-se no direito sucessório. O art. 1.897 do Código Civil permite que a instituição testamentária ao herdeiro ou legatário seja pura ou condicional, para certo fim ou modo, ou por certo motivo. Sílvio Rodrigues assinala que o dispositivo em análise apresenta a vantagem de evitar debate sobre a possibilidade, na esfera testamentária, da presença desses dois elementos acidentais, a saber: a *condição* e o *encargo*. Sustenta que, sem esse dispositivo, poder-se-ia contestar a validade da condição dentro do testamento, pela inconveniência de se admitir, no campo sucessório, situações infirmes, como as condicionais. Assim, admitida a condição no âmbito do testamento, adverte o autor que são válidas todas as restrições contra ela levantadas pelo legislador nos artigos 122 e 123 do Código Civil.⁹⁷³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery asseveram que, interpretando-se o art. 122 a *contrario sensu*, verifica-se que são *ilícitas as condições que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes*. Sustentam que a consequência do desatendimento desses

⁹⁷² SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, pp. 138-60. Ampla e competente discussão acerca das “teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua recepção no direito comparado” encontra-se em SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 223-275. Nota o autor, na esteira de Canotilho em relação às querelas sobre a dogmática das *restrições*, “uma nítida tendência para o abandono, ao longo do tempo, das posições radicais, que negam qualquer espécie de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou que sustentam que o regime de sujeição dos atores privados a este direito é equivalente ao dos Estados (...) a discussão acaba, portanto, envolvendo um confronto entre mundividências distintas” (pp. 265-6), que o autor posiciona à direita (ideário liberal-buguês) e à esquerda do espectro político. Sua tese, no caso brasileiro, é que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é *direta e imediata, não dependendo de atuação do legislador ordinário*, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do direito privado (p. 279) – isso no quadro de uma Constituição intervencionista e social, que pretende “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF 88). Também há referências densas, inclusive com comentário do caso *Lüth*, na análise dos “sujeitos passivos dos direitos fundamentais”, acerca da temática em BRANCO, *Aspectos*, pp. 169-180, concluindo que o STF não se mostra arredio à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, consideradas as peculiaridades de cada caso, sem que a Corte assumia compromisso “com qualquer das teorias”.

⁹⁷³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 7, direito das sucessões, 25ª ed., São Paulo: Saraiva: 2002, pág. 188 (citado *Direito Civil*). Nos termos do art. 123 do Código Civil: “Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I – as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II – as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III – as condições incompreensíveis ou contraditórias.” Dispõe o art. 122 do Código Civil: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

preceitos, cujo conteúdo é de indicação abstrata (conceitos legais indeterminados), está prevista na própria lei: nulidade.⁹⁷⁴

Nesta moldura, Carlos Roberto Gonçalves averba: “É ilícita, por exemplo, a *cláusula que obriga alguém a mudar de religião*, por contrariar a liberdade de credo assegurada na Constituição Federal”.⁹⁷⁵ O entendimento de Sílvio Rodrigues converge. Nos casos em que se discute se é lícita ou não a condição, sustenta, por exemplo, a “liceidade da cláusula de abraçar o sacerdócio e a iliceidade da que impõe mudança de religião”.⁹⁷⁶ Noutra passagem, refere que Código Civil argentino, depois de determinar em seu art. 530 que a condição impossível, ilícita ou imoral torna sem efeito a obrigação, enumera, no art. 531, condições que considera ilícitas, dentre as quais, *mudar ou não mudar de religião*.⁹⁷⁷

Ingo Sarlet, em alentado estudo, deixa claro, por outro lado, que a teoria dos deveres de proteção (o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros) não exclui a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.⁹⁷⁸ Daniel Sarmento dá conta da “escassez de

⁹⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson/NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

⁹⁷⁵ Em, geral, as cláusulas que afetam a liberdade das pessoas só são consideradas ilícitas quando absolutas, como a que proíbe o casamento ou exige a conservação do estado de viuvez. Sendo relativas, com a de se casar ou não se casar com determinada pessoa, não se reputam proibidas” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 118).

⁹⁷⁶ “...considera-se ilícita a cláusula de não atacar ato nulo, mas lícita a de não procurar invalidar ato meramente anulável” (RODRIGUES, *Direito Civil*, p. 249).

⁹⁷⁷ Inciso II do art. 531 do Código Civil argentino (RODRIGUES, *Direito Civil*, p. 250). Sobre a matéria, Sílvio Venosa menciona que alguns casos, contudo, dão margem a dúvidas – exemplifica com a “condição de obrigar alguém a se manter em celibato”. Entende que tal estipulação “atenta contra a liberdade individual e não pode valer. A condição oposta, porém, de valer o ato se a pessoa contrair matrimônio deve ser tida como válida, pois não contraria a ordem normal das coisas. A condição de não contrair matrimônio com determinada pessoa deve ser admitida, pois aí não existe restrição maior da liberdade do indivíduo. A condição de obrigar alguém a se manter em estado de viuvez, em regra, por atentar contra a liberdade individual, não deve ser admitida.” (VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 520). Por fim, cumpre trazer à colação as palavras de Caio Mário da Silva Pereira: “Dependente de um ilícito a eficácia do negócio, macula-se da iliceidade da condição, e por isso a lei considera inválido o próprio negócio (art. 123, II) (...) pois não se compreenderia que a ordem jurídica emprestasse validade a uma declaração de vontade, na dependência de um evento que atentasse contra a mesma ordem jurídica. Tão vedada é a condição ilícita, quanto a de não fazer coisa ilícita. Equipara-se juridicamente à *conditio impossibilis* (art. 123, I) a chamada *condição captatória*, pela qual se tenha uma instituição testamentária, por envolver insinuação contra a liberdade de dispor. É muito freqüente também a referência, como impossível ou ofensiva aos bons costumes, à condição que restringe a liberdade individual, ou atenta contra a dignidade da pessoa, casos que podem envolver fatos que em si mesmos não constituem ilícito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 573).

⁹⁷⁸ SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 147 (parece que de forma pioneira no direito pátrio). Na mesma linha de confluência, SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 287. A exclusão é defendida por autores como Canaris e Klaus Stern. Pelo contrário, afirma Sarmento, “ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos”.

manifestações doutrinárias” sobre o tema no Brasil e da tendência, entre os “pouquíssimos autores que cuidaram da matéria”, de prevalência da tese da “vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais”. Já na jurisprudência, não são raras as decisões que se utilizam diretamente dos direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, mas, salvo uma que outra exceção, sem a pertinente fundamentação teórica.⁹⁷⁹

Uma nota quase histórica. Pontes de Miranda, ao tratar do “direito de liberdade de consciência”, no qual insere a liberdade de religião, já se referia à *teoria da terceira eficácia*, segundo a qual as regras jurídicas sobre os direitos fundamentais somente estão plenamente asseguradas, “se não só as entidades estatais as respeitam (...), mas também os cidadãos e os outros particulares”. Tal teoria, “só entendida em termos” seria verdadeira, pois o que se enuncia é que “pode haver ofensa aos direitos fundamentais por parte dos particulares, cidadãos ou não, mas faz-se preciso que, *in casu*, tal ofensa ocorra. Não se diz que há *sempre* a terceira eficácia”.⁹⁸⁰

Pode-se, talvez, representar tais relações considerando eventual assimetria entre um particular determinado (A) e o particular mais frágil (a). Assim: Se (A x A) = (CPJ, 2.2 de grau médio); Se (A x a) = (CPJ, 2.2 de grau maior em favor de ‘a’) – o mesmo conflito, portanto, entre sujeitos diferentes, pode levar, de forma racional e metodicamente sustentada, a soluções (resultados) diferentes.⁹⁸¹ Pode-se agregar o conceito de *fitness*, para dizer que (a)

⁹⁷⁹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 289-97. Destacam-se, dentre os arestos colacionados pelo autor, duas decisões do STF: no Rec. Extraordinário nº 158215-4/RS (2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, 1996), a favor dos associados de uma cooperativa, excluídos sem oportunidade de defesa, já que se impunha, dado o caráter punitivo, a observância do devido processo legal – aplicação direta do direito fundamental de ampla defesa (art. 5º, LV, CF 88); no Rec. Extraordinário nº 251.445-GO (rel. Min. Celso de Mello, 2001), considerou que a proibição constitucional da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF 88) também alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular.

⁹⁸⁰ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 118. Menciona que a atitude de Nipperdey “não poderia ser radical”, nem se “poderia apoiar a oposição” de outros autores alemães, entre os quais cita Schmidt-Rimpler. Advertia que “não se podem semear, a gosto dos juristas, cláusulas tácitas de inexigibilidade, posto que a autonomia da vontade possa deixar há alguns dos figurantes o desligar-se, em certas circunstâncias, do vínculo jurídico”. Tampouco a liberdade de consciência poderia incidir para liberar do contrato de locação (p. 120). Mas reconhece que existem três classes de efeitos da liberdade de consciência: “a das seguranças e garantias em si, no plano constitucional; a da intercessão do direito público no direito privado; e a das regras jurídicas da legislação ordinária que atendem à consciência da pessoa” (p. 121). Não havia, no art. 150, § 5º, da CF 1967, “estatuição de *clausula conscientiae*, que possa suspender ou cancelar (...) direitos públicos ou privados, em caso de colisão de interesses” (idem).

⁹⁸¹ No esforço que se segue, tem-se em mente a assertiva de SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302: “é muito importante traçar parâmetros e *standards* para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica, e estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública...”. No caso, “quanto maior for a desigualdade, mas intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para uma restrição mais profunda ao direito fundamental com ela envolvido” (p. 303)

será, na relação concreta travada, aquele como menor capacidade de aptidão para fazer valer sua posição, o que se presume nas relações de poder ou de especial sujeição.⁹⁸²

Ajustando o foco no que tange à liberdade religiosa, Jónatas Machado também sublinha a necessidade de se chegar a *soluções materiais diferenciadas*, nomeadamente em face de situações de substancial desigualdade na distribuição de poder entre os particulares ou de vulneração intolerável de esferas constitucionalmente protegidas de intimidade pessoal. Aponta-se o risco de *indevidas pressões sobre a liberdade religiosa* através de *doações* ou *sucessão testamentária*, contra o qual se tende a considerar contrárias à lei (ou à ordem pública constitucional) cláusulas que subordinam *benefícios à adoção de determinado comportamento religioso*. A abordagem diferenciada revela-se no cotejo de um banco, por exemplo, que emprega nos seus quadros dirigentes percentual significativamente mais baixo de mulheres do que a média do setor financeiro, presumindo-se discriminação sexual ilícita, ao passo que se uma confissão religiosa proceder a esse tipo de discriminação, que resulta da sua “particular autocompreensão e autodefinição doutrinária” qualquer medida estatal para obrigá-la a não discriminar pode violar o “direito à liberdade religiosa coletiva, na sua dimensão de liberdade de selecionar os membros e os dirigentes da confissão”, além de ameaçar a própria identidade do grupo religioso.⁹⁸³

No escopo de visualizar a situação supradescrita, pode-se tomar o critério sexo e a distribuição dos cargos entre homens (H) e mulheres (M) e cotejar as situações no setor bancário (B) e no âmbito da liberdade religiosa (LR). Assim: B1 (HHHHH-M) = presunção de discriminação sexual ilícita *se* Bmédia (HHH-MMM). No âmbito da LR, M não aproveitará e C1 (confissão religiosa) não suportará presunção similar, em face de (CPJ, 1.2.1

⁹⁸² A idéia inspirou-se em GUEDES, *Economia e Complexidade*, pp. 171-5, em que trata da *orografia da aptidão*. O conceito específico de “paisagem de aptidão” foi buscar em Samuel Wright (1952), para quem as propriedades físicas dos indivíduos biológicos, conexas com a sua capacidade de reprodução e sobrevivência, “dependem dos caracteres (*traits*) do indivíduo”, o que chamou de *fitness* (aptidão), sendo que a uma alteração no código genético pode corresponder, ou não, uma alteração do fenótipo e daí a uma “variação de aptidão”. Decorre a sugestão de uma “carta acidentada de aptidão” (*rugged fitness landscape*), pois a aptidão está em função de muitos caracteres, cada um com uma dimensão e definindo um hiperespaço próprio. Num nível de aptidão baixo é “mais provável que a espécie se extinga por incapacidade de se erguer subindo um declive muito abrupto”; num nível mais alto, é possível que a espécie “continue a sua ascensão favorecida por um declive menos abrupto”. Há várias combinações possíveis, mas não deixa de ser uma impressionante imagem do que justificaria o dever de proteção estatal, sua intervenção por meio de um paradigma regulatório, orientado, em concreto, por “cartas acidentadas de aptidão” – o que se poderia aproximar dos direitos fundamentais.

⁹⁸³ O problema é mais agudo sob o prisma da legitimidade constitucional de eventual auxílio estatal, direto ou indireto, a confissões religiosas que, nada obstante, discriminam em razão de critérios proibidos pela constituição – MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 254-5.

e 1.2.2, especialmente 1.2.2.8), a acarretar um recuo de (CPJ 2.2.1) e uma posição preferencial de (CPJ 2.3.2).⁹⁸⁴

Agrega-se, como princípio complementar ao direito à liberdade religiosa, uma *obrigação de tolerância* (*Gebot der Toleranz, Toleranzgebot*), vista como dever de respeito pela dignidade e personalidade alheias, assim como pelas diferentes crenças e opções de consciência (CPJ 2.1.5) – que nada tem que ver, vale frisar, com a tolerância caritativa com o erro ou com a graça monárquica que antecede historicamente a sedimentação do liberdade religiosa como um direito. Trata-se, hoje, de uma atitude de “respeito e boa fé que os cidadãos e grupos de cidadãos devem ter uns para com os outros numa sociedade pluralista regulada por uma ordem constitucional de justiça, reciprocidade e igual liberdade”, que será particularmente importante no caso de reuniões públicas de natureza religiosa ou de divulgação de mensagens religiosas. Cruzam-se, aqui, os pensamentos liberal e republicano em prol de uma virtude cívica e a *tolerância* passa a ser um princípio conformador do direito fundamental à liberdade religiosa, a vincular as relações entre particulares – servindo de critério auxiliar para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais,⁹⁸⁵ um critério hermenêutico conformador da eficácia imediata *prima facie* do direito à liberdade religiosa na colisão com o mesmo ou outros direitos fundamentais pertencentes a particulares, todos titulares de posições jurídicas perante o Estado.

Portanto, (CPJ 2.1.5 – o dever de tolerância) influencia particularmente (CPJ, 1.2.2.1, 1.2.2.2, 1.2.2.4, 1.2.2.6, 1.2.4.3 e 1.2.4.4) e (CPJ, 1.1.4, 1.1.5, 1.1.7.2.3 e 1.1.8), nas relações complexas e recursivas entre (A x Es x a).⁹⁸⁶

⁹⁸⁴ O direito geral de autodeterminação das igrejas e a liberdade de exercício das funções religiosas e de culto, especialmente manifesta na formação e designação dos respectivos ministros, fazem recuar o dever estatal de proteção da LR individual, numa posição preferencial da garantia institucional da autodeterminação confessional.

⁹⁸⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 256-7. Ao Estado incumbe, então, a função institucional de *guardião da tolerância* (*Hüter der Toleranz*), “tomando as medidas necessárias para criar e proteger o desejado clima de respeito mútuo, aquele *espírito de fraternidade* de que fala o art. 1º da DUDH” – aproxima-se, neste ponto, o autor da noção de “valores aglutinantes” de Peter Häberle (*supra*, item 2.1.3). Por outro lado, a concepção do Estado como “guardião da Tolerância” implica medidas estatais jurídico-penais na tutela dos sentimentos religiosos (nota 848), tópico que será desenvolvido *infra* (item 4.4.3).

⁹⁸⁶ O direito de autocompreensão e autodefinição, de auto-organização e de auto-administração, o direito de proselitismo, de divulgar o próprio credo e promover as próprias expressões culturais e utilizar os meios de comunicação social – do lado das igrejas – e a liberdade *individual* de professar a própria crença, de informar(se) sobre religião, de participar das comemorações públicas e das reuniões, manifestações e associações religiosas – todas as posições influenciadas pelo dever de tolerância que incide nas relações entre particulares de diferentes aptidões e o Estado.

Certo, todavia, que a tolerância não se pode realizar à custa desproporcional dos direitos fundamentais de uma das partes, pois pressupõe um contexto de igualdade e reciprocidade. Avulta, aqui, a questão da *oração* e do *ensino religiosa* nas escolas públicas – em diversos países, “em nome da tolerância dos direitos das maiorias pelas minorias, se acaba por sujeitar estas últimas a situações ostensivas de coerção e discriminação”. O tópico será destacado adiante (item 4.4.1), convocando-se, também, os princípios da separação e da não confessionalidade (CPJ 2.1.1 e 2.1.2), ficando-se, por ora, com a idéia de que a *otimização da liberdade positiva* não parece suficiente para legitimar resultados coercivos e discriminatórios, ilegítima “*sobre-interpretação* neste sentido”.⁹⁸⁷ Outro ponto a clarear é que a tolerância “não preclui um confronto aberto de idéias religiosas”, assegurada uma *esfera pública de discurso religioso*, similar ao campo político, em que as respectivas idéias podem ser abertamente examinadas, confrontadas e criticadas.⁹⁸⁸ Antecipa-se que a tendência, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é tratar a expressão religiosa com critérios mais apertados do que a expressão política, permitindo às autoridades nacionais restringir mais largamente a primeira)⁹⁸⁹ e com reflexos na intrincada linguagem do ódio, o *hate speech* (*infra*, item 4.4.3.2).

Passa-se, a seguir, a verificar a refração da vinculação das entidades privadas pelo direito à liberdade religiosa em algumas situações especiais: (i) no seio da família; (ii) nas relações laborais; e (iii) no seio das confissões religiosas.⁹⁹⁰

Vale lembrar que Pontes de Miranda já lecionava que a proibição de restringir-se o direito de alguém por motivo de convicção religiosa “dirige-se ao Estado e a qualquer pessoa,

⁹⁸⁷ ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. (trad. MF) São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 28-9, repara que a “semiótica aberta” não significa que a interpretação não tem critérios, colocando-se a intenção do texto entre a intenção do autor e a intenção do intérprete. Adiante (pp. 56-7), observa que o defeito básico de muitos procedimentos de superinterpretação é não distinguir similaridades relevantes/significativas de similaridades fortuitas/ilusórias. Nota, também (pp. 58-9 e 61), o método obsessivo que viola o princípio da economicidade/simplicidade. Giza a dialética entre a “*intentio operis*” e a “*intentio lectoris*”: o texto como objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se – o círculo hermenêutico (pp. 75-6). Na conclusão, refere-se ao “texto ao qual nos agarramos” (p. 104). O texto, seja como for, é o parâmetro para a interpretação aceitável (p. 165) e o limite é a interpretação ruim/excessiva (p. 169).

⁹⁸⁸ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 257-8.

⁹⁸⁹ GEDDIS, Andrew. “You can’t say ‘God’ on the radio”: Freedom of Expression, Religious Advertising and the Broadcast. Media after *Murphy v Ireland*, *E.H. R. L. R.*, issue 2, 2004, *passim*.

⁹⁹⁰ A influência da desigualdade fática não comporta “simplificações equivocadas e não cabe dentro de fórmulas matemáticas”, em face de uma “enorme variedade de situações heterogêneas”, que não podem e não devem ser equiparadas pelo intérprete – têm pouco em comum, v.g., as relações entre “pais e filhos, empregador e empregado, ordem religiosa e seus membros, sindicato e seus filiados” (SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 308). Vale lembrar, também, que, na ordem constitucional brasileira, a “tutela da autonomia privada no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial” (idem).

ou entidade intra-estatal, ou de direito público e privado. Assim, afirmava ser contra a Constituição de 1967, “a ordem que vede, em determinada indústria, pessoas estranhas a um credo político ou religioso, como se uma fábrica só admite empregados de uma certa religião”.⁹⁹¹

4.2.1 Na família

A *família*, como *base da sociedade*, tem especial proteção do Estado, nos termos do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, sendo de verificar-se a concordância prática entre o direito à liberdade religiosa individual de algum de seus membros (f) e a tutela constitucional a que a entidade familiar (F) faz jus, o que se dá num substrato que não pode ser idealizado, pois tanto a família apresenta-se como o *locus* por excelência da afetividade e da plena realização humana, como ocorre também de prestar-se para conflitos, opressão (entre cônjuges ou parental), abusos e até delitos. O que, aliás, é reconhecido pelo texto constitucional no § 8º do citado artigo 226, ao assegurar assistência social à família, “na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações”.

Vale dizer que a representação da (LR em F), desdobra-se em F(f1, f2, f3...), conservando cada membro ‘f’ as posições em (CPJ 1.1 – direito individual das pessoas físicas), embora ‘F’ (exemplo de CPJ 2.3 – garantia institucional) também tenha refrações, por si, em (CPJ 1 – no plano dos direitos subjetivos).⁹⁹²

Como bem sinala Jónatas Machado, a família não é protegida como idealidade abstrata, mas vista como uma “forma de vida social ao serviço da realização pessoal dos seus membros”, programada a tutela constitucional a partir da igualdade dos cônjuges e dos deveres dos pais de educação e manutenção dos filhos. A Constituição não abarca uma concepção essencialista de família, escorada num “particular modelo de tipo religioso,

⁹⁹¹ MIRANDA, Pontes, *Comentários*, IV, p. 133. Não a infringe, porém, “o regulamento de Colégio particular de caráter religioso ou de Hospital confessional que só admita empregados da mesma confissão, ou a sociedade em que somente se admitam sócios de uma religião”.

⁹⁹² Vale mencionar que a plena substancialidade ética que se dá no Estado, para Hegel, tem seu ponto de partida na “substancialidade imediata” que é a *família*, cuja força motora é o “amor”, caracterizado o casamento por um “laço espiritual”, sendo a “família uma ‘pessoa’”. Em nome dela que as vontades imediatas são superadas e guardadas”. Já os filhos são a “objetivação do amor dos pais”, e os castigos “têm a finalidade de intimidar a liberdade natural e imediata, a fim de despertar a consciência do universal. Ora, os pais constituem esse

patriarcal e hierárquico”, nem se parte de um “arquétipo de unidade física e espiritual da família a manter a todo custo, no seio do qual o fator religioso assumia um lugar central”.⁹⁹³ Assim, (CPJ 2.3.4 – garantia institucional da diversidade e pluralidade religiosas) também pode manifestar-se em ‘F’, de modo que as diversas crenças (C) convivam: F(f1C1, f2C2, f3C1, f4C3...).⁹⁹⁴

A assertiva amolda-se ao quadro constitucional brasileiro, em que o programa normativo: afirma que o casamento é civil, mas admite que o religioso tenha efeito civil (art. 226, §§ 1º e 2º); reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, assim como a comunidade monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º); explicita a plena igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal, prevista a dissolução pelo divórcio (art. 226, §§ 5º e 6º); estabelece o dever da família de assegurar uma série de direitos à criança e ao adolescente, com destaque para a educação (art. 205 da Constituição Federal), a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária e para a prevenção de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da Constituição Federal); proclama o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da Constituição Federal). Por outro lado, a Constituição Federal confere à família e à pessoa meios legais para defender-se de programas de rádio e televisão que não atendam ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (artigos 227, § 3º, inciso II, e 221, inciso IV).

universal. Por isso, a necessidade de obediência dos filhos” (WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política*, pp. 119-27)

⁹⁹³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 259-60. O autor refere-se aos dispositivos da Constituição Portuguesa: a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado, no escopo da realização pessoal dos seus membros (art. 67º, 1); plena igualdade dos cônjuges, inclusive quanto à manutenção e educação dos filhos e ao direito/dever de educação (art. 36º, 1, 3 e 5). Assente a coesão familiar nos vínculos afetivos e morais, em relação ao *divórcio*, consigna que “o dever moral e religioso de permanecer fiel ao casamento não pode ser transformado num dever jurídico, coercivamente sancionado” – pelo que interpreta como puramente teológico e moral o Protocolo Adicional de 1975 à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (1940), “que vem admitir o divórcio dos indivíduos casados catolicamente”, ao recordar-lhes que, celebrando casamento católico, têm obrigação de atarem-se às normas canônicas respectivas, em particular “o grave dever que lhes incumbe de não se valerem da faculdade civil de requerer o divórcio” (nota 856). Na Itália, de forte tradição católica, permitido o divórcio por lei de 1970, alguns autores pontificaram que o regramento “deixa sem proteção o interesse do cônjuge que pretende permanecer coerente com os seus princípios religiosos de indissolubilidade do vínculo matrimonial”; entretanto, num quadro de igual liberdade, o direito à liberdade religiosa “não protege a instrumentalização de outros em nome das próprias convicções religiosas” (nota 857).

⁹⁹⁴ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 310-1, observa que não é a área patrimonial a mais refratária à incidência direta dos direitos fundamentais, “mas a das vivências afetivas, quando envolverem opções existenciais e personalíssimas da pessoa humana, que não podem ser heteronomamente ditadas, sob pena de sacrifício do sagrado espaço de autodeterminação individual abrigado sob o pálio do princípio da dignidade da pessoa humana”, do qual se extrai a “mais importante restrição à incidência destes mesmos direitos nas relações entre particulares”.

Assim, é no contexto de liberdade religiosa que três proposições podem ser aventadas como constitucionalmente adequadas:

(a) cada um dos cônjuges é titular do direito à liberdade religiosa;

(b) ambos partilham o direito de educar religiosamente os seus filhos (CPJ, 1.1.9.3);

(c) cada um dos filhos também goza de liberdade religiosa (em linha de tensão, especialmente, CPJ 1.1.3 – liberdade de atuação segundo a própria crença).

Em função de (a) não se pode conseguir a *unidade da família* pelo sacrifício da liberdade individual de um dos cônjuges – a unidade religiosa da família não comporta “imposição heterônoma”. A conjunção de (a) com (b) pode gerar problemas quando os cônjuges “têm diferentes concepções em matérias religiosas” [F(f1C1, f2C2)], afirmando Jónatas Machado que descabe ao direito resolver tais divergências, o que se dará na “esfera íntima do diálogo conjugal” [F(f1C1 x f2C2) num espaço juridicamente livre] – se o sistema jurídico não tem por finalidade a unidade religiosa, problemas de “apostasia de um dos cônjuges” ou de dissenso religioso conjugal “não revestem uma natureza jurídica”, salvo, na ótica da investigação, se refletirem negativamente na criação e educação dos filhos [F(f1C1 x f2C2) num espaço *prima facie* juridicamente livre, em função de f3, f4 etc.]. Em caso de *dissolução do casamento*, a *educação religiosa* do filho menor não pode ser *atribuída a um ou outro cônjuge isoladamente*.⁹⁹⁵ Análise conjunta de (b) e (c) leva à divergência religiosa entre pais e filhos menores ou à situação em que o exercício da liberdade religiosa pelos pais coloca em perigo outros direitos fundamentais dos filhos.⁹⁹⁶

⁹⁹⁵ O que também decorre, no Brasil, do artigo 1.589 do Código Civil Brasileiro, que conserva (no sentido da “proteção da pessoa dos filhos”), ao pai ou mãe que não tenha a guarda dos filhos, o direito de fiscalizar sua manutenção e educação, bem como do artigo 1.632 do mesmo diploma legal (relativo ao *poder familiar*, que substituiu o vetusto pátrio-poder), que dispõe que a separação, o divórcio e a dissolução da união estável “não alteram as relações entre pais e filhos”, salvo quanto ao direito dos pais terem os filhos em sua companhia.

⁹⁹⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 260-1. A Comissão Européia dos Direitos do Homem, no caso *Ingridd Hoffmann v. Austria* considerou procedente a alegação da reclamante de que fora vítima de discriminação violadora do direito a um igual respeito pela vida familiar (arts. 8º e 14º da Convenção Européia dos Direitos do Homem), diante da queixa de que “havia sido privada da custódia dos seus dois filhos pelo fato de ser Testemunha de Jeová” (nota 859). Aliás, a *recusa de transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová* é clássico exemplo de conflito entre o direito à liberdade religiosa dos pais e o direito fundamental à vida e à saúde dos filhos menores – extrapolável para outras confissões religiosas cujas convicções recusem a subordinação a determinados tratamentos médicos. Na nota 860, o autor relata vários casos nos Estados Unidos em que crianças faleceram porque os pais recusaram-se ao tratamento médico normal, optando por “curas espirituais”, consoante suas convicções religiosas. O resultado, em geral (embora uma deferência inicial ao direito parental e à particular compreensão dos tratamentos médicos pelas confissões religiosas), foi a instauração de processos criminais contra os pais e ações de responsabilidade civil contra as respectivas confissões religiosas. Parece dominante, hoje, a noção de que “as convicções religiosas dos pais não lhes dão o direito de pôr em perigo a vida dos seus filhos negando-lhes uma transfusão de sangue ou qualquer outro tipo de

Pense-se no direito à vida (D1) ou à saúde (D2). Assim: {F[f1(C1) e f2(C1) x f3(C2)]} e/ou {F[f1(C1) e f2(C1) x f3D1, D2]} – no último caso, f3C1 ou f3C2, com diferentes níveis de complexidade. De toda sorte, é possível afirmar que em [(CPJ *pais*, 1.1.3 e 1.1.9.3) x (*filhos* f3D1, D2)] o segundo termo tem relação de precedência no que tange ao primeiro.⁹⁹⁷

Em termos estruturais, os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao *poder familiar*, que é exercido, durante o casamento e a união estável, pelos pais ou exclusivamente por um deles na falta ou impedimento do outro. Divergindo os pais no exercício do poder familiar, assegura-se a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (artigos 1.630 e 1.631 do Código Civil Brasileiro, artigo 21 da Lei 8.069-90). A direção da criação e educação dos filhos menores é a primeira inerência do exercício do poder familiar (inciso I do artigo 1.634 do mencionado estatuto legal).⁹⁹⁸

Deste modo, pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores, sempre, obviamente, respeitando-os – com especial consideração pela dignidade humana da criança ou adolescente e pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (CPJ, 1.1.1 e 1.1.2 dos filhos + CPJ, 2.2.1 e 2.3.1, a agregar Es na relação).⁹⁹⁹ O poder familiar, nota com acerto Jónatas Machado, move-se norteado pelo *difícil equilíbrio entre dependência e liberdade*, certo que o desenvolvimento do menor começa na primeira e dirige-se para a segunda – há evidente tensão entre o uso legítimo da autoridade educativa e a “construção ilegítima do universo do menor”, havendo risco que o abuso paterno degenera na violação da sua liberdade. Acresce complexidade o fato de que o direito constitucional à liberdade de consciência e religião, a tutelar o processo de formação da consciência e da vontade, “não surge de repente”, quando o menor apaga “x” velas de seu bolo de aniversário. O que

assistência médica” (a ênfase na tutela dos direitos do menor surge em casos como *Wisconsin v. Yoder*). Para a questão da transfusão de sangue no direito brasileiro, em sua implicação religiosa, vide: SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 117-24; DORSA, Paschoal José. “O direito à vida e à liberdade de crença. Testemunhas de Jeová. Transfusão de sangue. Assinatura de termo de responsabilidade e autorização. Recusa. Procedimento médico e administrativo, em face da Constituição”, *Revista dos Tribunais*. Ano 84, nº 714, abril de 1995, “passim”.

⁹⁹⁷ No ambiente familiar, os pais (de uma crença) podem tensionar com crença diversa dos filhos; ou, todos com a mesma crença, podem tensionar com o direito à vida ou à saúde dos filhos (caso em que prevalecem tias “direitos de sobrevivência”, o que é praticamente pacífico em nível jurídico-penal).

⁹⁹⁸ Como, dentre outras competências, a representação e a assistência e a exigência que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, incs. V e VII, respectivamente, Código Civil Brasileiro).

⁹⁹⁹ A liberdade de ter ou não ter uma religião e uma crença, dos filhos, ou de abandoná-las ou mudá-las é mediada pelos deveres de proteção estatal da LR individual e pela garantia institucional da autodeterminação pessoal.

recomenda redobrada atenção, em matéria religiosa, à maturidade do menor considerada em concreto, devendo-se tomar os marcos etários em termos tendenciais.¹⁰⁰⁰

O quadro legal brasileiro (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90) coaduna-se com as considerações doutrinárias expendidas, gozando a criança e o adolescente de “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, sem prejuízo da proteção integral e asseguradas todas as oportunidades e facilidades que facultem seu *desenvolvimento espiritual* em condições de *liberdade* e de dignidade (art. 3º) e estabelecido o princípio da prevenção contra qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (art. 5º), assim como o *topos* hermenêutico da “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º). Quanto ao direito à vida e à saúde, o legislador operou uma redução de complexidade e realizou ponderação dos direitos em tensão, ao tornar obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (art. 14, parágrafo único). Crianças e adolescentes têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, “como pessoas humanas em processo de desenvolvimento” e “sujeitos de direitos civis, humanos e sociais”, constitucionais e legais (art. 15). O direito à liberdade desdobra-se, expressamente, em liberdade de opinião e de expressão e *liberdade de crença e de culto religioso* (art. 16, incs. II e III, respectivamente). O direito ao respeito consiste na inviolabilidade de sua integridade, abrangendo a preservação da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (art. 17). Aos adolescentes privados de liberdade, em programa de internação pela prática de ato infracional, deve-se propiciar, se desejarem, assistência religiosa, de acordo com suas crenças (art. 94, XII).¹⁰⁰¹

¹⁰⁰⁰ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 262-4. Delibam-se, aqui, questões espinhosas, algumas que refogem ao âmbito da investigação, como por exemplo o noticiado “tratamento” coativo, nos Estados Unidos, em clínicas pretensamente especializadas (muitas apelando para aspectos religiosos), a que são submetidos adolescentes homossexuais (ou com tendências) por imposição dos pais. É de reter que a aquisição da identidade é uma das principais finalidades do processo de maturação que se dá na adolescência, o que ocorre muitas vezes num quadro reativo, até radical, contra a autoridade nas suas diversas manifestações sociais, o que vale também para a identidade espiritual – num contexto ideal, a viabilizar efetiva escolha em matéria religiosa, o adolescente deve ter acesso às diversas propostas religiosas (com óbvios reflexos na questão do ensino religioso, *infra*, item 4.3). Pode-se aventar, de todo modo, uma “maioridade religiosa do menor” – na Alemanha, lei de 1921 sobre educação religiosa dos menores estabeleceu “catorze anos como idade mínima para a opção por uma confissão religiosa e os doze anos como idade a partir da qual o menor não pode ser forçado a adotar outra crença”. O autor refere (na mesma nota 865) que o Supremo Tribunal de Newfoundland considerou que um adolescente de 15 anos, Testemunha de Jeová, “já era suficientemente maduro para decidir sobre o tratamento médico a que seria sujeito” – sem que exista critério cronológico indiscutível, Jónatas sugere que a fixação da idade mínima para o exercício da liberdade religiosa “deveria ser hoje feita num momento mais próximo do início da adolescência e não do seu fim” (nota 866).

¹⁰⁰¹ Princípio geral, no regramento da colocação em família substituta com intervenção judicial (de aplicação analógica nos casos de conflito no exercício do poder familiar), é ouvir, sempre que possível, a criança ou o adolescente (art. 168 da Lei 8.069-90). Deve-se “levar a sério” tal programa normativo, também no que tange à

Pode-se presumir, *juris tantum*, a *maioridade religiosa* dos *adolescentes* (pessoa entre 12 e 18 anos de idade, consoante art. 2º da Lei nº 8.069/90), afastável por demonstração de *imaturidade* biopsicosocial para o ato/omissão religiosos considerado, bem como a *incapacidade religiosa* das *crianças* (até 12 anos de idade incompletos, conforme o dispositivo citado), também afastável por demonstração de *maturidade* biopsicosocial para o ato/omissão religiosos em apreço.¹⁰⁰²

4.2.2 No trabalho

No que toca às relações de trabalho (as primeiras decisões atinentes à *Drittwirkung*, na Alemanha, surgiram nos foros trabalhistas), são em geral objeto de particular atenção nas constituições contemporâneas, não só pelo histórico movimento em prol dos direitos sociais, mas também diante da percepção de que a empresa privada (talvez o próprio Estado empregador) “constitui um agressor potencial dos direitos fundamentais, suscetível de o fazer com tanto ou mais dano para o indivíduo do que o Estado”.¹⁰⁰³

Noam Chomsky, numa visão de crítico social e ativista político, descreve os Estados Unidos como uma “sociedade dirigida para a atividade empresarial, e os partidos políticos durante muito tempo têm refletido os interesses das empresas” (cita como persuasiva a versão do cientista político Thomas Ferguson, a “teoria da política como investimento”, em que o Estado é “controlado por coalizões de investidores” – para participar da arena política “é preciso ter recursos e poder suficientes para integrar uma dessas coalizões”, o que explica a participação “bastante marginal” do público no “planejamento e na implementação das

liberdade religiosa, cabendo ao Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados” e promover as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, inc. VIII).

¹⁰⁰² BRANCO, *Aspectos*, p. 169, analisa a capacidade de fato e a capacidade de direitos, no quadro da condição etária para que o sujeito exerça sua titularidade, e exemplifica, dentre as “questões de relevantes repercussões práticas”, com o “direito de liberdade de crença e de religião”. Pode um adolescente invocá-lo, para eximir-se de obrigações religiosas impostas pelos pais? Em que medida o direito do menor, de abraçar uma nova religião, pode ser restringido pelos pais? Valeria o critério da maioridade civil? “A questão não parece encontrar resposta apriorística nas normas gerais de capacidade do Código Civil”. O problema parece merecer tratamento legislativo específico e, na ausência de previsão legal tópica, “é de se sustentar a necessidade de tratamento *ad hoc* das questões surgidas, mediante o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso”

¹⁰⁰³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 264. Superada a compreensão liberal que prevaleceu nos Estados Unidos durante a era *Lochner* (entre 1905, *Lochner v. New York* e o *New Deal*), período no qual a Suprema Corte “invalidou uma quantidade significativa de legislação laboral e social por considerar que a mesma violava os princípios constitucionais da autonomia privada e da liberdade contratual tradicionalmente incorporados na *common law*” (nota 867).

políticas públicas”).¹⁰⁰⁴ Posto que no mundo empresarial o poder flui do alto para baixo, de modo geral “as empresas são mais totalitárias do que a maioria das instituições políticas que chamamos de totalitárias”.¹⁰⁰⁵ Interessante que Chomsky retorne a Thomas Jefferson, que, no fim de sua vida (faleceu em 04 de julho de 1826, exatos 50 anos depois da Declaração da Independência), distinguia o cenário norte-americano entre aristocratas e democratas, alinhando-se entre os segundo e prevenindo especificamente contra “as instituições bancárias e as *monied incorporations*”, que hoje seriam chamadas de “grandes empresas”. Na mesma linha, cita o filósofo e educador John Dewey, que temia “a sombra projetada sobre a sociedade pelas grandes empresas”. Ambos, como outros liberais clássicos, reconheciam que “as instituições privadas são absolutistas, incontrolláveis e basicamente totalitárias na sua estrutura interna. E hoje elas são muito mais poderosas do que ele(s) poderia(m) imaginar”.¹⁰⁰⁶

Com observação da realidade similar, Manoel J. Silva Neto recorda que os “trabalhadores representam categoria das mais tolhidas em sua liberdade de religião”, a ensejar análise das possíveis ofensas no plano das relações de trabalho, “notadamente em face da subordinação jurídica – traço delineador mais nítido do vínculo de emprego”.¹⁰⁰⁷

Em Portugal, em face do disposto no artigo 59º, 1, da Constituição, expressamente determinado o efeito de irradiação dos direitos fundamentais dos trabalhadores em relação às empresas empregadoras, é desnecessário recorrer à vinculação dos particulares como cláusula genérica (art. 18º, 1, da Constituição Portuguesa), pois o *direito especial de igualdade* proíbe

¹⁰⁰⁴ CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. (trad. Alberigo Loutron) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pp. 10-1, citado *Segredos, mentiras e democracia*.

¹⁰⁰⁵ CHOMSKY, *Segredos, mentiras e democracia*, pp. 12-3.

¹⁰⁰⁶ O ponto é que esses textos são todos acessíveis, difícil pensar em figuras mais exponenciais da história dos Estados Unidos do que Jefferson e Dewey, personalidades absolutamente norte-americanas (*American as apple pie*). “Mas quando lemos sobre elas, hoje, nos parecem lunáticos marxistas ensandecidos, o que mostra a que ponto decaiu nossa vida intelectual. (...) Tudo isso foi pervertido de forma grosseira, ou simplesmente esquecido, na vida intelectual moderna., no entanto, penso que todas essas idéias derivam diretamente do liberalismo clássico do século XVIII. Acredito mesmo que suas raízes podem ser encontradas no racionalismo do século XVII.” (CHOMSKY, *Segredos, mentiras e democracia*, pp. 19-24). Adam Smith, por exemplo, “só não se qualificou de anticapitalista porque, no século XVIII, era basicamente pré-capitalista”, marcada sua visão por boa dose de ceticismo, ao rezear, v.g., que as *joint stock companies* se tornassem “pessoas imortais” – o que, segundo o autor, ocorreu no século XIX, “pois sob as leis existentes as empresas têm mais direitos do que os indivíduos, e podem durar para sempre”. E isso não aconteceu, ponto crucial, “devido a decisões parlamentares” (nos Estados Unidos, por exemplo, ninguém votou no assunto). Ali, como em outras partes do mundo, “a mudança ocorreu por meio de decisões judiciais. Os magistrados e os advogados das empresas simplesmente criaram uma nova sociedade em que estas têm um poder imenso.” (pp. 22-3).

¹⁰⁰⁷ SILVA NETO, *A proteção constitucional*, p. 113. O problema do “desrespeito ao direito fundamental à liberdade religiosa recrudescer no campo das relações de trabalho. Quando não é o empregador quem sugere os seus trabalhadores à participação em culto religioso, são os próprios empregados que não impõem limites à sanha para converter novos adeptos à sua fé...” – p. 121.

discriminação em função da religião em áreas tão sensíveis como a retribuição, a organização e as condições do trabalho, repouso e assistência material em caso de desemprego involuntário.

No Brasil, a questão tem matiz diferente. Dentre os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais também consta previsão especial de igualdade, proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal), *ausentes*, da enumeração, os *motivos de religião*, cidadania, território de origem, convicções políticas ou ideológicas (explícitos no mencionado artigo 59 da Constituição Portuguesa). Embora razoável interpretar que leitura compreensiva do texto englobaria na mesma norma a *não discriminação em função da religião*, parece mais adequado fundar tal vedação no *princípio geral de vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*,¹⁰⁰⁸ forte no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, aplicável, no que couber, a todas as concretizações dos direitos laborais elencadas nas mais de três dezenas do citado artigo 7º.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁸ Segundo BRANCO, *Aspectos*, pp. 179-80, foi o que decidiu o STF no Recurso Especial 161.243 (DJ 19/12/97, rel. Min. Carlos Velloso), ao “não aceitar que a invocação do princípio da autonomia legitimasse discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios criados no estatuto de pessoal de certa empresa”. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhasse para empresa francesa no Brasil, não foi aplicado o Estatuto de Pessoal da Empresa, que lhe concederia vantagens – o que acarretou, na visão da Corte, ofensa ao princípio da igualdade. Afirmou o relator: “A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o *credo religioso*, etc., é inconstitucional” (grifou-se).

¹⁰⁰⁹ Também pelo princípio geral de igualdade do *caput* do referido artigo 5º. Veja-se que, ao consagrar o objetivo geral da não discriminação, o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal refere-se aos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e, numa norma de envio, a “quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, parece que o legislador constituinte escolheu, de um rol possível e mais amplo, os critérios que substanciam um “especial direito de igualdade”, tendo em vista sua visão histórica e axiológica das relações trabalhistas, repetindo (no inciso XXX do artigo 7º) os critérios “sexo”, “idade” e “cor” (constantes do artigo 3º, inciso IV), mas omitindo o critério “raça” (talvez por imperfeição técnica, imaginando que estivesse garantido com a menção à cor) e, principalmente, deixando de escrever qualquer cláusula de abertura, tendo incluído, porém, quarto critério expresso (idade) – além de proibir, agora genericamente, “qualquer discriminação” ao trabalhador portador de deficiência (artigo 7º, inciso XXXI), ainda que o objeto da proibição seja mais restrito que o do inciso anterior (salário e critério de admissão; mas não, por razões óbvias, o “exercício de funções”). Dada a delicada e apertada tensão, neste campo, entre liberdade e igualdade, pode-se compreender a *cautela constitucional em estabelecer direitos especiais de igualdade*. O que não quer dizer, em momento algum, que estejam permitidas as discriminações em função da religião. Pelo contrário, vedadas estão como *efeito do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo* na sua eficácia (vinculação) em relação aos particulares, a reclamar, como ficou dito, a ponderação entre os direitos fundamentais em jogo, já que ambos os pólos das relações trabalhistas são titulares de direitos fundamentais. Gradativamente, à medida em que se sente seguro e habilitado, o legislador ordinário vai operando ponderações mais ou menos genéricas em campos diversos da vida social, em geral criminalizando aspectos recortados de discriminação, particularmente intoleráveis (assim os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, Lei n. 7.716/89, e os crimes consistentes em atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, *religião*, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, Lei n. 8.081/90). Na ausência de sinalização legislativa, evidente, o Poder Judiciário operará as devidas ponderações em concreto, conformando a eficácia imediata *prima facie* do direito à liberdade religiosa no seio das relações trabalhistas.

Assim, a vinculação dos particulares à liberdade religiosa, mais do que a observância do princípio da igualdade, vincula “positivamente a entidade empregadora a proceder a uma medida determinada de acomodação da religião”, orientando-se pela “plena e igual liberdade de crença no ambiente laboral”. Pensa-se, agora, na refração da LR no seio da relação que se trava entre empregadores (Em) e trabalhadores (t1, t2...), tendo em vista a diversidade de crenças (C1, C2...). Assim, [LR em Em(t1C1, t2C2, t3C1, t4C3...) determina *dever de acomodação da religião no trabalho*, cfe. (CPJ, 2.1.5.2 para Em) e (CPJ, 2.3.1, 2.3.3 e 2.3.4 para Es)].¹⁰¹⁰

Em linha de princípio, isso significa proteger os indivíduos de “qualquer pergunta sobre as convicções e práticas religiosas no processo de seleção dos trabalhadores prospectivos” (em Portugal, alarga-se, com as necessárias adaptações, o artigo 43º, 1 da Constituição às relações privadas), o que ultrapassa a fase inicial da relação laboral e deve prolongar-se durante toda sua duração (CPJ 1.1.9.1 – direito individual à privacidade religiosa), “exigindo a organização do trabalho em condições compatíveis com a garantia da liberdade religiosa individual” – trata-se de proteger, nos limites do princípio da tolerância e atendendo ao cumprimento dos deveres ínsitos à relação trabalhista, a “livre comunicação das crenças religiosas” (CPJ 1.1.4.1 - proselitismo) e criar um “ambiente de trabalho livre de *assédio por motivos religiosos*”, preclusa a despedida como represália religiosa.¹⁰¹¹ Trata-se, também, de articular [(CPJ, 1.1.13.1) + (CPJ, 1.1.9.1) x (CPJ, 1.1.4.1)], tendo em vista as complexas relações (Em x t1C1 x t2C2 x Es)].¹⁰¹²

Silva Neto, mirando à efetiva aplicabilidade da liberdade religiosa à relação contratual trabalhista, formula quatro questões concretas, para balizar sua análise: (i) é admissível que empregados façam proselitismo de determinado segmento religioso no “âmbito interno da empresa”? (ii) é facultado ao empregador convocar os seus trabalhadores para “participarem

¹⁰¹⁰ Diante das diversas crenças dos trabalhadores, a empresa tem o dever de acomodação, que também decorre do seu dever de tolerância e não discriminação – e o Estado tem que assegurar as garantias institucionais da LR individual, do princípio da igualdade e da diversidade/pluralidade religiosas.

¹⁰¹¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 265-6. O que deve ser corretamente entendido, pena de virar-se contra a liberdade religiosa. Comissão para a igualdade de oportunidades de emprego, nos Estados Unidos (1993), revisou a definição de assédio (*harassment*) no trabalho. O “assédio religioso no trabalho” ocorreria quando, numa empresa, “alguém, motivado pelas convicções religiosas de um outro indivíduo, pratica uma ação ou desenvolve uma conduta que interfere, para além dos limites do razoável, com o desempenho laboral deste último, havendo ilegalidade quando se ponham em causa as suas oportunidades de emprego”, o que não deve ser confundido com transformar o ambiente de trabalho numa *religion free zone*, marcada pelo temor dos indivíduos de “viver e comunicar livremente as suas convicções religiosas” (nota 873).

¹⁰¹² Ninguém pode ser obrigado a professar crença ou praticar/assistir culto, nem ser perguntado/perseguido por suas convicções religiosas, além de ter o direito fundamental ao proselitismo, o que deve ser articulado nas relações entre empresa, trabalhador e Estado.

de culto vinculado a certa religião”, o que ocorre habitualmente em datas especiais (inaugurações de novas instalações ou de filiais, festas de final de ano etc.)? (iii) pode o empregador, nos domínios físicos da unidade empresarial, “construir templo representativo de segmento religioso”? (iv) podem as organizações religiosas “contratar exclusivamente empregados que professem a fé por elas abraçada”?¹⁰¹³

Vale síntese de suas respostas:

(i) parte de observações de Léon Duguit (o crente tem certeza inabalável de que possui a verdade e seu proselitismo provavelmente será intolerante) e de que a persuasão se faria “dentro da empresa e durante o horário de trabalho ou no intervalo intrajornada”. A empresa é “comunidade altamente heterogênea” e abre-se “sério precedente ao se possibilitar ao empregado faça proselitismo de uma religião dentro da empresa”, já que muitos colegas podem ter feito a mesma opção (e outros não ter consumado qualquer escolha, como garante a Constituição) – criam-se, assim, “constrangimento com imprevisíveis conseqüências”: a defesa de concepção religiosa perante quem já abraçou outro segmento significa “grave ofensa à liberdade de crença”; e o trabalhador agnóstico “pode não aceitar de modo passivo a investida do crente”. Ainda que se trate de problema ocasionado por um único empregado, há “ofensa de interesses transindividuais dos trabalhadores” (liberdade de crença e meio ambiente do trabalho), pois as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos “causam profundo mal-estar, mais ainda quando provêm de superior hierárquico”. Daí que se abre ao empregador a faculdade de “extinguir por justa causa a relação contratual de todos os que se utilizam de tal prática” (incontinência de conduta, art. 482, ‘b’, CLT), podendo também o sindicato profissional ou o Ministério Público do Trabalho acionar o Poder Judiciário pleiteando a “adequação da conduta do empregado que incorre no equívoco diante da transgressão a interesse individual indisponível dos trabalhadores”;

(ii) as convocações para cultos ou festas convertem-se, muitas vezes, em veladas ofensas à liberdade religiosa dos trabalhadores, quando o empresário escolhe o culto de sua preferência. A empresa, como o Estado, está “obrigada a assumir uma postura imparcial

¹⁰¹³ SILVA NETO, *A proteção constitucional*, pp. 122-3. Uma das premissas do autor é que a liberdade de culto, “da forma que melhor se adapte às tradições e às particularidades do grupo social”, *não pode ser limitado* “sob o fundamento da ofensa à ordem pública ou aos bons costumes”. As contenções são ditadas: (a) pelo sistema penal; (b) pela consagração da “máxima que a liberdade de alguém termina onde começa a liberdade de outrem”. Em (a) não se admitem lesões corporais ou homicídio a pretexto de liberdade de culto; em (b), não se pode “impor à vizinhança de uma igreja que suporte pacientemente celebrações ruidosas noite adentro”. Convoca, ainda, a liberdade de organização religiosa e a laicidade do Estado. Para síntese das respostas, que segue no texto, pp. 123-5.

quanto aos segmentos religiosos”, já que “não tem religião”. O “proprietário pode ter; os trabalhadores também, mas a empresa (...) está proibida de abraçar uma dada seita religiosa, exceção feita às organizações religiosas”. Assim, o *convite* aos trabalhadores, para que participem do culto natalino, é “flagrante desrespeito à liberdade de religião”. Repara que a subordinação jurídica que marca o vínculo empregatício “determina o obediência (sic) irrestrito do empregado às diretrizes traçadas pelo empregador para o desenvolvimento das prestações de trabalho, e nada mais” (embora a tendência do empregador de imiscuir-se, até, na escolha da religião). Pondera que a “recusa” ou “ausência” ao evento podem soar não como exercício da liberdade religiosa do trabalhador, “mas sim como demonstração explícita de rebeldia” – daí que, salvo os *cultos ecumênicos* (que funcionam como elemento integrativo), “qualquer outra celebração na empresa está vedada pelo sistema constitucional”;

(iii) em face do que ficou dito supra (a empresa não pode ter religião), vigora proibição de edificação, na empresa, de templo representativo de confissão religiosa, “pois a edificação seria paradigmática do envolvimento do ente coletivo com certa seita” – se já tiver ocorrido, “imperiosa a conversão do templo em espaço ecumênico” e, na resistência do empregador, seu “fechamento ou mesmo demolição”;

(iv) as entidades religiosas, ao contratarem trabalhadores para atingirem seus propósitos institucionais, não podem “restringir o universo dos eventuais contratados àqueles que professam a fé religiosa abraçada pela organização” – nem em questionários ou entrevistas para admissão é possível “indagar a respeito de crença” (o que se estende a todo e qualquer procedimento admissional).

Veja-se, para ilustrar, o *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta* (TAC) celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e uma empresa do Rio de Janeiro, que se comprometeu: (a) não mais se utilizar, no processo seletivo, de indagações, perguntas, ou qualquer outra forma de aferição das opções, crenças e militâncias religiosas; (b) não discriminar os candidatos, atuais e futuros empregados, com relação à admissão, às promoções e outras vantagens legais; (c) não mais realizar cultos em seu estabelecimento ou em qualquer de suas dependências, dentro do horário de trabalho; (d) a participação em qualquer ato religioso não pode ser impingida ou exigida, e não haverá qualquer forma de assédio ou coação, por mais dissimulados, para que os trabalhadores participem; (e) durante o

período destinado ao culto, não serão cumpridas quaisquer obrigações de natureza contratual (assinatura de presença, entrega de documentos etc.).¹⁰¹⁴

Da banda norte-americana, refere-se uma emenda de 1972 ao *Civil Rights Act* de 1964, um programa de proteção das minorias, vedado legislativamente o tratamento discriminatório ao trabalhador por motivos de ordem religiosa. O empregador vincula-se a uma “acomodação razoável” (*reasonable accomodation*) da religião do trabalhador, na medida em que tal não implique um “encargo indevido” (*undue hardship*), isto é, fazendo prova de uma “crença religiosa sincera”, o trabalhador faria jus aos *necessários ajustes pelo empregador*, desde que isso não acarrete um custo desproporcional. No caso *Trans orld Airlines Inc. v. Hardison* (1977), chamada a manifestar-se sobre a acomodação de práticas sabatistas, a Suprema Corte, provada a ausência de qualquer intenção discriminatória, interpretou restritivamente (em relação à liberdade religiosa) a fórmula “encargo indevido”, equiparado à presença de um mero “custo mínimo” (*minimal cost*), por exemplo, a “necessidade de pagar horas extraordinárias para operar a substituição do trabalhador” – ao argumento de que o tratamento laboral diferenciado das religiões minoritárias, em prejuízo da maioria, consistiria numa “administração desigual da convenção coletiva de trabalho” (*colective-bargaining agreement*). Não escapa, na análise da solução, o “risco de subordinar totalmente o fator religioso aos interesses econômicos”, resvalando-se para um “princípio de marginalidade” pelo qual os direitos fundamentais sucumbem à “lógica economicista de ponderação de custos e benefícios” – o peso dos direitos em colisão, a considerar nas restrições dos direitos fundamentais, depende também da sua *natureza*.¹⁰¹⁵

Importa reter a idéia de “acomodação razoável da religião”, na vertente de concordância prática entre os direitos fundamentais em tensão, posta a “especial centralidade que o fator religioso assume como elemento constitutivo da identidade e autocompreensão do indivíduo”. Assim, o direito à liberdade religiosa deve ser equacionado, de modo proporcional, com os “direitos de propriedade e iniciativa econômica privada do

¹⁰¹⁴ TAC nº 83/02, MPT da 1ª Região e Never Indústria e Comércio Ltda. (09/4/2002), *apud* SILVA NETO, *A proteção constitucional*, pp. 125-9. O ajuste considerou: a partir de dados do Censo de 1991 (IBGE), a diversidade religiosa do Rio de Janeiro (identificadas 10 religiões, mais as categorias “outras”, “sem religião” e “sem declaração”); o quadro constitucional brasileiro; o fato de que a empresa, quando das entrevistas para vagas, anotava as opções religiosas dos candidatos; o caráter nitidamente religioso do culto diário celebrado no auditório da empresa (louvação a Jesus Cristo e leitura da Bíblia Protestante); que o ambiente de trabalho deve ser livre de constrangimentos à opção religiosa dos trabalhadores; a presunção de coação à participação no culto; a verificação, em inspeção, que mais de 90% dos trabalhadores internos estavam no culto; que a forma de admissão privilegiava os candidatos protestantes.

¹⁰¹⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 266-8.

empregador”, na busca da máxima efetividade para obter o “*equilíbrio menos restritivo* entre os bens em colisão”. Quanto ao “aparente tratamento preferencial do trabalhador por causa das suas convicções religiosas”, Jónatas Machado considera a “única solução logicamente possível”, em face de uma norma de aplicação geral, pensada de acordo com os interesses dominantes, que “colide irremediavelmente com as práticas religiosas minoritárias” – sendo um “corolário elementar do princípio da igualdade em sentido material a previsão de um tratamento especialmente atento às circunstâncias concretas”.¹⁰¹⁶

Neste contexto, pode-se convocar a questão dos dias de guarda, reservado o domingo para o descanso semanal em face da tradição majoritária cristã, o que tem importância suficiente para justificar uma Carta Apostólica de João Paulo II (*Dies Domini*, 1998). Consabidas as variações: o *shabbat* judaico (que reserva o sábado); a sexta-feira, no Islã. Soriano defende que o direito à liberdade religiosa deve “garantir o direito de escolha de um dia de repouso sem qualquer interferência estatal”, caracterizada como uma “prerrogativa de foro íntimo”. Assim, a “lei civil, em um Estado laico, como o Brasil, não pode favorecer a uma religião, em detrimento de outras, em que pese o dia de guarda, determinando a observância compulsória de um dia específico”.¹⁰¹⁷

Importa que o direito à liberdade religiosa concretiza-se, no caso, em (CPJ, 1.1.7.2.3 e 1.2.2.) e sua maximização passa pelo reforço da posição (CPJ, 1.1.12), que se reflete diretamente em (CPJ, 2.1.3.8).¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 269-70. Permanece a obrigação de procurar as alternativas menos restritivas, que evitem colocar o trabalhador no *dilema* angustiante de ter que “escolher entre o exercício da sua liberdade religiosa ou o do seu direito ao trabalho”. A ponderação dar-se-ia (nota 889) entre o interesse religioso do trabalhador (que permanece constante) em face do empregador, cujos interesses variam em concreto, conforme (a) o custo administrativo-financeiro real suportado para acomodar a religião do trabalhador, (b) a razoabilidade da acomodação ou a severidade dos custos, aferíveis de acordo com a própria capacidade do empregador em suportá-los. Pende, ainda, para a entidade empregadora, formular soluções alternativas de acomodação, com avaliação dos custos respectivos (*onus probandi* para verificação judicial se a acomodação é ou não possível sem *undue hardship*).

¹⁰¹⁷ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 130-9. O autor desenvolve o histórico e o fundamento religioso das diferentes correntes cristãs, que mandam observar o domingo (a mudança de sábado para domingo teria ocorrido por volta de 100 anos da morte de Cristo, por vários fatores, como influência pagã e anti-semitismo). Inviável entrar na controvérsia teológica, o domingo, como dia de festa por excelência (em que por tradição apostólica se celebra o mistério pascal), é consagrado no art. 1.246, § 1º, do Código Canônico, enquanto o sábado era, na lei antiga, o dia consagrado ao Senhor, o dia de descanso para o povo de Deus. Em termos civis, a adoção do domingo como dia de descanso remonta ao ano de 321, quando o Imperador Constantino proibiu, naqueles dias, toda espécie de trabalho, exceto as atividades agrícolas.

¹⁰¹⁸ O direito individual de comemoração pública das festividades religiosas e o direito das igrejas de livre exercício das funções religiosas e de culto confluem para reforçar o direito fundamental *prima facie* à dispensa do trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, a substanciar o princípio da cooperação, devendo o Estado criar condições organizacionais e procedimentais, no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas/provas por motivo religioso.

Pergunta, Manoel J. Silva Neto, se o empregado pode eximir-se da presença na empresa, em data tida por inadequada por sua religião, mesmo não sendo feriado reconhecido por lei? A rigor, responde, “nada impede que ele, mediante comunicação prévia ao empresário, informe-o a respeito da impossibilidade de comparecimento naquele dia, desde que compense a ausência em data a ser estipulada”. Se o empregador não atender o pleito, abre-se via para requisição judicial de *rescisão indireta do contrato de trabalho* (art. 483, ‘b’, CLT).¹⁰¹⁹

Soriano, no mesmo desiderato, cita o art. 2º da Convenção nº 14 da Organização Internacional do Trabalho (1921), que prevê o *descanso semanal*, a ser concedido “ao mesmo tempo, sempre que possível, a todo pessoal de cada empresa (...) coincidirá, sempre que possível, com os *dias consagrados pela tradição ou costumes do país ou da região*” (o descanso laboral e a remuneração dos feriados também são previstos no art. 7º, ‘d’, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 20/01/92). Assevera que, num Estado laico e num regime de separação, o dia de guarda só pode ser disciplinado de “forma a garantir a liberdade religiosa dos jurisdicionados” (para que cada qual possa manter e exteriorizar sua fé). Daí que a CF 88 (art. 7º, XV) refira o repouso semanal remunerado, *preferencialmente aos domingos* – não obrigatoriamente, sendo que a Lei nº 605/49 “prevê algumas exceções à dominicalidade, embora não haja nenhuma previsão de índole religiosa”. Daí que o Estado deva favorecer, na legislação civil, o direito de escolha individual.¹⁰²⁰

Embora o Estado também tenha que, observa a investigação, ponderar a tradição cultural (apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais) e considerar a “fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, a par de proteger as culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (CF 88, art. 251, § 1º e 2º). Um programa extenso, como se vê, e complexo.

¹⁰¹⁹ “além de outras providências que podem e devem ser adotadas com o fim de salvaguardar a garantia fundamental dos trabalhadores à liberdade religiosa” (SILVA NETO, *A proteção constitucional*, p. 124), que não as especifica.

¹⁰²⁰ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 140-3. O repouso semanal remunerado é complementar à liberdade religiosa, que deve ser garantida sem restringir os direitos econômicos e sociais, e vice-versa (mas então, na ótica da investigação, não haveria ponderação, nem concordância prática). Certo que o princípio da dominicalidade deve ser interpretado em harmonia com a liberdade religiosa. Pergunta, o autor, assim, se os “observadores do sábado teriam direito de manter a sua crença sem comprometer a dignidade e os outros direitos inerentes à cidadania”? Assente que o pluralismo religiosa “pode ser salutar para a sociedade”, pode haver cooperação e mútuo benefício, tanto na iniciativa privada quanto na pública. O Estado laico deve favorecer, “através da legislação civil, o direito de escolha, de forma que cada ser humano possa observar o dia de descanso ou guarda, segundo a sua consciência”.

Alguma redução de complexidade operou o legislador. Em nível federal, a Lei nº 10.607/2002 estabeleceu que são feriados nacionais: 1º/01, 21/4, 1º/5, 7/9, 02/11, 15/11 e 25/12.¹⁰²¹ A Lei nº 6.802/80, estabeleceu que “é declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, *para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil*”.¹⁰²² Já a Lei nº 9.093/95,¹⁰²³ estabeleceu, no art. 1º, como feriados civis: I – os declarados em lei federal; II – a data magna do Estado fixada em lei estadual; III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. No seu art. 2º determinou que “*são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluído a Sexta-Feira da Paixão*”.¹⁰²⁴

Assim, alguns feriados religiosos estão definidos em nível nacional, remanescendo aos Municípios, bem de ver, a determinação de outros três feriados religiosos, de acordo com a tradição local (já que o quarto, assegurou o comando federal, é a “Sexta-Feira da Paixão”, cristão).¹⁰²⁵ Daí que 23 de abril, consagrado a São Jorge, é feriado na cidade do Rio de Janeiro, enquanto em Porto Alegre é feriado religioso 02 de fevereiro (dedicado a Nossa Senhora dos Navegantes, padroeira da Cidade), ao passo que em Petrópolis (RJ) guarda-se

¹⁰²¹ Dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 662/49 e revogando a Lei nº 1.266/50.

¹⁰²² No que tange ao “culto público e oficial”, por afronta ao princípio da não confessionalidade, considera-se que a norma não foi recepcionada pela CF 88.

¹⁰²³ Com a redação dada pela Lei nº 9.335/96.

¹⁰²⁴ Em primoroso voto de lavra da Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, relatora do Processo Administrativo – Conselho nº 02.81.01460-4/RS (TRF da 4ª Região, julgado pelo Conselho de Administração, em 05/02/2003, à unanimidade), o quadro legal é esmiuçado, como segue no texto.

¹⁰²⁵ A questão vem suscitando polêmica. A 4ª Câm. Cível do TJRS, por exemplo, em apelação e reexame necessário (Proc. nº 70004452066, rel. Des. Wellington Pacheco Barros), deu razão ao Município de Pelotas, que era confrontado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Pelotas, afirmando a constitucionalidade das Leis Municipais nº 4.718/2001 e 4.736/2001, que instituíram 20 de novembro como feriado municipal, “data do aniversário da morte de Zumbi dos Palmares”, em face dos arts. 30, I e IX, CF 88 (legislar sobre assunto de interesse local; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local) e ao considerar que a Lei nº 9.093/95 “disse mais do que poderia dizer, especialmente quanto aos Municípios”. Cita-se, do voto do Des. Araken de Assis: “Não pode o Juiz substituir-se às opções do legislador local. Se a Câmara de Pelotas resolveu homenagear Zumbi, preterindo algum Santo da Igreja, revela-se impossível à autoridade judiciária desfazer...”. Todavia, em 19/11/2003, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Federação do Comércio de bens e serviços do Estado RS (Processo nº 70007645443, Rel. Des. Vasco Della Giustina), concedeu-se liminar suspendendo o feriado de 20 de novembro em Pelotas (Dia da Consciência Negra), que “não pode ser tido como feriado religioso ou de conotação religiosa”, considerando que feriado civil só poder ser declarado por lei federal – ocorreu o mesmo com leis municipais de Alvorada e Porto Alegre (que criara, pela Lei Municipal nº 9.252/2003, o feriado de 20 de novembro, suspenso liminarmente por 23 votos a 1 a pedido da FECOMERCIO, FIERGS e SINDILOJAS – o único voto contrário foi o do Des. Wellington Pacheco Barros). O argumento básico é que a “data objeto do feriado não envolve ‘dia de guarda’ de acordo com a tradição local”. O Movimento Negro Unificado e o *Centro Memorial de Matriz Africana 13 de Agosto*, integrantes da Coordenação Nacional de Entidades Negra e do *Conselho Nacional de Yalorixás e Ekedes Negras* interpuseram recurso, contra a suspensão liminar do feriado em Porto Alegre, negado seguimento ao Agravo Regimental (<http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 03/12/2003)

29/6 (São Pedro Apóstolo) – alguns municípios, assim, comemoram o dia de “Corpus Christi”; outros, não.¹⁰²⁶

Necessário, portanto, “compatibilizar a fixação dos feriados religiosos com a determinação constitucional de respeito à diversidade religiosa de cultos, crenças e liturgias”, a permitir o livre exercício de crença e religião. O mundo atual exige, “contra os fundamentalismos dos mais diversos matizes, o respeito das tradições religiosas distintas das tradicionalmente aceitas como únicas”. Com tal argumentação, o TRF da 4ª Região, provocado por servidor da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (que buscava ausentar-se do trabalho no dia consagrado pelo judaísmo como “Yom Kippur”), estabeleceu normativa asseguradora do exercício dos cultos e liturgias religiosos, “consagrados local e universalmente”, mediante simples requerimento ao Departamento de Recursos Humanos.¹⁰²⁷ Em reforço, a Portaria nº 971, de 08/11/2005, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao divulgar os dias de feriado nacional e ponto facultativa, consignou, no art. 3º, que os “dias de guarda dos credos e religiões, não relacionados nesta Portaria, poderão ser compensados na forma (...), desde que previamente autorizado pelo responsável pela unidade administrativa de exercício do servidor”.

Situação similar ocorre quando *provas escolares, vestibulares e concursos públicos* coincidem com os dias de guarda. Soriano convoca a “sociedade fraterna, justa e pluralista” do Preâmbulo constitucional, a dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima efetividade da liberdade religiosa, conjugando o art. 5º, VI e VIII (não privação de direitos por motivo de crença religiosa), para concluir que é perfeitamente razoável tratar desigualmente os *sabatistas* (minorias religiosas observadoras do sábado), em cabal cumprimento do princípio da isonomia. Se o agendamento de prova é ato administrativo discricionário, não significa que esteja desvinculado dos princípios basilares da ordem jurídica, mormente no

¹⁰²⁶ “Ainda que inexista religião oficial no Brasil (...) os feriados estabelecidos em lei são todos de tradição católica, fruto, é verdade, da acentuada proeminência do catolicismo nas tradições de nosso país (...) Assim, as datas mais representativas do judaísmo, do budismo ou do islamismo (como o Ramadã)” ficam de fora (não estão previstas em lei e não se incluem na tradição local). Algumas cidades procuram “apoiar outras manifestações religiosas enraizadas na tradição da cidade, como as datas religiosas de candomblé e umbanda” (08/12, Nossa Senhora da Conceição/Oxum; e 23/4, São Jorge/Ogum – respectivamente), como do “próprio sincretismo da lavagem da Igreja do Nosso Senhor do Bonfim/Oxalá” em Salvador (conforme voto citado).

¹⁰²⁷ “para fins de registro apenas, cabendo à chefia imediata determinar a forma de compensação que entender melhor convenha ao desempenho das funções do setor, conforme à época do ano em que ocorra a ausência e compensação” (Resolução nº 15/2003 – TRF 4ª Região). Interpretou-se, também, o art. 239 da Lei nº 8.112/90, que disciplinou, no tocante ao servidor público, que, “por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o servidor não poderá ser privado de quaisquer de seus direitos, sofrer discriminação na sua vida funcional, nem eximir-se do cumprimento de seus deveres”.

reforço do princípio do livre acesso aos cargos públicos.¹⁰²⁸ No mesmo sentido, Manoel J. Silva Neto, que pondera que a Administração, pautada pela impessoalidade, não deve prejudicar ou beneficiar determinados indivíduos, a par do risco de quebra do sigilo e vulneração do certame. Todavia, se a prova for autorizada para outra data, “é óbvio que não será a mesma avaliação” e, embora o “custo maior”, o direito individual à liberdade religiosa do adventista “não deve ceder espaço à comodidade da Administração Pública”.¹⁰²⁹

Não se pode afirmar, todavia, que haja jurisprudência firmada quanto à matéria. Há notícia de que o STF, em 18/4/2002, indeferiu, pelo então Presidente Min. Marco Aurélio Mello, pedido de liminar em Suspensão de Segurança nº 2.144 (a União pretendia cassar a concessão de tutela antecipada a um candidato em concurso público que impetrara mandado de segurança contra a Escola de Administração Fazendária, justo porque a data aprazada recaía num sábado) – a Corte, “pondo na balança o valor ‘liberdade religiosa’, não o deixou perecer em prol da conveniência dos organizadores do concurso público”.¹⁰³⁰ Recentemente (22/8/2005), o mesmo TRF da 4ª Região, por sua 3ª Turma, afirmou a impossibilidade de que adventista do sétimo dia invoque “direito de prestar prova de concurso em horário diverso do previsto”. Asseverou-se que o direito à liberdade de crença religiosa (art. 5º, VI e VIII, CF 88) “não outorga ao impetrante a prerrogativa de prestar prova de concurso em horário diverso dos demais candidatos”, em face da prevalência dos “princípios constitucionais da legalidade e da igualdade”.¹⁰³¹

A situação complica-se, ainda mais, se considerarmos, especialmente em face de (CPJ, 1.2.4) e, modo geral, (CPJ, 1.2), que (Em) pode figurar como (EmC1) na relação laboral. Vale

¹⁰²⁸ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 143-6. Baseia-se também nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para dizer que a recusa seria uma arbitrariedade, contra a qual caberia mandado de segurança. Da mesma forma, “as escolas, públicas ou particulares, devem propiciar uma alternativa para os alunos que não podem realizar provas no sábado, por motivo religioso”. Enfim, razoável que o Estado discipline a repouso semanal remunerado, mas deve prever “alternativa para as minorias que observam o sábado”, já que não restringem a liberdade de outrem e não atentam contra a ordem pública, “por sua natureza pacífica”.

¹⁰²⁹ SILVA NETO, *A proteção constitucional*, p. 119.

¹⁰³⁰ SILVA NETO, *A proteção constitucional*, pp. 119-20.

¹⁰³¹ Apelação em Mandado de Segurança nº 2004.72.00.017119-0, Florianópolis, SC, rel. Des. Federal Silvia Goraieb. À unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso da União Federal, que se insurgiu contra liminar concedida contra “ato da Juíza Presidente da Comissão do XII Concurso para ingresso na Magistratura do Trabalho de Santa Catarina, mediante o qual indeferiu o pedido para realização de prova em horário diverso do marcado, pelo fato de pertencer à Igreja Adventista do Sétimo Dia, que tem o sábado como dia sagrado”. No mérito, o voto, pese identificar o confronto de direitos em tese, depois parece recuar, ao afirmar que, com o indeferimento, “não se estará intervindo em suas manifestações e convicções religiosas” – o que se busca é “garantir a igualdade de condições para todos os candidatos”. A renúncia à concordância prática é explícita: “Não cabe ao Estado, neste caso à Administração responsável pelo concurso público, adaptar seus atos consoante os preceitos da religião de cada candidato”. Assim, o princípio da igualdade “deve sobrepor-se ao direito constitucional da liberdade de crenças, porquanto não pode o impetrante ser tratado com distinção”.

dizer, no exercício de atividades não religiosas e, mesmo, de finalidades próprias, o empregador pode ser confissão religiosa.

4.2.3 No seio das confissões religiosas

É de se analisar, ainda, a refração da liberdade religiosa como um todo no trato das relações entre as posições (CPJ, 1.1 e 1.2), isto é, o direito subjetivo individual em confluência ou atrito com o direito subjetivo das igrejas (o indivíduo no seio das comunidades religiosas) – e também aproveitar-se para indagar do sentido do exercício de outros direitos fundamentais no interior das confissões religiosas. Sob outro ângulo, examinam-se as confissões religiosas como “agressores potenciais dos direitos dos indivíduos”, a suscitar complexos problemas na perspectiva geral da vinculação das entidades religiosas pelos direitos fundamentais.

Pergunta Jónatas Machado, neste contexto, se seria possível reintegrar-se, ao corpo docente de um seminário, professor afastado por suas posições heterodoxas em questões sensíveis (aborto, contracepção, homossexualidade) ou por defender ponto de vista ateu. Ou, de outra banda, qual o alcance da liberdade de expressão no seio das confissões religiosas? Por que não pode uma mulher alegar ter sido vítima de discriminação sexual diante da recusa das autoridades eclesiásticas à sua pretensão de abraçar o sacerdócio? (indagação à qual o senso comum apressa-se em responder negativamente). E no caso de mulher solteira, professora em educandário confessional, despedida em função de sua visível gravidez? E se fosse, em vez de professora, simples funcionária administrativa? Duas premissas podem ajudar nas respostas:

(1) as confissões religiosas podem “não ser do mundo”, mas, com certeza, “estão no mundo, movimentando-se no âmbito da ordem constitucional livre e democrática” – o que recomenda evitar tanto a excessiva fiscalização estatal quanto a assunção de um princípio de imunidade espiritual das confissões religiosas;

(2) há que se considerar em *simultâneo* o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosas dos indivíduos e das confissões religiosas, com seus limites e restrições (a jurisdição estatal, no âmbito confessional, dialoga com os princípios da separação e da não confessionalidade e com o direito de autodeterminação das confissões – CPJ 2.1.1 e 2.1.2 e

1.2.1)¹⁰³² – as confissões jogam, ao mesmo tempo, papéis de titulares e destinatários dos direitos fundamentais. Assim, a *colisão* desenha-se entre o *direito de autodeterminação das confissões religiosas*, de um lado, e, do outro, os *diversos direitos dos indivíduos* (CPJ 1.2.1 em tensão com CPJ 1.1).¹⁰³³

O cenário, ou pano de fundo do conflito, é a “unidade hierárquico-normativa da Constituição” e a igualdade apriorística dos direitos fundamentais convocados, a indicar uma “tarefa de concordância prática” orientada pela preocupação de não deixar desprovido de tutela qualquer deles. A partir dos valores basilares em jogo, Jónatas Machado recorda que a liberdade religiosa das confissões deve ser exercida no “quadro de uma ordem jurídica edificada sobre os valores da dignidade da pessoa humana e da igual liberdade de todos os cidadãos”, do que decorre:

(i) sobre indivíduos *não aderentes* as confissões religiosas não podem exercer qualquer poder – *imunidade* dos que “não se colocaram voluntariamente sob sua jurisdição moral ou espiritual, ou que a ela se hajam livremente subtraído”, mesmo porque o *núcleo essencial* do direito individual de liberdade religiosa seria violado se as pessoas fossem compelidas a cumprir regras. A tutela dos direitos fundamentais dos não aderentes, assim, constitui “limite intransponível ao direito à autodeterminação das confissões religiosas”;

(ii) no caso de *adesão voluntária à heteronomia da fé ou crença religiosa*, aceita-se a submissão a um conjunto de normas indisponíveis e isto “em nada atenta contra a liberdade religiosa”, inclusive porque o indivíduo conserva o *direito de abandonar* a confissão religiosa (a relação de pertença vista com uma opção continuamente exercitada, pena de desfazer-se, em favor da respectiva confissão). Avulta, neste passo, a noção de que, em face da adesão voluntária, o indivíduo depara-se com uma “entidade orgânica irreduzível a uma mera agregação dos seus aderentes” – as confissões têm identidade e valores próprios, princípios e regras específicos. A colisão trava-se entre o direito individual e a “liberdade coletiva de autocompreensão e autodeterminação doutrinária e institucional”, sendo que os traços que

¹⁰³² SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 306, recolhendo advertência de Jorge Miranda, reconhece que é preciso preservar a autonomia de algumas instituições (e.g., associações e sindicatos, expressas no texto constitucional) e que a incidência “mais intensa dos direitos fundamentais nas atividades destas instituições privadas acaba ensejando um controle maior do Estado sobre elas, em prejuízo à sua autonomia”. Lembra que tais entidades são compostas por indivíduos que nelas vislumbram, “por vezes, não uma fonte de ameaça, mas um verdadeiro fator de proteção dos direitos fundamentais”.

¹⁰³³ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 270-1. Os exemplos inspiram-se numa série de casos ocorridos no seio das mais diversas confissões, tendo a jurisprudência norte-americana questionado a aplicabilidade do Título VII do referido *Civil Rights Act de 1964* e a “jurisdição” da *Equal Employment Opportunities Commission* no âmbito das relações entre os particulares e as confissões religiosas (nota 892).

manifestam a “especificidade ontológica e estrutural” da confissão configuram seu *forum internum*, um “domínio reservado e livre de interferências estaduais” – do contrário, se restringíveis (suscetíveis à ponderação), não restaria sentido útil à liberdade religiosa coletiva.¹⁰³⁴

No esforço de visualização, figurem-se as relações entre o indivíduo (P1, P2...) e a confissão religiosa (I1, I2...). Considerando as posições {[P1(CPJ 1.1.1 – deixar de ter religião) + P1(CPJ 1.1.2 – mudar ou abandonar a própria crença)] *reforça-se o núcleo essencial* em [I1(CPJ, 1.2.1.1) + I1(CPJ, 1.2.1.2)] e tem *posição preferencial* I1(CPJ, 1.2.2) x P1(CPJ, 1.1.7.2)}.¹⁰³⁵

Com outra abordagem dogmática e mundivisão diversa, João de Oliveira Filho, em 1954, tratava do tema das “relações jurídicas entre os bispos e as associações religiosas católicas, especialmente as irmandades”, tendo em vista conflito entre a lei eclesiástica e a lei civil. Sustenta ser “dever da Magistratura repelir”, em face do princípio da “separação entre os poderes temporal e espiritual”, o apelo que se lhes faça, “sob o disfarce de princípios de justiça”, apelo que quer “desorganizar a vida moral interna da Igreja de Jesus Cristo”. Contesta, assim, a “ingerência do Poder civil no seio das associações religiosas para estabelecer, com ofensa da liberdade de consciência, regras de disciplina e de subordinação contrárias às que são fixadas pelas leis eclesiásticas”, em nome do princípio da “autonomia

¹⁰³⁴ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 272-3. Membro que se coloque em choque com a doutrina ou a prática da confissão não pode esperar tutela estatal contra decisão das autoridades confessionais que restrinja seus direitos nos respectivos domínios, nem pretender, de tribunal comum, escrutínio sobre a correção ou a justiça, material e formal, da doutrina correlata – mormente se desempenhar cargo ou função e suas convicções ou conduta moral denotarem posição que deixa de se identificar com as finalidades da confissão, de modo a obstruir a “realização eficaz de sua missão religiosa”, caso em que as confissões podem aplicar livremente “sanções de natureza estritamente confessional” (sem vinculação aos direitos fundamentais – há decisão da Corte de Cassação Italiana, de 28.8.1991, citada pelo autor na nota 901, que avança o ponto de vista da “autonomia jurisdicional das confissões religiosas”). A solução *não seria diversa nem em presença de vínculo laboral*, caracterizado o descumprimento de “deveres especiais de lealdade e de conduta, não arbitrários nem desiguais, suscetível de afetar e desacreditar a imagem moral e externa da confissão religiosa”, pois sua possibilidade de escolher as pessoas mais adequadas para realizar suas finalidades é “elemento central do direito de autonomia religiosa coletiva” (p. 274) – o autor refere decisão do Tribunal Constitucional Alemão, a sustentar que, num hospital confessional, “é natural que se espere do pessoal o reconhecimento e a atuação da autocompreensão religiosa da instituição no desenvolvimento das relações de serviço (nota 902), problema ainda mais delicado no caso de tutela de “professores laicos em escolas religiosas” (nota 903). A jurisprudência laboral alemã pronuncia-se no sentido citado, subsumindo as confissões religiosas como *empresas de tendência (Tendenzbetriebe)*, não sem crítica doutrinária (que sinala que o valor da unidade da comunidade de serviço é essencial nas confissões, o que dificulta o alargamento, que serve às empresas, da distinção “entre indivíduos sujeitos e não sujeitos a deveres especiais”). Neste contexto, nos problemas de relação entre confissões religiosas e seus respectivos sacerdotes, missionários e membros, “não se está perante uma relação laboral”, devendo ser resolvidos por via de concordância prática entre os direitos fundamentais em questão (nota 904).

¹⁰³⁵ Os direitos de autocompreensão, autodefinição, auto-organização e auto-administração das igrejas acarretam, no respectivo exercício das funções religiosas e de culto, uma posição preferencial da igreja em relação ao

sagrada da Igreja de Jesus Cristo” – daí que os bispos podem “suspender de funções as mesas administrativas das irmandades, impor-lhes pena, ordenar-lhes a eliminação de membros excomungados ou notoriamente inimigos da Igreja...”.¹⁰³⁶

Consideração similar vale para os casos em que o próprio conteúdo doutrinal das confissões religiosas sustenta *crenças segregacionistas* e comportamentos *discriminatórios* em relação a determinadas classes de pessoas identificadas pelo sexo, raça etc. No limite, o Estado “não pode impor os seus próprios critérios normativos, proibindo, por exemplo, a discriminação de mulheres ou de indivíduos de uma certa raça no acesso ao sacerdócio”. Certo que o direito à liberdade religiosa proíbe todas as formas possíveis de intolerância estatal, mas não se contém, no seu programa normativo, reconhecimento ao indivíduo de qualquer “direito de resistência contra quaisquer expressões de discriminação ou intolerância dogmática de origem confessional”.¹⁰³⁷ Neste ponto, a investigação reforça a idéia de que o *fundamentalismo hermenêutico* tem que ser tolerado pelo Estado, ao provir das confissões religiosas, contra as quais não há direito individual de resistência à intolerância, salvo se, resvalando para o *fundamentalismo militante*, pretendam atingir, coercitivamente, não aderentes.

Veja-se que a posição (CPJ, 2.1.5) acarreta (CPJ, 2.1.5.1 para Es) e (CPJ, 2.1.5.2 para P1, P2, P3...), não porém em relação à (I1, I2, I3...), já que as confissões religiosas substanciam I1(CPJ, 1.2), em favor da qual militam (CPJ, 2.1.1) + (CPJ, 2.1.2) e uma *posição preferencial* em (CPJ, 2.3.2).¹⁰³⁸ Inexiste, em (CPJ, 1.1), no caso de *adesão voluntária* (AV), posição prevalecente sobre (CPJ 1.2). Por outro lado, no caso de *não aderente* (NA), há imunidade em (CPJ, 1.1) contra (CPJ, 1.2). Vale dizer: em {(P1 x I1) não

direito individual de participação religiosa (ritos, assistência religiosa, comemorações públicas das festividades etc.).

¹⁰³⁶ OLIVEIRA FILHO, *Culto*, p. 59. Não se trata, adverte o autor, de recepção do direito canônico ou eclesiástico, “que não tem transcendência para o direito privado” (p. 60). Reafirma que é claro o direito dos bispos na supervisão das associações (e que só o Poder Judiciário pode assegurá-lo, caso contestado). Dois grandes preconceitos têm turvado a questão: dos bispos, ao reagirem contra a separação Igreja/Estado e reivindicarem sua autoridade como poder temporal da Igreja; e dos juízes quando, levando muito além a separação, consideram os bispos intrusos nas associações. O “ponto justo está em que os bispos reconheçam a jurisdição dos juízes sobre os direitos que se contestam aos administradores, e que os magistrados lhes assegurem os direitos de supervisão que têm nas associações religiosas católicas”, que o autor baseia, também, no *costume generalizado no país*.

¹⁰³⁷ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 274-5. O autor menciona que não cabe aos órgãos estatais resolver a situação confessional de homens como Hans Küng e Leonardo Boff.

¹⁰³⁸ O princípio da tolerância atinge o Estado e os indivíduos, não porém as igrejas, que se beneficiam dos princípios da separação e da não confessionalidade e de uma posição preferencial da garantia institucional da autodeterminação confessional.

incide Es(CPJ, 2.1.5.1), já que [P1AV(CPJ, 1.1) *cede* perante I1(CPJ, 1.2)] e [P1NA(CPJ, 1.1) *é imune* perante I1(CPJ, 1.2)]}.¹⁰³⁹

A *ausência de direito subjetivo de resistência contra a intolerância dogmática confessional* é geralmente consensual no quadro de “entidades de pendor indiscutivelmente religioso” (igrejas, comunidades religiosas, instituições financiadas exclusivamente pelos recursos próprios das confissões). A situação complica-se, todavia, no caso de estabelecimentos de ensino (ou instituições de solidariedade social) em que há “relação de cooperação entre as confissões religiosas e o Estado”. Existindo uma “convergência de elementos religiosos e estaduais” (finalidades religiosas de natureza pedagógica ou assistencial e prossecução de tarefas dos poderes públicos, via fornecimento de prestações fáticas), a questão é saber qual das vertentes deve prevalecer ou quais os termos do equilíbrio possível (CPJ 1.2.1, especialmente 1.2.4, em tensão com 2.1.3 e 2.1.4).¹⁰⁴⁰ A doutrina norte-americana oscila entre a (i) *doutrina da ação estatal (state action doctrine)* e a das (ii) *condições inconstitucionais (unconstitutional conditions)*. O escopo de (i) é evitar que o Estado, por sua atuação, venha a “sancionar ou consolidar práticas discriminatórias das entidades privadas”, sustentando boa parte da doutrina a “subordinação das prestações positivas do Estado à aceitação, por parte das mesmas, da conformidade com os princípios constitucionais fundamentais” – veda-se ao Estado subvencionar atividades, públicas ou privadas, que atentem contra os referidos princípios constitucionais fundamentais; sendo mais intenso o grau de vinculação das confissões religiosas aos direitos fundamentais se financiadas por dinheiro público, evita-se a “proliferação de estruturas de segregação e discriminação”. A segunda vereda (ii) preclude subordinar-se a obtenção de qualquer subvenção estatal “à renúncia, por parte da entidade beneficiária, ao exercício de um direito constitucionalmente consagrado”. Neste sentido, mirando-se concessões fiscais e concessões de subvenções, o Estado não pode deixar de beneficiar, com igualdade, todas as confissões religiosas constitucionalmente aceitas, vale dizer, “que não se destinem a promover a violência e cujos fins não sejam contrários à lei penal” – independentemente de “conteúdo das suas concepções em matéria sexual, racial, etc.”. Do contrário, as confissões religiosas estariam embretadas na opção dilemática entre o exercício de um direito constitucionalmente consagrado e a obtenção de uma subvenção estatal, o que consistiria numa “forte pressão no

¹⁰³⁹ O indivíduo que adere voluntariamente a uma confissão submete-se aos dogmas e práticas da igreja respectiva; se não for aderente, tais dogmas e práticas das igrejas não lhes podem ser impostos.

¹⁰⁴⁰ O direito geral de autodeterminação e o direito de livre exercício de atividades não religiosas tensionam-se com os princípios da cooperação e da solidariedade.

sentido do conformismo”, além de permitir que o Estado afirme sua competência para decidir quais as confissões religiosas “socialmente respeitáveis” ou quais podem ou não “violiar o princípio da igualdade”.¹⁰⁴¹

Neste contexto, o que desequilibra a equação (ii), a favor de (CPJ, 1.2.1 e 1.2.4), são as posições (CPJ, 2.1.1 e 2.1.2) e (CPJ 2.3.2 e 2.3.4). Assim: (ii) = I1(CPJ, 1.2.1 e 1.2.4) x Es x P1 com (prevalência de I1).¹⁰⁴²

Para pender no sentido da equação (i), (CPJ, 1.2.1 e 1.2.4) *subordinam-se*, em (CPJ 2.1.3 e 2.1.4), às posições (CPJ, 2.2.1 e 2.2.2) + (CPJ, 2.3.1 e 2.3.3). Assim: (i) = I1(CPJ, 1.2.1 e 1.2.4) x Es x P1 com (prevalência de P1 por intermédio de Es).¹⁰⁴³

A segunda posição (ii) merece maior guarida na visão de Jónatas, pois maximiza a proteção do direito à liberdade religiosa, o que não afasta a necessidade de salvaguardar outros direitos e interesses constitucionais – o que aconselharia não esvaziar, por completo, a primeira tese (i).¹⁰⁴⁴ Devem-se, pois, ter como “inadmissíveis subvenções a confissões contrárias à ordem pública constitucional”, ainda que entendida em “termos abertos e inclusivos”. Sem descurar, ainda, que as confissões religiosas não apenas competem entre si,

¹⁰⁴¹ MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 275-7. Há interessante decisão da Suprema Corte norte-americana a respeito de como o Estado deve relacionar-se com confissões religiosas que têm prática discriminatória racista, o caso “Bob James” (*University v. United States*, 1983): depois de reconhecer que o “direito à liberdade religiosa compreende a faculdade de proceder à discriminação racial com base nas crenças religiosas”, considera-se, forte na *state action*, que o Estado “não tem que conceder uma isenção fiscal (*tax exempt status*) a uma universidade religiosa que, dadas suas práticas de segregação racial, contraria as opções político-constitucionais fundamentais em matéria de direitos civis” (tampouco é obrigado a considerar doativos de caridade, dedutíveis para efeitos fiscais, as “ofertas feitas pelos particulares a essas instituições”). A doutrina feminista retirou implicações do caso, notando que as religiões mais poderosas assentam-se em princípios patriarcais e que liberdade religiosa significaria “liberdade de perpetuar as estruturas de domínio dos homens sobre as mulheres”, pelo que o argumento da corte deveria abarcar as confissões que excluem as mulheres do acesso a posições de comando – o que reforça sua posição de subordinação e as impede de participarem na sociedade como iguais; a isenção fiscal e a subvenção, como a celebração de contratos, são vistas como *ações estatais* e o “Estado não pode discriminar em função do sexo a menos que exista uma forte justificação para tal” (nota 907).

¹⁰⁴² Prevalece o direito de autodeterminação da igreja e o livre exercício das atividades não religiosas, considerando os princípios da separação e da não confessionalidade, além das garantias institucionais da autodeterminação confessional e da diversidade/pluralismo religiosos.

¹⁰⁴³ Neste caso, prevalece o direito individual da pessoa física, pois as posições da igreja (referidas na nota anterior) subordinam-se, na concretização dos princípios da cooperação e da solidariedade, aos deveres de proteção estatal da LR individual e da sociedade contra os abusos, além das garantias institucionais da autodeterminação pessoal e do princípio da igualdade.

¹⁰⁴⁴ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 318, observa, e bem, que o fato de uma entidade privada beneficiar-se de algum tipo de fomento (mesmo por renúncia fiscal), não a torna, por si, um ator público – o fomento não comporta em subtração completa da autonomia privada, mas tampouco é dado irrelevante. O autor pensa que é possível, no caso, “fugir a uma lógica binária, do tipo tudo ou nada, para postular uma vinculação mais rígida aos direitos fundamentais das entidades privadas que recebam fomento estatal, em relação àquelas que não os recebem, mas menos intensa do que à aplicável às entidades públicas ou equiparadas”. Considera o autor, ainda, dever do Estado condicionar o fomento à submissão aos direitos fundamentais, “cancelando-o sempre que ficarem comprovadas práticas atentatórias a estes direitos”.

mas também com outros grupos sociais (de natureza política, social, filosófica, ideológica etc.), “não podendo a concessão de subvenções a instituições de matriz confessional abstrair do efeito de distorção que daí pode resultar para a livre circulação de idéias”. Vale dizer que o Estado tem importante “função corretiva de proteção da liberdade e do pluralismo no seio do espaço público”, de modo a evitar que a discriminação provinda do seio confessional “acabe por legitimar e consolidar a discriminação no plano político e jurídico”.

Preserva-se, de outro lado, o espaço em que as confissões religiosas participam, como qualquer outra pessoa, no tráfico jurídico, no qual estão em princípio “vinculadas pelas normas de direito público e privado”, podendo justificar-se ingerências estatais (legislativa, administrativa e judicial) na medida da necessidade de salvaguardar direitos e interesses legítimos dos demais sujeitos e de proteger bens constitucionais da comunidade ou do Estado.¹⁰⁴⁵ Mais uma vez, convoca-se o *fundamentalismo-militante* (FM) como um limite claro oponível pelo Estado democrático de direito às confissões religiosas,¹⁰⁴⁶ embora, em homenagem à sua autonomia e autodeterminação, aceite-se o *fundamentalismo-crença* (FC), salvo no caso de violação dos “valores aglutinantes” (VA) de que falava Häberle (*supra*, item 2.1.3).¹⁰⁴⁷ Quanto ao (FC), parte-se do “princípio de que a liberdade é a regra e a restrição a exceção”, a par da interpretação do *âmbito normativo alargado* da liberdade religiosa, já que os direitos fundamentais, “longe de pretenderem impor heteronomamente uma qualquer visão do mundo (...) ou promover uma dada ortodoxia cultural ou politicamente correta”, têm em vista constituir-se como “normas de definição de competências negativas do Estado”, que remetem para a autonomia moral e prática dos indivíduos, o “poder de, exercendo a sua liberdade de escolha, conformarem positivamente, isolada ou coletivamente, a sua existência nos mais variados domínios da vida social”. Tais direitos são *demasiadamente importantes*

¹⁰⁴⁵ MACHADO, *Liberdade religiosa*, p. 277.

¹⁰⁴⁶ BARRETO, *A Convenção Europeia*, pp. 199/200, cita duas decisões que retiram do âmbito de proteção do art. 9º um “ato que não exprima diretamente uma convicção, ainda que seja inspirada ou motivada por esta”: decisão de 06/01/1993, Queixa nº 14.524/89, *Déc. Rap.* 74, p. 14, “não considerou ingerência à liberdade religiosa a *proibição de aderir a um movimento fundamentalista feita a alunos de uma academia militar*”; e decisão de 03/5/1993, Queixa nº 16.278/90, *Déc. Rap.* 74, p. 93, “proibição de utilizar num documento de identidade uma fotografia com o lenço islâmico feita por uma universidade laica”.

¹⁰⁴⁷ Vale a advertência de SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 171, de que a “Constituição aberta não pode ser a Constituição dos caminhos irreversíveis, dos projetos definitivos que aprisionam, a pedra fundamental de uma religião civil, excludente em relação àqueles que não professarem ativamente o seu credo (...) deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas (...) os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalisar o debate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo. Fundamentalidade sem fundamentalismo, eis a receita” – o termo o autor buscou em HORWITZ, Morton J., “The Constitution of Change: legal fundamentality without fundamentalism”. In: *Harvard Law Review*, v. 107, 1993. *A maximização*

para serem colocados na “disponibilidade de atos legislativos provenientes de uma maioria política conjuntural ou de uma qualquer coligação moral-majoritária ou de ‘bloco central’”, e não podem estar “sujeitos a ‘leituras morais’ subjetivamente consideradas melhores”.¹⁰⁴⁸

Pode ajudar na densificação de (VA), mesmo pela permeabilidade categorial, as premissas das liberdades publicísticas referidas por Canotilho/Jónatas: autonomia individual, voluntariedade da interação social e descentralização da autoridade (essa última com alguma refração em CPJ 2.3.4 – garantia institucional da diversidade e pluralismo religiosos).¹⁰⁴⁹

Vale o esboço das complexas relações. Na ótica da investigação, (CPJ 2.1.3 e 2.1.4) podem ser *aplicados seletivamente*,¹⁰⁵⁰ seja em função de (CPJ, 2.2.2) e também pela consideração de que (CPJ, 2.2.3 e 2.3.4) submetem-se ao *núcleo duro do programa constitucional* (VA),¹⁰⁵¹ que é também o diapasão para demarcar (FC) – *tolerável* (quando a crença/conduta, embora os tensione, não ameace tornar-se coativa) de (FM) – *bloqueável* (quando a militância fundamentalista, ultrapassado o estágio anterior, apresenta risco concreto de imposição aos não aderentes).

da tolerância sem aniquilar o núcleo duro do programa constitucional parece, à investigação, a maior dose possível de fundamentalidade sem fundamentalismo.

¹⁰⁴⁸ CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 10 e 12. Acresce que uma proteção constitucional robusta da liberdade de expressão no seio de uma sociedade democrática “não assenta no postulado de que a comunicação é sempre inócua e inofensiva, justificando-se, *prima facie*, mesmo em casos em que a mesma se reveste de um carácter socialmente provocatório, ofensivo e mesmo danoso” (pp. 15 e 16). O que não implica (os autores referem-se ao direito subjetivo de radiodifusão) a “total inexistência de restrições, na medida em que as mesmas se justificam para a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos” (p. 26).

¹⁰⁴⁹ CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, p. 9.

¹⁰⁵⁰ Permita-se, aqui, novo paralelo, agora com a *liberdade de programação*, uma das dimensões essenciais da liberdade de expressão em sentido amplo e de radiodifusão, que preclui todas as interferências estatais, diretas ou indiretas, “ostensivas e sutis, oficiais e não oficiais, na seleção e conformação do conteúdo da programação” (CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 28-9). O destinatário principal de tal direito é o Estado, que tem, “para além de um dever de abstenção e de proteção do direito em causa”, igualmente um *dever de regulação*. Assim, a liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas *restrições*, “à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias”. Mas tais restrições devem subordinar-se “aos pressupostos materiais e formais (...) entre os quais pontifica a concordância prática e a harmonização entre bens em confronto, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo”. Aqui faz sentido a proibição de emissões que violem os direitos, liberdades e garantias, “atentem contra a dignidade da pessoa humana ou incitem à prática de crimes” (também a proteção da infância e da juventude) – pp. 32-3. Antes, até, de tratar das restrições, os autores avançam sobre as *exigências positivas que condicionam a conformação da programação*. No caso português, subordina-se a programação a uma “diretiva pluralista e a uma diretiva de valorização cultural da população”. Importa, para a investigação, que, nesta sede, s.m.j., não se pode falar em *neutralidade estatal*, embora a atuação dos agentes públicos na respectiva regulação possa e deva ser imparcial. Prosseguem os autores: os “programas (...) encontram-se vinculados pela observância dos princípios constitucionais, como o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos de personalidade, pelos diferentes grupos sociais” (pp. 34-5).

¹⁰⁵¹ Os princípios da cooperação e da solidariedade podem ser maximizados/restringidos pelo Estado, em função do dever de proteção estatal da sociedade civil e de coordenação das diversas LR coletivas – e também porque o dever de aperfeiçoamento e as garantias institucionais da diversidade/pluralismo religiosos submetem-se aos valores aglutinantes da Constituição.

A “aplicação seletiva” é outra forma de dizer que se deve introduzir um *paradigma regulatório* (PR), orientado por (VA), nas posições (CPJ, 2.2 e 2.3 – deveres de proteção e garantias institucionais), que há de incidir nas concretizações de (CPJ, 2.1.3 e 2.1.4 – princípios da cooperação e da solidariedade) – com respeito à harmonização e à concordância prática, podendo o Estado lançar mão de modelos de baixa intensidade e mais flexíveis, aventando-se, por exemplo, num determinado grau de fundamentalismo-crença, a imposição de sanções à reputação das respectivas confissões religiosas (*reputational harms*).¹⁰⁵²

Importa dizer que I1(FC)/I2(FM) é possível pelas diversas posições I(CPJ, 1.2.1.1 e 1.2.2), ao passo que P1(FC)/P2(FM) ocorre com a *cisão* da posição em (CPJ, 1.1.3), operada (PR), em ambos os casos, por [Es em função de (VA)], chamado como critério de hierarquização axiológica.¹⁰⁵³ Por conseguinte: [I1(FC) e P1(FC) são tolerados por (Es), em face da maior distância de (VA), restritos a P(AV)] e [I2(FM) e P2(FM) são bloqueados por (Es), em face da maior proximidade de (VA), aquilatável pelo risco a P(NA)].¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵² O paradigma regulatório é referido por CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 88-9, numa intervenção de baixa intensidade (*light-handed regulation* ou *soft regulation*), proativo e orientado para o mercado, sensível à prioridade da auto-regulação e baseados nos valores do diálogo, da cooperação informada, da negociação e da pedagogia. Chamam-se aqui, também (diante da metáfora do mercado), as considerações de SCAFF, Fernando Facury. “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos”, in *Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo*. Fernando Facury Scaff (coord.) e outros. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 216-7, ao sinalar que mesmo em tempos de globalização, ainda resta um papel fundamental à *Constituição econômica* de cada país, “que é o de possibilitar que a sociedade atinja um estágio mais avançado de desenvolvimento, permitindo a cada qual obtê-lo a partir de suas capacidades” (desenvolvimento visto como *eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas*) – nisto, existe um “papel proeminente a ser desenvolvido pelo Estado”. Repare-se que, antes (p. 176), o autor sinalara que fazem parte da constituição econômica *formal* os preceitos referentes aos princípios fundamentais da República (entre os quais erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, construir uma sociedade livre, justa e solidária etc.), sendo imprescindível que o “Estado assumira seu papel indutor da economia [da liberdade religiosa], através de políticas que permitam ao ser humano desenvolver plenamente suas capacidades, a fim de que os objetivos fundamentais (...) sejam alcançados por todos”, sem preconceitos e discriminação.

¹⁰⁵³ É possível discernir, nas igrejas, o fundamentalismo-crença do fundamentalismo-militante até pelas diversas posições (no poliedro da LR como um todo): do direito de autodeterminação e autodefinição (de um lado) e do livre exercício das funções religiosas e de culto (de outro). No que tange ao indivíduo, é preciso cindir o direito de liberdade de atuação segundo a própria crença. Em ambos os casos, concretizando o paradigma regulatório, o Estado atua orientado pelos valores aglutinantes, que falam mais alto.

¹⁰⁵⁴ A tolerância ao fundamentalismo-crença explica-se porque é hipotético e distante o risco de atingir indivíduos não aderentes. A inversa, justifica o bloqueio ao fundamentalismo-militante.

4.3 O *TOPOS* HERMENÊUTICO DA MELHOR RESPOSTA POSSÍVEL

Nesta paragem, quer-se introduzir discussão jurídica de cunho hermenêutico que tem importantes implicações para a tese da investigação. Trata-se de responder à seguinte indagação: existe a única resposta jurídica correta? As correlações são evidentes, já que o fundamentalismo apoia-se claramente no monismo de uma única verdade e a postulação da tese é de que, inexistindo a *idealizada resposta correta* (nem para as questões jurídicas e menos ainda para as políticas, filosóficas e religiosas), qualquer tentativa de transpor seu esquema cognitivo para o plano político da imposição coativa é bloqueável pelo Estado Democrático de Direito. Por outro lado, como isso não significa, *tout court*, renunciar à busca da *melhor resposta possível*, o mesmo Estado deve ser tolerante para com as crenças fundamentalistas, ainda que, à “sociedade aberta”, sejam estranhas as verdades absolutas e as hermenêuticas rígidas – no escopo de “distensionar” a radicalização religiosa, certo que bem traçado o *limite* (é inviável, e deve ser combatida, a conversão de princípios religiosos em modelo de vida política e fonte normativa heterônoma).¹⁰⁵⁵

Confluem, para tanto, razões paradigmáticas (negativas e positivas) e argumentos jurídicos, de cerne hermenêutico. Em nível paradigmático (lembre-se o embate de paradigmas descrito *supra*, item 2.1.1), tópicos negativos apontam para o esgotamento de uma vertente, hegemônica, da modernidade, de um cientificismo tecnológico exasperado e tendencialmente estático e determinista. De sinal contrário, a mundivisão que se vai instalando, seja o pós-modernismo de oposição (Boaventura) ou o *topos* da complexidade (Morin), valoriza a pluralidade, a dinâmica não-linear. Quanto às razões paradigmáticas, nosso lugar, hoje, é ambíguo, em “sociedades que são simultaneamente autoritárias e libertárias”, é “multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades”¹⁰⁵⁶ – é de convocar, aqui, a perspectiva intercultural e a hermenêutica diatópica tratadas *supra* (item 2.1.2)

Pretende-se, então, densificar o discurso da melhor resposta, um mapa útil para que se não caia no “pântano cinzento” do ceticismo ou do irracionalismo, uma orientação “em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a

¹⁰⁵⁵ Insere-se, a seguir, com adaptações, supressões, retificações e acréscimo de literatura, o *paper* apresentado como relatório à disciplina “Interpretação Constitucional e os Fundamentos do Direito Público e do Direito Privado I (Temas Avançados de Interpretação Constitucional)”, no âmbito do Programa de pós-graduação (Doutorado) em Direito da PUC/RS, Coordenador Professor Doutor Juarez Freitas – publicado com o título “Existe a única resposta jurídica correta?”, *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas*, Canoas, v. 5, nº 2, pp. 85-120, 1º sem. 2004.

racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada.”.¹⁰⁵⁷ Na teoria geral do direito, o momento é pós-positivista, como bem nota Lênio Streck, já que a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da “superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo” (a lei como fonte, o direito como sistema de regras e a interpretação marcada pela cisão sujeito/objeto e pelo modelo subsuntivo).¹⁰⁵⁸ Veja-se, por exemplo, a interpretação tópico-sistemática de Juarez Freitas.

Sem a pretensão de uma abordagem histórica, Kelsen, que já em 1911 esboçava sua “teoria pura do direito”, alertava que sua concepção de interpretação contrapunha-se à “teoria usual da interpretação”, que “quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.”. Adiante, volta a pugnar contra tal “ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”.¹⁰⁵⁹ E por que Kelsen vai se opor à tradição? Por vislumbrar a *aplicação do direito como um exercício a um tempo limitado, dentro de um quadro ou moldura, e indeterminado, pois, nestes lindes, há uma pluralidade de opções*. Com notável probidade científica, o corifeu do modelo hierárquico-piramidal reconhecia que a determinação do escalão superior ao inferior nunca é completa, nem pode vincular em todas as direções, inafastável uma margem de livre apreciação.¹⁰⁶⁰

Passando ao largo da indeterminação intencional, programada pelo legislador ao utilizar cláusulas gerais, para Kelsen a aplicação do direito é indeterminada também num espaço involuntário, seja pela pluralidade de significações da linguagem (o sentido verbal da norma não é unívoco), seja em face da discrepância constatada entre a expressão verbal da norma (o texto, dir-se-ia hoje) e a vontade da fonte legislativa, ou, finalmente, como conseqüência de contradições entre duas normas que pretendem valer simultaneamente. Do

¹⁰⁵⁶ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, p. 26.

¹⁰⁵⁷ SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, p. 35.

¹⁰⁵⁸ STRECK, Lênio. Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. *Constituição, sistemas e hermenêutica*. Ano 02. Nº 02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 35 e ss. (citado *Da interpretação*). Em *terrae brasiliis*, acresce o autor, “o novo texto constitucional representa uma ruptura de modelo de direito e de Estado, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória (veja-se, nesse sentido, a determinação constitucional da construção de um Estado Social”. Também, agora, “atrás de cada regra tem um princípio que não a deixa se desentranhar do mundo prático” – e o déficit de realidade da epistemologia positivista é preenchido pelas posturas interpretativas (em especial as hermenêutico-ontológicas), que colocam “no-modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão”. Do “fundamentar ao compreender”, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade.

¹⁰⁵⁹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. 391 e 396, respectivamente.

¹⁰⁶⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 388.

que decorre a abertura de um leque, “oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica”. Dito de forma lapidar: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste ato ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” Por conseguinte, a interpretação “não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor (...)”.¹⁰⁶¹

A visão de Kelsen liga-se, ainda, a outros dois postulados: a) não há um critério de preferência (questão do método), “não há absolutamente qualquer método” jurídico-positivo capaz de discernir, dentro da moldura, “a significação correta”; b) a escolha do intérprete seria um problema de política ou de justiça, não resultaria do direito positivo – fora do qual não há direito, já que o edifício kelseniano ergue-se, no que tange à relação entre a ciência jurídica e a política, “pela rigorosa separação entre uma e outra”. Daí, segundo o corifeu, o ódio à sua teoria, referido no prefácio à 1ª edição (em 1934, escrito na “neutra” Genebra), posto que teria afetado o interesse corporativo do jurista, desnudado, perante à sociedade, a quem tentara impingir “que possui, com a sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser ‘corretamente’ resolvidos os conflitos de interesses dentro da sociedade, que ele, porque conhece o Direito, também é chamado a conformá-lo quanto ao seu conteúdo, que ele, no seu empenho de exercer influência sobre a criação do Direito tem em face dos outros políticos mais vantagens do que um simples técnico da sociedade.”¹⁰⁶²

Seja como for, no que ultrapassar a atividade cognoscitiva (o conhecimento do Direito positivo e sua moldura), o aplicador deixa o campo jurídico e invade a seara de outras normas – sobre as quais exercerá ato de vontade –, de Moral, de Justiça, e a criação jurídica, neste último estágio (em que escolherá uma das figuras dentro do quadro), estará desvinculada, é livre, “isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.”¹⁰⁶³

¹⁰⁶¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 390.

¹⁰⁶² KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. XII e XIII. Interessante seria verificar o quanto tal assertiva contraria a idéia da interpretação como ato cognoscitivo (obtida por uma operação de conhecimento) e ato de vontade, em que o aplicador *escolhe* dentre as possibilidades reveladas, esclarecido, de todo modo, que o juiz é “um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre.” (p. 393).

¹⁰⁶³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 393. Repare-se na pista que segue: não seria assim, o aplicador não seria livre, se o próprio “Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo.” (p. 394). Seria possível aventar que, em face da constitucionalização e posituação da moral (fenômeno da substancialização do direito), Kelsen repensaria o “non liquet” jurídico? Diante, por exemplo, da redação do *caput* do artigo 37 da Constituição

Certo que o aplicador é livre (cria o direito) ao superar a “pura determinação cognoscitiva” (trava da interpretação científica, que se limita ao ato de conhecimento). O que leva às lacunas, que só podem ser preenchidas, numa função criadora, pelos aplicadores, em ato de vontade, pois “esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente.”.¹⁰⁶⁴ Trata-se, então, de problema político ou moral, infenso à crítica jurídica, o que é coerentemente apontado como cabal demonstração da pureza de sua teoria, não escapando a Kelsen que seu formalismo servia como invólucro para fascistas, comunistas, capitalistas-nacionalistas, bolchevistas crassos, escolásticos católicos, protestantes, ateus. Suspeita de todas as orientações políticas, a teoria pura, imaculada, não se compromete com nenhuma.¹⁰⁶⁵

A posição “moderada” de Hart talvez seja ainda hoje o padrão-ouro do positivismo contemporâneo. Ao buscar o conceito do direito, deixa claro que se trata de uma abordagem descritiva, moralmente neutra, uma teoria jurídica descritiva e geral.¹⁰⁶⁶ Certo que a tese central da “regra de reconhecimento” sofisticou-se e supera um positivismo meramente factual, podendo muitos sistemas de direito (“tal como nos Estados Unidos”), ao *pedigree* (a expressão é de Dworkin, para referir-se ao modo como as leis são adotadas ou criadas por instituições jurídicas, independente de seu conteúdo) agregarem princípios de justiça e valores morais, “critérios últimos de validade” que podem integrar o conteúdo das restrições jurídico-constitucionais.¹⁰⁶⁷

Nada obstante, deliba-se o cerne da polêmica com Dworkin, inegável a textura aberta das regras jurídicas, que podem ter “penumbra de incerteza”. Hart é expresso: “Mas a exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objectivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento. (...) Deveria tolerar-se uma

brasileira? A hipótese é aceita por Hart (*infra*). Alexy refere que as teorias positivistas, por diversos motivos, concebem o sistema jurídico sempre como um sistema *aberto*. Parece-nos, todavia, que o conceito mais adequado seria o de *indeterminação*. Visto que fora do direito positivo não se põe mais a questão jurídica, vale dizer, não há resposta estritamente jurídica, tratar-se-ia, pois, de um sistema fechado, que nega aos fatores “externos” (morais, políticos) a possibilidade de conhecimento jurídico. Vide ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), p. 139 (citado *Sistema jurídico*). STRECK, *Da interpretação*, sinala que Dworkin sustenta que a indeterminação das regras obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram “fora da ordem jurídica positiva” (e não pode, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento) – enquanto, “em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar ‘fora’ do sistema, em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira já esta amplamente contemplado”.

¹⁰⁶⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 395.

¹⁰⁶⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, prefácio, p. XIII.

¹⁰⁶⁶ HART, *O conceito do Direito*, p. 301. Já Dworkin, *infra*, postulará uma teoria justificativa e interpretativa, “um empreendimento radicalmente diferente” da concepção de Hart.

¹⁰⁶⁷ HART, *O conceito do Direito*, pp. 309-11. “É verdade, claro, que uma função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado.” (p. 312)

margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente.”. Diante de casos difíceis, Hart responderá que o direito é incompleto e não fornece qualquer resposta. Segue-se que os tribunais têm poder discricionário para criar direito.¹⁰⁶⁸

Força de uns, miséria de outros. A partir deste ponto, cunha-se a crítica veemente de Ronald Dworkin, que, com a tese da “única resposta correta”, pretende romper a perigosa malha do relativismo. Se a pecha de neojusnaturalista sempre é problemática (pese a influência de Rawls), parece menos duvidoso considerar Dworkin um apologista do sistema americano e um crítico implacável do positivismo e do utilitarismo. Sua concepção ancora-se em direitos individuais “fortes” (contramajoritários) e no rechaço da separação entre direito e moral como postulado metodológico.

Em vez de um sistema estruturado apenas por regras, Dworkin oferece um modelo de princípios jurídicos, o que deveria permitir que exista *uma única resposta correta* mesmo nos casos em que as regras não possam determiná-la.¹⁰⁶⁹ Tal solução, a verdadeira, é a que *melhor* se justifica por uma teoria material que incorpora ao sistema jurídico princípios e ponderações que, novamente, *melhor* correspondam à Constituição, às regras jurídicas e aos precedentes. Pese reconhecer que não há procedimento que leve, necessariamente, à única resposta correta, adverte que a indisponibilidade de um método infalível não impede a existência da resposta verdadeira, que sempre poderia ser encontrada por um juiz ideal, *Hércules*, meta da qual o juiz real deve aproximar-se.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ HART, *O conceito do Direito*, pp. 313-5. O autor, além de afirmar que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau (quantidade de generalidade e abstração), sustenta a tese fundamental da separação entre direito e moral (p. 331 – “daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente ínquas”). Justamente a “one right answer” de Dworkin considera tal poder discricionário antidemocrático e injusto (pp. 336-8). Hart encara tal poder como “o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios”, por exemplo o reenvio da questão ao órgão legislativo; por fim, o injusto fraudar das expectativas daqueles que agiram em confiança de que “as conseqüências jurídicas de seus actos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus actos” (problema da criação jurídica *ex post facto*), parece bastante irrelevante nos casos difíceis – em que não haveria tal confiança justificada (p. 339).

¹⁰⁶⁹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. Há diferenças qualitativas (lógicas) entre regras e princípios, os conflitos entre as primeiras resolvendo-se pela lógica do “tudo ou nada” (pp. 39-40), a par da dimensão de peso, presente nos segundos – embora apresentem-se sem hierarquia estabelecida (pp. 42-3). Adiante retoma-se e problematiza-se a distinção.

¹⁰⁷⁰ Seguiu-se ALEXY, *Sistema jurídico*, pp. 139-40.

Se para resolver os “hard cases” o juiz criasse normas, que seriam aplicadas retroativamente, Dworkin adverte que se não estaria tomando a democracia e seu sistema de legitimação a sério. O juiz, então, mesmo nas contradições e nas lacunas, está determinado por princípios, para que os indivíduos não estejam à mercê dos juízes. A função judicial é de garantia de direitos, não de criação. Com a resposta correta, a intenção é reduzir a irracionalidade da resposta jurisdicional, até porque, no litígio, há um direito a vencer.¹⁰⁷¹

Chega-se, nesta quadra, a alternativas pouco alentadoras: 1) um modelo *silogístico* da função judicial, de transbordante formalismo, gostaria de acreditar numa única resposta (a rigor, nem se colocaria a questão da resposta correta, pois a conclusão silogística é necessária); 2) uma visão dita *realista* não forneceria ferramental crítico, pois as decisões judiciais decorreriam de preferências pessoais, em nível de consciência subjetiva, sendo a justificação mero “a posteriori”; 3) a linha positivista, que não ultrapassa a constatação das várias respostas juridicamente indistintas (a textura aberta no âmbito da moldura);¹⁰⁷² 4) a única resposta correta de Dworkin.

Alexy abraça uma versão fraca da única resposta correta. Ao apontar méritos na distinção entre regras e princípios esgrimida por Dworkin, considera, entretanto, que a teoria dos princípios, por si, não logra sustentar a tese da única resposta correta. Acaso conjugada com uma “teoria da argumentação jurídica” (orientada pelo conceito de “razão prática”), só assim poderia embasar-se uma *versão débil* da tese da única resposta.

Rediscute, para tanto, os critérios de distinção propostos por Dworkin para diferenciar princípios de regras, que são bem conhecidos: regras aplicam-se na forma do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) – se é válida aplica-se, senão se ignora –, ao passo que os princípios não determinam necessariamente uma decisão (caberia perguntar se as regras determinam), mas proporcionam razões a favor de uma ou outra solução, exibindo uma dimensão de peso notável na colisão entre princípios. Alexy avança e afirma que o núcleo da diferença está no “mandado de otimização” dos princípios, que podem ser cumpridos em diversos graus (conforme possibilidades fático-jurídicas), ao contrário das regras, que exigem pleno

¹⁰⁷¹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, pp. 165-203. Repare-se que, mesmo nos casos difíceis, “os juízes são injustos quando cometem erros sobre os direitos jurídicos. (...) cometerão tais erros em algumas ocasiões, pois são falíveis e, de qualquer modo, divergem entre si.” (p. 202) – o que não configura, por si, “argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.” (p. 203)

¹⁰⁷² Neste sentido, STRECK, *Da interpretação*, consigna que “a multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo”.

cumprimento, restando a disjuntiva cumpridas/descumpridas – contêm determinações no campo fático-jurídico.

Do mandado de otimização Alexy chega à vinculação entre argumentação jurídica e moral (rejeita, pois, a tese positivista da separação). Vale dizer, a incorporação constitucional dos princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, transmuda-os de “normas vagas” e apresenta uma tarefa de otimização, que tem forma jurídica, mas conteúdo (fundo) moral. Enriquecido, agora, o conceito de princípio cabe reperguntar sobre a capacidade da teoria dos princípios alicerçar uma única resposta para cada caso.¹⁰⁷³

Uma teoria forte dos princípios, que elencasse de forma completa todos os princípios de um dado sistema, e catalogasse todas as relações de prioridade, abstratas e concretas, entre eles, determinaria, de forma unívoca, a decisão para cada caso e, com isso, consagraria a posição de Dworkin. Alexy, contudo, agrega outro dado: a “teoria dos valores”. Princípios e valores são intercambiáveis, a colisão de princípios (deontológica) é também uma colisão de valores (axiológica). Portanto, as relações de prioridade entre princípios revelam um problema de “hierarquia de valores”, que não comportam um ordenamento estrito, expressável numa escala numérica, de maneira “calculável”. Seria possível, contudo, uma “ordem débil” de valores, fazendo notar que uma relação de prioridade estabelecida para um caso concreto é importante para a solução de novos casos, assomando a fórmula de uma lei de colisão: “as condições, segundo as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suporte fático de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente”. O programa da única resposta estaria salvo, sem prejuízo de reconhecer (por isso a debilidade), que a emergência de novos casos, com combinações originais de características, impede a construção de “uma teoria que determine para cada caso precisamente uma solução”.¹⁰⁷⁴

Avultam, ainda, sempre com Alexy, as “estruturas de ponderação” – derivadas do princípio da proporcionalidade, cujos subprincípios consideram tanto as possibilidade fáticas de otimização (adequação e necessidade) quanto as jurídicas (proporcionalidade “stricto sensu”, o sopesamento entre o menoscabo de um princípio e a importância do cumprimento de um outro) – , a conduzir a estruturas de argumentação racional, e a possibilidade de existirem prioridades “prima facie”, que se não determinam o resultado final, obviamente estabelecem cargas diversas de argumentação. Neste ponto, conectando argumentação jurídica

¹⁰⁷³ Cf. ALEXY, *Sistema jurídico*, pp. 141-4. Quanto à distinção entre regras e princípio, adiante retoma-se a questão.

¹⁰⁷⁴ ALEXY, *Sistema jurídico*, p. 147.

e razão prática, Alexy vai localizar seu modelo triádico de sistema jurídico, de duas dimensões: uma passiva, o nível dos princípios (1) e das regras (2); outra ativa, a teoria da argumentação jurídica (3), que diz *como*, atuando sobre o nível passivo (lidando com princípios e regras), é “possível uma posição racionalmente fundamentada”.¹⁰⁷⁵

Nesta perspectiva, Alexy não vê motivo para abandonar a idéia da única resposta correta. Certo que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral (diante dos vínculos institucionais, jurídicos, à lei, aos precedentes e à dogmática), também é pacífico que tais vínculos não levam “em cada caso precisamente a um resultado”, observação que vale tanto para as regras (subsunção) quanto para os princípios (ponderação), esta última categoria preñe de questões morais. Importa que nos casos problemáticos são necessárias valorações que se não podem extrair obrigatoriamente dos vínculos fixados (da autoridade da lei, dos precedentes e da dogmática). Assim, para que se mantenha a racionalidade da argumentação jurídica é preciso verificar: se, e em que medida, as “valorações adicionais são suscetíveis de um controle racional”. Ou, dito de outra forma, verificar a “possibilidade de fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral”.¹⁰⁷⁶

Chegados à encruzilhada do tudo-ou-nada? Subjetivistas-relativistas- decisionistas *versus* objetivistas-absolutistas-cognoscitivistas-racionalistas? Não para Alexy, que admite a impossibilidade de uma teoria moral *material* (com uma resposta concludente, segura intersubjetivamente, para cada questão prática), ao mesmo tempo em que ressalva a possibilidade de teoria morais *procedimentais* (que formulam regras ou condições do discurso prático racional). No núcleo, um sistema de regras e de princípios do discurso, “cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados” – consabido que Alexy formulou um sistema de 28 regras, algo como um “código da razão prática”.¹⁰⁷⁷

Isso posto, Alexy pergunta: o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso? Sob condições ideais, o exercício do discurso prático levaria sempre a um consenso, a uma única resposta correta (sem embargo, recorrendo a cinco idealizações: tempo, informação, clareza lingüística e conceitual ilimitados; capacidade e disposição

¹⁰⁷⁵ ALEXY, *Sistema jurídico*, pp. 148-9.

¹⁰⁷⁶ ALEXY, *Sistema jurídico*, p. 149.

¹⁰⁷⁷ ALEXY, *Sistema jurídico*, p. 150. Socorre mais uma vez STRECK, *Da interpretação*, na crítica ao estilo procedimental (Habermas, Günther), ao gizar que a “introdução do mundo prático, da faticidade, produz conseqüências: é impossível, ao mesmo tempo, pretender trabalhar com verdades procedimentais (não conteudísticas) e verdades em que o modo prático de ser no mundo é o locus do acontecer do sentido”.

ilimitados para a troca de papéis; e ausência de qualquer preconceito).¹⁰⁷⁸ Claro que na realidade não existe nenhum procedimento que permita, com a segurança intersubjetivamente necessária, encontrar a única resposta correta. Isto não obriga Alexy a renunciar à idéia da única resposta correta, desde que precisado seu *status*. Postula que, independente de existir ou não, os participantes do discurso devem “pretender que a sua resposta é a única correta”, o que significa pressupor “a única resposta correta como idéia regulativa”.¹⁰⁷⁹ Bastaria acreditar que, em alguns casos, pode dar-se uma única resposta correta e, não se sabendo quais casos serão esses, valeria a pena procurar encontrá-la (a única resposta correta) em todo e qualquer caso. As respostas alcançadas por tal via, ainda que não sejam as únicas corretas, respeitam as “exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas”.¹⁰⁸⁰

Em instigante estudo, o jurista finlandês Aulis Aarnio também enfrenta o tema.¹⁰⁸¹ Depois de apresentar o conceito de única resposta correta, em sua versão *forte* (existe uma resposta correta que pode ser detectada – jusnaturalismo racionalista, jurisprudência dos conceitos) e *débil* (embora exista, nem sempre pode ser encontrada – algumas doutrinas positivistas, notável o postulado ideológico de que existam lacunas no sistema jurídico e a meta para alcançar a resposta como guia do juiz ou doutrinador), Aarnio esclarece a postura crítica que vai defender: uma resposta *negativa*. Não pode haver respostas corretas no discurso jurídico (tese ontológica), do que segue que tampouco tais respostas podem ser detectadas (teses epistemológica e metodológica).

Aarnio move-se no contexto de justificação. O Estado de Direito liberal prometia o máximo de certeza jurídica para as partes de um processo (a previsibilidade como negação da arbitrariedade), e a realização de tal desiderato ampara-se na divisão de poderes, na igualdade formal, na separação entre direito e moral e num modelo formal de argumentação jurídica (o silogismo). Já o *Welfare State* orienta-se na busca da igualdade material (qualidade de vida, proteção do mais fraco), sendo impossível separar direito e moral e tornando-se justiça, razoabilidade e equidade conceitos chaves – critérios, portanto, das decisões jurídicas. Na síntese, o raciocínio jurídico evitará a arbitrariedade (princípio do Estado de Direito) e o

¹⁰⁷⁸ Deixa sem resposta se, mesmo no quadro ideal, as diferenças antropológicas entre os participantes do discurso poderiam redundar em casos sem uma única resposta correta (ALEXY, *Sistema jurídico*, op. cit., p. 151).

¹⁰⁷⁹ Vislumbram-se traços do “idealismo do *como-se*, cultivado pelos neokantianos nas cátedras alemãs” no início do século XX (SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger, um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 77).

¹⁰⁸⁰ ALEXY, *Sistema jurídico*, p. 151.

¹⁰⁸¹ AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* 8 (1990), pp. 23-38 (citado *La tesis*).

resultado final deve ser *apropiado*, isto é, de acordo com o direito (aspecto formal) e satisfazer critérios de certeza axiológica (aspecto moral ou material). Nas atuais sociedades, o processo de decisão (*proceso de razonamiento*) há de ser racional e justo, e os tribunais (com a especial responsabilidade social de maximizar a certeza jurídica) precisam justificar suas decisões recorrendo não apenas às fontes formais, mas também ao demonstrar suas razões (o que envolve a utilização de argumentos apropriados).

Posto que um dos traços mais importantes de uma “democracia madura é seu caráter aberto”,¹⁰⁸² as razões apropriadas conectam-se ao controle externo das decisões judiciais, vale dizer, o controle social depende de que os tribunais realmente argumentem, justifiquem suas decisões, demonstrem que suas razões são juridicamente aceitáveis e públicas (irrelevante o contexto de razões reais de descobrimento da solução). Aarnio destaca, no contexto da justificação, que não só o catálogo de fontes é importante, mas também a maneira de usá-las. Distingue justificação interna e externa. A primeira refere-se à estrutura interna (lógica) do arrazoado, calcado seu modelo clássico no silogismo aristotélico, no qual a inferência é necessária em relação à premissa. Observa, e bem: “Toda decisão jurídica pode *ex post* ser escrita na forma de um silogismo, independente da forma com que foi alcançada.”¹⁰⁸³ Entretanto, notadamente nos casos difíceis, sempre podem-se questionar as premissas da inferência (por que esta no lugar daquela?). *Argumentar sobre a premissa é a tarefa da justificação externa*. Pode-se lançar mão de outro silogismo, em que a premissa problemática aparecerá como conclusão, “construir *cadeias* de silogismos que dão suporte argumentativo à decisão (interpretação)”,¹⁰⁸⁴ cada ramo desta “árvore silogística” versando sobre uma fonte diferente.

Nos casos difíceis, nenhuma cadeia silogística, isoladamente, suporta de modo suficiente o resultado final. “O fator decisivo é a *totalidade* dos argumentos. (...) o ‘melhor’ resultado [semelhante a um quebra-cabeças] é a totalidade mais homogênea que se pode construir.” As premissas últimas de uma árvore silogística, resultando de sopesamentos e ponderações, “não são autoevidentes ou empiricamente verdadeiras”. Outra vez decisivo será “o grau de coerência do conjunto de premissas que se pode construir” – a coerência como “medida última”.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² AARNIO, *La tesis*, p. 27.

¹⁰⁸³ AARNIO, *La tesis*, p. 28.

¹⁰⁸⁴ AARNIO, *La tesis*, p. 29.

¹⁰⁸⁵ AARNIO, *La tesis*, p. 30.

A justificação externa, noutra linha, vista como *diálogo*, não se compadece com a manipulação, pois a meta da argumentação racional é o convencimento (não a persuasão do poder), já que a noção mesma do direito liga-se ao comportamento previsível das autoridades – o que afasta a arbitrariedade ou a tomada de decisões ao acaso. Entretanto, a expectativa de Aarnio concerne à “melhor justificação possível”, não a “soluções absolutamente corretas”.¹⁰⁸⁶ A melhor justificação possível pressupõe uma “situação ideal de fala” (Habermas, racionalidade comunicativa), sendo critérios decisivos a liberdade e a igualdade na discussão, além do acordo fundamental de seguir os padrões do discurso racional. Embora ideal, tal situação pode servir como *medida* para a correção do discurso jurídico. Assim Dworkin, que personificou o ideal judicante em Hércules (capaz de encontrar uma resposta correta para cada *hard case*), e, mesmo, Alexy – na versão debilitada (a única resposta correta como pressuposto ideológico, mesmo que Hércules seja eventualmente incapaz nalgum caso).

Aarnio, nesta paragem, introduz o argumento da duplicação. E se houvesse dois Hércules, ambos racionais, resolveriam da mesma forma problemas axiológicos? Visto que teriam pontos de vista diversos, calcados em interesses diferentes, “*podem* alcançar várias respostas não equivalentes mas igualmente bem fundadas.”. Como estabelecer qual a correta ou a melhor? Recorrer a um *metaHércules* conduziria ao regresso “ad infinitum” e, portanto, fracassa o argumento.¹⁰⁸⁷

Superada, pois, a crença na resposta correta, Aarnio pergunta pela melhor resposta possível e chega ao problema do “princípio regulativo”, sempre conectado ao diálogo ou ao procedimento discursivo. Interessa, agora, o auditório. Num caso difícil, o intérprete dirige-se a um auditório, que tanto pode ser uma comunidade jurídica concreta (e que envolve elementos persuasivos, porque “somos demasiado humanos”, inclinados à manipulação) quanto uma *comunidade jurídica ideal* (em que todos comprometem-se com os princípios da racionalidade discursiva). *Esta comunidade ideal será o critério para avaliar a melhor resposta*. Repare-se que, ainda que todos disponham das mesmas fontes materiais, chega-se a mais de uma resposta, visto que no discurso jurídico “muitas das *eleições* decisivas têm *carga valorativa*.”¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ AARNIO, *La tesis*, p. 31.

¹⁰⁸⁷ AARNIO, *La tesis*, p. 32.

¹⁰⁸⁸ AARNIO, *La tesis*, p. 34. A comunidade jurídica ideal, por conseguinte, não é um “auditório universal” no sentido de Perelman, salvo na pressuposição da racionalidade do discurso, o que não elide a presença de códigos valorativos diversos.

No próximo passo, focada a divergência entre respostas na valoração de um determinado ponto de vista, é possível comparar as soluções? Não há, segundo Aarnio, uma medida comum e nenhuma resposta “*é em termos gerais a melhor possível*”. Uma pode ser, todavia, mais *relevante* que a outra – e, nesta perspectiva, a melhor. A melhor possível, *no momento*, será a que alcançar *maior aceitação possível* no auditório ideal. O critério, em suma, deságua no princípio majoritário.¹⁰⁸⁹

Aarnio sinala que a aceitação da mais de uma resposta possível é “teoricamente necessária”, partindo a assumida visão relativista do pressuposto de que “não há respostas corretas no ordenamento jurídico *ex ante*”, pelo que “todas as soluções bem fundadas (...) são ‘corretas’ *ex post*, no sentido de que elas são respostas apropriadas *dentro* de uma segura armação justificatória”. Não há, doravante, como agregar argumentos de ordem “racional”. Trata-se, então, de introduzir a idéia de “cooperação social”, que pressupõe que se possa estar de acordo em certas soluções – o permanente desacordo provocaria incerteza sobre o que é correto ou errôneo, pois as autoridades necessitam de uma solução final para ser posta em prática.¹⁰⁹⁰

Aarnio admite que o princípio majoritário não suplanta o desacordo. Todavia, aceitas a racionalidade discursiva e a cooperação social (que supõem previsibilidade e rejeitam o sorteio), servem de argumento para outra tese: “cada caso difícil *teria* uma resposta” (ainda que quase imperceptível, a crença “numa” resposta parece aflorar, como num ato falho), não a “única correta”, mas a “mais operativa” em relação aos pressupostos. Essa resposta mais operativa será considerada, para o momento, “a melhor possível”.¹⁰⁹¹

Aarnio propõe, ao cabo, a seguinte diretriz: “ Na decisão de um caso difícil deve-se tratar de alcançar uma solução tal e uma justificação tal que a maioria dos membros racionalmente pensantes da comunidade jurídica possa aceitar essa solução e essa justificação.”¹⁰⁹² Posto seu *princípio regulativo*, repara que serve para incitar quem decide à justificação racional e previne o objetivismo valorativo típico, por exemplo, de Dworkin. É de gizar que a aceitação da maioria é buscada na comunidade jurídica ideal. Encerra com uma

¹⁰⁸⁹ AARNIO, *La tesis*, p. 35. Violar-se-ia, com isso, o direito das minorias? Não para o autor, visto que na comunidade ideal o uso do poder (discriminatório) não é um problema; o discurso racional leva em conta todas as razões (inclusive a opinião minoritária); mesmo a minoria, “a priori”, aceitou o princípio majoritário, fora do qual só poderia cogitar-se do sorteio.

¹⁰⁹⁰ AARNIO, *La tesis*, p. 36.

¹⁰⁹¹ AARNIO, *La tesis*, p. 37, sem prejuízo de que a opinião minoritária, dada a dinâmica social, acabe alçando-se à condição de “melhor solução possível”.

¹⁰⁹² AARNIO, *La tesis*, p. 37.

prescrição, ao afirmar que a “aceitabilidade” como meta da argumentação jurídica “é suficiente para os seres humanos” e que a utilização do princípio regulativo proposto pode “maximizar as expectativas de certeza jurídica”.¹⁰⁹³

Importante contribuição é ofertada por Manuel Atienza, que inicia justamente por criticar a “teoria padrão” da argumentação jurídica (Alexy), insuficientemente crítica “com relação ao Direito positivo, considerado tanto estática, quanto dinamicamente”.¹⁰⁹⁴ Um de seus maiores defeitos é não ter conseguido representar, adequadamente, “como os juristas fundamentam, de fato, suas decisões”, sendo a lógica formal instrumento insuficiente para tal desiderato, já que “o processo de argumentação não é, por assim dizer, linear, mas antes reticular; seu aspecto não lembra uma cadeia, e sim a trama de um tecido.”¹⁰⁹⁵

O processo de argumentação que se realiza num caso difícil envolve, segundo Atienza, cinco passos: 1) a identificação do problema a resolver; 1.a) problemas de pertinência (dúvidas sobre qual norma aplicável); 1.b) problemas de interpretação; 1.c) problemas de prova; 1.d) problemas de qualificação (dúvida sobre se um determinado fato, que não é discutido, recai ou não no âmbito de aplicação de um conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma); 2) determinar se o problema a resolver surge por (2.a) insuficiência de informação (lacuna) ou por (2.b) excesso de informação;¹⁰⁹⁶ 3) construir hipóteses de solução para o problema, construir “novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha a uma informação necessária e suficiente com relação à

¹⁰⁹³ AARNIO, *La tesis*, p. 38. Pressupor “uma resposta correta” não ajuda a “servir melhor à sociedade”, pois do que realmente necessita-se é de “justificação racional”. Fica por demonstrar que o recurso ao auditorio ideal garante o máximo de certeza possível, pois a solução majoritária não virá com “selo de garantia” apostado por juristas angelicais, o que significaria uma nova ordem de problemas: depois de alcançada a melhor solução possível, reabre-se o campo discursivo para estabelecer que tal resposta *seria* a mais adequada no diapasão da comunidade jurídica ideal. Ainda que com as vestes da razão, permanece um quê de sacerdotal nesta intermediação entre as comunidades.

¹⁰⁹⁴ ATIENZA, *As razões do direito*, p. 314. Ademais, a teoria padrão ocupa-se quase exclusivamente de questões normativas, ao passo que a argumentação jurídica calca-se em grande parte “sobre fatos” (p. 315). Ignora, ainda, o âmbito da produção da lei (para Alexy, é o respeito a lei que o torna o discurso jurídico um caso especial, em relação ao discurso prático em geral), seria preciso “partir de alguma teoria da legislação” (p. 316). Salienta o autor, em terceiro lugar, que a teoria padrão descarta da “racionalidade estratégica”, que deve ser combinada com a racionalidade discursiva num modelo complexo de racionalidade prática, já que “a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação” (p. 318 – pense-se nos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público no âmbito da legislação brasileira). Por quarto, uma teoria “há de ser também descritiva (...) capaz de dar conta dos argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica”, seria importante que se estendesse também ao contexto da descoberta (pp. 318-9).

¹⁰⁹⁵ ATIENZA, *As razões do direito*, op. cit., p. 320.

¹⁰⁹⁶ “Quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo. Mas normalmente precisamos argumentar naquelas situações em que a informação das premissas é deficiente ou, então, excessiva”, no sentido de contraditória (ATIENZA, *As razões do direito*, p. 326).

conclusão”; 4) justificar as hipóteses de solução formuladas, apresentar argumentos a favor da interpretação proposta (no caso de insuficiência de informação os argumentos serão analógicos “lato sensu”; no de excesso, incidirá a *reductio ad absurdum*, determinada interpretação é impossível porque levaria a conseqüências inaceitáveis – trata-se, propriamente, de “estratégias de argumentação”);¹⁰⁹⁷ 5) justificação interna, “a última passagem com que termina o modelo é a que vai das novas premissas à conclusão”.¹⁰⁹⁸

Na seqüência, é de indagar dos critérios de correção para avaliar o processo argumentativo. Atienza destaca o mérito da teoria padrão, ao trabalhar com a noção de “racionalidade prática” (Alexy), todavia insuficientemente desenvolvida, pois os critérios fornecidos são *mínimos*, “só permitem descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentação”. Entretanto, nos casos difíceis, as “diversas soluções presentes (...) são aprovadas nesse teste de racionalidade”. Para discutir qual a mais correta seria preciso ampliar a noção de racionalidade prática, para abarcar uma “teoria da equidade, da discricionalidade ou da razoabilidade” que oferecesse algum critério (por mais discutível que seja) – uma teoria que não pode ter caráter puramente formal, mas que incorporaria necessariamente “conteúdos de natureza política e moral”.¹⁰⁹⁹

Para tanto, Atienza distingue três funções que uma teoria da argumentação jurídica deveria cumprir: 1ª) *cognoscitiva* (permitir uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e da prática de argumentar) – aqui faltaria desenvolver o aspecto dinâmico do sistema estrutural-normativo e procedimental-argumentativo de Alexy; 2ª) *prática* ou *técnica* (oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito) – neste ponto, estabelecer uma “série de critérios para fazer um julgamento sobre sua correção (...) é uma tarefa que, em considerável medida, ainda está para ser cumprida”;¹¹⁰⁰ 3ª) *política* ou *moral* (a ideologia jurídica na base de uma concepção argumentativa) – Alexy, por exemplo, parte de “uma valoração essencialmente positiva de o que é o Direito moderno (o Direito dos Estados democráticos)”, e, embora não aceite o postulado dworkiano de *uma única* resposta correta, continua considerando que “o Direito positivo sempre proporciona pelo menos *uma*

¹⁰⁹⁷ STRECK, *Da interpretação*, critica justamente este 4º passo de Atienza, pois a “compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade”. É, portanto, equivocado afirmar “que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento”.

¹⁰⁹⁸ ATIENZA, *As razões do direito*, p. 329.

¹⁰⁹⁹ ATIENZA, *As razões do direito*, pp. 330-1.

¹¹⁰⁰ ATIENZA, *As razões do direito*, p. 333. Outra finalidade prática refere-se ao ensino jurídico, que teria como objetivo central “o de aprender a pensar ou a raciocinar ‘como um jurista’, não se limitando a conhecer os conteúdos do direito positivo” (p. 334).

resposta correta”, a hipótese última de Alexy é a de que “sempre é possível ‘fazer justiça de acordo com o Direito’.”.¹¹⁰¹

Aqui um divisor de águas, sendo mais realista e crítica a visão de Atienza com relação ao direito dos estados democráticos, a notar que a argumentação não esgota o funcionamento do direito, “que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos”. Assim, ao lado dos casos *fáceis* (para os quais “o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida”), há os *difíceis* – em que é possível propor mais de uma resposta correta “que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo” – e uma terceira categoria: a dos *casos trágicos*, nos quais a decisão não se coloca em nível de alternativas, mas de dilema, “quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral.”.¹¹⁰²

A *vexata questio* recebe acurada e importante reflexão na obra de Juarez Freitas.¹¹⁰³ Já no primeiro capítulo, o autor deixa claro que o “Direito Positivo é aberto, vale dizer, a idéia de um suposto conjunto auto-suficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico.”.¹¹⁰⁴ Sendo, pois, um sistema geneticamente aberto,¹¹⁰⁵ é visto como “potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente”, tal *complexidade* revelando-se um dos pontos centrais de seu edifício conceitual. Lacunas e antinomias, derivadas da abertura (epistemológica, que decorre da indeterminação semântica da matéria jurídica), supõe a preexistência de soluções admissíveis (não completude, mas *completabilidade*).¹¹⁰⁶

¹¹⁰¹ ATIENZA, *As razões do direito*, p. 334.

¹¹⁰² ATIENZA, *As razões do direito*, p. 335. Argumentar, aqui, implica elementos trágicos.

¹¹⁰³ Aliás, no prefácio, Eros Roberto Grau, pp. 17-8, assinala que “a alusão, no texto, a uma *melhor significação* possível entre as várias possíveis não significa adesão, dele [Juarez Freitas], à concepção *dworkiana* da *one right answer*. Essa *melhor significação*, no texto de JUAREZ, é aquela alcançada no campo da *prudência*, no sentido aristotélico, que a interpretação é.” – FREITAS, *A interpretação sistemática*.

¹¹⁰⁴ FREITAS, *A interpretação sistemática*, pp. 32-3, o que implica rejeitar as teorias auto-suficientes que postulam sistemas fechados (nota 8).

¹¹⁰⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996, pp. 101-26. Abertura entendida como “incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema” (p. 104), vinculada diretamente à “*incompletude e a provisoriidade do conhecimento científico*” (p. 106) bem como à “*modificabilidade da própria ordem jurídica*” (p. 109) – o “Direito positivo como um fenômeno colocado no processo da História e, como tal, mutável” (p. 110), sendo a formulação do sistema jurídico “um processo infundável” (p. 111).

¹¹⁰⁶ FREITAS, *A interpretação sistemática*, pp. 49 e 50. “A Dialética, por outro lado, não peca contra a lógica formal. Simplesmente a supera, dado que é uma lógica da vida real. É a concepção da análise como parte integrante do processo social analisado, como sua consciência crítica possível, na certeza de que as coisas, em si mesmas, são contraditórias.” (p. 169).

A suplantar (não a desconsiderar) a lógica-formal, Juarez consigna que a escolha das premissas “determina a construção lógica”, pelo que o “silogismo jurídico deve ser reconhecido como dialético, isto é, pertencente ao democrático e pluralista reino da persuasão”, não podendo dispensar “argumentações baseadas em premissas contraditórias, tampouco deixar de conduzir a conclusões prováveis, hipotéticas.”.¹¹⁰⁷ Adiante, o “círculo tópico-sistemático da compreensão”, proposto pelo autor, une engajamento e reflexão crítica, assumida a “identidade essencial da Tópica e do pensamento sistemático (...) para que *o ser e o dever-ser tendam à aproximação*”, provavelmente a maior missão da interpretação sistemática. Em síntese: a) toda hierarquização revela conteúdo tópico, o que é próprio da raciocínio sistematizador (e foi descurado por Canaris) “que advém da circularidade hermenêutica e da abertura cognoscitiva inerente ao diálogo do intérprete com o sistema objetivo”; b) as visões unilaterais não dão conta dessa unidade dinâmica; c) a vocação integradora do pensamento sistemático demonstra-se no “ato de combater antinomias axiológicas”. A perspectiva, então, será *dialética*, imbricando-se a lógica formal ou “sistêmica” e a argumentação material ou sistemática. E a compreensão operacional da interpretação sistemática dá-se na vertente *hermenêutica*.¹¹⁰⁸

Ao postular um paralelo entre a identidade essencial tópico-sistemática e uma criativa “convergência viável” entre a *hermenêutica filosófica* e a *crítica das ideologias*, Juarez provoca frutífero diálogo entre Gadamer e Habermas, ao cabo do qual é possível (re)afirmar: “O ‘metacritério’ da hierarquização axiológica apresenta-se como um resultado vivo da necessidade de fazer preponderar tanto o *logos* crítico como o *logos* tradicional, de molde a encontrar a melhor universalização sistemática no caso concreto, vale dizer, topicamente”.¹¹⁰⁹ Da “identidade essencial” advém a mais relevante conclusão: “convivem variadas soluções no bojo do sistema jurídico e apenas a partir dele devem ser procuradas” (o direito positivo é um sistema aberto e completável topicamente).¹¹¹⁰ A partir de tais alicerces, vão-se cruzando vigas que culminam por rejeitar a “única resposta correta” e apostar na “melhor resposta possível”.¹¹¹¹

¹¹⁰⁷ FREITAS, *A interpretação sistemática*, p. 51.

¹¹⁰⁸ FREITAS, *A interpretação sistemática*, pp. 159-60.

¹¹⁰⁹ FREITAS, *A interpretação sistemática*, p. 165, desde que assente que “o processo de compreensão requer participação na práxis comunicativa, sem neutralidade axiológica, dado que o próprio anelo de universalização, a despeito de objetivo, pressupõe a subjetivação do intérprete, marcadamente ao lidar com as antinomias jurídicas”

¹¹¹⁰ FREITAS, *A interpretação sistemática*, p. 170.

¹¹¹¹ FREITAS, *A interpretação sistemática*, pp. 187-9, 194, 197, 200, 206.

Na síntese conclusiva, modo expresso, o autor assevera que, “sem que se adote a idéia da única interpretação correta, crê-se na possibilidade de melhor compreender a rede de princípios, regras e valores numa lógica que não é a do ‘tudo-ou-nada’, mas que haverá de ser dialética sempre, no campo dos princípios e no campo das regras”.¹¹¹² Ao cabo, o autor parece tomar posição na tensão entre “bons homens ou boas leis”, destacando “a importância de *robustecer a formação axiológica do intérprete para a suprema tarefa ético-jurídica que consiste, em face das antinomias de avaliação, em alcançar o melhor e mais fecundo desempenho da interpretação sistemática*”,¹¹¹³ um espaço para a virtude.

Mais recentemente, Juarez Freitas volta ao tema, sob o título “a melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”, para afirmar que a *pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação*.¹¹¹⁴ Observa que a *coluna dos princípios* tem que ser mantida intacta, “dadas a nobreza e a posição nevrálgica que ocupam no sistema, diretrizes ‘neurais’ que são”, pelo que jamais devem ser quebrados, sob pena de perecer o sistema, ao passo que “as regras não permitem erigir qualquer sistema”.¹¹¹⁵ Apresenta, em síntese, 21 motivos sistematizados pelos quais, no sistema democrático, “não há, a rigor, solução única correta – ainda que irrenunciável a procura da melhor interpretação –, assim como inexistente princípio jurídico absoluto”.¹¹¹⁶

¹¹¹² FREITAS, *A interpretação sistemática*, p. 273. Mesmo porque “jamais haverá um conflito de regras que não se resolva à luz dos princípios” (p. 272). Em consequência, Juarez sugere “uma *melhor interpretação tópicosistemática* dentre as ‘n’ possibilidades interpretativas, isto é, aquela que hierarquizar sistematicamente de modo o mais universalizável no enfrentamento das contradições ou incompatibilidades, contribuindo para o primado do respeito à hierarquia mais ética do que formal, numa intelecção apta a promover uma hierarquização de soluções sem quebra do sistema (p. 274). Vide, também, pp. 275-7 e 282-3.

¹¹¹³ FREITAS, *A interpretação sistemática*, p. 290. Na mesma linha da melhor interpretação, também PASQUALINI, *Hermenêutica e sistema jurídico*, p. 24, o vêo hermenêutico como a “perene e intersubjetiva procura do melhor sentido da lei ou, em termos mais concretos, da melhor solução sistemática para os conflitos jurídico-sociais”. A procura das melhores exegeses é meta fiadora e inarredável da hermenêutica (p. 51).

¹¹¹⁴ FREITAS, “A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta”, In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-56 (citado *A melhor interpretação*) – citação às pp. 317-8. Quem defender postura contrária pode estar reproduzindo, sem pretender, “os ecos da obsoleta Escola da Exegese”. Adiante (p. 320), o “*sistema é o resultante direito do trabalho hermenêutico e profundamente humano do intérprete*”. À p. 342, preconiza evitar duas grandes falácias interpretativas (num fundo uma só), o “pecado da *dis-integration* ou da *hyper-integration*” (cita Laurence Tribe e Michael Dorf, *On reading the constitution*, pp. 19-30). Diz que “cumpre, sim, nutrir reserva à reserva do possível” (p. 345), onde também lembra que não existe direito fundamental absoluto, fortalecendo sua totalidade o fato de serem reciprocamente complementares.

¹¹¹⁵ FREITAS, *A melhor interpretação*, pp. 347-9. Veja-se que a interpretação sistemática consiste em “hierarquizar de maneira, ao mesmo tempo, livre e não-arbitrária, escolhendo as tonalidades e respeitando as notas correspondentes” (p. 352).

¹¹¹⁶ FREITAS, *A melhor interpretação*, pp. 353-4, item 3.2. O intérprete constitucional, ainda, deve honrar a “preservação simultânea das características vitais (para além do paradigma da disjunção) da complexidade de qualquer sistema democrático”, isto é, a *abertura* e a *coerência*, “as quais implicam o dever de zelar pela permanência ‘na’ e ‘da’ mudança” (p. 355, item 3.8).

Afinadas com os câmbios paradigmáticos mencionados, outras posições alinham-se na trilha da melhor resposta. Avulta, pela clareza e originalidade de sua obra, o contributo de Zagrebelsky, para quem a aplicação judicial do direito confere unidade às separações experimentadas entre leis/direitos/justiça e princípio/regras, numa resoluta oposição à subsunção reducionista do positivismo.¹¹¹⁷

Para o autor, a dialética do caso/normas (integrada no círculo hermenêutico), nem pode resvalar para a pura casuística (excesso de concreção, mera tópica) nem para a ciência teórica inútil (excesso de abstração, algumas vertentes sistemáticas). Tal concepção prática orienta a interpretação jurídica na busca da norma adequada tanto ao caso quanto ao ordenamento, conjugando ambas vertentes até lograr resultado satisfatório. A interpretação está na atividade mediadora entre o caso tópico e o sistema normativo, situada na “linha de tensão” que vincula a realidade com o direito.¹¹¹⁸

Ao asseverar que o ordenamento jurídico não oferece ao intérprete uma só e única resposta para regular o caso, Zagrebelsky insere a questão do método. A busca da regra não está determinada pelo método, é o método que está em função (na direção) da busca, dependendo do que se queira encontrar. O método é só um *expediente argumentativo* para mostrar que a regra extraída do ordenamento é possível, justificável nesse ordenamento dado. Principalmente, não existe um só método, mas vários, sem hierarquia, sendo o “pluralismo metodológico” traço essencial da atual cultura jurídica.¹¹¹⁹

Sendo o caso, para o juiz, um acontecimento problemático que deve ser resolvido, antes é preciso compreendê-lo, o que pressupõe que se entenda seu “sentido” e que se lhe dê um “valor”. Por *sentido*, Zagrebelsky entende a conexão entre uma ação e seu “resultado” social (com os efeitos que se considera que pode produzir). Embora a compreensão de sentido dirija e condicione a compreensão de valor, são momentos logicamente distintos que se condicionam reciprocamente. É evidente “que uma determinada compreensão de sentido pode propiciar, melhor que outras, diversos valores, e que a assunção de certos valores, melhor do que outros, pode fazer ver nos casos certos significados antes que outros”. Sentido e valor,

¹¹¹⁷ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 131. Não escapa ao autor a contradição entre concepção e prática positivistas, assente no lema paradoxal da “lei mais perspicaz que o legislador”, pelo qual pretendiam a “objetivação” do direito legislado (uma ficção sem fundamento teórico), em que pese a “visão objetivista” da vontade da lei ter-se revelado um véu debilíssimo para quem quisesse rasgá-lo.

¹¹¹⁸ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 132-3.

¹¹¹⁹ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 134-5.

juridicamente, têm significado objetivo, referência ao contexto cultural, pelo que se pode falar de “solução adequada ao caso”.¹¹²⁰

A dinâmica e a mudança dos sistemas jurídicos são traços inescandíveis e o correlato déficit de certeza “não se pode remediar com uma teoria da interpretação mais adequada”. Caminha-se para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...)”.¹¹²¹

Também a vislumbrar na instabilidade e na incerteza oportunidades para novas respostas estruturadas de acordo com um paradigma mais complexo, insere-se a hipótese literária de Massimo Vogliotti – na imagem dos “rapsodos gregos” e na figura da rede, ao invés da pirâmide.¹¹²² Diante da crise ilustrada pelo escandaloso protesto de cerca de quinhentos magistrados franceses, que, em 19 de janeiro de 2001, jogaram seus códigos penais nas janelas da Chancelaria, aos pés do poder político, denunciando falta de meios para aplicar uma nova lei sobre presunção de inocência e contra a lógica produtivista exigida diante da explosão de litígios – um gesto que afrontou a idéia moderna de Código, obra da razão, coerente e completa, de linguagem clara e precisa (lógica linear e binária, que separa criação e aplicação do direito, direito substancial e processual etc.) –, é possível reagir dentro do paradigma oficial, como pretende o garantismo de um Ferrajoli, de assumida raiz positivista e a apostar na clareza da lei como fonte única, *ou aceitar a bondade da reacomodação paradigmática*.¹¹²³

¹¹²⁰ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 136-7. Interessante que, aproximando-se de Atienza, o autor, adiante (ao descrever o caso Serena, um caso difícil), fale de outros casos “iguais ou mais trágicos”. De toda sorte, o direito por princípios mostra sua dimensão concreta e à ineludível chamada à “prudência” do intérprete (p. 144).

¹¹²¹ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 146-7. A relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

¹¹²² VOGLIOTTI, Massimo. “La ‘rhapsodie’: fecondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal”. *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, 2001, n° 46, pp. 1-47 (citado *La rhapsodie*).

¹¹²³ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, pp. 12-5. Preconiza o autor que a reação da comunidade jurídica deve ultrapassar a hipótese “ad hoc” (interpretando a crise como deformações contingentes, passível de superação pelo ajuste do paradigma da modernidade – certo que identificado na vertente positivista) e investir numa “rupture épistémologique”. Ao revés, para Ferrajoli, o Poder Judiciário está legitimado na medida em que exerça somente função cognitiva (p. 21, nota 47).

O autor evoca a metáfora da rapsódia, cuja etimologia já sugere a formação progressiva e pluralista do texto: “Esta antiga forma literária [a rapsódia] evoca, ao contrário [de uma obra escrita, do alto, por um único autor], a idéia do direito como uma *rede* tecida, de maneira contínua, por vários autores, tendo margens de criatividade diferentes, a partir de uma multiplicidade difusa de contextos, por meio de procedimentos e técnicas diversas, mas unificada por uma mesma tensão unitária, que é a de escrever a *epos* da sua comunidade, que, em nosso sistema jurídico, é representada pelos valores da Constituição (...).”¹¹²⁴

Sob ponto de vista epistemológico, a metáfora da rapsódia desloca o acento das propriedades substanciais para as propriedades *relacionais* do sistema jurídico, uma epistemologia *reticular*, em que o conceito fundamental é o de *conexão*. Aqui, “os significados não preexistem completamente ao jogo de relações, mas se constituem nas conexões entre os *nós* da rede”.¹¹²⁵ O fundamento, portanto, passa a ser dinâmico e pluralista. Importa que a idéia de *limites* também muda. Não há fronteiras rígidas nem impermeáveis – o limite não está posto antes de começar o jogo, mas assume a natureza de um *projeto* que, para concretizar-se, precisa da colaboração ativa e responsável de todos os atores do campo jurídico (resultante do jogo relacional recursivo).¹¹²⁶

A figura da autoridade também deve ser repensada, nesta perspectiva dinâmica (mais que *ser*, a autoridade deve *fazer-se*) – a legitimação pela justificação permanente. Vogliotti ainda destaca a *autorevolezza*, um poder que se faz respeitar principalmente pelo seu *prestígio* (o que envolve decisões de qualidade, que forneçam boas razões).¹¹²⁷ O que se liga, segundo o autor, à “reabilitação da figura humana” no direito, e seu papel central na rapsódia, que não prescinde da qualidade dos homens que se conectam à rede jurídica. A modernidade concentrou-se sobre os problemas de formação da lei, ao invés de debruçar-se sobre a “formação do homem de leis” (uma desvalorização ligada a uma antropologia negativa, em que as regras não são concebidas pelos homens, mas contra eles – uma estratégia, de resto, ineficaz).¹¹²⁸

¹¹²⁴ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, pp. 18-9. É conhecida a imagem do “romance em cadeia” ou elos de Dworkin.

¹¹²⁵ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, p. 29.

¹¹²⁶ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, p. 32. O limite resultará de relações recursivas entre o horizonte do passado (tradição) e o do futuro (a representação, pelo intérprete, de uma decisão “justa”, que possa ser aceita pela comunidade interpretativa como uma prossecução legítima da rapsódia jurídica, sempre em conformidade com os cânones constitucionais) – p. 33.

¹¹²⁷ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, pp. 36-8.

¹¹²⁸ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, pp. 41-2.

Preferível aceitar, sem mistificação, a fragilidade do fundamento epistemológico do direito – e renunciar à *hybris* da razão jurídica moderna – e insistir na *modéstia*, privilegiar a virtude da *mitezza*. A prioridade da agenda jurídica, então, passa a ser a ética do jurista e sua deontologia (a *paideia* jurídica necessita de *intentio* ética). O dever da coerência, aqui, será ditado pela necessidade, por ser o único meio de que se dispõe para ligar/conectar os sujeitos.

Vogliotti figura um sujeito grave e responsável, consciente de sua fragilidade íntima (da *légèreté*) do direito e privado das ilusões da mitologia jurídica moderna, que sabe encontrar os limites em si mesmo. Ainda assim, tal condição do direito contemporâneo não deve projetar uma sombra de pessimismo sobre o porvir. O declínio do paradigma tradicional não significa a inevitável condenação do direito à fragilidade e à impotência, a um estado de insegurança e de relativismo radical. O direito não perde sua capacidade de instituir o social. Todavia, reconhecer sua *fragilidade* epistemológica e aceitar sua *modéstia* axiológica parece ser a verdadeira força do direito em rede – a vida dos habitantes deste direito rapsódico pode tornar-se menos incerta que a de outros que supõem modelos mais pretensiosos e, apenas na aparência, mais sólidos (os autores da rapsódia devem saber que a resistência da rede tem um limite).¹¹²⁹

O direito *mite* foi a expressão escolhida por Zagrebelsky para configurar os traços de um sistema mais dinâmico, plural e complexo. A tradução espanhola utilizou o termo *dúctil*. Bobbio escreveu o *Elogio della mitezza* (cuja primeira edição italiana remonta a 1994), tendo optado o tradutor português pelo substantivo *serenidade*. Importa que o pensador italiano considera a “mitezza” uma virtude *fraca*, a mais impolítica das virtudes.¹¹³⁰

Interessa, ademais, a constatação de Bobbio, no sentido de que além do tema da virtude ter sido exumado, o final do século passado retomou o tema das *paixões* (e sua relação com a razão). O que é sintomático, depois da doutrina da virtude, de raiz aristotélica, ter sido abandonada na “modernidade”, na qual prevaleceu a ética das regras, com o binômio

¹¹²⁹ VOGLIOTTI, *La rhapsodie*, pp. 42-9.

¹¹³⁰ Não a virtude dos fracos, pois que se não confunde com submissão, mas como oposta às virtudes “fortes” dos estadistas, do homem de governo. Antes, com valores próprios de um homem privado, “insignificante”. Trata-se de uma distinção analítica, não *axiológica*. Bobbio assume que o fundamento de uma república, mais até do que as boas leis, é a *virtude* dos cidadãos (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002, pp. 9 e 37, citado *Elogio da serenidade*). Veja-se observação confluyente de SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, prefácio: “grande parte do ideário da Carta de 1988 ficou apenas no papel, porque o Direito, fruto da Cultura, não mudou. Mudaram as normas, e não as pessoas – para ser mais preciso, não mudou de estalo a cultura das pessoas, dentre elas, os operadores jurídicos”.

direitos/deveres. Bobbio considera artificial a contraposição entre virtudes e regras, sendo mais sábio analisar a relação entre as duas categorias.

O adjetivo *mitezza* aplicado ao direito insere-se neste pano de fundo.¹¹³¹ A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais). Numa definição lapidar: “Serenidade é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, serenidade como *potência*, que consiste em “deixar o outro ser aquilo que é”.¹¹³² No oposto da serenidade estão a arrogância, a insolência e a prepotência, vícios/virtudes (conforme o ângulo) do homem político. Daí outra característica da serenidade, que chega a ser a “outra face da política”, e ajuda, pois, a definir os limites entre o político e o não político.¹¹³³ Adiante, Bobbio vai mesmo justificar sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a *compaixão* (que se conecta à misericórdia) e a *simplicidade*, vista como a capacidade de fugir intelectualmente das complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas.¹¹³⁴ Algo que calharia bem para a melhor resposta.

Lênio Streck oferta original contribuição, fazendo avançar o debate num texto recente, em que trabalha a *diferença ontológica (ontologische Differentz)* entre “texto” e “norma”. O problema metodológico representa-se numa tríplice questão: como se interpreta, como se aplica e se é possível garantir uma resposta correta diante da indeterminabilidade do direito. Trata-se de “construir as condições para a concretização de direitos” e ao mesmo tempo “evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas”, o que não passa pelo “acirramento de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a ‘solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação’”. A abordagem do autor, antes, passa pela “hermenêutica da faticidade” e pela diferença ontológica (não dicotomia) entre texto e sentido do texto (norma), o que conduz da “fundamentação positivista à compreensão hermenêutica do direito”.¹¹³⁵

¹¹³¹ BOBBIO, *Elogia da serenidade*, p. 34, considera uma categoria inusitada e, expressamente em relação à obra de Zagrebelsky, aponta que caberia uma questão preliminar: *Mite*, por quê?

¹¹³² BOBBIO, *Elogia da serenidade*, p. 35.

¹¹³³ BOBBIO, *Elogia da serenidade*, p. 39. A política não é tudo, afirma Bobbio. A serenidade é o contrário da arrogância (a opinião exagerada sobre os próprios méritos, que justifica a prepotência), não porque se desestime, mas por ser mais propensa a acreditar nas misérias que na grandeza do homem – o sereno se vê como um homem igual aos demais. Implicações interessantes podem derivar daí, a solução jurídica demarcando-se, pela serenidade, das decisões políticas. De toda sorte, resvala-se, aqui, para o território da tolerância e do respeito pelas idéias e modos dos outros (p. 42).

¹¹³⁴ BOBBIO, *Elogia da serenidade*, pp. 43-6.

¹¹³⁵ STRECK, *Da interpretação*. Ao invés da cisão, “há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões”, a partir de uma anterioridade, isto é, “a condição de possibilidade da interpretação da regra é a

Retoma, na exposição, a tece (central) gadameriana da *applicatio* (interpretar é aplicar, compreender é aplicar), e acresce que o processo interpretativo é *applicatio* “e que o direito é parte integrante do próprio caso e uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa” (hermenêutica não é filologia). Sinala, também, que a impossibilidade de um “meta-método” é o “calcanhar de Aquiles da hermenêutica jurídica exegético-positivista” – daí o rompimento paradigmático da hermenêutica filosófica (em que a “ferramenta” não é decisiva). Na interpretação, segue Lênio, “sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível”. Quanto à pré-compreensão, nossos “pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica” – o intérprete não “domina” a tradição e a interpretação “jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural”. Não há textos sem normas, “não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível.”¹¹³⁶

Neste contexto, assevera Lênio que, definitivamente, o “intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier”, nem o resultado da interpretação advém de “escolhas majoritárias e/ou [é] produto de convencionalismos”, pois, se o sentido é intersubjetivo, estão *interditados* os sentidos *arbitrários*. Entre texto e norma não há cisão (subjativismo, teorias axiológicas da interpretação), nem identificação (formalismo de cunho objetivista) – há uma *diferença*, sem há qual haveria que negar a *temporalidade* (os sentidos são temporais). Mas o autor não adere, simplesmente, à *one right answer* de Dworkin.¹¹³⁷ Já afinando sua posição, a *diferença ontológica* entre texto e norma é um *axioma* que “comanda a antecipação de sentido”, fenômeno que se dá, sempre, num “mundo prático” – na situação concreta do caso jurídico, que é irrepetível: a “resposta é, simplesmente, uma (correta ou não), para aquele caso”. A “única resposta” seria uma *totalidade* que eliminaria “aquilo que sempre fica de fora da nossa compreensão” (o que sobra, o não-dito, “é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior”).¹¹³⁸ Assim, “a” resposta não será “a única” resposta, que encerra um paradoxo, uma impossibilidade hermenêutica e uma

existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está subsumida no princípio (...) O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto”. Assim, “há uma essencial diferença – e não separação – entre regra e princípio”.

¹¹³⁶ Nota que os princípios não são “cláusulas abertas”, reservadas à livre atuação subjetiva do juiz, o que só faria sentido se colidissem em abstrato. Pelos princípios é que é possível sustentar a existência de *respostas adequadas (corretas para cada caso concreto)* – o que é um problema hermenêutico de compreensão (e não analítico-procedimental de fundamentação) e com o que se afasta “todas as formas de decisionismo e discricionariedade”.

¹¹³⁷ Destaca as diferenças entre *common* e *civil law* e a ausência da hermenêutica filosófica na teoria de base de Dworkin (embora possível aproximá-lo de Gadamer); também discutível a “missão” do juiz Hércules.

redundância (a acarretar o “seqüestro da diferença e do tempo”). Agora, a resposta correta só pode ocorrer “levando em conta a contedística” (não é procedural) – por isso é *a resposta* que exsurge como *síntese hermenêutica*, “nem única, nem uma entre várias possíveis”. Vale gizar, “somente em abstrato é possível encontrar respostas variadas”, ao passo que *o caso* (que é e somente pode ser *concreto*) “demandará somente uma resposta”.¹¹³⁹ Entretanto, em face das contingências, “não se pode excluir que se dêem várias respostas”, o que não significa que “em todas elas se pode encontrar o elemento de compreensão que se encontra em uma unidade”. A hermenêutica proporciona uma *resposta de acordo com a Constituição*, que será “a resposta hermeneuticamente correta” para aquele caso (que “exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*”).¹¹⁴⁰

Arrisca-se, ao cabo, alinhar algumas pistas, para ulterior aprofundar. Não há, pelo que ficou dito, uma única resposta correta. Na vida prática, todavia, é preciso escolher a melhor resposta possível, mesmo pela aspiração tópica do direito, que há de ser, ao mesmo tempo, a mais sistemática. Ou, dito de outra forma, sem compromisso definitivo, a resposta hermeneuticamente correta. Os problemas avultam quando se indaga acerca dos critérios para preferir uma resposta à outra (já que concorrem respostas diversas, em face das contingências, com pretensão de correção ou superioridade). Assim como a pluralidade metodológica está posta, é possível afirmar uma pluralidade de critérios que, conjugados, concretizam orientações, sinalizam a melhor resposta. Parece que é preciso, mantido o *topos* da racionalidade argumentativa (e da universalização),¹¹⁴¹ densificar tanto o sujeito (que responde) quanto o auditório (que aprova). E investir na síntese hermenêutica da *applicatio*.

Boaventura, a quem se chama em apelo de concretização, na sua crítica da razão indolente, observa que só pode haver discurso argumentativo dentro de “comunidades interpretativas”, os auditórios relevantes da retórica. Por outro lado, “o fim dos monopólios de interpretação é um bem absoluto da humanidade”, embora o perigo, igualmente temível, da

¹¹³⁸ Contudo, se o *caso concreto é irrepitível*, pergunta a investigação, como ocorreria um *caso idêntico*? E onde a previsibilidade, nota distintiva da ciência jurídica, com respostas diferentes para casos idênticos?

¹¹³⁹ STRECK, *Da interpretação*. A hermenêutica não quer ter a última palavra (Gadamer) significa a *historicidade do compreender*, mas é de evitar a tentação epistemológica de “afirmar que essa resposta é melhor que aquela”, pois todas têm enraizamento comum, movem-se em um único horizonte – e se distinguem no “nível da objetivação” (não estão, de antemão, à disposição do intérprete, como um catálogo em que este “escolhe”). Tampouco há garantia de que a tese da “melhor resposta possível” evite elevado grau de discricionariedade.

¹¹⁴⁰ Se não pode ser confundida com a argumentação, a hermenêutica, contudo, “não prescinde de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico”).

¹¹⁴¹ O próprio Habermas, todavia, perguntado sobre se a sua teoria crítica do capitalismo avançado teria utilidade para as forças socialistas do terceiro mundo e se essas forças poderiam ser úteis às lutas pelo socialismo

“renúncia à interpretação”. Contra ambos, a estratégia é a proliferação de comunidades interpretativas, que são comunidades *políticas*. O produto de tais comunidades (o conhecimento emancipatório pós-moderno) será retórico, uma verdade retórica, “uma pausa mítica numa batalha argumentativa contínua e interminável travada entre vários discursos de verdade; é o resultado sempre provisório de uma negociação de sentido realizada num auditório relevante”.¹¹⁴² Uma verdade hermenêutica e, portanto, histórica.

Daí que o autor proponha uma *novíssima retórica*, que parte das conseqüências, das “últimas coisas” (a intersecção entre retórica e pragmatismo – um conhecimento prudente para uma vida decente).¹¹⁴³ Na visão de Boaventura, o auditório “está em permanente formação. (...) É a fonte central do movimento, a polaridade orador-auditório em constante rotação. (...) o auditório é um processo social (...)”.¹¹⁴⁴ No que tange ao sujeito, vale lembrar que a transição paradigmática é dupla: epistemológica e social. “A unir as duas transições, existe o conceito de subjectividade – simultaneamente individual e colectiva –, o grande mediador entre conhecimentos e práticas.”¹¹⁴⁵ Quem sabe um sujeito revitalizado, imerso no círculo virtuoso de uma comunidade político-interpretativa determinada, possa encontrar uma resposta, seja a melhor ou a hermeneuticamente correta, que exaspere a alteridade e a emancipação. De forma prudente. Uma resposta decente.

4.4 TÓPICOS PROBLEMÁTICOS: EXPLORANDO LIMITES

Com a bagagem até esta paragem acumulada, arrisca-se visitar algumas esquinas problemáticas, na sondagem dos limites e dos conflitos que surgem da configuração dinâmica do catálogo de posições jusfundamentais erigido em torno do direito à liberdade religiosa como um todo.

democrático nos países desenvolvidos, respondeu ter consciência “do fato de que esta é uma visão limitada e eurocêntrica” – *apud* SANTOS, *A crítica da razão indolente*, p. 341.

¹¹⁴² SANTOS, *A crítica da razão indolente*, pp. 90-1.

¹¹⁴³ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, pp. 97. Há de se privilegiar o convencimento em lugar da persuasão, “acentuar as boas razões em detrimento da produção de resultados” (p. 98), sendo a dimensão dialógica entre orador e auditório um princípio regulador da prática argumentativa (p. 99).

¹¹⁴⁴ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, p. 99. Entretanto, o “potencial emancipatório da retórica assenta na criação de processos analíticos que permitam descobrir por que é que, em determinadas circunstâncias, certos motivos parecem ser melhores e certos argumentos mais poderosos do que outros” (p. 100).

¹¹⁴⁵ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, p. 319. A exploração das possibilidades emancipatórias deve ser guiada por três grandes *topoi*: a fronteira, o barroco e o Sul (pp. 321-54).

4.4.1 Ensino público. O véu e a cruz na sala de aula

Neste passo, confluem algumas posições: (CPJ, 1.1.6, liberdade de aprender e ensinar religião); (CPJ, 1.1.9.3, direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa); (CPJ, 1.1.12, direito à dispensa de aulas/provas por motivo religioso); (CPJ, 1.1.15, *direito ao ensino religioso em escola pública de ensino fundamental*); (CPJ, 1.2.2.3, direito, da igreja, de ensinar a doutrina da confissão professada); (CPJ, 1.2.4.1, criação, pelas igrejas, de escolas particulares ou cooperativas); (CPJ, 2.1.1, princípio da separação); (CPJ, 2.1.2.3, princípio da não confessionalidade na programação da educação); (CPJ, 2.1.2.4, o ensino público não pode ser confessional); (CPJ, 2.1.3.4, princípio da cooperação, pelo qual o Estado assegura o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental); (CPJ, 2.1.3.6, o Estado auxiliará os pais no exercício do poder familiar, para que possam educar os filhos de acordo com suas crenças religiosas); (CPJ, 2.1.3.8, o Estado criará condições organizacionais e procedimentais, no âmbito educacional, para a dispensa de aulas/provas por motivo religioso); (CPJ 2.1.2, princípio da tolerância).

É o caso de focar, inicialmente, sem descurar das refrações e interconexões, o binômio (CPJ, 1.1.15 e 2.1.3.4), à luz do ponto de partida constitucional, o § 1º do art. 210 da CF 88.¹¹⁴⁶ Vale gizar, preliminarmente, que se trata de preceito inserido no Título VII da Constituição (da *ordem social*), no seu Capítulo III, Seção I (da *educação*) – é dizer, com isso, que se encontra orientado pelos princípios estabelecidos no art. 206, e que especifica o disposto no *caput* do art. 210.¹¹⁴⁷

Na sua tarefa de conformação democrática e redução de complexidade, o legislador infraconstitucional regulou a matéria por meio da Lei nº 9.394, de 20/12/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Ao tratar do *ensino fundamental* (segunda etapa da educação básica), previu no artigo 33 a *oferta de ensino religioso*, programado inicialmente (na redação original da LDB) *sem ônus* para os cofres públicos e em duas modalidades: (a) *confessional*, conforme opção religiosa do aluno/responsável, a cargo das

¹¹⁴⁶ “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

¹¹⁴⁷ “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”.

respectivas igrejas/confissões; (b) *interconfessional*, mediante acordo entre as diversas entidades religiosas.¹¹⁴⁸

Nessa primeira redação, segundo Marcelo Castro, pretendia-se que as despesas ocasionadas pela oferta do ensino religioso não pudessem ser custeadas pelo poder público, o que seria coerente com o mandamento inscrito no art. 19, I, da CF 88.¹¹⁴⁹ Nesta linha, manifestou-se o Conselho Nacional de Educação (CNE), no Parecer n° 05/97, aduzindo três motivos pelos quais, mesmo que a LDB não o declarasse, não poderia haver ônus para os cofres públicos: (a) haveria violação ao citado art. 19 da CF 88, que veda a subvenção a cultos religiosos e a igrejas; (b) criar-se-ia um tratamento desigual do Estado em relação às diversas igrejas, porque a subvenção seria desproporcional à demanda – como o professor seria pago por hora curricular de trabalho, um ou dois alunos de uma religião demandariam o mesmo gasto estatal passível de atender trinta ou quarenta de outras, já que a lei garante a confessionalidade e a opção dos alunos; (c) finalmente, havendo disposição de pagamento pelo Estado, poder-se-ia chegar ao absurdo de o ensino religioso para dezenas de denominações diferenciadas, em caso de demanda, ser mais oneroso que o ensino de outras matérias com maior carga horária.¹¹⁵⁰

Desse modo, seguindo a interpretação de Marcelo Castro, a opção religiosa de um aluno somente poderia ser atendida se uma entidade de sua confissão se dispusesse a enviar à escola um professor credenciado, e a pagar eventuais despesas com materiais didáticos. Já a forma interconfessional exigiria, de certo, um acordo entre as entidades religiosas – se não fosse obtido, ou o fosse apenas parcialmente, deveria a escola abrir suas portas para representantes dos diversos cultos ou igrejas solicitados pelos alunos e seus pais. Talvez em face destas dificuldades operacionais, o autor noticia o descontentamento de entidades religiosas – particularmente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) –, num quadro de pressão política que quase levou o Presidente da República a vetar o aludido artigo. O Poder Executivo, então, assumiu o compromisso de enviar ao Congresso Nacional um

¹¹⁴⁸ Art. 33 (redação original da LDB): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter: I – confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; II – interconfessional resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.*

¹¹⁴⁹ CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A educação na Constituição de 1988 e a LDB*. Brasília: André Quicé, 1998 (citado *A educação*).

¹¹⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Parecer n° 05/97 (Conselho Pleno), aprovado em 11/03/97.

projeto de lei sobre a matéria, o que de fato ocorreu. Na Câmara dos Deputados, elaborou-se um substitutivo, que procurava conciliar a redação de três projetos que tratavam da matéria. Surgiu, assim, a Lei nº 9.475, de 23/07/97, que promoveu a primeira alteração da LDB e conferiu nova redação ao artigo 33, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil (CPJ, 2.3.4, garantia institucional da diversidade e do pluralismo religioso) e vedando qualquer forma de proselitismo – em tensão com (CPJ, 1.1.4.1 e 1.2.2.4, direito de proselitismo das pessoas físicas e jurídicas, respectivamente). Remete-se, agora, aos *sistemas de ensino*, a *regulamentação* do conteúdo do ensino religioso e das normas para habilitação e admissão dos professores.¹¹⁵¹

Com olhos na nova redação legal, Castro entende que fica subentendida a possibilidade de ônus para o poder público na oferta do ensino religioso. Três outras decisões normativas – a proibição de proselitismo religioso, a definição dos conteúdos pelos sistemas de ensino e a prévia audiência da tal entidade civil, formada pelas diferentes denominações religiosas – partem do *princípio ideal de que há um substrato comum a todas as religiões passível de ser ensinado nas escolas*.¹¹⁵²

À investigação, parece mais harmônico com a *Federação*, em que se estrutura a *República* brasileira, a remessa da regulação conteúdo/professores aos *sistemas de ensino* no âmbito dos *entes federados*. A vedação do proselitismo tem sido aceita, tradicionalmente no direito comparado, quando decorre de intervenção legislativa e considerando a salvaguarda do processo educativo e do próprio autodesenvolvimento da personalidade dos educandos, em formação.

Por sua vez, Moaci Alves Carneiro destaca que a expressão “sem ônus”, ao ser retirada do texto, abriu a possibilidade de os Estados (também os Municípios, acrescente-se, vez que

¹¹⁵¹ Art. 33 (redação dada pela Lei nº 9.475, de 23/07/97): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.* § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

¹¹⁵² Parece difícil, menciona CASTRO, *A educação*, ir além de noções muito genéricas de espiritualidade, além da história das religiões e da difusão de princípios éticos. Na prática, entretanto, vai ser “difícil evitar a continuidade do proselitismo que normalmente se fez até agora, ainda que revestido de uma suposta intenção ecumênica”. Conclui o autor que, na definição dos conteúdos do ensino religioso, a Lei nº 9.475/97 parte de um pressuposto impróprio: o de que haverá uma “entidade civil constituída pelas diferentes denominações religiosas” disposta a opinar sobre a matéria. Ainda que essa entidade venha a ser criada, não deveria a lei pressupor a sua formação, até porque, em tese, alguma denominação religiosa poderia não reconhecer essa

são mantenedores de escolas públicas de ensino fundamental), remunerarem os professores, citando que vinte (na altura de 1998) já o faziam.¹¹⁵³ Sinala que, qualquer que seja a modalidade de organização da oferta (confessional ou interconfessional), parece evidente o processo de laicização da educação brasileira. Em síntese, Carneiro afirma ser preciso compreender que: (i) a educação integral inclui o ensino religioso; (ii) a inclusão do ensino religioso na escola *não é concessão do Estado às igrejas, mas é uma forma de operacionalizar o princípio universal da liberdade*; (iii) abrir um espaço para o ensino religioso não significa aceitar a catequese, mas sim ensinar a valorização da espiritualidade humana; (iv) o conteúdo do ensino religioso deve contribuir para que o aluno transite da consciência ingênua para a consciência crítica da realidade, na busca da transformação do mundo.¹¹⁵⁴

Quanto à regulamentação da matéria pelos órgãos normativos dos Sistemas de Ensino, é relevante salientar que o Conselho Nacional de Educação – CNE, na Resolução nº 2, de 07/04/98, da Câmara de Educação Básica, que instituiu as diretrizes curriculares nacionais para o ensino fundamental, inseriu, nas áreas do conhecimento da base nacional comum, a *educação religiosa*, na forma do art. 33 da Lei 9.394, de 20/12/1996.¹¹⁵⁵ Já o Conselho Estadual de Educação do Rio Grande do Sul – CEEEd/RS, órgão normativo do Sistema Estadual de Ensino e das redes escolares municipais que ainda não instituíram o seu Sistema Municipal de Ensino, publicou a Resolução nº 256, de 22/03/2000, que regulamenta a habilitação de professores de ensino religioso e os procedimentos para definição dos conteúdos desse componente curricular.¹¹⁵⁶ Segundo a Secretaria de Educação do RS, parte-se

entidade, o que retiraria sua legitimidade para representar todas as religiões. Não se trata de criticar a iniciativa de procurar a audiência das religiões constituídas, mas de indicar uma impropriedade na forma legal escolhida.

¹¹⁵³ CARNEIRO, Moaci Alves. *LDB fácil: leitura crítico-compreensiva artigo a artigo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

¹¹⁵⁴ Além disso, o autor questiona, em sendo a oferta integrada aos horários normais das escolas públicas, como assegurar uma linha de equilíbrio dos conteúdos, sem cair, de um lado, numa espécie de niilismo religioso e, de outro, no indesejável proselitismo. Sugere que a resposta parece estar na própria função de terminalidade da educação básica. Neste sentido, afirma que o ensino religioso deverá buscar a *oferta de subsídios para que o jovem vá elaborando o processo de construção de sua espiritualidade*. Propõe que esta trajetória, partindo de um princípio ético fundamental, deverá contemplar os fundamentos da alteridade, da solidariedade e de cooperação. Na sua opinião, essa abordagem requer coragem das escolas para tratarem das questões vitais dos jovens que, no mundo de hoje, passam pelo conjunto de problemas existenciais que povoam os dois limites extremos da existência humana: a vida e a morte. Assim, questões como sexo, drogas e mudanças de comportamento em geral estão no centro da problemática de uma correta abordagem do ensino religioso na escola pública.

¹¹⁵⁵ Embora a CF 88 e a LDB denominem *ensino religioso*. Trata-se de uma das dez “áreas de conhecimento”. Além da Res. CNE/CEB nº 02/98, o Parecer CNE/CEB nº 04/98, estabelece os *princípios da ação pedagógica da escola*: os princípios *éticos* da autonomia, responsabilidade, solidariedade, bem-comum; os princípios *políticos* dos direitos e deveres da cidadania, o exercício da criatividade e respeito à ordem democrática; e os princípios *estéticos* da sensibilidade e a diversidade de manifestações artísticas e culturais.

¹¹⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Conselho Estadual de Educação. Coletânea de Atos Normativos decorrentes da Lei Federal nº 9.394/96 LDBEN: federal e estadual. 3. atual. Porto Alegre, 2001. p.269. Org. no CEED. (fones:

de uma metodologia que favorece o “diálogo inter-religioso numa dimensão antropológica inserida nas diferentes culturas e tradições religiosas”.¹¹⁵⁷

Interessa, também, o Parecer nº 290, de 14/03/2000, do Conselho Estadual de Educação (CEEEd), que responde à consulta sobre definição de conteúdos e habilitação de professores de Ensino Religioso. Nesse texto, a Secretaria da Educação do Estado informa ao CEEEd, entre outras considerações, que o *Conselho do Ensino Religioso do Estado do Rio Grande do Sul – CONER/RS* é considerado pela Secretaria como a “entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas” a ser ouvida a respeito da definição dos conteúdos do ensino religioso. O referido texto menciona também a existência de Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Religioso redigidos pelo Fórum Nacional Permanente para o Ensino Religioso, como *um auxílio para a tarefa de fixar um programa para esse componente curricular*. Menciona-se, ainda, que a Constituição Estadual do RS prevê a disciplina de ensino religioso também no ensino médio.¹¹⁵⁸

A literatura da banda do direito constitucional, no Brasil, não é muito farta em comentários. Alexandre de Moraes, por exemplo, menciona que o art. 210, § 1º, CF 88, deve adequar-se às demais liberdades públicas, como a de culto religioso e a previsão do Estado laico. Destaca, no dispositivo, uma dupla garantia constitucional: (1ª) não se poderá instituir, na escola pública, o ensino de uma única religião, ou doutrinar os alunos à determinada fé; (2ª) a liberdade das pessoas matricularem-se ou não (a plena liberdade religiosa “consiste

32269580/32862759). Essa Resolução prevê que os conteúdos do componente curricular de ensino religioso são fixados pela escola, de acordo com seu projeto pedagógico, observadas as diretrizes curriculares nacionais e com base em parâmetros curriculares que serão estabelecidos sob a coordenação da Secretaria da Educação. Para a fixação desses parâmetros, estabelece que seja ouvida entidade civil constituída pelas diferentes denominações religiosas, a qual será credenciada pelo Conselho Estadual de Educação, mediante solicitação regulada na própria Resolução. Prevê, ainda, visando à qualificação e capacitação docente, a obrigatoriedade de complementação de 400 horas específicas de formação em ensino religioso.

¹¹⁵⁷ “O ensino religioso no Sistema Estadual de Ensino do Rio Grande do Sul”, www.educacao.rs.gov.br, acesso em 04/01/2006.

¹¹⁵⁸ Na prática do cotidiano escolar, conforme informações colhidas no dia 02/01/2006, junto a uma professora que, num turno, é supervisora de ensino religioso da rede escolar municipal de Cachoeira do Sul e, no outro, é docente da referida disciplina no ensino fundamental, o atendimento *a todos os alunos* é realizado de acordo com as orientações do CONER/RS, de forma *interconfessional*. Informou, ainda, que atualmente há uma tendência de se adotar a alternativa da oferta confessional, o que considera bastante complexo e, portanto, de difícil execução nos horários normais dos estabelecimentos. Por fim, informou que, em Cachoeira do Sul, há o CONER municipal, constituído conforme prevê a LDB, que se reúne periodicamente, embora alguns membros representantes de entidades religiosas raramente compareçam à reunião ordinária, o que dificulta os trabalhos do Conselho. O mencionado Município possui o CONER em âmbito municipal porque já constituiu seu sistema próprio de ensino. *As informações foram colhidas e sistematizadas com pertinente enquadramento legal e indicação doutrinária*, pela Professora Marisa Timm Sari, Consultora em Gestão Educacional junto à UNESCO. Marisa Sari foi Secretária de Educação em Cachoeira do Sul-RS, Coordenadora da Unidade de Educação e Cultura da FAMURS (Federação dos Municípios), Conselheira do Conselho Estadual de Educação-RS,

também na liberdade ao ateísmo”).¹¹⁵⁹ José Afonso da Silva, ao comentar o dispositivo, ressalta que “é um direito do aluno religioso ter a possibilidade de matricular-se na disciplina, mas não lhe é dever fazê-lo. Nem é disciplina que demande provas ou exame que importem reprovação ou aprovação para fins de promoção escolar”.¹¹⁶⁰

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins conecta o dispositivo com os incs. II, IV, VI e VII do art. 5º da CF 88 e cita a “eficácia estabilizadora da educação religiosa” de que falava Pontes de Miranda (a educação precisa ser integral mesmo nos países que se pretendem a-religiosos, “o que ensina de religião permanece no ser humano mesmo quando ele não crê”). A CF 88, no particular, “reverencia o espírito democrático e o princípio da igualdade, ao *permitir*, a quem o desejar, a frequência às aulas religiosas, oferecendo, a quem não o desejar, o direito negativo”. O aluno, então, tem o “direito de obter o ensino religioso e o direito de optar entre o ensino de uma religião ou outra de acordo com suas convicções pessoais”.¹¹⁶¹ O § 1º do art. 210 poderia ser visto como “exceção ao princípio da separação”, mas os autores preferem classificá-lo como *atenuação* a esse princípio. Sendo norma auto-exequível, comporta regulamentação apenas para dotá-lo de aplicabilidade e eficácia, o que foi feito pela LDB (no citado art. 33, que comenta ainda na redação original). Afirmando que o direito individual do aluno (de requerer acesso ao ensino religioso) tem a contrapartida no dever de o Estado propiciar que ocorra nas escolas públicas, mas não se deve confundir com “direito público subjetivo”, pois o “Estado não se encontra obrigado a oferecer ele próprio o ensino religioso” – e sim a apenas “abrir espaço no horário normal”, pois o “oferecimento do ensino religioso fica a cargo das entidades religiosas”.¹¹⁶²

Consultora do FUNDESCOLA/MEC e Membro da Coordenação Técnica do Programa Nacional pela Justiça na Educação. Pela valiosa contribuição, fica o registro.

¹¹⁵⁹ MORAES, *Direito constitucional*, p. 75; *Direitos humanos fundamentais*, p. 120. Segundo o autor, a pretensão normativa *implícita* é que o ensino religioso “deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé”. A investigação não consegue, fora de um quadro de mera conjectura, atinar com a “pretensão implícita”, cabível a concretização, na forma da LDB, aos sistemas de ensino.

¹¹⁶⁰ SILVA, *Curso*, pp. 252-3. Só estão obrigadas as escolas pública e apenas no ensino fundamental, já que as privadas “podem adotá-la como melhor lhes parecer, desde que não imponham determinada confissão religiosa a quem não o queira”.

¹¹⁶¹ Também desfruta do direito de não frequentar o ensino de religião, se assim desejar (BASTOS, Celso Ribeiro/ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 8º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 595-7 (citado *Comentários*, VIII). Ao resenhar o direito constitucional anterior, observa que “ensino religioso sempre esteve presente”, ora dotado de caráter obrigatório, ora facultativo (neste último caso, advém a faculdade da própria separação entre Estado e religião). A primeira Carta a dispor sobre a matéria foi a CF 1891, ao dizer que seria leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos (art. 72, § 6º).

¹¹⁶² BASTOS/MARTINS, *Comentários*, VIII, pp. 598-601. As escolas particulares, que podem ser confessionais (art. 20, III, LDB), são livres para oferecer ou não o ensino religioso, cabendo ao educando/responsável “escolher nesses casos a escola confessional que mais se adapte a suas crenças e convicções pessoais”.

Asseveram Celso Bastos e Ives Gandra Martins, que a necessidade de norma expressa autorizativa do ensino religioso na escola pública decorre do princípio da separação, sem a qual qualquer norma infraconstitucional violaria o art. 19, I, CF 88.¹¹⁶³ Afirmavam, ainda, que o “ensino religioso não integra o currículo mínimo do ensino fundamental”, sendo apenas uma disciplina de matrícula facultativa, pelo que “fica ao arbítrio do aluno cursá-la ou não, desistir de cursá-lo, mudar de religião, optar pelo seu ensino a qualquer tempo ou simplesmente não optar”. Diz respeito ao ensino de uma religião (seus preceitos e dogmas característicos), a ser ministrado “conforme a fé e as convicções religiosas do aluno”.¹¹⁶⁴ Definitivamente, descabe ao Estado ministrá-lo, pois, por sua própria natureza, isso “deve ser feito pela entidade confessional”.¹¹⁶⁵

Identifica-se, já nos últimos comentaristas citados, uma certa tendência doutrinal, ao menos na particular temática ora abordada, de ser mais “opiniática” do que dogmática. Vale dizer, de lançar assertivas sem a preocupação de fundá-las nos preceitos constitucionais ou legais e/ou na sistematização científica. No mínimo, teriam de ser ressaltados os espaços de conformação legislativa. E com base no que se afirma que o ensino religioso não integra o currículo? Ou que, uma vez matriculado, não precisa o aluno ser avaliado? Mas, pergunta-se, onde ficam, justamente, os princípios da educação pública, inclusive o senso de responsabilidade e de dever? Isso que a interpretação sistemática, a partir do *caput* do art. 210, levava, desde o início, a apostar que o ensino religioso faz parte do conteúdo mínimo que assegura a formação básica do ensino fundamental, com a peculiaridade esculpida no § 1º do mesmo artigo, da matrícula facultativa (de resto, opção legislativa).

Ainda em 1995, antes da edição da LDB (Lei nº 9.394, de 20/12/96), Ives Gandra da Silva Martins manifestou-se sobre a “educação religiosa nas escolas públicas”, opinião legal

¹¹⁶³ A investigação, tendo indicado o princípio da cooperação (CPJ, 2.1.3) e sua concretização no asseguramento do ensino religioso (CPJ, 2.1.3.4), naturalmente discorda do ilustre doutrinador.

¹¹⁶⁴ Discorda-se, outra vez, do autor, pois o direito do aluno, no caso, é *aprender* (CPJ, 1.1.6), ao passo que o direito de *ensinar a doutrina da confissão professada* (CPJ, 1.2.2.3) compete às confissões religiosas, inclusive como salvaguarda de seu direito de autocompreensão e autodefinição (CPJ, 1.2.1.1.).

¹¹⁶⁵ BASTOS/MARTINS, *Comentários*, VIII, pp. 602-4. Não pode ser confundido com um dever, vedado qualquer tipo de constrangimento. Ao Estado laico (art. 19, I, CF 88) veda-se *remunerar* os professores de ensino religioso (o dever de contratá-los é das entidades religiosas). Não caberia ao Estado, “em qualquer hipótese ou sob qualquer forma, arcar com o ônus do ensino religioso”, sendo seu papel a fiscalização (não para manipular o ensino religioso, mas para prevenir violações das regras escolares e que não “se choque com as normas vigentes em nosso país”). Volta a investigação a marcar dissonância, já que também joga, na celeuma, o aludido princípio da colaboração (CPJ, 2.1.3 e 2.1.3.4), a par de deveres de proteção (CPJ, 2.2.3) e garantias institucionais (CPJ, 2.3.4) – que permitiriam, nesta ótica, despesas públicas proporcionais e compatíveis com as tarefas estatais (ao menos, levando-se a séria a ensino religioso nas escolas públicas), aliás opção legislativa expressa na alteração da LDB já referida.

que foi publicada em forma de artigo.¹¹⁶⁶ Consignou, e bem, que a intenção do legislador maior é que o ensino religioso seja obrigatório e “facultativa a frequência, conforme o credo religioso de cada cidadão”. Considera que se trata de princípio auto-aplicável, que eliminou qualquer “veleidade exegética” e “impõe, obriga, exige, torna imperativa, compulsória a adoção da disciplina religiosa nas escolas públicas” (como informa que fizeram 25 das 27 unidades federativas). Assim, não poderia o Estado desconhecer o comando, sob pena de responsabilização civil e até criminal. Sendo responsabilidade do Estado ensinar, prossegue o autor, “as instituições que forem obrigadas a suportar o ônus do ensino (...) poderão exigir o ressarcimento de tais prejuízos (pagamento de professores, salas de aula etc.)”.¹¹⁶⁷

Ives Gandra Martins entendia que o dispositivo impunha “à escola pública o pagamento dos professores e a cessão de salas de aula para o ensino religioso”, inadmissível que o “Estado transfira uma responsabilidade, que é sua, no que concerne aos custos da administração, visto que possui destinação vinculada de impostos para este fim”. A seguir, como já comentado (*supra*, item 3.2.7), o autor refere que o tipo de ensino religioso a ser ministrados só pode ser o da Igreja Católica Apostólica Romana, a quem “se referiu o constituinte, visto que na tradição da história brasileira” foi tal Igreja que “conformou seu perfil de Nação continente e que colaborou na formação cultural de seu povo”. Como não poderia o constituinte desconhecer a “realidade de outros cultos”, “permitiu a facultatividade da matrícula”, vale dizer, só precisa cursar a disciplina a pessoa de “formação católica apostólica romana”. Ademais, cabe à respectiva Igreja (Católica romana) “dar o conteúdo da matéria a ser ensinada, sendo a responsável por seu programa”.¹¹⁶⁸ Tais considerações, quanto ao tipo e ao conteúdo do ensino religioso, chocam, ao sentir da investigação irremediavelmente, com o princípio da não confessionalidade (CPJ, 2.1.2), pois os entes federados estariam subvencionando o ensino católico e mantendo, no mínimo, aliança neste

¹¹⁶⁶ MARTINS, *Educação religiosa*, pp. 79-85. Em face da urgência, a opinião do autor não se revestiu de forma de parecer.

¹¹⁶⁷ Depois o Estado ajuizaria ação de regresso contra os agentes omissos, sendo possível, ainda: ação popular; ação civil pública em nome das instituições religiosas (encampada até pelo Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos ou de direitos individuais homogêneos); mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade; e ações de responsabilidade civil pedindo ressarcimento pelos custos que devem as entidades particulares suportar, ao ministrar o ensino religioso de responsabilidade do Estado (MARTINS, *Educação religiosa*, pp. 80-1).

¹¹⁶⁸ MARTINS, *Educação religiosa*, p. 82, refere que a “crítica que os judeus no Brasil têm feito ao dispositivo (sic), não ocorre em Israel”, onde o ensino religioso do judaísmo é obrigatório sem facultatividade – nota que o povo judeu conseguiu sobreviver à diáspora graças à unidade religiosa, age corretamente em Israel, mas não se justifica que pretenda adotar critério diverso no Brasil, “que não surgiu por força das conquistas judaicas, mas do povo mais católico da Europa quinhentista que era o português, superando, segundo inúmeros historiadores, a própria Espanha e os reinos italianos”. Por fim, quanto ao conteúdo, como não caberia a “um advogado lecionar

escopo com a Igreja Católica (CPJ, 2.1.2.1), violando-se frontalmente a posição (CPJ, 2.1.2.4 – o ensino público não pode ser confessional) e reflexamente a posição (CPJ, 2.1.2.3 – o Estado, no particular, transfiriria a programação da educação para as diretrizes religiosas ditadas pela Igreja Católica).

Escrevendo já em 1997, com olhos, portanto, na LDB (mas não na alteração legal promovida pela citada Lei nº 9.475, de 23/7/97), Anna Candida da Cunha Ferraz oferta alentado estudo acerca do § 1º do art. 210 da CF 88.¹¹⁶⁹ Principia, com propriedade, por sinalar que a exegese do preceito deve ser feita à luz do direito à educação, da liberdade de religião e da disciplina constitucional da Administração Pública. Daí lembrar os objetivos do preceito vestibular da ordem social (*bem-estar e justiça social*, art. 193, CF 88), bem como os objetivos da educação e seus princípios (arts. 205 e 206, respectivamente, CF 88). Depois de apresentar a “atenuação da separação Estado-Igreja” na CF 88, num jogo de “exceções constitucionais expressas” (já criticado pela investigação, *supra*, item 3.2.7), considera o ensino religioso uma projeção da liberdade de religião, como “fórmula para a concretização da liberdade de religião”.¹¹⁷⁰

Anna Ferraz, ao interpretar o art. 210, § 1º, começa por destacar, na linha de Celso Bastos (vale, portanto, a ressalva já feita), que sem expressa previsão constitucional tal modalidade de ensino não poderia ser prestada na escola pública, em razão da “restrição imposta pela regra-parâmetro” (art. 19, I, CF 88, princípio da separação Estado-Igreja) – neste contexto, a norma em comento tem o “caráter de disposição excepcional”: abre-se no recinto da escola pública espaço para o ensino de religião. Quanto à aplicabilidade do preceito, é auto-exeqüível ao comandar ao Estado que insira o ensino religioso nos currículos mínimos do ensino fundamental (o que deve ocorrer independente de lei), mas “a aplicabilidade da norma não é imediata”, pois demanda *regulamentação* “que fixe condições para sua inclusão nos horários normais” (definir “horário normal”, “horas”, “atividades”; espaço, físico e

engenharia, não cabe a alguém, sem formação própria da Igreja Católica Apostólica Romana, pelo Vaticano idealizada, organizar os programas”.

¹¹⁶⁹ FERRAZ, *O ensino religioso*, pp. 19-31. O artigo extraiu-se de parecer elaborado pela autora, no âmbito da FADUSP, a pedido de uma comissão especial constituída pela “Secretaria de Estado dos Negócios da Educação” do Estado de São Paulo.

¹¹⁷⁰ Outra ressalva da investigação diz respeito à identificação, pela autora (FERRAZ, *O ensino religioso*, p. 25), no mesmo preceito constitucional (art. 210, § 1º), da *liberdade do proselitismo religioso e a de ministrar ensinamento religioso*. Tais posições encontram-se bem separadas no (CPJ), tanto para as pessoas físicas (CPJ, 1.1.4.1, proselitismo; e 1.1.6, aprender e ensinar religião) quanto para as igrejas (CPJ, 1.2.2.4, proselitismo; e 1.2.2.3, ensinar a confissão professada). Mesmo porque, e agora debruçado sobre o § 1º do art. 210, do contrário seria difícil justificar (contra expresso preceito constitucional, na proposta da autora) a vedação do proselitismo

curricular, que ocupará; o modo de inserção que observe o princípio da igualdade, sem discriminação; a convivência com o “programa mínimo oficial”, que não poderá “embaraçar ou atrapalhar”; a fiscalização e controle, para que não seja nocivo à ordem pública e à do estabelecimento) – o que em princípio deve ser feito por lei (notadamente a LDB).

De toda sorte, segue a autora, trata-se de direito individual: “não se pode negar ao aluno de ensino fundamental em escola pública o direito ao ensino religioso” (o titular seria o aluno, manifesta sua confissão pelos pais ou responsáveis) – mas não poderia ser exercido contra o Estado (Anna Ferraz não vislumbra, nos deveres do art. 208 da CF 88, o ensino religioso),¹¹⁷¹ que não poderia ser o destinatário passivo da norma já que se não pode imiscuir em matéria religiosa (o Estado não pode ser “compelido a ‘ministrar’ o ensino religioso”). Somente as confissões religiosas poderiam ministrar tal ensino, sendo impossível ao Estado compelir as igrejas neste sentido (daí que não se trata de “direito público subjetivo”). Então, o que pode o aluno exigir do Estado? Tão-somente que assegure que, nos horários normais, o “ensino religioso de qualquer religião possa ser ministrado, desde que solicitado pelo aluno”.¹¹⁷² Também em confluência com Celso Bastos, não há discriminação entre escola pública e privada (que pode ser confessional, mas “não pode constranger à frequência do ensino religioso a quem não o queira cursar”). Afirma, por outro lado, que o ensino religioso “não é matéria curricular comum e obrigatória do ensino fundamental”, apenas “disciplina”. Sendo facultativa, não pode ficar condicionada a qualquer constrangimento.¹¹⁷³

Quanto ao conteúdo, a autora entende que se trata de *ensino de religião*, admissível a boa intenção do constituinte (contribuir para eliminar os conflitos religiosos existentes no mundo), que não vislumbrou, porém, que poderia servir a um *fim perverso*, o de “levar o conflito para as escolas (...) com a dificuldade de se estabelecer, numa escola pública, a ministração de todas as religiões existentes no País e o *modus vivendi* entre elas”. Cabe, segundo Anna Ferraz, à entidade confessional a tarefa de ensino, necessária disciplina infraconstitucional, que deve considerar: (a) em face do princípio da separação, “não caberá

religioso nas escolas públicas (aliás disposição textual legal e norma geral inclusive no direito comparado). Acredita a investigação, frise-se, que é possível ensinar religião sem apelo proselitista.

¹¹⁷¹ A investigação, ao revés, pensa que a garantia de ensino fundamental (art. 208, I, CF 88) engloba, em combinação com o art. 210, *caput*, e § 1º, o ensino religioso.

¹¹⁷² Ao Estado cumpre “abrir espaço físico designando salas de aula e fixar dia e hora e período para que, se solicitado, tal ensino possa ser ministrado pelas confissões religiosas respectivas” (FERRAZ, *O ensino religioso*, p. 37).

¹¹⁷³ FERRAZ, *O ensino religioso*, p. 38. Tais como, v.g., verificação de presença, aferição de resultados, impossibilidade de mudança de opção, exigência de o aluno permanecer em sala de aula. Cita José Afonso da Silva, para quem não pode haver provas que importem reprovação ou aprovação. Reiteram-se as considerações sobre a tendência “opiniática” detectada.

ao Estado fornecer meios materiais para o acompanhamento do ensino (cadernos, livros etc.);¹¹⁷⁴ (b) a necessária compatibilização, para que tal ensino “não seja embaraçado por ninguém, mas também não embarace ninguém”; (c) a necessidade de compatibilizá-lo com as exigências constitucionais da educação e do ensino fundamental; (d) a atuação positiva do Estado, no sentido de abrir efetivamente o espaço e a “viabilização das condições para que o mesmo seja ministrado”; (e) a atuação negativa do Estado, para que não se intrometa em matéria religiosa.¹¹⁷⁵

Ainda na senda de Anna Ferraz, é de ver o problema da remuneração dos professores do ensino religioso. Pontes de Miranda admitia a contratação estatal e a conseqüente remuneração. A autora, contudo, em face da separação Estado/Igreja e do sistema constitucional da educação, considera inviável que o Estado nomeie, contrate e/ou remunere os professores respectivos. Ampara-se na sua leitura de exceção à regra-parâmetro e na ausência de autorização expressa para a “remuneração”. Pensa, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a *colaboração* “não pode ocorrer em campo fundamentalmente religioso, como o da catequese” (ademais, o favorecimento da liberdade de religião de cada aluno não se enquadraria na “colaboração de interesse público”). Daí concluir que “não pode o Estado prestar, diretamente, mediante professores nomeados e a ele vinculados, o ensino religioso”, assim como não pode o Estado contratar professor para tal fim (em particular, como decorrência do art. 206, V, CF 88, o professor como servidor público, ocupante de cargo público, com todas as conseqüências).¹¹⁷⁶ Reitera a autora que não cabe ao Estado fixar conteúdos e regras de aproveitamento ou de freqüência, mas terá que “exercer ao menos a

¹¹⁷⁴ Diversamente, a investigação crê que os incs. I, IV e VII do art. 206 CF 88 autorizam intervenção regulatória das desigualdades individuais, já que se trata, com a peculiaridade da matrícula, do mesmo ensino público – inclusive com eventual alcance de material etc., pena de concepção preconceituosa da educação religiosa (a um passo de afirmar que o transporte escolar, no dia da classe de religião, não poderia ser utilizado pelo aluno).

¹¹⁷⁵ FERRAZ, *O ensino religioso*, p. 40. À investigação, parece que 2ª parte do item (d) – viabilizar condições – conflita com a exigência de inação estatal constante do item (a). Aliás, a possibilidade de efeito perverso, de algum modo, deixa escapar uma pré-compreensão negativa da autora em relação à própria decisão constitucional. É como se Ives Gandra tivesse “levado a sério demais o ensino religioso nas escolas públicas”, ao passo que Anna Ferraz “não levasse a sério o suficiente o ensino religioso nas escolas públicas”. Certo que as premissas (e as condições existenciais e profissionais) de que partem para enfrentar o tema são bem diversas.

¹¹⁷⁶ FERRAZ, *O ensino religioso*, pp. 41-4. Além do fato da disciplina ser facultativa (o que joga contra admissões permanentes), “não existe formação oficialmente qualificada” (nem há previsão de cursos de nível superior para tal modalidade [as faculdades de teologia não são reconhecidas pelo MEC], a inviabilizar “concurso” pelo Estado, que nem teria como estabelecer o “conteúdo” do certame). Não admite que docentes concursados para outras áreas ministrem o ensino religioso – o que estaria impedido pelos princípios da neutralidade e da laicidade. Tampouco aplicável o art. 37, IX, CF 88 (a contratação temporária se chocaria com a permanência do ensino religioso). Em suma, a questão deve ser *resolvida no âmbito das confissões religiosas*. Também não socorre o art. 213 da CF 88, que autoriza recursos públicos para “escolas confessionais”. Nem as associações religiosas poderiam contratar os serviços, mediante *convênios*, pelo que ficou dito e pela “exigência de licitação ou a previsão legal orçamentária”.

fiscalização”, a fim de que o ensino religioso não fira a ordem do estabelecimento ou possa ensejar práticas inadmitidas pela ordem constitucional, bem assim ferir direitos de liberdade ou discriminar – e, “o que é mais importante, a perturbar o ensino fundamental cuja essencialidade e qualidade cumpre ao Estado assegurar”.¹¹⁷⁷

É como se o ensino religioso, pese o preceito constitucional, não fizesse parte do ensino fundamental. Professores do Estado podem, sim, na visão da investigação, ministrar o ensino religioso (o que, de resto, vem ocorrendo no cotidiano escolar), verdade que de modo mais tranqüilo na modalidade interconfessional. Avançar para o ensino confessional, o que se considera perfeitamente possível, exigirá atenção para que não haja envolvimento excessivo do Estado em matéria religiosa e preserve-se (CPJ, 1.2.1.1, direito de autocompreensão e autodefinição das confissões religiosas). Veja-se, *infra*, a questão do “Crucifixo na Baviera”.

A refração de tais questões é perceptível mundo afora. Seleciona-se, pela gama de interconexões e atualidade do tema, a (difícil) *convivência do ambiente escolar* com as manifestações religiosas expressas em vestimentas e insígnias, *o véu e a cruz*, numa síntese simbólica.¹¹⁷⁸ Pode-se iniciar da posição (CPJ, 1.1.3, liberdade de atuação segundo a própria crença), que aponta para a *unidade essencial* entre *crença e conduta religiosa*.¹¹⁷⁹ Em espaço europeu, o princípio de que não deve haver dicotomia entre crença e conduta faz parte da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e vem de ser testado justamente em dois casos em torno da utilização do véu.¹¹⁸⁰ Tanto em *Dahlab v. Switzerland* (2001) quanto em *Leyla Sahin v. Turkey* (29/6/2004) a Corte manifestou-se acerca da utilização de um lenço

¹¹⁷⁷ Trata-se de atuar “limites apropriados” para conciliar os diversos interesses de grupos e individuais. Tais aspectos devem balizar o exercício do poder de polícia pelo poder público – cabe ao Estado “prevenir e reprimir as violações do direito à liberdade de consciência e religião, inclusive nas relações entre pessoas” (FERRAZ, *O ensino religioso*, p. 45). Admite, portanto, a autora, sem o mesmo referencial dogmático, as posições (CPJ, 2.2, deveres de proteção; e 2.3, garantias institucionais).

¹¹⁷⁸ Indicação panorâmica de literatura: DUBOURG-LAVROFF, Sonia. “L’expression des croyances religieuses à l’école en Grande-Bretagne et en France”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 30, pp. 269-92, 1997; *Stati e Confessioni Religiose in Europa Modelli di Finanziamento Pubblico Scuola e Fattore Religioso*. (Atti Dell’incontro Milano-Parma, 20-21 ottobre 1989, Consorzio Europeo Di Ricerca Sui Rapporti Tra Stati e Confessioni Religiose), Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 1992; DURAND-PRINBORGNE, Claude. “Droit administratif comparé et étranger”, in *Revue Française de Droit Administratif*, Janv.-Févr, Paris: Sirey, 1991, p. 56-82.

¹¹⁷⁹ Podem-se lembrar os já citados casos da Suprema Corte norte-americana: de um lado, *Sherbert v. Werner* (1963), em que a Corte afirmou o direito laboral de um Adventista do Sétimo Dia (o auxílio desemprego como reflexo da obrigação de “neutralidade estatal” em face da diversidade religiosa); de outro, *Employment Div., Dep’t of Human Res. of Or. v. Smith* (a respeito da ingestão religiosamente motivada de *peyote* por nativos norte-americanos), em que a Corte endossou a preferência por uma visão religiosamente bloqueada, a permitir a geral aplicação de leis criminais) – *supra*, item 3.2.7.

¹¹⁸⁰ MACHADO, *Freedom*, pp. 488-95. A reafirmação deu-se num caso concernente ao sacrifício de animais – *Jewish Liturgical Assoc. Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France*, 2000 (*infra*). Segue-se a resenha dos casos feita pelo autor.

coabrindo a cabeça (*head scarf*) por uma professora de escola primária em Genebra e por uma mulher islâmica numa Universidade Pública turca, respectivamente. Em si, pode parecer que tais práticas “inocentes” (ou triviais) dificilmente mereceriam, “a priori”, proteção no seio do direito à liberdade religiosa. Todavia, alguns valores constitucionais muito importantes (liberdade, igualdade, tolerância, inclusividade) “parecem militar a favor da liberdade de vestir o lenço, seja um *véu*, uma *bandana* ou um *chador*. Uma *burka*, cobrindo completamente o rosto de uma mulher, provavelmente acresceria questões mais difíceis”.

No caso *Dahlab v. Switzerland*, o TEDH entendeu que a um Estado Democrático é permitido *limitar o direito de vestir um lenço islâmico* se sua utilização for considerada “incompatível com a proteção de direitos e liberdades de outros, da ordem pública e da segurança pública”. O Tribunal, assim, rendeu-se à decisão da Corte Suíça, no sentido de que o lenço produz um *efeito de proselitismo* e que seu porte, ancorado em preceitos corânicos, dificilmente se reconciliaria com o princípio da igualdade de gênero. No caso *Leyla Sahin v. Turkey*, o TEDH, reiterando os mesmos valores, defrontou-se com a questão de saber se a utilização do véu dificulta a proteção dos direitos femininos, assim como o processo de secularização e a tutela das minorias religiosas. As autoridades turcas alegaram, em face da ampla maioria de mulheres islâmicas, que seria muito fácil discriminar àquelas que não usassem o véu – e, o que é mais importante no contexto da história política e religiosa da Turquia, a prática (do véu) tornou-se não somente uma afirmação religiosa, mas também um “poderoso símbolo teológico-político do Islã político”,¹¹⁸¹ um regime político baseado na *Sharia* a ameaçar valores constitucionais básicos (caríssimos à república secular instalada por Mustafá Kemal Atatürk). Tendo em conta tudo isso, o TEDH achou por bem aceder à “margem de apreciação” das autoridades turcas (uma *deferência* ao juízo nacional), aceitando a decisão proibitiva.

Em França, o percurso do véu tem sido turbulento. Tomem-se como marcos o *Aviso do Conselho de Estado* (27/11/1989), que considerou a uso de símbolos religiosos nas escolas públicas francesas compatível com sua natureza secular (*laïcité*) e a *edição da Lei n° 228*, de 15/3/2004, que, num intervalo de cerca de 15 anos, proíbe os estudantes, das mesmas escolas, de vestirem ou portarem ostensivamente símbolos/sinais/insígnias/vestes que manifestem uma filiação religiosa. Merece a pena acompanhar o rico debate.¹¹⁸²

¹¹⁸¹ Que está próximo do conceito da investigação de fundamentalismo militante.

¹¹⁸² Seguem-se, basicamente, os documentos oficiais disponibilizados pelo Estado francês na *web*. Assim: <http://www.legifrance.gouv.fr.>; <http://www.assemblee-nationale.fr.>; <http://www.senat.fr.>, acesso em 28/12/2005.

O Aviso (*l'avis du Conseil d'État* de 1989) operou uma delicada conciliação entre dois princípios potencialmente contraditórios: o *princípio da laicidade do ensino público*, um dos elementos da laicidade do Estado e da neutralidade dos serviços públicos, e o *princípio da liberdade de consciência dos alunos*, concretado no princípio de *liberdade de expressão religiosa* dos alunos.¹¹⁸³ Assim, o Aviso, buscando a síntese jurídica para a tensão, dispôs que, nos estabelecimentos escolares, “*o porte pelos alunos de sinais (signes) pelos quais entendam manifestar sua filiação a uma religião não é, por si, incompatível com o princípio da neutralidade*, na medida em que constituam exercício da liberdade de expressão e de manifestação de crenças religiosas”.¹¹⁸⁴ O Aviso faz uma distinção, ao considerar que se impõe uma “*estrita obrigação de neutralidade*” aos programas de ensino e aos educadores (na tradição da *stricte neutralité* dos agentes públicos – em 10/5/1912, o Conselho de Estado decidiu que o Abade Bouteyre não poderia lecionar história na escola primária, pelo fato de ser religioso), confirmada no Aviso de 03/5/2000 (*Mademoiselle Marteaux*), pelo qual o mesmo Conselho considerou que uma agente de educação nacional manifestar sua crença religiosa, exibindo um símbolo de filiação religiosa, constituía um descumprimento de suas obrigações.

O Aviso *proscreeu*, assim, toda *proibição geral e absoluta*, v.g. do véu, aliás autorizou implicitamente seu uso e, como efeito, de fato, aumentou o número de jovens que passaram a utilizá-lo (reafirmou-se o princípio da liberdade – no caso *Benjamin*, 19/5/1933, o Conselho de Estado, a propósito da liberdade de reunião, consignou: “a liberdade é a regra; a restrição de polícia, a exceção”). As possibilidades de restrição desta forma de expressão revelaram-se casuísticas, inseguras e acabaram por gerar mais conflito no seio da comunidade escolar.¹¹⁸⁵ Entretanto, havia uma série de *critérios limitativos da liberdade de expressão religiosa* dos alunos – quando os símbolos, por sua natureza, pelas condições em que eram

¹¹⁸³ A laicidade do ensino é um valor constitucional consagrado no Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que estabelece a organização do ensino público gratuito e laico como um dever do Estado, e no art. 2 da Constituição Francesa de 1958, ao proclamar a França como uma “República indivisível, laica, democrática e social”, que assegura a igualdade dos cidadãos, na forma da lei, sem distinção de origem, raça ou religião. A liberdade de expressão religiosa dos alunos deriva, no esquema francês, da liberdade de consciência (art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão) e consagrou-se no art. 511-2 do Código de Educação (nos colégios e liceus, os alunos dispõem, em respeito ao pluralismo e ao princípio da neutralidade, da liberdade de informação e da liberdade de expressão, cujo exercício não pode prejudicar as atividades de ensino).

¹¹⁸⁴ “... le port par les élèves de signes par lesquels il entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité...”.

¹¹⁸⁵ O Conselho de Estado considerou ilegais a exclusão de alunas com véu, com base em dispositivos do regimento interno das escolas, que previam a interdição geral e permanente do porte de todos os símbolos religiosos. Na decisão *Kherouaa* (02//1/1992), e.g., gizou-se a obrigação das autoridades administrativas de proceder a um exame criterioso dos fatos, no seu contexto espaço-temporal: “a laicidade não aparece mais como

portados (individual ou coletivamente), ou pela característica ostentatória e reivindicativa: (a) constituíam um “ato de pressão, de provocação, de proselitismo ou de propaganda”; (b) eram utilizados de forma atentatória à dignidade ou à liberdade dos alunos (ou outros membros da comunidade escolar); (c) comprometiam a saúde ou a segurança dos mesmo sujeitos; (d) perturbavam o desenvolvimento das atividades de ensino e o papel educativo dos professores; (e) enfim, turbassem à ordem do estabelecimento ou o normal funcionamento do serviço público.¹¹⁸⁶ Seguiu-se a “Circular Bayrou” (20/9/1994), que se referiu expressamente aos “símbolos religiosos ostentatórios”, que por si próprios (independente do comportamento do aluno) seriam ilícitos – e que recrudesceu os conflitos (interpretada, pela jurisprudência, a expressão como “porte ostentatório”). Não havia, pois, em síntese, como escapar de uma tensa *análise caso a caso*.

A polêmica mobilizou a mídia, incendiou a comunidade escolar e dividiu a opinião pública. O Presidente da República, em 03/7/2003, nomeou uma Comissão, que produziu um relatório com reflexões sobre a aplicação do princípio da laicidade na República (*Commission Stasi*, presidida por Bernard Stasi). O Presidente da República Jacques Chirac, em discurso solene realizado em 17/12/2003, reiterou o papel essencial da laicidade, como instrumento de coesão social numa sociedade caracterizada por uma grande diversidade cultural; apelou para a defesa dos valores republicanos e afirmou que os símbolos que manifestassem ostensivamente uma filiação religiosa não deveriam mais ter lugar na escola. Seguiu projeto de lei (nº 1378) relativo à aplicação do *princípio da laicidade nas escolas, colégios e liceus públicos*. A Assembléia Nacional nomeou uma Comissão (presidida por Pascal Clément), que apresentou o relatório nº 1381 (02/02/2004). A Comissão de Assuntos Culturais do Senado, presidida por Jacques Valade, também apresentou o relatório nº 219 (25/02/2004). Houve, naturalmente, várias audiências públicas, ao longo do mês de fevereiro de 2004 e intenso debate legislativo, até que se votou e aprovou a *Lei nº 228, de 15 de março de 2004*,

um princípio que justifica toda e qualquer proibição de manifestação religiosa. O ensino é laico, não porque seja proibido expressar as diferentes crenças, mas, ao contrário, porque todas são toleradas”.

¹¹⁸⁶ Alguns exemplos em que se validaram as decisões de exclusão: quando os alunos excediam os limites do direito de expressão religiosa (decisão *Ligue Islamique du Nord*, 27/11/96 – também no caso *Aoukili* o comportamento proselitista dos pais, distribuindo panfletos na entrada dos colégios, contribuiu na fundamentação da exclusão); por prejudicar o bom funcionamento das aulas, sendo exigível a utilização de vestes compatíveis com as atividades, notadamente no caso de aulas de educação física e esportiva ou tecnológica (aulas de natação etc. – decisão *Epoux Aït Ahmed*, de 20/10/99); pelo descumprimento das obrigações de assiduidade etc.

*enquadrando, na aplicação do princípio da laicidade, o porte de símbolos ou vestimentas que manifestam uma filiação religiosa nas escolas, colégios e liceus públicos.*¹¹⁸⁷

Substancialmente, estabelece que nas escolas (ensino básico), nos colégios (ensino secundário) e nos liceus (ensino profissionalizante) “é proibido o porte de símbolos/insígnias ou trajes pelos quais os alunos manifestam ostensivamente uma filiação religiosa”. O regimento interno recorda que o “desencadear de um procedimento disciplinar é precedido de um diálogo com o aluno”.¹¹⁸⁸

O legislativo francês considerou, na regulação da matéria, que as equipes educativas estavam desarmadas para enfrentar a situação conflitiva, com o conseqüente esvaziamento dos valores laicos. A Comissão Stasi referiu que a questão, por si, já perturbava a “quietude da vida escolar”, o que ainda foi reforçado pela excessiva exposição midiática. A audiência do sindicato dos educadores deu conta de problemas bem concretos: alunas recorrendo a atestados médicos falsos para serem dispensadas da educação física; contestação do conteúdo curricular, especialmente nas aulas de ciências naturais e de história (surgimento do Islã, eventos no Oriente Médio), recusa de alunas em submeterem-se a controles de identidade ou a exame oral por examinador de sexo masculino etc. Nada obstante, fala-se em “longa reflexão” e num “largo consenso a sublinhar a oportunidade, a urgência e o valor simbólico” da lei. Um dos motes: “Em face das derivas comunitárias, a escola deve estar protegida”. Os anais do debate no Senado dão conta, entretanto, de divergências, e de fundo.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁷ Composta de 4 artigos, a lei insere (art. 1º) um novo dispositivo no Código de Educação (L. 141-5-1); no art. 2º, estabelece seu âmbito de aplicação espacial (considerando os territórios ultramar e outras particularidades); o art. 3º estabelece a vigência a partir do próximo ano escolar (setembro de 2004) e o art. 4º determina uma reavaliação da lei após um ano de vigência.

¹¹⁸⁸ “Art. L. 141-5-1. – *Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d’une procédure disciplinaire est précédée d’un dialogue avec l’élève*”.

¹¹⁸⁹ Tome-se como exemplo a intervenção de Mme. Danielle Bidard-Reydet (03/3/2004), que sinalou o “aspecto redutor do texto”, pelo qual os “princípios fortes e complexos da laicidade reduzem-se a um simples aspecto religioso”, a ocultar a questão social, que é fundamental (as jovens “dissidentes” pertencem às classes sociais mais pobres – miséria, falta de perspectivas). A questão, martelada pela mídia, suscitando fantasmas e medos, “não se beneficiou da serenidade necessária”. Outro aspecto a sublinhar é a “falsa igualdade entre os diferentes símbolos religiosos”, já que as “pequenas cruces, as medalhas religiosas, são facilmente dissimuláveis”; as *kippas*, muito raras na escola pública, nunca representaram real problema – resta o *véu*! É ele que justifica essa lei, cujo objetivo é proibi-lo, na medida em que reflete o “Islã”, que se tornou a segunda religião da França. Até hoje, salvo casos raríssimos de perturbação da ordem pública, quase 95% dos casos foram resolvidos pelo diálogo – o que leva a questionar o fato de se legislar para uma pequena minoria, enquanto a larga maioria muçulmana não acarreta problemas. Quanto à relação entre a dignidade das mulheres e o uso do véu, lembra que as três grandes religiões monoteístas (cristã, judaica e muçulmana) adotam, em maior ou menor grau, uma atitude discriminatória em relação às mulheres. Acredita, assim, que se acabará por reforçar o risco dos comunitarismos, com o desenvolvimento de escolas corânicas. Nota que na Alemanha, na Dinamarca e na Grã-Bretanha o uso do véu é admitido. Na Bélgica, os conflitos são resolvidos localmente. Na Espanha (naquela altura), o uso do véu na escola pública não suscita debate. Neste contexto, “nossa atitude é incompreendida pela

De toda sorte, sob ponto de vista jurídico-dogmático, o endurecimento da lei é claro. O texto consagra o *princípio da interdição*, nas escolas públicas, pelos alunos, de símbolos religiosos *ostensivos*. Reputam-se, agora, *legais proibições gerais e absolutas*, não estando mais os educadores onerados em provar que o porte do símbolo acompanha-se de comportamento ou ato ostentatório (reforço das autoridades educativas). A Exposição de Motivos menciona precisamente o “*véu islâmico, qualquer que seja o nome atribuído, a kippa ou uma cruz de dimensão manifestamente excessiva*” – o porte de símbolos *discretos*, contrário senso, é autorizado. O termo “ostensivo” refere-se ao que se faz sem esconder ou com a intenção de ser notado – uma vontade de exteriorização, de reivindicação pública de filiação religiosa (o símbolo é distinguível e reconhecível imediatamente).¹¹⁹⁰ A vedação vale para todo o período ou lugar em que os alunos estão sob a responsabilidade da escola (passeios escolares, educação física etc.) e atinge inclusive alunos eventualmente maiores de idade. *Excluem-se*, todavia, as *universidades*, em que prevalece o princípio da autonomia (inclusive porque não se trata de ensino obrigatório), bem como os estabelecimentos *privados* de ensino, em homenagem ao seu caráter próprio. Acena-se, antes da sanção (que vai da advertência à exclusão temporária), com a prioridade conferida ao diálogo.¹¹⁹¹ Quanto à aplicação territorial da lei, a vocação é para uma validade no conjunto do território da República (na metrópole e no além-mar), em coerência com o propósito de reafirmar o princípio da laicidade, no reforço da coesão social e nacional.¹¹⁹²

maioria dos países do mundo, e bem compreendida entre os países muçulmanos”. Afirma que a verdadeira reflexão vai no sentido de “adaptarmos nossa laicidade ao mundo complexo em que vivemos”. Segundo ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, pp. 198-9, a Alemanha vem sendo particularmente bem sucedida em acomodar o Islã à liberdade religiosa: o Tribunal Administrativo Federal decidiu que as alunas das escolas elementares seriam dispensadas das aulas de educação física (o vestuário requerido era considerado imodesto pelos pais); as mulheres muçulmanas podem ter a cabeça coberta nas fotos de passaporte; os trabalhadores e estudantes, mediante licença prévia, em geral são autorizados ao descanso em feriados religiosos etc.

¹¹⁹⁰ Interessante gizar que as insígnias políticas, desde a “Circular Jean Zay”, 1º/7/1936, surgida num contexto de forte agitação política, estão proibidas na escola pública (de forma muito mais intensa, abarcando todos os símbolos políticos, inclusive os discretos) – e as equipes educativas consideram o quadro jurídico satisfatório.

¹¹⁹¹ Desde 1994, com o recrudescimento da polémica, há uma estrutura de mediação em nível nacional (mediador de educação nacional para questões ligadas ao uso do véu). Neste estágio, apela-se ao convencimento dos alunos, a laicidade há de se aplicar com um espírito de tolerância, igualdade e abertura.

¹¹⁹² Uma rápida olhada noutros países europeus. Na comunidade francesa da Bélgica há, proporcionalmente, maiores litígios – dois decretos reforçam a neutralidade do ensino (1994) e o princípio da igualdade (1997). Os estabelecimentos escolares, mesmo públicos, são livres para reger as vestimentas no regimento escolar (80% proíbem chapéus ou bonés) – eventuais conflitos em geral resolvem-se consensualmente, mas a partir de fins da década de 1980 alguns casos chegaram aos tribunais (com decisões desfavoráveis aos reclamantes). Uma posição favorável ao uso de símbolos religiosos foi adotada em maio de 2002, sem prejuízo de proibir-se o véu nas aulas de educação física e nas fotografias para a documentação escolar. Na Holanda, também é livre, em linha de princípio, a utilização de símbolos religiosos – alguns incidentes (véus mascarando o rosto) levaram o Ministro da Educação (junho de 2003) a lembrar as prescrições gerais sobre vestimentas. Também na Alemanha o porte de símbolos religiosos é admitido, considerado manifestação da liberdade de crença. O debate focaliza o uso do véu por educadoras: num conflito entre *Ludin* (professora de origem afgã) e o Estado de Baden-Wurtemberg, o

Ao comentar o quadro francês, Jónatas Machado observa que o objetivo da lei de 2004 era proscrever o *foulard islamique*, e, para torná-la menos discriminatória (*to make the targeting less discriminatory*), estabeleceu-se a proibição geral de todos os símbolos religiosos. À vista do amplo apoio popular, difícil não interpretar a lei como reação do secularismo racionalista francês (com raízes no enciclopedismo e no jacobinismo), a materializar o forte sentimento anticlerical e anti-religioso da Revolução Francesa (e o culto público da Razão). O escopo é tornar as instituições públicas, inclusive as educacionais, zonas livres de religião, numa espécie de “ateísmo cívico” (as pessoas devem apresentar-se em público como se Deus não existisse). A lei indigitada, assim, privatiza completamente o fenômeno religioso, num evidente corte entre crença/conduita e apaga importantes traços da identidade religiosa. A liberdade religiosa é permitida se, e apenas se, os símbolos religiosos permanecerem no armário (*remains in the closet*) – a identidade coletiva republicana é considerada mais importante do que a tutela individual (numa conversão forçada à laicidade). A lei superinterpreta o uso de um símbolo religioso como uma forma de proselitismo e doutrinação, na base de uma equação (açulada pela mídia) em que véu é igual a fundamentalismo radical islâmico.¹¹⁹³

Prossegue a crítica de Jónatas, ao asseverar que a *lei não passa num teste de proporcionalidade* (na base da “alternativa menos restritiva”), pois, em vez de identificar e prevenir as situações de uso forçado do véu, escolheu (coercitivamente) proibir todos de usar vestes religiosas. Em face do impacto discriminatório da lei, especialmente na comunidade islâmica (sem que o fundamentalismo islâmico represente efetivo risco para a democracia francesa), é difícil sustentar “estrito interesse estatal” na restrição. Tudo está a indicar (na linha das decisões alemãs e suíças que restringem o uso do véu para as professoras de escolas públicas), que a *animosidade* para com os símbolos religiosos não é unicamente um fenômeno

Tribunal Administrativo Federal confirmou sua exclusão (em nome da neutralidade da escola pública), mas a Corte Constitucional (24/9/2003) estimou que só o legislador pode proibir o uso do véu, levando em conta fatores locais (composição da população, tradições religiosas etc.). Os Ministros de Educação dos *Länder* reuniram-se (10 e 11/10/2003) e sete estados anunciaram disposição de legislar sobre a matéria. Na Dinamarca, a prática é admitida, mas pouco usual. Na Espanha, o uso do véu não vinha suscitando debate. Na Grã-Bretanha, cada diretor de escola é livre para adaptar o regimento em matéria de uniforme – em geral, o véu, a *kippa* e o turbante são autorizados (em 1983, a Câmara dos Lordes deu razão à família de uma criança *sikh*, que se recusava a usar o boné do uniforme em vez do turbante, ao assimilar a proibição de usar turbante à discriminação racial). Por fim, no caso da Turquia (já visto), onde seis a cada dez mulheres usam o véu, a proibição atinge inclusive as universidades, estimando as autoridades que as reivindicações para utilizar a indumentária revestem-se de um ativismo sustentado pelo Islã político.

¹¹⁹³ MACHADO, *Freedom*, pp. 490-1. O TEDH tem sublinhado, várias vezes e em diferentes contextos, que o “papel das autoridades não é remover as causas de tensão com a eliminação do pluralismo, mas assegurar que os grupos em competição tolerem-se reciprocamente”. Numa sociedade plural, espera-se que as escolas reflitam o pluralismo e ensinem, por palavras e atitudes, como conviver respeitosa e com a diferença.

francês. Seria possível, nos últimos casos citados, argumentar que a decisão de usar um véu (ou um crucifixo) abriga-se na liberdade religiosa individual da educadora e não representa um endosso estatal à imposição de um símbolo religioso na escola – tais decisões *pessoais* podem ser distinguidas de decisões *oficiais*, e.g., de colocar um crucifixo em cada sala de aula (Crucifixo na Baviera, *infra*).¹¹⁹⁴ Conclui o autor que o entendimento dominante no debate do véu é uma *resposta exagerada* a um risco especulado de que uma sociedade aberta será derrotada por alguma república teocrática, visto qualquer símbolos religiosos como sinal claro e atual de perigo.¹¹⁹⁵

Talvez seja interessante, ainda que com preocupação de brevidade, menção à decisão da Corte Constitucional Egípcia (18/5/1996) acerca da “batalha do véu” (*bataille du voile*) nas escolas públicas.¹¹⁹⁶ O componente novo, para a discussão, é o art. 2º da Constituição Egípcia, que faz dos princípios da *Sharia* a principal fonte da legislação, vale dizer, um *corpus iuris* composto pelos escritos jurídicos dos juristas muçulmanos (*fuqahâ*) que se reportam ao Islã para legitimar seu trabalho. A argumentação jurídica da Corte, entretanto, aponta, em certa medida, para a autonomia da ordem jurídica secular, ao afirmar seu poder de interpretação do direito islâmico – cuja autoridade formal é reconhecida, a par da reserva, com exclusividade, pela Corte, de sua *substancialização*.

A resenha dos fatos, segundo Kilian Bälz: em 1994, o Ministro da Educação promulgou regulamento sobre uniforme escolar nas escolas públicas. Quanto ao véu, a pedido escrito do tutor, a aluna poderia cobrir seus cabelos, desde que não tapasse o rosto – com isso, o *niqâb* foi banido, permitido apenas o *hijâb*. Várias estudantes, renitentes, foram excluídas da escola por persistirem no uso do *niqâb*. Acirrou-se a polêmica, conhecida na mídia como a “batalha do véu” (*ma’rakat al-hijâb*), acusando-se, pelos jornais, as autoridades de não serem islâmicas e de seguirem uma política de secularização à turca, ou, pior, o modelo laico francês (já então às voltas com o véu). No contexto político, “uma nova forma de véu” vinha sendo

¹¹⁹⁴ MACHADO, *Freedom*, pp. 492-3. Também é problemática a assertiva de que o uso do véu, pela professora, atenta contra os direitos dos pupilos e de seus pais (não há evidência empírica a suportá-la). E o perigo, indaga o autor, de pressão secular contra os estudantes religiosos? Que mensagem retira-se da proibição total de símbolos religiosos na escola? Uma professora com véu atenta contra a neutralidade do Estado? Mas a pluralidade não deflui do corpo docente visto em conjunto, com suas diferenças individuais – fora o incremento do risco de isolamento muçulmano? – p. 494.

¹¹⁹⁵ MACHADO, *Freedom*, p. 495. Um precedente perigoso para a teoria e a prática dos direitos humanos, na linha de retirar da esfera pública o debate de conceitos religiosamente controvertidos (com risco de violar o núcleo da liberdade de consciência e de crença). Alternativa mais plausível seria encorajar um Estado plural em termos religiosos, com igual respeito por pessoas religiosas e não religiosas.

defendida pela oposição islamista (e a nova identidade, para as mulheres, implicava o *niqâb*). A proibição, portanto, era reativa, procurando o governo diminuir a pressão exercida pelos grupos radicais sobre os estudantes e restabelecer sua autoridade. Os pais, com auxílio de juristas islamistas, questionaram a proibição nos tribunais administrativos, até que a Alta Corte Constitucional Egípcia resolveu o litígio, ao afirmar a constitucionalidade do regulamento, reformando decisão da Corte Administrativa de Alexandria (que considerou que a vedação violava o citado art. 2º da Constituição e o art. 46, atinente à liberdade religiosa).¹¹⁹⁷

O inusitado, aos olhos ocidentais, é que o debate egípcio centra-se em saber qual o grau de vinculação de um “poder legislativo terrestre de um Estado muçulmano” aos *princípios do direito islâmico*. Assim, essencial para o deslinde do caso é estabelecer a relação entre a *Sharia* e o direito positivo (*qânûn*) – o que vale para numerosos outros países árabes. O art. 2º foi introduzido em 1971, originalmente como *uma* fonte de legislação, até que uma emenda de 1980 elevou a *Sharia*, que passou a ser *a fonte principal*.¹¹⁹⁸ Para responder à questão controversa (o legislador poderia ter proibido o *niqâb* na escola pública?), a Corte parte do estatuto da mulher no Islã, que não lhe retira autonomia na escolha da vestimenta. Nota, ainda, que o direito islâmico não contém dispositivo “absoluto” sobre a configuração da veste *pubica* que a mulher deve usar – questão controvertida entre os próprios juristas muçulmanos. Daí que, no caso, a *itjihâd* legislativa é autorizada (como interpretação mundana dos versos corânicos imutáveis). Assim, não havendo regra absoluta no direito islâmico sobre “como usar o véu”, é dever e privilégio do legislador regulamentar a vestimenta feminina.¹¹⁹⁹

A Corte, portanto, e embora o mencionado art. 2º da Constituição, é quem, no território do Estado-Nação egípcio, define a interpretação legal do direito islâmico que está autorizada. No que tange à liberdade religiosa, é de referir que, na tradição islâmica, somente

¹¹⁹⁶ BÄLZ, Kilian. “La reconstruction séculière du droit islamique: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la ‘bataille du voile’ dans les écoles publiques”, *Droit et Société*, Paris, n° 39, pp. 277-91, 1998, pp. 277-9 (citado *La reconstruction*).

¹¹⁹⁷ Dispõe o art. 2º: “O Islã é a religião do Estado (...) e os princípios da *Sharia* islâmica constituem a fonte principal da legislação”.

¹¹⁹⁸ Vale lembrar que a *Sharia* não é um diploma promulgado, mas direito construído por juristas: o *corpus iuris* do direito islâmico (*fiqh*) é composto dos escritos jurídicos dos juristas islâmicos (*fuqahâ*’), que se legitimam nos textos do Corão. Há três teorias para dar conta das relações entre a *Sharia* e a legislação comum (BÄLZ, *La reconstruction*, pp. 280-3). Para detalhes do controle constitucional do caráter islâmico das leis, vide pp. 282-5.

¹¹⁹⁹ BÄLZ, *La reconstruction*, pp. 286-7. O pluralismo interpretativo e a distinção casuística sempre constituíram um método utilizado pelos juristas muçulmanos para alargar o campo da *itjihâd* no escopo de adaptar o corpo do direito islâmico às mutações das condições socioeconômicas.

as religiões do livro (o que acresce o judaísmo e o cristianismo) são constitucionalmente protegidas – e a apostasia do Islã não pertence ao âmbito da liberdade religiosa. A unidade entre crença e conduta é reconhecida, com distinção nos limites (já que a prática religiosa não pode prejudicar a ordem pública, os bons costumes e os direitos e liberdades dos outros). A Corte invocou, ainda, o art. 18 da Constituição Egípcia (dever do Estado de garantir e supervisionar a educação) – incluindo, nesse direito regulatório, a possibilidade de impor, por razões educativas, um uniforme escolar único. Em suma, a vedação foi considerada uma forma autorizada de *ijtihad*.¹²⁰⁰

Referiu-se a questão do *crucifixo em sala de aula* (Crucifixo na Baviera), sendo imperiosa breve menção a uma das mais polêmicas decisões do Tribunal Constitucional Alemão (Sentença 93, 11 – 16/5/1995),¹²⁰¹ que considerou o Regulamento Escolar para as Escolas Públicas da Baviera nulo, por incompatível com a liberdade de crença: “*Colocar uma cruz ou crucifixo numa sala de aula de uma escola estatal, que não tem o caráter confessional, viola o art. 4º, nº 1, da Lei Fundamental*”.¹²⁰² Questionava-se o § 13, nº 1, frase 3, do citado regulamento (de 21/6/1983), que comandava que se colocasse, em cada sala de aula das escolas públicas, uma cruz. O TCA começa por estabelecer o conteúdo da liberdade de crença tutelada pelo art. 4º, 1, da LF: a decisão de estar contra ou a favor de uma crença é assunto do indivíduo, não do Estado, a quem não está permitido nem prescrever nem proibir um credo ou religião; nesta liberdade, contém-se a liberdade de viver e atuar de acordo com as próprias crenças, bem como, no aspecto negativo, a liberdade de apartar-se das atividades de um credo do qual não se compartilha – relaciona-se, ademais, com os símbolos que representam um credo ou uma religião. O art. 4º, 1, LF, permite ao indivíduo estabelecer que símbolos religiosos reconhece e venera, e quais rechaça.

Há que diferenciar a possibilidade que tem o Estado de propiciar um espaço em que o indivíduo não se submeta à influência de determinada crença, das *atividades através das quais o mesmo Estado manifesta-se e dos símbolos que o representam*.¹²⁰³ O citado art. 4º, 1,

¹²⁰⁰ BÄLZ, *La reconstruction*, pp. 288-9, nota que é a ordem jurídica secular que determina a leitura do direito islâmico que é reconhecida pela ordem jurídica islâmica – e não o inverso. Ao cabo, o autor propõe uma reconstrução laica do direito islâmico (289-91).

¹²⁰¹ Isensee, citado por ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 200, afirma que a sentença desencadeou “a reação mais negativa a uma decisão judicial na história da República Federal e a única instância de claro e aberto desafio a uma sentença do Tribunal Constitucional Federal”.

¹²⁰² SCHWABE, *Cincuenta años*, pp. 118-25. A decisão da 1ª Sala do TCA (1 BvR 1078/91) foi tomada por maioria de votos (vencidos três magistrados). A resenha segue a obra citada.

¹²⁰³ Vale dizer, assegurar a liberdade religiosa em espaços providos pelo Estado é diferente daqueles âmbitos em que se admite o critério da organização social. Nos primeiros, incide o art. 136, 2 e 4 (o espaço civil é

LF, em princípio, não confere ao indivíduo ou às igrejas o direito de expressar suas convicções *com o apoio do Estado* (que deve assegurar um espaço em que se possa desenvolver a personalidade no campo ideológico-religioso, e proteger indivíduos e comunidades das intervenções e obstáculos de membros de outros credos com os quais compitam). Do dispositivo, em vez disso, deriva o *princípio da neutralidade estatal em matéria religiosa*, já que não se permite, ao Estado, periclitarem a paz religiosa da sociedade – o que *não depende do número de membros ou da relevância social da confissão*, pois a atuação estatal orienta-se pelo princípio da *igualdade* (o que vale mesmo para a *colaboração* ou *promoção*, que se não pode pautar por qualquer *identificação*). Conecta-se, ainda, o referido art. 4º, 1, LF, com o art. 6, 2, frase 1, LF (direito natural dos pais de cuidar e educar seus filhos nos aspectos ideológicos e religiosos) – é assunto dos pais transmitir aos filhos as convicções religiosas que consideram correta e mantê-los afastados das convicções que lhes pareçam falsas ou prejudiciais.

Pois é esse direito fundamental complexo que está limitado pelo § 13 inquinado, ao comandar a colocação das cruzes (com ou sem corpo), que foi sustentado, como lícito, pelo Tribunal Administrativo. A situação conduz o estudante, durante as aulas, a ser confrontado, pelo Estado, com esse símbolo, *sem poder apartar-se* (vê-se obrigado a aprender “sob a cruz”) – o que difere do fato de defrontar-se, na vida diária, com símbolos religiosos de diversas orientações (em face da expansão das diferentes crenças). Certo que o indivíduo não pode evitar encontrar tais símbolos nas ruas, no transporte público ou ao entrar em edifícios, o que se dá em geral de modo passageiro e nunca de forma compulsória (sancionável em caso de descumprimento). Devido à duração e à intensidade, o *efeito* das cruzes em salas de aula é maior do que o produzido por aquelas que se encontram nas salas dos tribunais (e nas quais o TCA já vislumbrou uma intromissão no credo de um judeu que participava de um processo e que divisava uma identificação estatal com o credo cristão).

A cruz é o símbolo de uma dada crença religiosa e não só a expressão da cultura ocidental, de influência cristã. Indubitável que, durante séculos, as tradições cristãs sedimentaram fundamentos culturais gerais da sociedade, mas é possível *separar tal herança dos conteúdos específicos da religião cristã* ou de uma sua confissão (a incluir os atuais ritos e representações simbólicas) – uma confissão estatal com tais conteúdos, que submeta também a terceiros que entrem em contato com o Estado, afeta a liberdade religiosa. De fato,

independente da crença religiosa; ninguém pode ser obrigado a participar de exercícios religiosos), da Constituição de Weimar, pela cláusula de envio do art. 140 da LF.

a cruz é o símbolo específico da cristandade, de conteúdo teológico determinado (a libertação do homem do pecado original, a vitória de Cristo sobre o demônio e a morte) e objeto de adoração e devoção de crentes. Fixá-la num edifício ou numa sala, até agora, interpreta-se como um reconhecimento espiritual de pertença ao credo cristão – com significado obviamente *diverso para ateus e não cristãos* (símbolo de cruzadas e difusão por missões). Vê-la, como pretende a sentença impugnada, como simples expressão da tradição ocidental, seria profaná-la como símbolo da cristandade.

Tampouco se pode negar a influência exercida pela cruz nos alunos, como faz a sentença atacada. Se fixá-la não constrange a identificar-se com seu credo, nem influencia as matérias profanas que são ministradas no respectivo espaço, é preciso considerar outros possíveis efeitos. A educação escolar não serve apenas para instruir nas técnicas básicas da cultura e para desenvolver as capacidades cognitivas, mas também para *promover as capacidades afetivas e emocionais dos estudantes*. Neste contexto, a cruz na sala de aula tem um caráter *apelativo* e sinaliza, como paradigma digno de seguir, o conteúdo religioso que simboliza, mormente no caso de pessoas que, em função da idade, ainda estão formando a personalidade e a consciência (especialmente suscetíveis a influências). A sentença contestada não nega por completo tal caráter apelativo, mas sim que tal fato tenha um significado especificamente cristão para os alunos de outros credos. Todavia, os estudantes cristão vêem nela uma expressão essencial de suas convicções religiosas.

Lembra o Tribunal que a liberdade religiosa garante-se *sem reserva* alguma, o que *não significa que não seja passível de restrições*, que devem ocorrer, contudo, no mesmo quadro constitucional – não pode o legislador estabelecer restrições que desbordem da Constituição, e tais motivos constitucionais, que justificariam uma intervenção legislativa, não existem no caso. Não socorre o art. 7º, 1, LF (que prevê uma obrigação estatal, de *fiscalizar* o ensino). Certo que, além de organizar a educação e criar escolas, o Estado pode estabelecer objetivos educacionais, isto independente dos pais – o que pode conflitar com a educação familiar e religiosa (na verdade, é inevitável que as diferentes convicções religiosas e ideológicas dos estudantes e seus pais enfrentem-se intensa e especialmente na escola). Um tal conflito – entre diferentes titulares de um direito fundamental garantido sem reservas, assim como entre tal direito e outros bens constitucionalmente tutelados – soluciona-se na esteira do princípio da *concordância prática*, a exigir que não se prefira uma das posições em tensão e que se adote, como máxima, que todas se tratem dentro do maior equilíbrio.

Este *equilíbrio* não exige, do Estado, que renuncie a qualquer relação ideológico-religiosa, já que não pode abandonar os critérios e convicções, enraizados historicamente e transmitidos culturalmente, nos quais se baseiam as relações sociais e dos quais depende o cumprimento de suas próprias tarefas. A herança cristã, e da Igreja Cristã, hoje como antes, conserva grande poder de influência – mas suas respectivas tradições, experiências e modelos de conduta não podem ser igualmente válidas para o Estado, o que se aplica especialmente para as escolas, em que os fundamentos culturais da sociedade notadamente conservam-se e renovam-se. Ainda, o Estado, que obriga os pais a enviar os filhos às escolas, deve levar em conta a liberdade religiosa dos genitores que desejam uma educação de forte influência religiosa (o art. 7º, 3, LF, aceita escolas estatais confessionais, em que o ensino religioso é matéria ordinária). Entretanto, é impossível numa sociedade plural levar em conta, por completo, na estruturação da escola pública obrigatória, todas as visões educativas, o que seria particularmente problemático, na dimensão positiva e negativa da liberdade religiosa, de desenvolver-se numa mesma instituição estatal – daí que não se possa invocar de forma ilimitada o art. 4º, 1, LF.

Para resolver a inevitável *tensão entre liberdade religiosa positiva e negativa*, convoca-se o mandato de *tolerância*, devendo o legislador buscar um compromisso razoável (considerando, no caso, tanto o art. 4º quanto o art. 7º, em conjunto e ao interpretá-los comparativamente, à vista da concordância de ambos bens jurídicos igualmente tutelados). O TCA concluiu que ao legislador não se proíbe introduzir, ao regular as escolas públicas, aspectos cristãos, ao argumento de que pais (obrigados a enviar os filhos) podem não querer uma educação religiosa. Todavia, o pressuposto é de que tal situação apresente o mínimo indispensável de elementos coercitivos – o que veda adote a escola uma visão missionária ou exija adesão aos conteúdos do credo cristão. Repita-se: a *aceitação da cristandade liga-se ao reconhecimento dos fatores culturais e formativos, não às crenças religiosas* (à cristandade, como fator cultural, pertence também às idéias de tolerância, o que não leva à desvalorização discriminatória de outras crenças). Assim, mesmo aceitando a constitucionalidade das escolas da comunidade cristã (Constituição Bávara, art. 135, 2, em interpretação conforme – tendo ressaltado que escolas simultâneas, de caráter cristão, não são biconfessionais), a *colocação de cruzes nas salas de aula ultrapassa os limites estabelecidos para as orientações ideológico-religiosas das escolas*. Sua colocação em escolas públicas obrigatórias é incompatível com o art. 4º, 1, LF, na medida em que não se trata de escolas com orientação cristã.

A colocação das cruzes tampouco se justifica com base na *liberdade religiosa positiva* dos pais e alunos com convicções cristãs, inclusive porque a mesma liberdade positiva socorre aos pais e alunos de outras crenças não-cristãs – o *conflito não se pode resolver com base no princípio da maioria, pois o direito fundamental à liberdade religiosa protege de maneira especial as minorias*. Repara o TCA que, na medida em que a escola, de acordo com a Constituição, deixa espaço para o ensino religioso, à oração e outras atividades religiosas, estas devem orientar-se pelo princípio da *autonomia*, deixando às outras crenças a possibilidade de apartar-se, de forma razoável e não discriminatória –¹²⁰⁴ o que é inviável no caso das cruzes. Também a concordância prática seria violada, ao desconsiderar-se completamente o sentimento de outras crenças, para que os estudantes cristãos pudessem aprender, também sob a cruz (além da classe de religião e dos momentos de livre devoção), as matérias profanas.

Um último ponto, neste tópico, a ser referido, é a disputa, nas escolas norte-americanas, pelos conteúdos das aulas de ciências. De fato, a questão de fundo é muito mais ampla, como nota Jónatas Machado. Trata-se da tendência geral (da modernidade racionalista, de correntes naturalistas e positivistas) de definir religião como um mero conjunto subjetivo e emocional de crenças orientadas por valores, relegando todas as proposições objetivas e factuais sobre a natureza e a história do mundo à ciência. A noção foi popularizada, e.g., pelo paleontologista de Harvard Stephen Jay Gould: religião e ciência são duas áreas que não se comunicam (NOMA, *non-overlapping magisteria*).¹²⁰⁵ A “doutrina NOMA” acarreta o perigo inerente de provocar perseguição religiosa, discriminação e marginalização – na medida em que privatiza e internaliza o fenômeno religioso, ao preconizar que se remova da esfera pública os argumentos religiosos acerca da origem, da natureza e do sentido da realidade. O autor sustenta que a Suprema Corte norte-americana, no caso *Edwards v. Aguillard* (1987), caiu nesta armadilha (“the NOMA trap”). Ao enquadrar o debate sobre as *origens* numa

¹²⁰⁴ ADRAGÃO, *A liberdade religiosa*, p. 198, refere, como contribuição da magistratura constitucional federal alemã, a valorização da vertente positiva da liberdade religiosa. A oração em comum nas escolas públicas foi autorizada por decisão de 1979, que sinalava que o Estado devia ponderar entre a liberdade afirmativa de culto (permissão da oração na escola) com a liberdade confessional negativa de outros pais, que se opunham – e o resultado deve garantir que a participação seja voluntária para alunos e professores (proibir seria violar a liberdade de rezar das crianças dispostas). A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, várias vezes, rejeitou “argumentos que usariam a cláusula constitucional do livre exercício para apoiar certos direitos religiosos positivos, para além da mera liberdade religiosa negativa”.

¹²⁰⁵ MACHADO, *Freedom*, p. 480.

dicotomia moderna que opõe “fé” e “razão” (ou fatos e valorações), a Corte esqueceu que a fé pode ser racional e que a razão baseia-se em pressupostos fideísticos indemonstráveis.¹²⁰⁶

Assim, na avaliação de Jónatas, a Corte abordou a questão com uma certa “ingênuo racionalidade”, impedindo que as escolas públicas abrissem um fórum público entre perspectivas naturalistas e não-naturalistas (na contramão da tradição liberal). Falhando no dever de neutralidade, a Corte tomou partido da versão secular (científico-naturalística) e afastou a exploração do modelo evolutivo do desenho inteligente (*intelligent design*), no que o autor considera discriminação religiosa – giza que o debate das origens não se ancora apenas em observação e dados empíricos mas também na interpretação de dados observados de acordo com premissa indemonstráveis, muitas das quais inerentemente filosóficas e religiosas. Assim, no atual estágio do debate, é considerado totalmente apropriado ensinar que a evidência da evolução revela um universo sem design – é totalmente proibido, entretanto, tentar demonstrar o oposto (que a evidência do design revela um universo sem evolução), e isso meramente em função de restrições epistêmicas. Um enfrentamento mais pluralístico, pela escola pública, da polêmica seria, na visão do autor, viável, ao acomodar o ressurgimento religioso (pós-secularismo) com os imperativos constitucionais de liberdade de consciência e religião, livre debate público e abrangente liberdade acadêmica.¹²⁰⁷

No ar, um *revival* do “Processo dos macacos”, agora de vetor inverso?¹²⁰⁸

¹²⁰⁶ MACHADO, *Freedom*, p. 481. Crenças naturalistas e materialistas formaram o moderno entendimento acerca das “origens da ciência”, descartando a Corte, sem qualquer reflexão, a possibilidade de que a crença religiosa num Criador sobrenatural pode transforma-se em assertivas objetivas, razoáveis e testáveis empiricamente. No mínimo, segundo o autor, a Corte deveria questionar a diferença entre promessa e realização (“promise versus performance”), na ciência, no que tange às origens do universo e da vida.

¹²⁰⁷ MACHADO, *Freedom*, pp. 482-5. No citado caso *Edwards v. Aguillard*, a Corte consignou que ensinar uma variedade de teorias científicas sobre a origem das espécies é válido no quadro de um claro propósito secular, cientificamente embasado – e derrubou uma Lei da Louisiana conhecida como “Creationism Act”, que pretendia evitar que se ensinasse o evolucionismo, a menos que acompanhado de instrução sobre “creation science”. A Corte vislumbrou, na propalada igualdade da lei estadual, uma tentativa legislativa de avançar um ponto de vista religioso sobre o Criador sobrenatural, a violar a *Establishment Clause* (notas 121 e 125). Para uma crítica de cunho mais técnico sobre o evolucionismo (o *gap* de um fóssil do período cambriano e suas diversas interpretações para cientistas evolucionistas e criacionistas), vide nota 126 (debate entre Richard Dawkins e Stephen Jay Gould).

¹²⁰⁸ *Supra*, item 2.1.4. A questão continua na ordem do dia. Dover (Pensilvânia), com seus 1.814 habitantes, foi notícia nos grandes jornais norte-americanos em 18/10/2005, quando teve início o “juízo sobre a grade curricular de uma escola pública local que decidiu dedicar parte das aulas de biologia ao estudo” da teoria do *intelligent design* (*Superinteressante*, edição 220, 07/12/2005, p. 62). Aliás, a manchete de capa da revista citada dá conta da polêmica: Deus existe? Será que a ciência tem a resposta? Refere (p. 63), que a teoria criacionista já desembarcou nos colégios públicos do Rio de Janeiro, “por enquanto apenas nas aulas de religião (em 2002, uma lei proposta pelo governador Anthony Garotinho incluiu a disciplina ‘religião confessional’ no currículo

4.4.2 Sacrifício de animais

A questão a seguir controversa merece uma que outra referência doutrinária, na literatura sobre liberdade religiosa (há menções, também, em comentários acerca do direito ambiental). Manoel J. Silva Neto enquadra, no âmbito da liberdade de culto, o *sacrifício de animais nas liturgias do Candomblé e Umbanda* como “liberdade de sacrifício de animais no ritual”. Ao convocar o art. 5º, VI, parte final, CF 88, remarca a “eficácia relativa restringível do dispositivo”, desde sua vigência produzindo todos os efeitos (assemelhado aos preceitos dotados de eficácia plena), mas que pode “vir a ter a sua amplitude encurtada pela atuação judicial ou legislativa”; no caso em tela, em face da redação, somente por “lei em sentido formal limitativa do direito”. Impositivo, então, “percorrer o sistema normativo” e verificar se existe ou não “regra limitativa do sacrifício de animais”. A resposta do autor é positiva (e simples), apontando o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. Assim, uma vez ocorrido o sacrifício de animais, “não há como se desvencilhar do fato típico”.¹²⁰⁹

Aldir Soriano também discorre sobre o tema, sob o título “imolação de animais em rituais religiosos”, como um dos *conflitos entre a liberdade religiosa e o direito ambiental* (o outro, de que trata, é a poluição sonora). Inicia com apontamento histórico, a mostrar que a imolação foi prática usual em várias religiões (incas e astecas, no seu exemplo), subsistindo atualmente a prática sacrificial em algumas religiões, sobretudo tendo a “vida animal como oferenda”.¹²¹⁰ Coloca-se a disjuntiva, diante da colisão dos dois direitos: os religiosos teriam direito a sacrificar, ritualmente, a vida de animais, “como manifestação exterior de suas crenças”? Ou prevalece a restrição do direito ambiental, em “nome da proteção dos animais”? Sinala o autor que, numa visão biocêntrica, em que o homem não ocupa o centro, a colisão acentua-se, apresentando-se o direito dos animais como intrínseco (não funcionalizado à cultura humana). Já na visão antropocêntrica (do direito ambiental), o sacrifício admitir-se-ia em nome da *cultura popular*, entendido como algo não necessariamente cruel (aferição cultural do sofrimento animal, que não seria um fenômeno meramente físico e/ou psicológico) – num quadro similar ao utilizado para avaliar a “farra do boi”, os “rodeios”: o sacrifício de

escolar). E a atual governadora do estado, a presbiteriana Rosinha Matheus (mulher de Garotinho), afirmou recentemente ao jornal *O Globo* que não acredita nas teses darwinianas”.

¹²⁰⁹ SILVA NETO, *A proteção constitucional*, pp. 120-1. O fato típico é “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”. Quanto à possibilidade do termo *crueldade* caracterizar-se por “fortíssimo componente ambíguo” (e não o reconheceriam os adeptos dos segmentos religiosos afro-brasileiros), seria a “sociedade de uma forma geral” que faria a avaliação, com o exame da situação pelo juiz.

¹²¹⁰ SORIANO, *Liberdade religiosa*, p. 125. Encontra-se tal prática no hinduísmo, no islamismo e nas religiões afro-brasileiras.

animais “não violaria o direito ambiental”; sequer “haveria colisão de direitos. Prevaleceria (sic) a preservação da cultura, em detrimento do direito dos animais”.¹²¹¹

No direito comparado, pode-se lançar mão do art. 26 da Lei de Liberdade Religiosa portuguesa (inserido no Capítulo III – direitos coletivos de liberdade religiosa), ao dispor que o “abate religioso de animais deve respeitar as disposições legais aplicáveis em matéria de proteção dos animais”. Entretanto, o TCA, ao ponderar caso concreto, decidiu pela *prevalência do componente religioso*. Tratava-se da atividade de um açougueiro, não alemão, de credo muçulmano, cujo procedimento de sacrificar os animais sem aturdi-los (insensibilizá-los) previamente – descumprindo, assim, dispositivos da Lei Alemã para Proteção dos Animais (para possibilitar a seus clientes, de acordo com suas convicções religiosas, que desfrutassem de carne de animais sacrificados) – foi interpretado conforme os arts. 2, 1 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade) e 4, 1 e 2 (liberdade de crença e de culto religiosos), ambos da Lei Fundamental, de modo que pudesse obter uma autorização excepcional para a degola sacrificial.¹²¹²

A Corte considerou que a degola, para o recorrente, não era só um meio de vender e prover de carne seus clientes muçulmanos, mas também para si próprio. Indubitável, ademais, ser “uma atitude fundamentalmente religiosa, que inclui os crentes sunitas muçulmanos e os obriga a sacrificar os animais como ordenam as regras da sua religião”. Ainda que a degola, em si, não se entendesse como ato de exercício de uma religião, é de levar em conta a proteção da liberdade de exercício profissional, fortalecida, no caso, pela liberdade contida no direito fundamental à liberdade religiosa. Tal posição, no marco constitucional, pressupõe, do ponto de vista material, a proteção do princípio da *proporcionalidade* e, neste quadro, o

¹²¹¹ SORIANO, *Liberdade religiosa*, pp. 125-6. O autor, que *não se posiciona*, cita Celso A. P. Fiorillo e Marcelo A. Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, p. 330.

¹²¹² Sentença 104, 337 (1ª Sala, 15/01/2002), cf. SCHWABE, *Cincuenta Años*, pp. 125-131. Tratava-se de um cidadão turco, muçulmano sunita fervoroso, que vivia desde os 20 anos na Alemanha e administrava um açougue em Essen. Para abastecer seus clientes muçulmanos, até o início de setembro de 1995 contava com uma “autorização excepcional” (prevista na citada legislação protetiva dos animais – o § 4º a (2) 2 autoriza a degola sem prévio aturdimiento, somente em face de “necessidade dos membros de uma determinada comunidade religiosa”, cujas disposições obrigatórias prescrevem o degolamento ou que não proibem o desfrute de carne de animais degolados). Os sacrifícios eram fiscalizados por veterinário e, depois da data indicada, as sucessivas solicitações de renovação da autorização foram negadas. Lembre-se, ainda (*supra*, item 3.2.3), que o princípio de que não deve haver dicotomia entre crença e conduta é componente estrutural da liberdade religiosa da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Foi reconhecido no caso *Jewish Liturgical Assoc. Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (2000) – tratava-se do acesso, pleiteado por uma comunidade judaica ultra-ortodoxa, aos matadouros em França, a fim de assegurar o respectivo direito de comer *glatt* (carne *Kosher*), embora, no fim das contas, a Corte não tenha vislumbrado violação atual ao direito à liberdade religiosa (MACHADO, *Freedom*, p. 488).

respeito à liberdade religiosa. A finalidade da lei de proteção aos animais, por outro lado, é garantir seu bem estar, com base na responsabilidade que têm os seres humanos pelos animais, considerados como seus *semelhantes*. A ninguém é permitido, “submeter um animal, sem motivo justo, a dor, sofrimento ou dano”. Daí a legitimidade dos objetivos da regulação ambiental.¹²¹³ Em concreto, a intervenção no direito fundamental ao livre exercício profissional do açougueiro muçulmano é grave (sem a exceção, os crentes muçulmanos não poderiam exercer tal profissão na Alemanha), e uma completa reorientação profissional significaria que o açougueiro deveria “buscar um novo modo de subsistência” – sendo que a proibição também afetaria seus clientes (o consumo de carne importada não pareceu alternativa viável, mesmo pela incerteza da obediência sacrificial no lugar de origem). De outro lado, contrapõe-se que a proteção aos animais representa um proeminente interesse da comunidade, avaliado pelo legislador, que permitiu exceções.

O regramento ambiental, de forma equilibrada, leva em conta tanto os direitos fundamentais dos afetados (açougueiro e clientes) quanto os objetivos de proteção ética dos animais. A lei, considerando as crenças judaicas e islâmicas, *autoriza excepcionalmente a degola por motivos religiosos*, com o que abre uma “via que permite a crítica pública às degolas sem aturdimento, motivadas religiosamente, especialmente na forma de degolas caseiras ou privadas”. Pode-se, assim, analisar por meio de quais disposições adicionais assegura-se a evitação possível de dor e sofrimento. Protegem-se os direitos fundamentais dos judeus e muçulmanos, sem suspender os princípios e obrigações de proteção aos animais. Já o Tribunal Administrativo Federal entendeu as circunstâncias fáticas diversamente, ao argumento que o islã sunita (e em geral) “não proíbe taxativamente o consumo de carne de animal que não tenha sido degolado” – a exceção regradada exigiria, mais que a crença subjetiva de uma comunidade dada, “a determinação objetiva das disposições coercitivas de uma comunidade religiosa”. Interpretação que, segundo o TCA, “não satisfaz o alcance do direito fundamental consagrado” – acarretaria aos afetados um ônus inconveniente e levaria em conta só os interesses de tutela dos animais. A corte entende como comunidades religiosas “também

¹²¹³ Neste diapasão, as normas da Lei de Proteção foram aprovadas no crivo dos requisitos da proporcionalidade, ao vincularem, de maneira adequada e necessária, a degola de animais de sangue quente aos princípios protetivos orientados sobre bases éticas (prévio aturdimento do animal). E o legislador, dentro de seu espaço de conformação, não desconsiderou as necessidades de comunidades religiosas (que proíbem o consumo de carne de animais que não tenham sido degolados), daí a possibilidade de exceções. Quanto ao Islã, segundo o Conselho Central dos Muçulmanos na Alemanha (audiência pública em 06/11/2001), recomenda evitar, quanto possível, dar morte aos animais; sendo o caso, deve ocorrer da forma mais rápida, limitando-se o sofrimento do animal e evitando todo tipo de tormento.

os agrupamentos no interior do Islã, cuja orientação religiosa diferencia-se das demais comunidades islâmicas”.¹²¹⁴

Se o açougueiro consegue provar que sua convicção religiosa pressupõe o consumo de carne de animal que não tenha sido aturdido, o Estado, que “não pode deixar de levar em conta a idéia que de si mesmo tem uma comunidade religiosa”, tem que valorar as respectivas convicções. A autorização, então, se impõe e não invalida eventuais disposições adicionais e de fiscalização (da clientela específica e da idoneidade pessoal do solicitante, por exemplo, e da própria perícia na degola), de modo que o “interesse de proteger os animais garanta-se o mais amplamente possível”.¹²¹⁵

Roxin repara, da banda penal, que o tipo de “maus tratos a animais”, cujo escopo legal é “a proteção da vida e o bem-estar do animal”, não protege uma mera *concepção moral*, já que o legislador, numa “espécie de solidariedade entre as criaturas”, também considera os animais superiores nossos semelhantes, como “irmãos distintos” e os protege como tais. Assim, a proteção da convivência humana inclui também, com diferentes atenuações, a vida humana em formação e a “vida dos animais superiores. Seu sentimento de dor equipara-se, num certo grau, ao do homem”.¹²¹⁶

No Rio Grande do Sul, em virtude da edição de *Código Estadual de Proteção aos Animais*, controverteu-se a questão, no que pode ser considerado um *leading case*. A Lei Estadual nº 11.915, de 21/5/2003, na tutela dos animais, visa a “compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental”. Em seu art. 2º, estabeleceu as vedações gerais, proibindo condutas ofensivas ao bem jurídico tutelado.¹²¹⁷ No art. 16, tratou do abate de animais.¹²¹⁸

¹²¹⁴ As autoridades administrativas e, em caso de controvérsia, os tribunais, devem verificar as “disposições obrigatórias”, no caso da religião, à luz das diferentes opiniões que se sustentam sobre a degola, como ocorre no Islã, “mas que não correspondem necessariamente ao Islã como um todo, ou as orientações sunitas ou não sunitas desta religião”, ou seja, deve-se analisar uma “comunidade religiosa concreta, existente no interior de uma orientação religiosa”.

¹²¹⁵ Em conclusão, as decisões administrativas e judiciais violaram o direito fundamental do açougueiro, pois deveriam ter reconhecido a necessidade e a possibilidade de interpretar conforme a Constituição a norma ambiental – por conseguinte, ao aplicarem as regras de exceção à proibição da degola, geraram uma “restrição desproporcional do citado direito fundamental”.

¹²¹⁶ ROXIN, *Derecho penal*, p. 59. Adiante (p. 301), refere que o tipo castiga “matar um animal vertebrado sem motivo razoável”, um elemento de valoração global do fato, pelo qual “todos os motivos razoáveis excluem o tipo”, inclusive as causas de justificação gerais.

¹²¹⁷ Destacam-se os incisos que podem interessar: I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; (...) IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para

Seguiu-se acirrada polêmica, com amplo noticiário nos meios de comunicação social, alegando as *comunidades religiosas afro-brasileiras* que estavam sendo *discriminadas* ou *constrangidas*, em face do sacrifício ritual de animais, ameaçadas pelo poder de polícia e temerosas de sanção penal. Dicotomizaram-se as posições, de um lado os “ambientalistas” (ao menos, algumas correntes e setores) e, de outro, os “religiosos”, representados por associações e movimentos, aos quais se somaram ativistas do movimento negro; os primeiros, pugnavam pela aplicação estrita do Código de Proteção aos Animais; os segundos, pretendiam ressaltar que suas práticas religiosas continuavam lícitas. Neste contexto, adveio a Lei Estadual nº 12.131, de 22/7/2004, que acrescentou parágrafo único ao citado artigo 2º da Lei nº 11.915/2003 (Código Estadual de Proteção aos Animais). Literalmente: “*Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana*”.¹²¹⁹

Ao entendimento de que a Lei Estadual nº 12.131/2004, era formal e materialmente inconstitucional, por ter tratado, indevidamente, de matéria penal (competência legislativa privativa da União); e ter desrespeitado o princípio isonômico, ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 22/10/2004, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹²²⁰ No primeiro caso, alega-se que o art. 32 da Lei nº 9.605/98 (Lei Federal dos Crimes Ambientais) dispõe ser crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (no art. 37, o mesmo diploma legal federal estabelece causas de justificação, permitindo o abate de animais em caso de estado de necessidade, fome, v.g.; para proteger lavouras, pomares e rebanhos; e por ser o animal nocivo – vale dizer, *não excepciona o sacrifício religioso*).¹²²¹ Quanto ao

consumo; (...) VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS -, nos programas de profilaxia da raiva.

¹²¹⁸ Art. 16 - Todo frigorífico, matadouro e abatedouro no Estado do Rio Grande do Sul tem a obrigatoriedade do uso de métodos científicos e modernos de insensibilização, aplicados antes da sangria, por instrumentos de percussão mecânica, processamento químico, elétrico ou decorrentes do desenvolvimento tecnológico.

¹²¹⁹ O Decreto nº 43.252, 22/7/2004, regulamentou o indigitado artigo 2º. Considerou que os animais são merecedores de atenção especial por parte do Poder Público “e que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício de cultos religiosos” e dispôs: *Para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte* (art. 2º).

¹²²⁰ Adin nº 70010129690.

¹²²¹ A inicial consigna, e bem: “*É de advertir, porém, que a supressão do dispositivo impugnado não inviabilizará as práticas de cultos africanos, pois, apesar de vedada a crueldade contra animais, sempre será possível aferir, em cada caso concreto, a prevalência, ou não, do direito fundamental à liberdade religiosa*”. Sinala, também, que já havia a proibição de submeter animais a crueldade, ao menos desde o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. E, “mesmo sem exceção expressa a tal regra, já se podia entender que os sacrifícios rituais ali não se enquadravam (...) O dispositivo atacado, mesmo que tivesse sido veiculado por lei federal, afigura-se, assim, até mesmo desnecessário, porquanto jamais a liberdade de religião, constitucionalmente garantida, poderia ser afetada decisivamente em seu núcleo essencial por norma protetiva de animais. E isso

aspecto material, a peça vestibular rebela-se contra a violação da isonomia, em face do favorecimento às religiões afro-brasileiras, sendo o privilégio específico incompatível com a natureza laica do Estado (art. 19, I, da Constituição).¹²²²

No corpo da fundamentação, a petição cita o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que inclui o sacrifício de animais em ritos religiosos nas hipóteses de *conflito aparente entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural* (arts. 215 e 216, CF 88).¹²²³ Para dirimir a “aparente litigiosidade”, utiliza-se do *princípio do desenvolvimento sustentável*, de análise específica caso a caso, sem prevalência automática.¹²²⁴ Pondera, a inicial, que “não há como deixar-se de, em cada caso concreto, verificar se os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção à fauna foram observados”. E sugere alguns parâmetros: “ritos exóticos sem significação cultural, abate de animais em vias de extinção, utilização de meio desnecessário à atividade, provocação de sofrimento exagerado aos animais” deslegitimariam a expressão cultural e poderiam caracterizar infração penal.¹²²⁵

No deslinde da causa, fracionou-se o Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria julgando improcedente a ação e afirmando a constitucionalidade do dispositivo inquinado, ao explicitar não infringir o Código Estadual o *sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldades* – mesmo porque “não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática”.¹²²⁶ Merece análise a fundamentação, a

porque parece evidente que, no caso, o direito de liberdade goza de primazia qualificada (*preferred position* do direito norte-americano) relativamente à proteção ambiental. Em sendo assim, impedir o sacrifício ritual de animais implica, para esses cultos, a perda da própria identidade da sua expressão cultural.”

¹²²² Nesse caso, “o *discrimen* em favor das religiões afro-brasileiras revela-se arbitrário, por carente de justificação jusfundamental. Cuida-se de tentativa de compatibilização de interesses políticos – ambientalistas e religiosos – que levou o Parlamento estadual a uma decisão equivocada, privilegiadora de apenas uma expressão cultural, deixando à margem inúmeras outras, também titulares do amparo constitucional (art. 5º, VI)”.

¹²²³ FIORILLO, Celso. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 95 (citado *Curso*). Segundo o autor, *o incentivo à manifestação cultural da farra do boi, dos rodeios e das práticas religiosas que se utilizam de animais pode implicar a submissão de animais a crueldade*.

¹²²⁴ Um dos aspectos a ser verificado é se o animal submetido a supostas práticas cruéis encontra-se em via de extinção. Havendo o risco de extinção da espécie, será vedada a prática cultural; também se houver interesse mercadológico, sem amparo na tradição de determinada região, como no exemplo da tourada que se cogitou de introduzir no Brasil (FIOROLLI, *Curso*)

¹²²⁵ Repete, ao cabo, que o dispositivo tido por inconstitucional apresenta-se manifestamente *inócuo*, pois “não afasta a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais em choque em cada situação concreta”, apenas externou *preferência pela manifestação cultural*, decorrente da “posição preferente da liberdade religiosa no catálogo de direitos fundamentais”. Houve pedido de concessão de liminar (ao argumento de que o parágrafo único introduzido no Código Estadual “faculta o sacrifício indiscriminado de animais em cultos e liturgias de religiões de matriz africana”, contra a lei federal dos crimes ambientais), indeferido.

¹²²⁶ Adin nº 70010129690, Tribunal Pleno, Rel. Des. Araken de Assis, 18/4/2005. “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao

iniciar pelo voto do relator, que prevaleceu. Sob ponto de vista formal, não se usurpou competência da União em matéria penal, já que o preceito inquinado (parágrafo único) “tão-só pré-exclui dos atos arrolados no próprio dispositivo [art. 2º] as práticas religiosas”, de modo algum pretendendo eliminar o crime capitulado no art. 32 da Lei nº 9.605/98. Quanto à isonomia, em face da existência de outras religiões que se ocupam de sacrifício ritual, mostra-se a disposição “apenas insuficiente e suscetível de generalização”. Ainda, “nada exclui a incidência de normas penais em casos concretos e específicos, preenchidos os respectivos pressupostos”.¹²²⁷

Nem no art. 64 da Lei das Contravenções Penais, nem do citado art. 32 da Lei nº 9.605/98, prossegue o relator, acomoda-se o “sacrifício ritual de animais”. Citou, ainda, para servir como *diretriz geral*, precedente da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Balalu Aye v. City of Hialeah*), em que leis locais, que proibiam expressamente o sacrifício de animais (prática religiosa ligada à “Santería”, trazida por negros cubanos), foram invalidadas, pois “as autoridades locais deviam respeitar a tolerância religiosa”.¹²²⁸

A Des. Maria Berenice Dias, escudada no § 1º do art. 251 da CF 88, entendeu que a referência expressa às “religiões de matriz africana” afrontava a Constituição, pelo que votou no sentido de excluir a restrição – para que a permissão atingisse todas as comunidades religiosas. Já o Des. Alfredo Foerster deu provimento integral ao pedido, ao argumento de que “a vida deve prevalecer, sempre”.¹²²⁹ O conflito entre ecologistas e movimentos religiosos foi

“Código Estadual de Proteção aos Animais” o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.” (citado doravante como “Acórdão”). À unanimidade, rejeitaram preliminar de incompetência da Corte. A constitucionalidade afirmou-se por 15 votos contra 10 (1 vencido parcialmente e 10 integralmente, com 4 alterações de voto na última sessão). Entidades religiosas de matriz africana e ativistas do Movimento Negro postularam intervenção, indeferida. A Mesa da Assembléia Legislativa do Estado alegou a preliminar e, no mérito, sustentou que os rituais afro-brasileiros “pressupõem o sacrifício de animais domésticos em suas liturgias”, criados em cativeiro para este fim específico, o que não afronta a Lei nº 9.605/98.

¹²²⁷ Acórdão, pp. 4 e 5. “Bastaria, a meu ver, um único praticante de religião que reclame o sacrifício de animais para que a liberdade de culto, essencial a uma sociedade que se pretenda democrática e pluralista, já atue em seu benefício. Dir-se-á que nenhum direito fundamental se revela absoluto. Sim, mas o confronto acabou de ser revolvido através do princípio da proporcionalidade. Ao invés, dar-se-ia proteção absoluta ao meio ambiente natural proibindo, tout court, o sacrifício ritual” (Des. Rel.).

¹²²⁸ “Então, não vejo como presumir que a morte de um animal, a exemplo de um galo, num culto religioso seja uma “crueldade” diferente daquela praticada (e louvada pelas autoridades econômicas com grandiosa geração de moedas fortes para o bem do Brasil) pelos matadouros de aves. Existindo algum excesso eventual, talvez se configure, nas peculiaridades do caso concreto, a já mencionada contravenção; porém, em tese nenhuma norma de ordem pública, ou outro direito fundamental, restringe a prática explicitada no texto controvertido” (Acórdão, pp. 7-9).

¹²²⁹ “O Direito Natural nos assegura isso, seja em relação aos seres humanos, seja quanto aos animais. Eu não detectaria a questão da crueldade (ou não). Penso que o fato em si, de sacrificar um ser humano ou seja um animal, é ‘humanamente’ indesejável, em que pese o respeito que merecem os cultos defensores do abate como o

explicitado no voto do Des. José Preiss.¹²³⁰ O des. Alfredo Guilherme Englert pretendia “retirar do ordenamento jurídico essa norma que, parece, daria um salvo-conduto aos praticantes do culto, no sentido de que poderiam sacrificar com crueldade”.¹²³¹

Tendo embargos de declaração desacolhidos, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CF 88.¹²³² Na fundamentação, argumentou-se com a legitimidade constitucional do art. 724 do Código Penal Italiano, que tipifica, na primeira parte, o delito de *blasfêmia* em favor apenas da religião católica.¹²³³ Num primeiro momento, em 1973, na *Sentenza n.º 14*, a Corte Constitucional declarou não-fundada a questão de legitimidade constitucional, apenas fazendo um chamamento ao Legislador para que corrigisse a norma, evitando discriminação em relação a outros credos.¹²³⁴ Contudo, essa mesma questão foi novamente encaminhada à Corte Constitucional, a qual, em 1995, pela *Sentenza n.º 440*, reconheceu a contrariedade constitucional da regra, expungindo do mundo jurídico a expressão “*o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato*”. O acórdão impugnado, assim, reconheceu a possibilidade de alcance do benefício a outras religiões (generalização).¹²³⁵ A controvérsia, no

de sacrificar animais” (p. 15 do Acórdão). A matéria, de resto, já estaria regulada pelo art. 32 da Lei nº 9.605/98 e o privilégio às religiões de matriz africana fere o princípio da igualdade (p. 19). “A morte provocada, é algo cruel em si, seja ela perpetrada com requintes ou não. Aí reside - na essência - a divergência com o douto posicionamento do colega relator. A HUMANIDADE tem de evoluir para a preservação da VIDA” (p. 20). Para o voto da Des. Maria Berenice, pp. 12-3.

¹²³⁰ “Quando freqüentador das ditas e chamadas casas de religião, das quais de uma eu fui dirigente, nunca vi alguém sacrificar um animal com crueldade. A morte é limpa e rápida. Não existe esta de ecologista de final de semana dizer que em casa de religião se pratica crueldade contra animais” (p. 20).

¹²³¹ Acórdão, p. 24. Na mesma linha, o Des. Vladimir Giacomuzzi: “Na realidade a lei, na parte impugnada, procurou criar uma causa de exclusão de ilicitude ou de isenção de pena, sem que para tanto tenha o Estado membro competência. O exercício de culto religioso é garantido pela Constituição mas não à custa da prática de infração penal” (p. 30). Também vencido, o Des. Osvaldo Stefanello (Presidente) afirmou “...os valores constitucionalmente eleitos como de resguardo pela ordem jurídica no que se refere aos animais, já se encontram tutelados, descabendo ao Estado-membro estabelecer relativizações, ainda que em nome de assegurar a liberdade de culto religioso, visto que em momento algum esta liberdade se encontra diretamente ameaçada pelas regras mencionadas já vigentes” (p. 36).

¹²³² Petição de 06/10/2005. Em síntese, reiterando os argumentos de invasão da competência da União, por cuidar de matéria penal, bem como o da violação ao princípio isonômico e ao caráter laico do Estado brasileiro, por privilegiar apenas religiões de matriz africana. Prequestionou a incidência dos arts. 5º, *caput*, 19, I, e 22, I, da CF 88.

¹²³³ “Art. 724. *Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti. Chiunque pubblicamente bestemmia, com invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato, è punito com l’ammenda da lire ventimila a seicentomila...*”

¹²³⁴ “Tuttavia la Corte ritiene che, per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica.”

¹²³⁵ Prossegue o recorrente: “...é conhecida a dificuldade do controle de constitucionalidade das chamadas omissões parciais, em que se alcança um benefício jurídico legítimo a um grupo, deixando outros merecedores de fora. Nesses casos, tem-se sugerido a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, acompanhada de um chamamento ao Legislador, para que corrija a desigualdade. Isso porque, caso se invalidasse a norma, subtrair-se-ia do segmento dela destinatário específico o benefício legitimamente

direito brasileiro, como se vê, continua em aberto. No escopo de contribuir com o debate, formulam-se algumas observações:

1º) Parece, à investigação, *inviável* que o precedente citado da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*), possa servir de *diretriz geral*. De fato, neste caso, julgado em 1993, a Suprema Corte invalidou, com base na *Free Exercise Clause* (e não na *Establishment Clause* e menos ainda em face de alguma espécie de “tolerância religiosa”), legislação municipal que proibia o sacrifício de animais, “na medida em que era aplicada a uma particular seita religiosa”, pois os juízes, à unanimidade, entenderam que a normativa fora aprovada com o único propósito de “excluir a seita religiosa da cidade”. Todavia, evitaram estabelecer se “membros de uma seita religiosa que utiliza sacrifício de animais ritualmente, estariam inteiramente ao abrigo da cláusula de livre exercício”, de maneira a excepcionar a lei proibitiva, caso esta fosse “uma lei de aplicação geral religiosamente neutra”.¹²³⁶

Convém reiterar. No caso citado, os juízes da Suprema Corte *não enfrentaram a questão* de saber se “uma lei religiosamente neutra, que banisse todos os sacrifícios de animais, teria que permitir exceções para as hipóteses de sacrifício de animais em rituais religiosos”. Em face do propósito de suprimir determinada seita religiosa, os juízes foram unânimes quanto à inconstitucionalidade, mas a maioria deles não viu razão para questionar o princípio de que uma lei religiosamente neutra, de aplicação geral, deveria atingir também as pessoas com crenças religiosas dissonantes.¹²³⁷ Assim, a legislação de Hialeah, na medida que tinha como alvo a comunidade religiosa “Church of the Lukumi Babalu Aye” (que professava a *Santería* e, por isso, estava sendo discriminada – o regramento local excetuava virtualmente

conquistado, considerando a impossibilidade de os Tribunais funcionarem como Legisladores positivos no controle de constitucionalidade dos atos normativos. No caso dos autos, porém, esse risco inexistia, porquanto, mesmo suprimindo o dispositivo impugnado, não se estaria prejudicando os cultos de matriz africana, os quais, com amparo na liberdade religiosa constitucionalmente prevista, poderiam continuar com suas práticas sacrificiais, apenas limitados pela ponderação com outros valores, direitos e princípios constitucionais, como sempre se deu.”

¹²³⁶ Em vez disso, os juízes consideraram que a legislação municipal visava a proibir somente o sacrifício ritual de animais praticado pela religião *Santería* (o momento em que foi votada e outros fatos, tudo demonstrava que a legislação só fora adotada quando a Municipalidade soubera que membros da *Santería* estavam por estabelecer um lugar de culto na Cidade). Vale dizer, a lei em questão tinha um evidente propósito inconstitucional, de obstaculizar a liberdade religiosa. A lei que não passasse no teste de “neutralidade religiosa” e “aplicabilidade geral”, deveria ser objeto de um “estrito escrutínio judicial” e só seria constitucional se “realmente necessária para atender a relevante interesse governamental”. A Suprema Corte tem indicado que uma lei religiosamente neutra deve ser seguida por todas as pessoas, inclusive por aquelas cujas crenças religiosas determinem-lhes a desobediência. Entretanto, em alguns poucos casos (v.g., para obtenção do auxílio desemprego), a Corte tem aberto exceções (NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, pp. 1278-9).

¹²³⁷ NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, pp. 1281.

todas as formas de sacrifício animal, exceto àquelas utilizadas pela religião em tela), e não conseguindo a Municipalidade demonstrar qualquer interesse prevalecente que justificasse a proscrição somente do sacrifício de animais em rituais religiosos, foi invalidado. Porém, Novak e Rotunda figuram a hipótese (mais próxima do caso da Adin sob comento, na visão da investigação) de uma lei religiosamente neutra, que fosse uniformemente aplicável a todas as pessoas, proibindo o sacrifício de animais. A lei não tenciona suprimir atos religiosamente motivados, antes tem o propósito de promover tanto a saúde pública quanto prevenir a “crueldade no tratamento dos animais”. Perguntam: se membros de uma seita religiosa, em violação da lei, sacrificassem animais em ritos religiosos, poderiam ser punidos pela ilicitude? “A Corte, no caso *Church of the Lukumi*, não enfrentou a questão”. O entendimento da Corte no caso *Smith II* (supracitado) indicaria que “ a seita religiosa não teria o direito constitucional a uma exceção legal”.¹²³⁸

Mais próxima do caso *Church of the Lukumi* esteve a Representação nº 959-9 – Paraíba, julgada prejudicada pelo STF em 28/3/1985, em face de posterior alteração legislativa do dispositivo que apresentava forte presunção de inconstitucionalidade (a sentir da investigação), ao exigir dos cultos afro-brasileiros prévia autorização da Secretaria de Segurança Pública para funcionamento (o que se daria com a atendimento a uma série de condições).¹²³⁹

¹²³⁸ “The court in the *church of the Lukumi Babalu Aye* case did not reach this question. The Court’s ruling in *Smith II* would indicate that the religious sect would not have a constitutional right to an exemption from the law” (NOVAK/ROTUNDA, *Constitutional Law*, pp. 1297). Vale lembrar o caso *Bunn v. North Carolina* (1949), em que a Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte sustentou a aplicação de lei que proibia o manuseio de cobras venenosas a uma igreja determinada. Tratava-se de ordenação local (Cidade de Durham) que visava à saúde, segurança e ao bem-estar públicos e os juízes consideraram que a “segurança pública é superior à prática religiosa”. Benjamin Massey e C. H. Bunn, da Igreja “Tabernáculo Zion”, foram flagrados (com intervalo de uma semana), por policiais locais, engajados em serviços religiosos no meio de homens, mulheres e crianças, ao brandirem do púlpito as cobras venenosas, à vista da congregação – ninguém foi ferido em nenhuma das ocasiões (conforme “The RJ&L Religious Liberty Archive”, citado como: 229 N.C 734, 51 S.E.2d 179).

¹²³⁹ “Representação de inconstitucionalidade. Lei nº 3.443, de 06/11/1966. Alteração do seu art. 2º, pela Lei nº 3.895, de 22/3/1977. Representação prejudicada. (...) [a segunda lei], estabelecendo novas disposições para o funcionamento dos cultos africanos, retirou a exigência contra a qual fora dirigida a representação”. A solicitação partira da *Cruzada Espírita Umbandista Afro-brasileira da Paraíba* e a primeira lei estadual dispunha que a autorização para funcionamento dos cultos verificaria, dentre outras condições preliminares: prova de idoneidade moral e de perfeita sanidade mental (consubstanciada em laudo psiquiátrico) dos responsáveis pelos cultos. Com a segunda lei, afastou-se a figura da “autorização prévia” (substituída por mera comunicação) e a prova de idoneidade/sanidade trocou-se por “possuir licença de funcionamento de suas atividades religiosas, fornecida e renovada anualmente pela federação a que for filiado”. O relatório do Min. Antonio Neder sinalou que, em nenhuma das redações, havia, em “termos absolutos (...) embaraço aos cultos africanos, de modo a afrontar a garantia constitucional da liberdade religiosa”. No máximo, cogitar-se-ia de um *embaraço relativo* (e ultraje ao princípio da isonomia, já que a lei paraibana não se endereçava aos demais cultos religiosos). Mas, então, “seria necessário que a conduta do legislador local parecesse abstrusa e inexplicável” – o que não é o caso, diante dos “irrespondíveis” argumentos do governador: os *cultos africanos* “são destituídos de qualquer ordenamento escrito ou mesmo tradicionalmente preestabelecido. Não contam com sacerdotes ou

2º) A concordância prática é mais conseguida no citado acórdão do TCA (caso do açougueiro de Essen), preferencial para servir de *guide line*. A Corte alemã, clara e didaticamente, estabelece, em concreto, o conflito entre o devido respeito à liberdade religiosa e o interesse da comunidade, mediado pelo legislador, na proteção dos animais – e chamou, para a tutela recíproca, o princípio da proporcionalidade;

3º) É preciso, considerando as tensões do caso concreto, avançar na análise das posições jurídicas que colidem. Do lado do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, podem-se chamar, *prima facie*, pelo menos (e ficando apenas no plano subjetivo): (CPJ, 1.1.3, liberdade de atuação segundo a própria crença; 1.1.7, liberdade de praticar os atos do culto da religião professada) e (CPJ, 1.2.1, direito de autocompreensão e autodefinição das confissões religiosas, no que tange à identidade e ao caráter próprio da confissão professada; 1.2.2.1., liberdade de exercício dos atos de culto, sem interferência do Estado ou de terceiros). Da banda do direito fundamental ao meio ambiente (assim considerado pela investigação, em que pese a localização heterotópica, forte na abertura material do catálogo propiciada pelo § 2º do art. 5º, CF 88), é de lembrar o direito genérico ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225, CF 88) e, especificamente, a proteção da fauna, nos termos do inc. VII do mesmo artigo (vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade). Seria de esclarecer, então: quais são os animais sacrificados? Aves? Gatos e Cachorros? Bodes? O citado Decreto nº 43.252/04 refere “animais destinados à alimentação humana” – qual a importância deste vetor? O rito sacrificial é exótico, extremamente raro? Ou, pelo contrário, partilhado por significativa parcela de crentes, ainda que minoritária? O que se faz com os animais? Como são sacrificados? Evita-se o sofrimento exagerado? Seria impossível fornecer alguns exemplos de “recursos de crueldade”? De onde provêm os animais que serão sacrificados, como são mantidos em cativeiro e qual a destinação dos cadáveres? Ressente-se, enfim, de maiores informações, que possibilitariam uma concordância prática mais acurada;

4º) Ainda que, em termos metódicos, o teste de proporcionalidade pudesse ser favorável ao regramento ambiental, dever-se-ia prosseguir e verificar se o núcleo essencial da

ministros instituídos por autoridades hierárquicas (...) nem possuem templos propriamente ditos”. Tratava-se, literalmente, de colocar “ordem nos terreiros”. Finaliza o primeiro relator, ao dizer que a lei não prima pela *simpatia*, mas a carência “encontra-se mais que razoavelmente justificada pela consistência social de seus fundamentos e pela lisura de seus propósitos”. Com o transcurso do tempo, o processo foi redistribuído, sendo o Min. Aldir Passarinho o novo relator, que encaminhou o entendimento de que a representação estava prejudicada. *Em boa hora, naquela época, o STF deixou de adentrar no mérito, parecendo eloqüente exemplo de quantas barreiras discriminatórias as religiões minoritárias têm que superar.*

liberdade religiosa das confissões afro-brasileiras não restaria atingido, a indicar a conveniência de um aporte de sociologia das religiões. Parece, numa primeira vista de olhos, que sim. Entre as religiões não cristãs que se desenvolveram no Brasil, um grupo se destaca pela *posição de relevância estrutural* no quadro geral da cultura brasileira: as religiões afro-brasileiras, assim chamados os respectivos cultos pela origem, trazidos que foram pelos escravos traficados da África.¹²⁴⁰ Mire-se o *candomblé*, descrita como uma “religião mágica e ritual”, em que se busca, “mediante a manipulação de forças sagradas, a invocação das potências divinas e os sacrifícios oferecidos às diferentes divindades, os chamados *orixás*”.¹²⁴¹ Representa o melhor exemplo de *politeísmo explícito* que se tem no Brasil. Pois diferente de outras grandes religiões, de vinco ético ou moral, a *ênfase do candomblé é ritual* – “...e a distinção entre o bem e o mal depende basicamente da relação entre cada seguidor e seu deus pessoal, o orixá (...) Pois cada orixá está relacionado a uma série de tabus específicos”. Cada orixá conta com símbolos particulares, “sem falar dos animais sacrificiais próprios de cada orixá”.¹²⁴² Neste contexto, é muito provável que proibir o sacrifício ritual, *tout court*, signifique erodir o conteúdo essencial da religião professada por significativa parcela de brasileiros, o que se afigura, à vista desarmada, inconstitucional;

5º) no que toca à inconstitucionalidade material, por discriminação contra as outras religiões que eventualmente utilizam de forma ritual o sacrifício de animais, a investigação sugere (apoiada no princípio da interpretação da lei conforme a Constituição e na noção de aplicação direta do princípio da igualdade), na linha da proposta de Jónatas (*supra*, itens 3.2.7 e 4.1), a figura da *extensão das conquistas das confissões majoritárias* (no caso, de um grupo religioso mais articulado politicamente) *aos grupos minoritários*, que de fato não parecem ter, na vida social e cultural brasileira (o que explicaria a ausência de referência expressa), o mesmo peso que joga a favor das religiões afro-brasileiras – princípio fundamental de alargar para as minorias o tratamento jurídico dispensado à confissão religiosa mais favorecida. Acena-se, então, com a *intervenção regulatória estatal* (Estado juiz e administrador, também vinculados pelos direitos fundamentais) *na correção das falhas de mercado*, concretizando (CPJ, 2.2.1, proteção dos indivíduos, na defesa da liberdade religiosa individual do crente

¹²⁴⁰ Até meados do século XX, “funcionavam exclusivamente como ritos de preservação do estoque cultural dos diferentes grupos étnicos negros que compunham a população dos antigos escravos e seus descendentes”, ainda hoje são reconhecidas como “*religiões negras*, autênticas expressões culturais da *negritude*” (PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 311-2).

¹²⁴¹ PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, p. 312 (o primeiro grifo é da investigação). Como, aliás, faziam os guerreiros de Aquiles na *Ilíada*, um dos mitos fundadores da cultura ocidental.

¹²⁴² PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 313-5. Já a umbanda, mais híbrida e menos africana, “evita os sacrifícios de sangue” (p. 319).

potencialmente discriminado; 2.2.2, coordenando as diversas liberdades religiosas coletivas; 2.3.1, garantia institucional da liberdade religiosa individual; 2.3.2, as igrejas, também minoritárias, como instituições; 2.3.3, garantia do princípio da igualdade “sem lei, contra a lei e em vez da lei” [Canotilho]; e 2.3.4, diversidade e pluralismo religioso) – nestas tarefas, é de se atender aos *princípios* e não ao desigual peso político das diferentes confissões religiosas, daí que o patamar de tutela mais favorável obtido, não se opondo obstáculo intransponível, é de estender-se automaticamente às minorias;

6º) tergiversam os comentários, ora aventando um “conflito aparente”, ora admitindo uma colisão... Na ótica da investigação, o quadro normativo posto, pelo legislador (seja estadual, seja federal), não se aplica, *a priori*, ao *sacrifício ritual de animais* (não faz parte do programa das normas ambientais vedá-lo, nem se encontra no respectivo âmbito normativo a proibição das situações decorrentes do exercício religioso). Todavia, conflito, ao menos potencial, há. E não entre um meio ambiente expansivo, açambarcando o natural e o cultural (mesmo porque, nessa linha, tudo seria dissolvido, a começar pelo direito, num grande caldo cultural), inclusive pela incorreta assimilação das posições subjetivas decorrentes do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, com sua especificidade e prioridade, pleno de conteúdo em dignidade, no tal “meio ambiente cultural” (arts. 215 e 216, CF 88), a lançar mão do “princípio do desenvolvimento sustentável” para orientar a ponderação (que não se atina que papel jogaria aqui). Trata-se, a sentir da investigação, de superinterpretação ambientalista, que sucumbe à análise sistemática. A tensão concreta, já se referiu (*supra*, observação 3ª), trava-se entre a liberdade religiosa e a tutela do meio ambiente (fauna). A *cultura*, que está no Capítulo III da Ordem Social da CF 88 (enquanto o *meio ambiente* aparece no Capítulo VI da mesma Ordem Social), é conceito jurídico dotado de autonomia, e, no caso, joga a favor da prevalência do sacrifício ritual dos animais pelas religiões afro-brasileiras – em face do componente cultural, o Estado protegerá (reforço de tutela) as manifestações (também religiosas) das culturas afro-brasileiras (art. 215, § 1º, CF 88), o que pode ser igualmente cogitado na consideração da contribuição religiosa ao patrimônio cultural brasileiro, diante dos traços portadores de referência à identidade e à memória de um dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF).

7º) Provavelmente, a discussão também beneficiaria da agregação de (CPJ, 2.1.5, princípio da tolerância [já que os crentes das religiões afro-brasileiras manifestaram concretos receios de discriminação] e 2.2.3, função estatal de criar condições para que as confissões

religiosas desempenhem suas missões [o que explicaria o recurso a um preceito quase simbólico, mas sinalizador de diversidade e pluralismo]).

4.4.3 O entreposto valorativo do sistema penal

A íntima conexão entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é quase lugar-comum, ressaltada pela unanimidade da doutrina contemporânea.¹²⁴³ Por um lado, o crime é a maior ofensa que o indivíduo pode desfechar contra os bens da vida protegidos pelo Estado; de outro, a intervenção penal é a mais aguda e gravosa invasão perpetrada pelo Estado na esfera individual.¹²⁴⁴

Discorrendo acerca da concepção kantiana do caráter co-natural que intercede entre o direito penal e a constituição (fundação) de uma comunidade organizada de homens, e sobre a confirmação antropológica da assertiva (a *proibição* do incesto, enquanto tabu, como ponto de viragem da hominização sem retorno), e passando pela noção de “minimal state” de Gewirth, desemboca Faria Costa numa linha de pensamento que *faz do direito penal elemento fundante da sociedade política*, até porque o direito penal foi, de um ponto de vista histórico, um *prius* face à ordem constitucional, “o que está geneticamente na base, como vimos, da comunidade não é a *fundação constitucional*, mas antes a *constituição* penalmente fundante”.¹²⁴⁵ Noutra vertente, mas a confluir, Paulo Ferreira da Cunha afirma que o Direito Penal “não sendo de Direito Constitucional *proprio sensu*, é juridicamente *constitucional*, ou fundante”.¹²⁴⁶

Figueiredo Dias, a seu turno, defende que os bens do sistema social tornam-se bens jurídicos dignos de tutela penal através da “ordenação axiológica jurídico-constitucional”,

¹²⁴³ A relação entre as disciplinas é tema presente nos tratados de ambas desde o Iluminismo, TIEDEMANN, Klaus. “Constitución y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, año 11, septiembre-diciembre, 1991, p. 145 (citado *Constitución*).

¹²⁴⁴ A sugestiva imagem é de PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. (trad. Gérson Pereira dos Santos), Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 16-7: “Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por sua natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual.”

¹²⁴⁵ COSTA, *O Perigo*, pp. 190-1, nota 26, pp. 190-1; nota 27, p. 193; e nota 31, p. 220 – respectivamente.

¹²⁴⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: a substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 90. Numa linguagem sugestiva, o autor traça o dualismo simbólico: “O Direito Constitucional apresenta o Estado nas grandes avenidas da pompa e da circunstância do poder triunfante: é narração do conto doirado de reis e rainhas (ou do mito republicano de presidente sábios, ponderados e rectíssimos), de parlamentares demofílicos e eloquentes, de grandes declamações de princípios e objectivos nacionais, ao som de hinos que fazem flutuar bandeiras e comover patriotas até as lágrimas. (...) Em

estabelecendo-se – entre a ordem penal e a ordem constitucional – uma *relação de mútua referência*, não de identidade ou de recíproca cobertura, mas de *analogia material*, fundada numa *essencial correspondência de sentido e de fins*.¹²⁴⁷

Numa primeira aproximação, avulta logo, de particular relevância na semântica penal, o princípio da *intervenção mínima* ou da *necessidade*, princípio que, no contexto de legalidade da administração, articulado com o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, é considerado um subprincípio concretizador do Estado de Direito.¹²⁴⁸ Se o princípio da legalidade impunha limites ao arbítrio judicial, era necessário avançar mais e prevenir-se contra eventuais abusos do legislador.¹²⁴⁹

Na formulação iluminista, “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias” (art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).¹²⁵⁰ Modernamente, tem-se destacado que o princípio em tela é imanente ao Estado de Direito, articulando-se com a própria dignidade da pessoa humana. É constitucional, pois, mesmo que não literalmente esculpido nas constituições (casos da Alemanha e da Itália, por exemplo).

contrapartida, o Direito Penal, direito de morte, direito de pobreza, direito de desvio social, direito de peso e de pecado, mostra-nos o lado negro da sociedade e do Estado: as mãos sujas e as mãos manchadas.” (pp. 92-4).

¹²⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, pp. 66-7 (citado *Questões*).

¹²⁴⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 252-3.

¹²⁴⁹ Legalidade no tríptico postulado: reserva legal, anterioridade da lei definidora de crime e pena; determinação taxativa, evitando-se tipos demasiado abertos e vagos; e irretroatividade – vide LUISI, *Princípios*, pp. 13-24. Vide, também, LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 88-97 (insignificância, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social). HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. (trad. Patricia S. Ziffer), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 21-2, acresce uma quarta vertente ao princípio da legalidade, qual seja, a proibição de analogia em prejuízo do acusado (decorrência da *lex stricta*). E adverte que se uma linguagem correta não garante a produção de um direito correto, uma linguagem incorreta pode excluir um direito correto (p. 27). Para uma ampla discussão acerca do princípio da legalidade e seus desdobramentos, vide ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. (trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá – tit. Orig. Strafrecht I – Schwerpunkt Allgemeine Verbrecheneselement, 1992). Madrid: Colex, 1995, pp. 47-67.

¹²⁵⁰ A frase encarna, na terminologia da atual política criminal alemã cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal, os postulados da *proporcionalidade* e da *subsidiariedade* do Direito Penal (TIEDEMANN, *Constitución*, p. 145). De forma desenvolvida, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991, pp. 25-30. Tratava-se da positivação do que fora anunciado, vez primeira em 1764, pelo gênio de Beccaria, logo no ponto II dos “Delitti”: *Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica* (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (trad. José de Faria Costa), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64. Como observa o Professor Marinucci, da Universidade de Milão, ao prefaciá-la obra citada (p. 39), mais tarde von Liszt repetiria que só a pena necessária é justa, máxima reconduzível, em termos político criminais, a idéia de que a pena criminal deve ser a *extrema ratio*. No dizer de Faria Costa, tradutor e comentador do clássico (p. 20): “É assim propugnado um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*.”

Deriva, daí, o caráter *fragmentário* e *subsidiário* do direito penal, que só deve entrar em cena como remédio último, concepção que se choca com a excessiva extensão da legislação penal, o fenômeno da “overcriminalization” (aliás criticado desde o início do século XIX), a afrontar, muitas vezes, o brocardo milenar “*minima non cura praetor*”. Contra a hipertrofia penal, a nomomania, a inflação legislativa, a nomorréia penal, tem protestado, desde sempre, significativa parcela do pensamento jurídico-criminal, a germinar e recomendar um *esforço de deflação penal*.

A investigação trabalha, ademais, num horizonte jurídico em que “não cabe a idéia de uma hierarquização dos direitos constitucionalmente protegidos”. O instável equilíbrio entre os direitos fundamentais e outros bens em linha de conflito (liberdade religiosa, liberdades comunicativas, meio ambiente, segurança pública etc.) resulta de parâmetros históricos (cujas variáveis só se determinam e se encontram no contexto situacional de cada época – imprescindíveis para a atuação do princípio da concordância prática e para uma “tipologia de conflitos de direitos constitucionais”), mas a *existência de tipos legais de crime* é inarredável *entrepasto valorativo*,¹²⁵¹ pois representa uma opção legislativa em que se pressupõe, inequivocamente, que determinados bens jurídicos podem ser ofendidos ou lesados pelo exercício sem peias de direitos aprioristicamente assegurados em nível constitucional.

Evidencia-se, assim, o interesse em dispor de um cursor jurídico-penal para delinear as relações obviamente conflitivas, no seio do Estado Democrático de direito (que não pode desconsiderar enclaves de fundamentalismo religioso), entre as naturalmente expansivas liberdades religiosas individuais e confessionais, seja entre si, ou na interação com outros direitos fundamentais, apostando no programa normativo-constitucional de maximização da liberdade/igualdade/tolerância, sem descurar, fique claro, da proteção das pessoas e da sobrevivência do próprio Estado constitucional, uma experiência histórica que se projeta como fomentadora de pluralismo intercultural.¹²⁵² Neste contexto, o direito penal também é

¹²⁵¹ A expressão é de COSTA, *Direito penal da comunicação*, referindo-se a “biunívoca correspondência” (como entre o círculo e a circunferência) entre o direito à hora e o direito à informação, que não esconde a existência, legislativamente mediada, de crimes contra a honra cometidos no exercício de liberdades comunicativas (pp. 51-5).

¹²⁵² Confirma-se, quanto ao último conceito (que deságua no pluralismo jurídico), por exemplo, a complexa decisão do Júri Federal de Roraima: o indígena Basílio, na reserva indígena do Maturuca, interior do Estado de Roraima, praticara homicídio (ao desferir-lhe uma facada no peito) contra o indígena Valdenísio. No julgamento em plenário, em 31 de maio de 2000, “os senhores jurados, à unanimidade, acolheram a tese segundo a qual [levantada pelo Ministério Público Federal] a condenação imposta ao réu, segundo os costumes de sua comunidade indígena, é suficiente para isentá-lo de pena deste julgamento, reconhecendo, assim, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.” – Processo nº 92.0001334-1, 2ª Vara Federal de Roraima, sentença prolatada pelo Juiz Federal substituto Dr. Helder Girão Barreto.

chamado como limite na harmonização da liberdade religiosa como um todo, seja no que tange aos vários titulares da mesma posição, seja para abarcar a dinâmica social que coloca o *cluster right* em linha de frente com outros direitos constitucionais.

É preciso, pois, reler o texto e o contexto e, por essa via interpretativa, encontrar as normas constitucionais brasileiras que determinam, a seu turno, numa espiral dialética, a releitura do texto e do contexto das normas penais atinentes (efeito de irradiação, interpretação conforme a Constituição). Neste sentido, convocando-se, novamente, a permeabilidade categorial, o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 136/99), articulando a liberdade de expressão e informação com o direito à legalidade penal (art. 25.1 CE) e o princípio da proporcionalidade, concluiu pela inconstitucionalidade da incriminação penal – na modalidade em apreço no caso concreto (art. 174 *bis* ‘a’) do Código Penal de 1973 (prisão e multa para quaisquer atos de colaboração ou formas de cooperação com grupos armados ou terroristas). Em síntese, o critério da *proporcionalidade* tem especial aplicação quando se trata de *proteger direitos fundamentais frente a limitações ou restrições*, procedam estas de normas ou de resoluções singulares. A norma inquinada “não guarda, por sua severidade em si e pelo efeito que a mesma comporta para o exercício das liberdades de expressão e informação, uma razoável relação com o desvalor que entranham as condutas sancionadas”.¹²⁵³

Numa decisão paradigmática do TCA (19/10/1971), agora do lado da liberdade religiosa, confirmou-se o efeito irradiante do direito fundamental à liberdade de crença na penalização por omissão do dever de prestar auxílio.¹²⁵⁴ Em síntese, a condenação penal, no caso, “intervém de forma inadmissível no direito fundamental do recorrente à liberdade de crença e consciência”, que se estende também às convicções religiosas (considerar, por exemplo, a oração meio mais eficaz de reação à doença). Certo que a liberdade de culto não é ilimitada, pois a própria concepção de pessoa, com dimensão comunitária, permite “restrições

¹²⁵³ STC 136/1999, de 20 de julho. O pano de fundo é o terrorismo basco do ETA – difusão televisiva de gravações de mensagens intimidatórias nas proximidades de eleições (fevereiro/março de 1996) – JAÉN VALLEJO, Manuel. *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 1999*. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 167-86.

¹²⁵⁴ SCHWABE, *Cincuenta años*, pp. 109-12. Sentença 32, 198 (1ª Sala). Trata-se do caso do casal pertencente à *Associação Religiosa da Comunidade Evangélica de Irmãos* e da incidência, sobre a conduta do marido, que se absteve de influenciar a mulher no sentido de atender recomendação médica de transfusão de sangue. Sem o tratamento, a esposa, consciente até o fim, faleceu. O recorrente foi condenado pelo Tribunal de Ulm (14/01/1965), pelo delito de omissão de socorro (então § 330, c, StGB; hoje, § 232, c). As sentenças condenatórias, segundo o TCA, desconsideraram o “efeito irradiante do art. 4º, 1, LF, na interpretação e aplicação” do tipo penal, já que se não podia reprovar ao recorrente sua omissão em convencer a esposa de “algo que estava contra suas convicções doutrinárias”. No Brasil, vide art. 135 do Código Penal (omissão de socorro).

externas a direitos fundamentais que se garantem sem reserva”. Todavia, tais limites só podem estar determinados na própria Constituição – a liberdade de culto não pode ser relativizada mediante uma lei ordinária ou uma cláusula indeterminada “sem um ponto de partida constitucional”, sem que haja perigo para os bens requeridos para a existência da comunidade estatal, levando em conta ainda a unidade da Constituição e que se subordina ao mandato de tolerância, ligada especialmente à dignidade humana, “que predomina como valor supremo da totalidade do sistema de valores dos direitos fundamentais”. O *efeito irradiante*, para o direito penal, significa que, mesmo tipificando-se um crime, no caso de exercício de liberdade de crença e/ou culto, seria preciso verificar se a sanção estatal cumpriria seu sentido debaixo das especiais circunstâncias do caso. O autor de um fato tal encontra-se numa situação limite, para a qual a sanção criminal, sob qualquer aspecto, não é resposta estatal adequada. O dever derivado do art. 4º, 1, LF, deve conduzir a um “refluxo do direito penal”. Lembre-se, aqui, das referências ao efeito recíproco e da noção de limite dos limites (*supra*, item 3.2 e 3.4.1).

Seria o caso, com tal premissa (ao que se renuncia, por falta de espaço), de revisar e sistematizar um conjunto de casos jurisprudenciais acerca de uma série de delitos, em que se agudizam refrações religiosas: crimes contra a saúde pública, especialmente charlatanismo e curandeirismo (arts. 283 e 284 do Código Penal); crimes ambientais (poluição sonora e delitos contra a fauna) etc.¹²⁵⁵ Para não falar nas reminiscências históricas dos crimes de blasfêmia, heresia etc.

4.4.3.1 O crime de discriminação/preconceito religiosos

De toda sorte, assentados tais conceitos, é de acentuar que o objetivo da não-discriminação religiosa (art. 3º, inc. IV, CF 88) leva diretamente ao crime de discriminação/preconceito religiosos, previsto na Lei Federal nº 7.716/89, mais precisamente

¹²⁵⁵ Apenas como exemplo, podem-se cotejar dois acórdãos. A condenação por curandeirismo mantida pelo STF (HC nº 62.240-2, SP, relator Min. Francisco Rezek, 13/12/1984): “Condenação criminal fundada em fatos inconfundíveis com o mero exercício da liberdade religiosa. Processo penal que não se pode invalidar em *habeas corpus*” – o Min. Moreira Alves dizia que, “em se tratando de religião, em que há o auxílio da divindade e da fé, inclusive por parte do doente, não há crime” (p. 152). No caso, o “espiritismo-religião” teria desbordado para o “espiritismo-medicina mercantilizado”, inclusive por meio da televisão (p. 148, relator), com a conclusão de inépcia da denúncia (que não indicou o resultado concreto de perigo à saúde pública) a que chegou o STJ, numa decisão que tem sido muito citada (HC 1498/RJ, relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 18/12/1992): “Liberdade de culto. Charlatanismo. Curandeirismo. (...) São crimes de perigo concreto. O direito penal da culpa

em seu artigo 20, com a redação determinada pela Lei nº 9.459/97.¹²⁵⁶ Equiparam-se, na construção do tipo penal, a prática, a indução e a incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, cominada pena de reclusão de um a três anos e multa, além de duas figuras qualificadas, com penas de dois a cinco anos de reclusão e multa: o fabrico, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo; e a discriminação/preconceito cometidos por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. A Lei nº 9.549/97 também acrescentou § 3º ao artigo 140 do Código Penal, punindo com reclusão, de um a três anos e multa, *injúria* consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, *religião* ou origem.¹²⁵⁷

Crime similar, sob a rubrica “discriminação racial ou religiosa”, é previsto no artigo 240 do Código Penal Português, apontando a doutrina como bem jurídico tutelado a “igualdade entre todos os cidadãos do mundo”, independente de raça, cor, etnia, nacionalidade ou religião,¹²⁵⁸ valor expressamente reconhecido na Constituição Portuguesa (artigos 13 e 41) e reforçado na Revisão de 1997 ao estabelecer, no art. 46-4, que não são consentidas organizações racistas.¹²⁵⁹ É de gizar que tal crime insere-se no Título III da Parte Especial do Código Penal (dos crimes contra a paz e a humanidade), previstos aqueles contra a paz no Capítulo I (artigos 236 a 238) e os “Crimes contra a humanidade” no Capítulo II (artigos 239 a 246), ao lado do genocídio, dos crimes de guerra contra civis, da destruição de monumentos, da tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e de uma forma específica de omissão de denúncia de prática, por subordinado, de tortura.

Ainda no âmbito da Lei nº 7.716/89, é de lembrar que os artigos 3º (impedir ou obstar, por discriminação religiosa, o acesso de alguém a cargos da administração pública lato senso)

é incompatível com o perigo abstrato. (...) A liberdade de culto é garantia constitucional, com proteção do local e da liturgia”.

¹²⁵⁶ que, a seu turno, revogou a Lei nº 8.081/90, que justamente introduzira o citado artigo 20.

¹²⁵⁷ Lembre-se que o Decreto Federal nº 9.952, de 4 de outubro de 2001, numa sinalização de discriminação positiva, regulamentou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, órgão colegiado (com diversos componentes da sociedade civil) integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, ao qual compete “propor, acompanhar e avaliar as políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos indivíduos e grupos sociais e étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância”.

¹²⁵⁸ ANTUNES, Maria João. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial, tomo II, artigos 202º a 307º. Jorge de Figueiredo Dias (dir.). Coimbra: Coimbra editora, 1999, pp. 576-7 (citado *Comentário conimbricense*).

¹²⁵⁹ A incriminação da discriminação racial decorre diretamente da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (Lei Portuguesa nº 7/82, de 29 de abril). A Recente Lei nº 134/99, de

e 4º (negar ou obstar, pelo mesmo motivo, emprego em empresa privada) representam evidente entreposto valorativo a nortear a vinculação da liberdade religiosa nas relações entre particulares e o Estado, no plano laboral e do serviço público (*supra*, item 4.2.2).

Ainda em Portugal, os tradicionais crimes contra os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos (ultraje por motivo de crença religiosa, art. 251;¹²⁶⁰ impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto, art. 252; impedimento ou perturbação de cerimônia fúnebre, art. 253; e profanação de cadáver ou de lugar fúnebre, art. 254), junto com os crimes contra a família (bigamia etc.), estão agrupados no Capítulo I do Título IV da Parte Especial do referido diploma penal, que trata “dos Crimes contra a Vida em Sociedade”.

No que toca à discriminação religiosa, invoca-se em Portugal a “Ação Comum adotada pela União Européia” para justificar esta incriminação introduzida pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro (conforme a respectiva proposta de lei do Governo). Vai prevista pena de prisão de 1 a 8 anos para quem fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais ou religiosas, ou que a encorajem (e para quem participar em tais organizações ou atividades ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento). E pena de prisão de 6 meses a cinco anos, para quem, em reunião pública, por escrito destinado à divulgação pública ou através de qualquer meio de comunicação social: provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião; difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas pelos mesmos fatores, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade, sempre com a intenção de incitar à

28 de agosto, define também “discriminação social” e elenca comportamentos que considera “práticas discriminatórias”.

¹²⁶⁰ Neste particular, vale comentário de MACHADO, *Liberdade de expressão*, pp. 842-3, nota 2012. Como efeito positivo, “a preservação da livre discussão de assuntos religiosos, colocando-a a salvo relativamente a qualquer tentativa de controle a partir de uma dada ortodoxia”. De natureza marcadamente individualista (ofensa a pessoa concreta, não a grupos), “transfere para o autor da conduta expressiva a responsabilidade por atos violentos que o mesmo não praticou, colocando-o na dependência de uma audiência hipersensível e intolerante para com os conteúdos expressos, ainda que legítimos, vindo dessa forma legalizar os impulsos censórios dos cidadãos e dos grupos mais violentos”. Nota, ainda, que o tipo depende de adequação da conduta à *perturbação da paz pública*, como que querendo dizer “que se pode ofender uma pessoa à vontade, desde que isso não represente um perigo para a paz pública”. Sugere outro ponto de equilíbrio: “deve-se preservar a livre discussão e confrontação de idéias religiosas, bem como a livre apropriação comunicativa dos respectivos símbolos, negando às confissões religiosas o monopólio do discurso e do sentimento sobre as suas doutrinas, símbolos e ritos; mas também, por outro lado, *deve haver lugar para a censura jurídica das condutas expressivas deliberada e gratuitamente insultuosas e ofensivas no domínio religioso*, bem como noutros domínios, para além de propósitos publicísticos legítimos, suscetíveis de atingirem gravemente a dignidade social dos membros e das instituições de uma confissão religiosa, independentemente do fato de as mesmas provocarem violência” (grifou-se) – esta a lógica do art. 240 mesmo diploma legal e do art. 252, “b” (publicamente vilipendiar ato de culto de religião ou dele escarnecer).

discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar (elemento subjetivo distinto do dolo, uma intenção específica). Observa Maria João Antunes “que a negação em si de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade não pode ser criminalizada, sob pena de violação do princípio jurídico-constitucional da liberdade de expressão (art. 37 da Constituição Portuguesa)”.¹²⁶¹

Apenas como referência, no que tange ao citado crime de ultraje por motivo de crença religiosa, outro nóculo problemático “extremamente difícil” é a compatibilização entre as garantias constitucionais de liberdade religiosa e de liberdade artística (arts. 41 e 42 da Constituição Portuguesa), sendo que a liberdade artística só com base em pressupostos muito estritos poderá conduzir à punição por este crime. De qualquer modo, “mesmo a liberdade artística tem limites, decorrentes da ‘concordância prática’ com outros valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da liberdade religiosa”.¹²⁶² Há, no entanto, que fazer notar que não é, de todo em todo, indiferente verificar se a ofensa foi ou não produzida em consequência de um qualquer debate ou discussão – até porque o “debate e a crítica podem ainda incluir-se no âmbito do exercício da liberdade religiosa.”

No Brasil, o Código Penal de 1940 prevê um único crime específico contra o sentimento religioso, no art. 208 (a englobar ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo).¹²⁶³ O anteprojeto da parte especial do Código Penal brasileiro mantém os tradicionais crimes contra o sentimento religioso (desdobrando-os) num título específico (Título V, Capítulo I, arts. 234, ultraje a culto; e 235, impedimento ou perturbação de culto),¹²⁶⁴ mas abre um título e um capítulo próprios (Título XV, dos crimes contra a cidadania) para os crimes seguintes: atentado a direito de manifestação (inclusive religiosa, art. 391); violação discriminatória de direito ou garantia fundamental (tendo como parâmetro também a religião, art. 392); prática de discriminação ou preconceito (inclusive religioso, art. 393); associação discriminatória (art. 394, sempre ponderando a questão religiosa) e o de propagação racista ou atentatória à liberdade (art. 395). Fácil de ver que o entorno penalístico-constitucional é similar ao lusitano.

¹²⁶¹ ANTUNES, *Comentário conimbricense*, p. 573, onde cita doutrina espanhola no mesmo sentido. Da mesma forma, remete ao comentário sobre o genocídio: além de necessário que o agente incite-o publicamente, exige-se que o faça *diretamente*, “ou seja, de forma clara e inequívoca para não cair no âmbito da incriminação aquilo que é mera manifestação da liberdade de expressão”.

¹²⁶² CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial, tomo II, artigos 202º a 307º. Jorge de Figueiredo Dias (dir.). Coimbra: Coimbra editora, 1999, p. 641.

¹²⁶³ O crime é o único inscrito no Capítulo I do Título V da Parte Especial (dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos), seguido pelos arts. 209 a 212 (Capítulo II), atinentes aos crimes contra o respeito aos mortos.

¹²⁶⁴ Seguem-se, no Capítulo II, os crimes contra o respeito aos mortos (arts. 236 a 240).

Aqui é de chamar o *leading case* produzido pelo STF, num caso, emblemático em termos penais, que configura efetivo paradigma e cristalizou-se no histórico julgamento de 17 de setembro de 2003: ao apreciar o Habeas Corpus nº 82.424, oriundo do Rio Grande do Sul, o STF condenou Sigfried Ellwanger por escrever, editar, divulgar e comercializar livros *fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias* contra a comunidade judaica, o que foi considerado crime de *racismo* e, como tal, *imprescritível* (CF, artigo 5º, XLII).¹²⁶⁵ Justifica-se a menção, além do mais, diante da *permeabilidade categorial* entre a liberdade religiosa e as liberdades comunicativas (tanto que, como logo se verá, o precedente vai embasar ação específica contra obra religiosa).

Na ementa, consignou-se: “*Habeas corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada*”.¹²⁶⁶ Vale lembrar que o réu fora absolvido em primeiro grau (o pedido formulado pelo Ministério Público foi então julgado improcedente, em face do exercício da liberdade de expressão) e veio a ser condenado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, ao prover o recurso dos assistentes da acusação, aduziu a cláusula da imprescritibilidade. A denúncia, diga-se por justiça, datada de 12 de novembro de 1991, acatou representação subscrita pela Federação Israelita do Rio Grande do Sul. Notável subsídio para a decisão foi o parecer do Professor Celso Lafer.¹²⁶⁷ A tese do *habeas* não negava o crime de discriminação, mas sim alegava que os judeus não são uma raça, seguindo-se que “contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de

¹²⁶⁵ *Crime de racismo, passim.*

¹²⁶⁶ “1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “*fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias*” contra a comunidade judaica (Lei nº 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo (...) 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionistas. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam *raça inferior, nefasta e infecta*, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. (...) 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas (...) a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamofobia’ e o anti-semitismo. (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (...) 15. (...) Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável”. O Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencidos os Min. Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Min. Carlos Britto, que a concedia, *ex officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta – redigiu o acórdão o então Presidente, Min. Maurício Corrêa (*Crime de racismo*, pp. 07-10 e 230).

imprescritibilidade”. Numa interpretação extensiva, o STF debruçou-se sobre o termo *racismo*, para delimitar sua *abrangência*. Buscou compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo: “Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma” – o que é sempre interessante, em matéria penal e a versar sobre norma incriminadora.¹²⁶⁸

Também restou vencido o Min. Carlos Britto, que absolvía o paciente ao considerar atípica a conduta, argumentando que o paciente usou da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política.¹²⁶⁹ Trata-se da passagem, somada ao voto do Min. Gilmar Mendes, em que a investigação percebeu, de modo mais nítido e embora os resultados contraditórios, a consciência do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito fundamental a não ser discriminado. O Min. Gilmar Mendes enfrentou explicitamente o

¹²⁶⁷ O parecer vai publicado em LAFER, *A internacionalização*, pp. 33-88. Comentários, do autor, sobre o acórdão e os votos às pp. 89-120.

¹²⁶⁸ A teor do art. 5º, incs. XLI e XLII, o Min. Moreira Alves concluiu que a discriminação é o gênero, “sendo o racismo uma espécie agravada de discriminação”. Considerar qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias *racismo*, elevaria uma série de tipos penais à categoria de imprescritíveis (vários sancionados com penas leves, ao revés do homicídio, dos hediondos, que não são imprescritíveis). Tudo isso, “e especialmente a aberração que é a imprescritibilidade em matéria penal”, levou a uma *interpretação estrita* – à idéia comum de raça (branca, negra, amarela e vermelha), “até para não tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório”. Acena, ainda, com um critério “lógico na exegese constitucional”, devendo as normas infraconstitucionais ser interpretadas de acordo com o que dizem (*mens legis*) e não pelo que pretendeu dizer o legislador (*mens legislatoris*) – o que não é seguido na exegese constitucional, que dá relevância ao elemento histórico do texto, remetendo-se, então, às discussões da Assembléia Constituinte e à emenda aditiva do constituinte Carlos Alberto Caó (que redundou no texto do inc. XLII), que colocava em causa o racismo tradicional, que dizia respeito à raça negra). Já a *tese vencedora*, com base em parecer de Celso Lafer, argumentou que *raça* é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade e que interpretar o crime de racismo a partir do conceito estrito de raça (proposto pelo paciente), além de exprimir uma seletividade, reduz o bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro e até converte o crime em impossível, pela inexistência do objeto: as raças. Para o voto do Min. Moreira Alves, pp. 45-52 (*Crime de racismo*).

¹²⁶⁹ Considerando o voto *surpreendente*, LAFER, *A internacionalização*, pp. 115-19, oferta forte crítica, ao considerar que os livros que o paciente edita e escreveu, todos, “um inequívoco, sistemática e monotemático incitamento contra os judeus”. Refuta que o livro *Holocausto judeu ou alemão?* fosse obra de pesquisa a buscar o revisionismo histórico. Lafer, no particular, cita Bobbio, que distinguiu o “revisionismo positivo” (que faz progredir a pesquisa) do “revisionismo negativo”, como o que se dedica à denegação do Holocausto (neste contexto, aduz a dois casos franceses, do professor Robert Faurisson e do filósofo Roger Garaudy, ambos condenados por escritos de ódio, sendo a segunda decisão confirmada pelo TEDH, 24/6/2003) – o revisionismo “negativo” também desmereceu tutela do TCA. Convoca, ainda, carta jornalística em que Flávia Piovesan aplaude o editorial do jornal *O Estado de São Paulo* (07/9/2003, “Um voto a favor do racismo”, que comentava precisamente o voto de Carlos Ayres de Britto) e conclui: “Ao absolver (...) endossou tanto a legalidade quanto a legitimidade da conduta (...) Seguiu, assim, a lição de Carl Schmitt – o constitucionalista alemão que também se notabilizou por utilizar os seus conhecimentos para redigir o texto de 1934, ‘O Führer defende o Direito’. (...) Endossar esta conduta de Ellwanger, legitimando-a por uma convicta absolvição *ex officio*, configura, no meu entender, *data venia*, um voto que contraria frontalmente os valores de uma sociedade fraterna, pluralista...”.

princípio da proporcionalidade.¹²⁷⁰ Celso Lafer comenta a ponderação feita pelo STF na discussão sobre a “hipótese de conflito” entre o “princípio da liberdade de manifestação do pensamento e o crime da prática do racismo”: critica a leitura do ministro Marco Aurélio (que estaria amparada numa visão individualista, portanto redutora, de Stuart Mill, que prevê a responsabilização pelas condutas que ofendem “certos interesses de outros” – e que desconsiderou convenção internacionais assinadas pelo Brasil); refere a posição do min. Maurício Corrêa (que fixou a diretriz majoritária), no sentido de que a “aparente colisão de direitos” soluciona-se no próprio texto constitucional, pois a liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”; a ratificação deste entendimento pelo min. Celso de Mello; a discussão sob o crivo da proporcionalidade pelo min. Gilmar Mendes; e o voto do min. Sepúlveda Pertence (o primeiro a suscitar a questão), que acabou convencido de que “um livro, pode sim, ser instrumento da prática do racismo”, embora não se tenha dedicado “a uma análise profunda das obras editadas”.¹²⁷¹ Pois é justamente esta inapetência pela concretização do conflito, percebida pela investigação, que torna menos satisfatória a concordância prática realizada pela Corte brasileira – ainda que o resultado pudesse ser o mesmo, advirta-se, não estariam os juízes dispensados de demonstrar o percurso metódico e as leis de colisão, ou assertivas de prevalência, no caso examinado, de que lançaram mão.

É de mencionar, ainda neste contexto, importante ação civil pública que tramita na Justiça Federal da Bahia, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Igreja Universal do Reino de Deus, Edir Macedo (bispo, notório líder da referida igreja) e a Editora Gráfica Universal Ltda. (de propriedade da igreja). Basicamente, requereu-se, em medida liminar, fosse determinada, em todo o território nacional, a imediata retirada de circulação, suspensão de tiragem, venda, revenda e entrega gratuita da obra *Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios?*, de autoria de Edir Macedo e publicada pela gráfica ré.¹²⁷² O MPF aduz que já

¹²⁷⁰ *Crime de racismo*, pp. 135-62 e 217-25 para o voto do Min. Carlos Britto; pp. 61-77 e 204-15 para o voto do Min. Gilmar Mendes, que consignou que uma compreensão dos direitos fundamentais que não assente apenas na concepção liberal, “não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade de expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos”, já que o exercício dos direitos fundamentais, numa sociedade democrática, “se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias” (p. 215). Já Carlos Britto aduziu que “os livros em causa não dizem que os judeus são uma sub-raça (...) Não concordo com este livro. Já o disse várias vezes. Este livro não me convenceu, nenhum livro me convenceu. Agora, o paciente tinha o direito de tentar me convencer; é evidente que ele o tinha [denuncia os judeus sob a influência do sionismo, que o paciente reputa como movimento ideológico fundamentalista]. Liberdade de expressão é isso. Não falei da liberdade de expressão pura e simplesmente. Disse que a liberdade de expressão foi manejada pelo paciente para cimentar uma convicção política” (p. 218).

¹²⁷¹ LAFER, *A internacionalização*, pp. 108-14.

¹²⁷² 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, Processo nº 2005.33.00.022891-3. O pedido principal é a condenação dos réus à suspensão definitiva da obra, cumulado com pedido de condenação ao pagamento de

vinha apurando a “prática de intolerância religiosa perpetrada por pastores de igrejas evangélicas pentecostais em desfavor de religiões de matriz africanas”. O conteúdo da obra atacada “encontra-se impregnado de afirmativas preconceituosas e discriminatórias desferidas contra outras formas de manifestações religiosas e credos, em especial aos cultos afro-brasileiros” – o que tipifica, segundo a inicial, o crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, resultante de intolerância religiosa, “em verdadeira afronta à liberdade de credo e religião assegurada a todos os brasileiros”.¹²⁷³

Depois de assentar a religião afro-brasileira como “manifestação cultural”, a peça vestibular lança mão da CF 88 (arts. 3º, IV; 5º, XLI; 215 e 216) e avança para a “liberdade de comunicação das idéias religiosas” (proselitismo), que não é plena, tendo em vista o art. 208 do Código Penal (ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo) e o art. 20 da Lei 7.716/89 (preconceito de religião). No item 4.1., a inicial versa sobre a tensão entre a “liberdade de religião” e a “liberdade de expressão”, ante o “preconceito e a discriminação” e cita doutrina constitucional (Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva) além do paradigma do STF, justamente o HC nº 82.424-2. Daí que Edir Macedo “utiliza de maneira manifestamente deturpada uma prerrogativa constitucional”.¹²⁷⁴ Tece, ainda, o MPF, considerações sobre a intolerância religiosa, “em boa parte capitaneada por integrantes da Igreja Universal”.¹²⁷⁵

Ao deferir a liminar, o juízo consignou que a obra, vendida a preço simbólico (R\$ 5,00) e editada desde 2000 (já estaria na 14ª edição, 5ª tiragem), é “marcada por disseminação

indenização por danos morais coletivos, indicado o valor de dez milhões de reais. A ação foi impetrada em 1º/11/2005 e aditada (para a indenização) em 09/11/2005, deferida a liminar em 08/11/2005

¹²⁷³ Ao analisar a obra, o MPF destaca: as religiões de origem africanas são apresentadas como “seitas demoníacas, modo pelo qual o demônio age na face da terra, canais de atuação dos demônios”; os deuses cultuados pelas religiões afro-brasileiras representam “anjos decaídos, demônios, a personificação do mal”; os adeptos das religiões atacadas, ao cultuarem seus deuses, “o fazem com o objetivo de buscar algo ilícito ou imoral”. Em suma, a obra “busca incitar os fiéis das religiões de matriz africana a abandonarem suas crenças, sob a alegação de que apenas a devoção às pregações por ele [Edir Macedo] transmitidas podem salvar e conduzir a Deus”; estimula os leitores “a combater (!) estas formas de manifestações religiosas – fazendo referência, desta feita, também ao espiritismo e às religiões orientais – , a fim de expulsar os ‘exus e Cia. Ilimitada’ da vida das pessoas”. Há expressões como: “a Igreja tem de agir”, “parta para cima dos exus, caboclos”, “pise na cabeça dos exus”, além de associar as religiões afro-brasileiras “à idéia de pecado mortal”, comparados seus rituais “com a iniciação no uso de entorpecentes” e atribuído o subdesenvolvimento do Brasil a tais cultos. Assim, por meio da publicação literária, quer-se induzir e incitar a discriminação e o preconceito em desfavor do Candomblé, da Quimbanda e da Umbanda (e outras).

¹²⁷⁴ “pois, sob a égide da consagrada ‘liberdade de expressão’, incita todos os seus leitores a assumirem uma postura *preconceituosa e discriminatória* em relação à religião afro-brasileira” (p. 20 da inicial).

¹²⁷⁵ Lembra (p. 22 da peça vestibular) o “deplorável episódio” do bispo Sérgio von Helder, da Igreja Universal do Reino de Deus, que em 12/10/1995, “ao vivo e a cores para todo o Brasil, *golpeou* por 22 vezes consecutivas, utilizando-se dos pés e das mãos, a imagem da Santa de Nossa Senhora Aparecida, o que lhe rendeu, posteriormente, uma pena de dois anos de reclusão por incitar o preconceito religioso”.

de idéias segregacionistas e discriminatórias de cunho religioso” – ultrapassa “os lindes da liberdade religiosa”.¹²⁷⁶ Noutro estudo, consignou-se o efeito de *arrefecimento* que a responsabilidade civil ou criminal pode ter para o exercício das liberdades comunicativas (*chilling effect*).¹²⁷⁷ É de conectar, enfim, neste amplexo, a *liberdade de expressar-se sobre religião*. Jónatas repara que a religião, como uma “narrativa total”, geralmente quer injetar suas crenças na vida diária das pessoas e das comunidades. Como quaisquer outras entidades públicas ou privadas, religiosos e confissões podem envolver-se em atividades anti-sociais e, até, criminosas. Importa, neste quadro, proteger o discurso dissidente como uma forma de expressão religiosa. Mas também, numa sociedade livre e democrática, há de proteger-se o *discurso não-religioso sobre religião*. Citem-se apenas dois casos, ambos decididos pelo TEDH: *Otto-Preminger Institute v. Austria* (1994) e *Jerusalem v. Austria* (2001).¹²⁷⁸ A primeira, confortando a proibição austríaca do filme satírico, é criticada pelo autor, pois a Corte teria abandonado a noção que ela própria estabelecera, de que a liberdade de expressão tem que ser interpretada de maneira a proteger expressões chocantes, ofensivas e provocativas, inclusive na promoção de discurso crítico sobre a religião (especialmente da

¹²⁷⁶ Embora reconheça (p. 4 da decisão liminar) que há uma “tênue linha” entre os direitos dos réus e os de idêntico conteúdo conferidos aos seguidores das religiões de matriz africana – o limite em questão “termina exatamente quando e onde começa o direito de outro cidadão a fazer o mesmo”, sem que sofra atentado discriminatório, sem que seja desrespeitado e ultrajado. A obra não se limita a explicar e divulgar sua religião, mas se “predispõe a tratar pejorativamente outra religião e seus adeptos, incitando à discriminação através da discriminação de conceitos negativos pré-concebido” quanto às religiões afro-brasileiras.

¹²⁷⁷ WEINGARTNER NETO, *Honra*, pp. 248-57. Para maiores informações sobre o art. 240 do Código Penal Português, muito similar ao art. 20 da Lei nº 7.716/89 brasileira, vide MACHADO, *Liberdade de expressão*, nota 2012, pp. 843-4, com extensos exemplos de direito comparado, especialmente europeu

¹²⁷⁸ MACHADO, *Freedom*, pp. 503-9. No 1º, tratava-se da apresentação em Innsbrück (Tirol), pelo *Otto-Preminger Institute* (OPI) do filme “Das Liebekonzil”, um “cinema arte” de forte sátira sobre as relações entre religião, dinheiro, sexo e poder, com especial atenção para a Igreja Católica (baseado numa peça de 1894, pela qual o autor, Oskar Panizza, foi preso por crimes contra a religião). A peça foi apresentada em Roma e em várias cidades austríacas. Já o filme, com discreta promoção de mídia, permitido apenas a partir dos 17 anos de idade. Por iniciativa da Diocese Católica de Innsbrück, o direito do OPI foi processado criminalmente e as exibições canceladas. O TEDH observou a importância, num quadro de tolerância e proteção da ordem pública, de respeitar a liberdade religiosa dos outros (inclusive seus sentimentos religiosos). O “direito de não ser insultado” leva o discurso público a evitar “expressões gratuitamente ofensiva”. A Corte também considerou o papel especial desempenhado pela religião dominante e, aceitando a “margem de apreciação” da Áustria, afastou violação ao art. 10 da Convenção Européia de Direito Humanos. No 2º, Suzanne Jerusalem, durante um debate no Conselho Municipal de Viena, chamou de *seita* o “Instituto para a melhor compreensão da psicologia humana”, atribuindo-lhe tendências autoritárias e influência na política sobre drogas de um partido. O instituto, com outra associação, mediante ação civil, requereu uma injunção que a proibisse de repetir as assertivas e que se retratasse. O TEDH reafirmou a liberdade de expressão como um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática, o que inclui o direito de usar palavras que “ofendem, chocam e perturbar”, em face do pluralismo, da tolerância e da circulação de idéias. A Corte estimou que indivíduos e associações privadas abrem-se ao escrutínio público (como a esfera política) quando entram na “arena do debate público”.

religião dominante). É preferível um debate robusto do que silenciar as perspectivas hostis (além disso, o caso referia-se à liberdade de expressão artística).¹²⁷⁹

4.4.3.2 A injúria religiosa e a linguagem do ódio

Deliba-se, neste quadrante, com outra situação-limite, o tratamento jurídico-penal, constitucionalmente adequado, à “linguagem do ódio”, ao *Hate Speech* – tão próximo do fenômeno religioso, perpassado, ao longo dos séculos, pelo *odium theologicum*. O atrito mais imediato, ao cogitar-se de limitar tais manifestações, é com a liberdade expressão, na vertente liberdade de opinião.

Rejeitando a idéia de que a finalidade dos direitos fundamentais seja puramente individual,¹²⁸⁰ Martin Kriele cita Thomas Emerson (o *old grand man* da doutrina dos direitos fundamentais na América), que exemplifica, justo com a liberdade de opinião, a quádrupla finalidade de tais direitos e da filosofia política subjacente: em primeiro lugar, o “individual *self-fulfillment*” (que planta tal liberdade como um fim em si mesma, independente de saber se seu uso favorece ou não outros fins políticos e sociais); por segundo, na linha do primeiro grande defensor da liberdade de imprensa (John Milton, *Areopagita*, 1644), a proteção das condições necessárias para o progresso em busca da *verdade*, a fim de que as opiniões corrijam-se mutuamente com o transcurso do tempo (progresso dialético, formulação clássica do pensamento liberal jusnaturalista anglo-americano). O terceiro fundamento é sua imprescindibilidade para a *decisão política* numa sociedade democrática (no paralelo com a decisão judicial, não pode haver comando justo e objetivo a menos que todos os participantes possam ter externado suas opiniões, o que vale tanto mais quanto mais complexas as relações sociais e econômicas) – este também é um argumento do repertório da velha tradição, esgrimido no século XVII pelo *chief justice* Hale frente a Hobbes; em quarto lugar, o fato de possibilitar um *equilíbrio entre estabilidade e mudança* (confronto de idéias, não de força, na tradição anglo-saxã de sacar conseqüências políticas da regra *trial and error*).¹²⁸¹

¹²⁷⁹ Lembra o autor que o moderno discurso liberal constitucional deve muito às sátiras que, nos séculos XVII e XVIII, expuseram a hipocrisia moral do *Ancien Regime*; enquanto a Áustria bane um discurso hostil ao Cristianismo (feito por um pequeno grupo de cultura alternativa), o próprio Cristo foi crucificado pelas autoridades de seu tempo, porque efetivamente desafiou as instituições religiosas dominantes.

¹²⁸⁰ A visada individualista seria estranha à clássica vertente inglesa (KRIELE, *Introducción*, p. 471).

¹²⁸¹ Thomas J. Emerson, *Toward a general theory of the first amendment*, “The Yale Law Journal”, 1963, pp. 72 e ss., cf. KRIELE, *Introducción*, pp. 472-4. A tradição é (como consignado em *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa*, p. 84, nota 182), no mínimo, homérica: na *Ilíada*, Canto 1, 210-14 (trad. Haroldo de Campos),

A década de 90 foi relativamente pródiga no debate acerca da “difamação de grupos” (insultos ou expressões denegritórias dirigidas a grupos ou pessoas individuais em razão de sua raça, sexo, religião etc.). Coderch discute um artigo de Mari Matsuda, uma resposta pública à linguagem racista sob perspectiva vitimológica (publicada na *Michigan Law Review* em 1989), no qual a autora pretende que o Senado americano ratifique a Convenção de 1966 sobre discriminação racial (cujo art. 4º prevê a criminalização daquelas manifestações). Busca, para tanto, compatibilizar o obstáculo constitucional para, a final, excluir um tipo de discurso político/ideológico precisamente em função de seu conteúdo. Utiliza de analogias com o discurso agressivo e provocador (*fighting words*) e com os ditos obscenos, além de assinalar que a doutrina de supremacia racial é universalmente considerada incorreta (não apenas impopular). Descrente de princípios neutrais, a autora propõe um privilégio para as “vítimas históricas”. Coderch, noutra trincheira, desconfia de uma voga “politicamente correta” e aponta a generalidade de tais propostas (enunciados vagos), sua assimetria (um duplo *standard* segundo quem fala e quem é o destinatário, que leva ao problemático argumento *ad hominem*) e sua “globalidad”, a abarcar de maneira total aspectos básicos da condição humana. Qualifica o movimento de “projeto mais ambicioso de depuração dos conteúdos permissíveis do discurso do final do século”.¹²⁸²

De maneira muito sugestiva, Paulo Ferreira da Cunha comenta a “certa reverência” com que os direitos humanos são vistos por parte de “ritualísticos oficiais desse ofício, que não querem deixar de sacrificar nesse altar”.¹²⁸³ Aduz que o caráter iterativo é “próprio das religiões” e que, na fase de expansão, lá e cá, o fenômeno é “proselítico, agressivo, conquistador. Intolerante também”. Insurge-se o autor, no que concerne ao tema, com duas *heresias* dos direitos humanos (a primeira é o que chama de *falsa discriminação*, o mau uso do discurso da discriminação e da ação afirmativa). A segunda, é a do *fundamentalismo* ou

quando Aquiles, turvado de ira, “entretanto ia sacando da bainha o gládio enorme” (contra o Atreide, chefe de homens, que o afrontara), é acalmado por Atena – “Vamos, pára essa briga! *Deixa em paz a espada! Insulta-o com palavras, sim, o quanto queiras*. Agora vou dizer-te o que se cumprirá: um dia hão de pagar-te o triplo em dons esplêndidos como preço da afronta. Acalma-te e obedece” (grifou-se). Daí a extrema tolerância no que tange ao debate político, particularmente alargada a liberdade de expressão? KRIELE, *Introducción*, p. 474, agrega outros dois aspectos: um quinto é que o *controle democrático* dos órgãos do Estado pressupõe liberdade de opinião (vigilância da opinião pública e indignação pública em caso de violações funcionais); em sexto lugar, o reforço de legitimidade, ao alimentar esperanças de que as injustiças serão eliminadas no futuro e a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas a exame crítico.

¹²⁸² Veja-se SALVADOR CODERCH, *El mercado*, pp. 535-7. Eco refere-se à intolerância em relação àqueles que não obedecem às regras da *political correctness* da América do Norte (ECO, *A Intolerância*, p. 16). Com foco nas caricaturas e sátiras, tratou-se do problema da arte em *Honra, privacidade e liberdade de imprensa*, pp. 169-74, mencionando a nota 180 (p. 171) o risco da ditadura do *politically correct*.

totalitarismo, pelo qual alguns sacerdotes da nova religião pretendem reeditar o lema revolucionário: “nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade” – refere-se ao *politicamente correto, pensamento único* etc. Há coisas que não se podem fazer, outras que não se podem dizer – quem ousar o contrário, por ora, pode ser “vítima de evitamento social, exclusão mais ou menos sutil, no limite, perseguição”. Diferente das ditaduras de antanho, o centro desse poder não são as instituições políticas, sendo os *media* o seu natural veículo.¹²⁸⁴

Um pouco nessa linha, Canotilho/Machado, nos comentários sobre “reality shows”, observam, em tom crítico, as tentativas de enquadrar (para proibir) programas como o “Big Brother” com base na premissa da dignidade da pessoa humana (o Estado, para tal argumento, tem que proteger os indivíduos de si mesmos e das suas decisões). Mesmo autores que reconhecem que tal via pode facilmente atentar contra as liberdades e reduzir seu conteúdo “às manifestações consideradas ‘boas’, ‘autênticas’, ‘sérias’, ‘verdadeiras’, ‘humanamente dignas e adequadas’, com a inescapável promoção e edificação de um paternalismo estatizante”, acabam defendendo restrições, agora apoiados na cláusula da ordem pública, na prevenção do que qualificam como “poluição intelectual e moral”.¹²⁸⁵

Em face do repto, respondem os autores. Há falar em “ecologia moral e cultural”, então a liberdade de expressão em sentido amplo “aponta claramente no sentido da proteção da biodiversidade axiológica e cultural, no pressuposto de que a existência de uma pluralidade de perspectivas é enriquecedora da esfera pública”. Por segundo, a liberdade de expressão, em sentido amplo, extravasa o âmbito da discussão pública dos assuntos políticos (estende-se para a cultura, a arte, o entretenimento, “devendo a perspectiva ‘speaker oriented’ prevalecer sobre a perspectiva ‘audience oriented’.”. É de recusar qualquer censura (*lato senso*), que se

¹²⁸³ “provavelmente pelo medo ancestral de represálias por parte da nova divindade” – CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 183 (citado *O ponto de Arquimedes*).

¹²⁸⁴ CUNHA, *O ponto de Arquimedes*, pp. 185-7. Como uma religião expansionista não tolera outra, a Igreja Católica Apostólica Romana, segundo o autor, tem sido o alvo mais recente dos ataques. Refere a retirada de cruzes de escolas e tribunais na Alemanha, “em nome da liberdade religiosa” e, mais recente e clamorosamente, a “proposta de proibição da leitura da Bíblia a menores”, por violenta e (alegadamente) contrária aos direitos do homem – menciona texto divulgado pela internet em agosto de 2000, que dá conta que advogados alemães teria solicitado à ministra da Família que a Bíblia fosse incluída na “lista de livros considerados perigosos para as crianças”, ao menos até que as passagens de violação dos direitos humanos sejam suprimidas (predica-se, segundo os autores da petição, o “genocídio, o racismo, a animosidade para com os judeus, execuções atroz de adúlteros e homossexuais...”).

¹²⁸⁵ CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 67-77. Citam, no primeiro caso, Ulkike Hinrichs; no segundo, Stephen Huster, que, embora fale de ordem pública, traz “subjacente ao seu discurso a lógica da moral pública e dos bons costumes, ainda que ligeiramente reciclada com ‘preocupações ambientais’. De acordo com uma idéia de ecologia cultural, o que estaria em causa, na perspectiva de Huster, é o problema fundamental da difusão do ‘telelixo’.”

“baseie numa idéia de ordem ou moral pública, nos sentimentos dominantes, ou numa noção pré-determinada do que seja o modelo socialmente correto de desenvolvimento da personalidade” – daí que se deveria colocar a expressão “moral pública” sempre entre aspas, para sinalar a “relatividade do conceito numa sociedade livre, democrática e pluralista”. Em terceiro lugar, é de levar em conta que o público está longe de ser homogêneo, segmentando-se com valores, gostos e sensibilidades diferentes.¹²⁸⁶ Em quarto lugar, a moral pública e os padrões comunitários “difícilmente constituirão, por si só, fundamento constitucionalmente legítimos para restringir a liberdade de expressão” (já que a razão de ser deste direito fundamental, e vale o mesmo para a liberdade religiosa, assenta na necessidade de garantir a “proteção de formas de comunicação não necessariamente conformes com o sentimento dominante”).¹²⁸⁷

Permita-se, ainda, pela relevância do tema, trazer a reflexão de Jónatas sobre o *discurso do ódio*, que articula com a imputação aos grupos sociais e com a obrigação de tolerância.¹²⁸⁸ A questão avulta no plano dos “grupos sociais que venham sendo alvo de práticas sistemáticas de discriminação e estigmatização”. Neste contexto, fala-se de uma “nova liberdade de expressão” e cogita-se a admissibilidade (contra a doutrina tradicional dos crimes contra a honra) das injúrias dirigidas a grupos. No fundo, trata-se dos *limites* que devem balizar o “discurso do ódio” (*hate speech*) e as “palavras de guerra” (*fighting words*), na medida em que a comunicação de tais conteúdos provoca um dano de *status* (ou uma lesão *estigmática*) num determinado grupo e, por essa via, “nos seus membros individualmente considerados” – o que se acentua especialmente quando sua identidade, numa parte substancial, é definida pelo seu sexo ou orientação, raça, religião. Igual dignidade e liberdade, como núcleo constitucional, é um princípio nas “antípodas de qualquer organização social com base em *estamentos* ou *castas*” – o que aponta para a dignidade social dos grupos, que estaria na linha de base da exigência de neutralidade estatal em relação aos diferentes

¹²⁸⁶ “A ‘junk-food’ de uns é a ‘fast-food’, ou mesmo a ‘haute cuisine’ de outros” (CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, p. 79)

¹²⁸⁷ Assim, a função do direito constitucional não consiste em “avançar com proibições categóricas de determinadas formas de discurso, mas sim, quando muito, em recomendar o seu encaminhamento (*channeling*) para os públicos que a elas pretendem ter acesso”. Referem que o direito constitucional “mostra-se geralmente relapso a uma precipitada fuga para cláusulas gerais e conceitos indeterminados (...) como estratégia retórica de manipulação conceitual do nível de generalidade dos direitos fundamentais e dos fundamentos constitucionais da sua restrição, em termos que permitam, aos operadores jurídicos, através de ‘ponderações apócrifas’ [citam Laurence Tribe e Michael Dorf], iludir, de forma retórica, os *limites dos limites* e o dever de fundamentação das restrições” (CANOTILHO/MACHADO, *Reality*, pp. 82-3). Sobre a utilização de bens comunitários, especialmente “moral pública, bons costumes e obscenidade” como *conceitos de atalho* (*shortcuts*) para justificar restrições aos direitos fundamentais, vide MACHADO, *Liberdade de expressão*, pp. 849-56.

conteúdos expressivos. Daí a legitimidade constitucional de restrições legais, civis e criminais, “a condutas expressivas que tenham por *único* objetivo a ofensa e a humilhação social de determinados grupos sociais” (homofobia, racismo, xenofobia, expressões anti-religiosas).

Mais delicado é equacionar tais idéias com o objetivo de “assegurar a existência e a integridade de uma *esfera de discurso público* aberta e pluralista”, na tradição de “confrontação pública e *interação crítica*, à margem de qualquer órgão de censura *politicamente correto*”, que teria competência para discernir, modo unilateral, centralizado e autoritário, as boas e as más idéias, as verdadeiras e as falsas. Chama a atenção, neste pano de fundo, o *efeito silenciador (silencing effect)* “provocado pelas formas de discurso acima mencionadas, alegadamente marginalizadoras e estigmatizantes dos grupos a que se dirigem”, num alerta para o “caráter *irracional e coercivo* que o discurso público pode assumir quando o preconceito é onipresente e sistêmico”. Exsurge a relação de tensão entre o objetivo da *inclusividade* da esfera pública e o “propósito de impedir que a inclusão se processe à custa da criação de vários temas ‘tabu’ subtraídos a qualquer discussão, inviabilizando a idéia de esfera de discurso público”. Sem esquecer o risco de “institucionalização comunicativa de uma ortodoxia politicamente correta, subtraída a qualquer discussão”. Há, rondando o discurso do ódio, um “irreprimível impulso censório”, quando seria possível alcançar um ponto de equilíbrio: é tão legítimo feministas radicais e comunidades homossexuais “apelidarem as hierarquias eclesiásticas de misóginas e homofóbicas, como estas insistirem no sacerdócio patriarcal e afirmarem o caráter pecaminoso da homossexualidade”.¹²⁸⁹

¹²⁸⁸ MACHADO, *Liberdade de expressão*, pp. 838-48. Segue-se, salvo indicação, sua abordagem. O Min. Gilmar Mendes, nos seus votos do HC nº 82.424 (já citados), também trata do “hate speech”.

¹²⁸⁹ MACHADO, *Liberdade de expressão*, p. 846: “Do mesmo modo, é tão legítimo procurar demonstrar que o Holocausto nunca existiu, ou que foi o castigo divino pelos pecados de almas reencarnadas, como tentar provar que todos os alemães foram carrascos voluntários ao serviço de Hitler, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para os crimes cometidos por outros regimes políticos, autoritários ou não”. A jurisprudência alemã vem enquadrando no § 194 do StGB (com a redação resultante da reforma de 1985), como um crime de ofensa à memória das pessoas mortas, “a negação pública do extermínio maciço, sistemático e tecnicamente programado e executado, de homens, mulheres e crianças judias nos campos de concentração nazistas durante a II Guerra Mundial”. A enormidade única do crime justifica a referência histórica concreta que delimita a expressão que se proíbe. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou limitações deste tipo à liberdade de expressão e informação compatíveis com a Convenção de Roma (vide WEINGARTNER NETO, *Honra*, p. 299). Aliás, na linha de Umberto Eco: “É diante desse intolerável que se revela a abjeção do sórdido raciocínio dos negacionistas, que se metem a calcular se os mortos realmente foram milhões, como se entre cinco, quatro, dois ou um se pudesse chegar a uma negociação. (...) E só se podia responder que não apenas naquele momento, mas cinquenta anos depois, e nos séculos vindouros, não seria tolerável” (ECO, *Cinco escritos morais*, p. 123). No mesmo texto, entretanto (p. 113), ao discorrer sobre a intolerância, refere o fenômeno da *political correctness*, que nasceu para a promover a tolerância e o reconhecimento de qualquer diferença “e todavia está se transformando em uma nova forma de fundamentalismo que investe de maneira quase que ritual contra a

Observa Jónatas que valorar e proscrever qualquer das opiniões em confronto “implicaria a existência de um sistema de censura”, de tendência expansiva, razão pela qual uma “doutrina de restrição do discurso a partir do ódio” (*hate speech; hate crimes*), em nome de uma “moralmente correta *política do amor*”, tem que ser objeto da maior precaução, sob pena da “nova liberdade de expressão” confundir-se com a “velha censura”. O papel do direito penal e do direito civil nesta equação ainda não é claro – em boa medida, o problema “parece reconduzir-se à questão de saber qual o alcance que deve ser dado à *obrigação de tolerância (Toleranzgebot)*”. O escopo de igual consideração e respeito “não pode ser utilizado para subtrair à discussão temas tão importantes como a identidade dos grupos sociais e as suas relações com os indivíduos, nem sempre isentas de coerção e discriminação”. O princípio da tolerância (CPJ, 2.1.5, notadamente 2.1.5.2, que incide sobre os particulares) deve conformar o *cluster right* nas manifestações de liberdades religiosas comunicativas (ou de liberdades comunicativas de conteúdo religioso) – mas é *duvidoso* que, “em sede de controle de sua violação, a mesma tenha que ter correspondência, a toda a linha, em normas de natureza jurídico-penal”.¹²⁹⁰

Em duas ou três pinceladas, pela obrigação de apresentar um contraponto, é de ouvir Owen M. Fiss, que justifica, com bons argumentos, a regulação restritiva estatal do discurso do ódio. Inicia por lembra que, nos debates pretéritos, o Estado era o “inimigo natural da liberdade” – tratava-se de estabelecer limites para que não pudesse silenciar o indivíduo. Hoje (refere-se ao *hate speech*, à pornografia e ao financiamento das campanhas eleitorais), o Estado pode “converter-se em amigo da liberdade”. Formula, ademais, uma teoria acerca da 1ª Emenda e da liberdade de expressão com a tônica mais em valores sociais que individuais – uma *teoria democrática* (que indaga como o Estado pode ampliar nossa liberdade), em vez de uma concepção “libertária-individualista” (que não consegue explicar porque quem fala tem prioridade sobre quem escuta ou a tutela de organizações e instituições que não representam um interesse individual direto). Para o autor, a liberdade de expressão é tão importante porque é “essencial para autodeterminação coletiva”.¹²⁹¹

Prossegue, para tratar da expressão e de seu *efeito silenciador*. Certo que os limites expressivos variam (conforme a época e até os juízes), mas em busca de um equilíbrio, em geral aceitando-se a regulação de um conjunto de categorias expressivas, v.g., permite-se ao

linguagem cotidiana e que trabalha ao pé da letra em detrimento do espírito” – sobretudo, “pode-se discriminar os que não seguem as regras do *politically correct*”.

¹²⁹⁰ MACHADO, *Liberdade de expressão*, p. 848.

Estado regrad as “palavras provocadoras” (*fighting words*), mas não a “defesa geral de idéias” (*general advocacy of ideas*). No caso do discurso do ódio, é de agregar outro dos objetivos definitórios do liberalismo, a igualdade – o Estado regula tais expressões sob a teoria de que denigrem o valor e a dignidade de suas vítimas, “e dos grupos a quem pertencem”. A igualdade, nota o autor, na década de 1960, era uma aspiração (capaz de mobilizar a nação) lutando para estabelecer-se como um “princípio na arena constitucional”, ao passo que hoje é “uma das vigas centrais da ordem jurídica”. Na assertiva, não pretende priorizar a igualdade em face da liberdade (a 14ª Emenda na frente da 1ª Emenda), mas reconhecer, simplesmente, a dificuldade/impossibilidade de “descobrir um método para eleger entre estes dois valores”.¹²⁹²

Para evitar um beco sem saída, não serve expulsar da equação o elemento expressivo (na ótica da investigação, algo que ocorre com alguns manejos dos limites imanentes, que excluiriam “a priori” as expressões de ódio do âmbito normativo da liberdade de expressão). Owen Fiss propõe ver as regulações como “medidas que promovem a liberdade de expressão, em lugar de restringi-la”. Recorda que, na história, o Estado já restringiu a expressão em nome da liberdade (a repressão ao Partido Comunista no auge da Guerra Fria, com medo que a propaganda respectiva resultasse numa ditadura totalitária). Hoje, a ameaça à liberdade, pela expressão, e.g. do *hate speech*, “é mais direta e imediata”. Não se teme que “chegue a convencer os ouvintes para que atuem de uma determinada maneira” (subjungando diversos grupos sociais desfavorecidos, v.g.), mas sim que a expressão “torne impossível aos grupos desfavorecidos sequer participarem do debate” – neste contexto, o remédio clássico (mais liberdade de expressão) resulta inútil. Neste caso, não é o Estado que ameaça a liberdade de expressão, e sua intervenção reguladora funda-se na teoria segundo a qual “fomentar um debate completo e aberto – assegurando que o público ouça tudo o que deveria – constitui um fim legítimo para o Estado” – inclusive se a dinâmica silenciadora opera através de mãos privadas (por meio da pessoa que lança epítetos racistas) existe um “amplo fundamento em favor da intervenção”: o Estado simplesmente exerce seu *poder de polícia*, como ao ditar leis sobre controle de armas e limites de velocidade.¹²⁹³

Fiss sinala que, se só estivessem afetados os interesses auto-expressivos de cada grupo (um racista e uma vítima hipotética, por exemplo), então certamente haveria um “elemento de

¹²⁹¹ FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 12-4 (citado *La ironía*).

¹²⁹² FISS, *La ironía*, pp. 15 e 22-4.

¹²⁹³ FISS, *La ironía*, pp. 27-9.

arbitrariedade na decisão do Estado de preferir um grupo frente ao outro”. Mas há algo mais em jogo: *estabelecer as pré-condições essenciais para o autogoverno coletivo, assegurando que todos os pontos de vista sejam expostos ao público*. Às vezes, “devemos minorar as vozes de alguns para poder ouvir as vozes dos demais” – aparece, novamente, a *igualdade*, mas como um valor enraizado na 1ª Emenda (não na 14ª), centrado na “pretensão destes grupos de terem uma oportunidade plena e igual de participar do debate público”. O Estado, assim, trata de proteger o interesse da audiência – a cidadania em geral – em “escutar um debate completo e aberto sobre assuntos de importância pública”. Em última instância, o contravalor (à liberdade de expressão), não é a ordem pública nem a igualdade, e sim a própria *democracia*.¹²⁹⁴

4.4.3.3 Reflexos da objeção de consciência

No que tange à objeção de consciência, trata-se de uma velha questão que merece nova discussão, considerando a via constitucional de positivação de direito fundamental. Em parte *antiga*, como a pergunta de Creonte, “sabias que fora publicado em édito que proibia tal ação? E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis?”, e a resposta de Antígona: “É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses”.¹²⁹⁵

Em parte, intrinsecamente *contemporânea*, ao passar-se da responsabilização penal “tout court” do criminoso por convicção (aquele consciente do caráter proibido do ato, mas que em nome de uma certa convicção política, religiosa ou social, nega, em termos de legitimação pessoal, a natureza criminal do ato, substituindo a valoração legal pela sua), para “um ponto de confluência do discurso jurídico-penal com o discurso jurídico-político, em particular jurídico-constitucional”. Transposição esta que, chamando a debate, de forma muito

¹²⁹⁴ FISS, *La ironía*, pp. 30-1. Em conclusão (p. 109), o autor aduz que o de que se necessita é de um “melhor sentido da proporção”. Devemos aprender a abraçar uma “verdade que está cheia de ironia e de contradição: que o Estado pode ser tanto um amigo como um inimigo da liberdade de expressão; que pode fazer coisas terríveis para socavar a democracia, mas também coisas maravilhosas para fomentá-la”. Esta é a *verdade complexa*, “muito mais complexa do que temos querido admitir durante já faz bastante tempo, mas uma verdade que, todavia, está – espero – a nosso alcance.

¹²⁹⁵ SÓFOCLES, *Antígona*, 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992, pp. 56-7. Prossegue a sobrinha do tirano de Tebas: “Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Por causa das tuas leis, não queria eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem”.

particular, o tema das *limitações de direitos fundamentais*, “bem se pode afirmar que constitui a característica mais marcante da evolução do tratamento do problema do agente por convicção nas três últimas décadas”.¹²⁹⁶

Pelo menos até metade do século XX, segue-se a análise de Figueiredo Dias, a *communis opinio* apontava para a desnecessidade de um tratamento especial para o fato de convicção no domínio da teoria geral do delito, mesmo porque a simples convicção subjetiva, a erigir outro complexo axiológico, não poderia afastar a validade e o poder vinculante do direito positivo (afirmadas, então, a tipicidade e ilicitude de tais fatos e, com algumas hesitações, a culpabilidade). De lembrar-se, ainda, a transição na Alemanha Federal de um sistema totalitarista para uma democracia pluralista e tolerante, cujo funcionamento, entretanto, *não dispensava a submissão individual às decisões axiológicas majoritárias*. Alguma consideração seria de cogitar, apenas, quanto aos efeitos do fato criminoso, conhecida a proposta de Radbruch de uma pena mais branda ao agente por convicção, quando “respeitáveis” seu motivos subjetivos.

Mas, e se determinados fatos praticam-se a partir de decisões que concernem ao *cerne da personalidade ética, irrecusáveis ao indivíduo pena de perda da identidade da personalidade*? Aqui a autonomia problemática dos fatos de consciência, a rigor irrelevante o conteúdo da decisão, em face da neutralidade do Estado e da proteção da inviolabilidade da liberdade de consciência.¹²⁹⁷ Se o conflito antes era mais de entorno jurídico-filosófico, passa a ser intra-sistemático e jurídico-positivo, “desde o momento preciso em que nas leis fundamentais dos países democráticos se passou a garantir, como direito fundamental da pessoa, a *liberdade de consciência*; e de que constitui exemplo paradigmático o disposto no art. 41º, n. 1, da CRP (e também o art. 5º, VI, da CF 88)”.¹²⁹⁸ Pensem-se: no crente que ritualmente sacrifica a vida de um filho a seu Deus por imperativo religioso de consciência; no cidadão convicto que faz a apologia do racismo; do médico que se sente impedido, em função de sua consciência religiosa, de interromper uma gravidez embora indicação técnica; na testemunha de Jeová que não consente na transfusão de sangue ao filho necessitado etc.

¹²⁹⁶ DIAS, *Questões*, p. 316. Segue-se, salvo indicação, seu artigo “Dos fatos de convicção aos fatos de consciência: uma consideração jurídico-penal” (op. cit., pp. 313-54).

¹²⁹⁷ Ressalva-se, ainda uma vez, a visão crítica da investigação em relação à neutralidade, a considerar o núcleo duro do programa constitucional, os valores aglutinantes do Estado Democrático de Direito.

¹²⁹⁸ DIAS, *Questões*, p. 325.

Suficiente, neste espaço, resenhar as principais posições teóricas que negam, ao cabo, uma causa de justificação (de exclusão de ilicitude) ao agente por decisão de consciência:

1) uma corrente já opera uma redução no conceito de “decisão de consciência”, analisando seu conteúdo por um critério que só mereceria tutela quando reconduzível a uma “ordem axiológica constitucional” – o que violaria “a neutralidade ideológica do Estado e anularia a liberdade de decisão de consciência a favor de uma determinada ideologia ou credo”;¹²⁹⁹¹³⁰⁰

2) a via da mais abalizada doutrina e jurisprudência alemãs, com o recente contributo de Roxin, procura precisar e restringir o âmbito da liberdade de consciência constitucionalmente inviolável (que não passará por uma inaceitável cisão entre *forum internum* e atuação no exterior ou pelo apelo a uma cláusula geral de reserva de lei ordinária programada para submeter aquela liberdade fundamental), de modo que o espaço para um princípio de solução parece estar no fenômeno da *colisão ou conflito de direitos fundamentais*.¹³⁰¹ Roxin, por exemplo, em apertada síntese, vê os primeiros limites imanentes na existência (independência e integridade) do estado, na sua segurança e nos seus mais elevados princípios constitucionais – o que afasta o privilégio para o traidor da pátria ou para o terrorista que visa a destruir o sistema constitucional. Os casos restantes dependerão de uma ponderação, decidida a *favor da limitação da liberdade de consciência* quando, do contrário, o Estado estaria tolhido na prossecução de suas finalidades fundamentais ou o indivíduo resultaria com uma capacidade de intervenção maior que a disponível ao próprio Estado. Mas que penderá a *favor do fato de consciência* quando apenas se atingirem liberdades e direitos fundamentais de terceiros “de forma periférica”, ou quando a prática do agente de consciência não negue como tal a liberdade de ação do outro, mas só, na sua necessidade, afete fugazmente os direitos alheios;¹³⁰²

¹²⁹⁹ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 943, a vulnerar o art. 4º da Lei Fundamental alemã.

¹³⁰⁰ (CPJ, 1.1.3) e considerações sobre as dificuldades para que as leis penais operem, pura e simplesmente, como limite geral ao direito fundamental à liberdade religiosa como um todo (efeito de irradiação, efeito recíproco, limite dos limites).

¹³⁰¹ Veja-se a instigante observação de DIAS, *Questões*, p. 331: “O constitucionalista, porque não centra em regra a sua atenção sobre os específicos problemas donde resulta a violação de um concreto bem jurídico-*penal*, a maioria das vezes individual – a vida, o corpo, a propriedade, o patrimônio – , tem invencível tendência, quando se trata de definir os limites da liberdade de consciência, para alcançar cláusulas gerais limitadoras (as mais das vezes, e não será por acaso, relativas à prevalência de bens jurídicos *supra-individuais*) que não oferecem terreno suficientemente sólido para que sobre ele opere o penalista.”

¹³⁰² ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 946-9.

3) Figueiredo Dias, de outra banda, para superar alguns paradoxos que aponta, em nível jurídico-penal, aposta que é na “*desconstitucionalização dos fatos de consciência* que se tem ainda de trabalhar como via para encontrar para eles uma mais justa e adequada consideração quando conduzem à prática de uma fato penal”.¹³⁰³ E defende que, levando em conta a já citada relação de mútua implicação entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, “*a manifestação da liberdade de consciência encontra o seu limite imanente sempre que ela preenche um tipo legal de crime, sem que haja lugar em nenhuma destas hipóteses a traçar aquele limite em função de uma qualquer ponderação de bens ou de direitos conflitantes.*”¹³⁰⁴ Assim, parece estar na linha da atual tendência da Suprema Corte norte-americana (caso *Smith II*).

A par disso tudo, que é fértil terreno especulativo e de óbvio relevo prático, fica em aberto precisar em que nível da teoria geral do delito o fato de consciência deve produzir seus efeitos, tarefa inadequada à investigação.¹³⁰⁵

Indicam-se, pela pertinência da abordagem dogmática e tratamento das fontes bibliográficas, as conclusões de Bruno Heringer Junior, que tratou especificamente do tema.¹³⁰⁶ Quanto à *tipicidade*, a melhor política criminal consiste em evitar o conflito “através

¹³⁰³ DIAS, *Questões*, p. 336.

¹³⁰⁴ DIAS, *Questões*, pp. 338-41. O problema é discutido pelos grandes tratadistas alemães, em geral no âmbito da *culpabilidade*, por exemplo: JAKOBS, *Derecho Penal. Parte Geral. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. (trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 697-704; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. cor. e ampl. (trad. José Luis Manzanares Samaniego), Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 372-3.

¹³⁰⁵ Confirmam-se: DIAS, *Questões*, pp. 342-54; ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 949-53. Sede em que se poderia discutir a *atipicidade* da omissão, por imperativo de consciência, amiúde religiosa, de comandos legais cuja teleologia pode ser satisfeita por *alternativas neutras à consciência*, como o do serviço civil alternativo à prestação militar obrigatória. Cogita-se, em nível dogmático, de uma *exculpação* supralegal, ora por argumento analógico com o estado de necessidade desculpante (Portugal e Alemanha, ao revés do Brasil, adotam a teoria diferenciadora, que só admite efeito justificador para o “direito de necessidade” que sacrifica bem jurídico de valor menor, negando a exclusão da ilicitude na clássica “tábua de salvação” que opõe vida contra vida), ora numa analogia material com a falta de consciência da ilicitude – a última posição é defendida por Figueiredo Dias, para uma gama de casos que podem conduzir à exclusão da culpabilidade: a testemunha de Jeová que, por decisão de consciência, não solicita auxílio para o cônjuge que padece de hemorragia grave; o médico católico que não realiza um aborto terapêutico, não podendo ser substituído por outro; o fiel de um credo religioso que se serve, sem autorização, do veículo de um vizinho por não ter outra possibilidade de assistir a um serviço; o objetor, por razão de consciência, ao serviço cívico substitutivo do serviço militar obrigatório, vislumbrando no agente a persistência, “apesar do ilícito-típico cometido, de uma atitude, prezada acima de todas pela ordem jurídica, de ‘ser-homem’ e de ‘ser-livre’, é dizer, de simultaneamente *ser-consigo-mesmo* e de *ser-com-os-outros* na comunidade”. No Brasil, Dotti refere-se à cláusula de consciência como espécie de inexigibilidade de conduta diversa (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 427-8). Vide, também, entre outros: ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual*, pp. 440-3; pp. 644-7, com interessante abordagem sobre a *consciência dissidente*, o erro de compreensão e o erro culturalmente condicionado.

¹³⁰⁶ HERINGER JUNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites* – Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2003, pp.

da previsão de alternativas neutras quando a imposição de algum dever legal puder afetar eventuais convicções dissidentes”. Outra consequência reside na própria interpretação do tipo penal (além da inexigibilidade da ação prescrita, aferida a capacidade individual concreta de atender ao mandado legal, poder afetar a tipicidade dos delitos omissivos). Tangente à *ilicitude*, o interesse prevalente (apurado à luz da proporcionalidade) no caso concreto pode ser a liberdade de consciência (o fundamento legal da exclusão de ilicitude seria ofertado pela justificação do “exercício regular de direito”). No que toca à *culpabilidade* (vencidos os patamares anteriores), pode ocorrer situação de inexigibilidade de conduta diversa para um agente que se sinta, por suas convicções, impedido de observar a proibição penal (com isenção de pena). A exculpação, o autor cita Roxin, seria mais precisamente isenção por desnecessidade preventiva, geral ou especial. Possível, ainda, superada a análise das categorias delitivas, aplicar-se a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal – mas se as convicções do objeto “contrastarem radicalmente com o marco axiológico da Constituição, pode vir a ser-lhe agravada a sanção penal”.¹³⁰⁷

89-122 (citado *Objecção*). Rejeita a distinção entre delinqüente por consciência e delinqüente por convicção, pouco útil, pois, ambas gozando de proteção constitucional, conduziriam a soluções idênticas.

¹³⁰⁷ HERINGER JUNIOR, *Objecção*, pp. 125-6.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da investigação, se já não se descortina o oceano de possibilidades inicial, acredita-se que a navegação foi segura, ancorada em adequada cartografia constitucional.¹³⁰⁸ Assim, a liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro *deixa de ser um problema* para substanciar o *direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*, um *feixe de posições jusfundamentais radicado na CF 88 e apto a harmonizar a maximização da inclusividade (acolher as confissões religiosas minoritárias) com a tolerância ao fundamentalismo-crença e o bloqueio ao fundamentalismo-militante*. Um direito complexo que, nem por isso, deixa de ser eficaz e operacional, inserindo-se nas relações entre as pessoas, físicas e jurídicas, e o Estado – e das pessoas entre si.

As perguntas, formuladas na introdução, receberam respostas consistentes. Podem-se realçar, a benefício da tese, os momentos mais elucidativos e significativos da investigação.

1. Para amenizar o *odium theologicum* que semeava guerras (ou circunscrevê-lo ao campo religioso), apostou-se, primeiro, no conceito de *tolerância*. Paulatinamente, na vaga da racionalização e da secularização, o que era tolerável transmuda-se em *direito fundamental*, o que conduz ao novo patamar do Estado democrático de direito, que se liberta das raízes teológico-confessionais e assenhora-se do discurso jurídico-constitucional. E, no entanto, a revanche de Deus bate à porta, no mínimo para vincar um clima pós-secular, de ressurgimento

¹³⁰⁸ A proposta, de uma cartografia simbólica das representações sociais (no caso, o Direito), é de SANTOS, *Crítica da razão indolente*. Os mapas são distorções reguladas da realidade, distorções organizadas (segundo escalas, projeções e simbolizações) para instituir a orientação. Devem ser fáceis de usar, do que resulta permanente tensão entre representação e orientação (representação a mais pode impedir a orientação) – pp. 183-90. O Direito Constitucional é talvez o ramo do direito estatal (que convive, no pluralismo jurídico, com direitos locais e globais) de menor escala num grau de média escala (entre o local e o global): “a legalidade de pequena escala é pobre em detalhes e reduz os comportamentos e as atitudes a tipos gerais e abstractos de ação. Mas, por outro lado, determina com rigor a relatividade das posições (os ângulos entre as pessoas e entre as pessoas e as coisas), fornece direcções e atalhos, e é sensível às distinções (e às complexas relações) entre parte e todo, passado e presente, funcional e disfuncional. Em suma, esta forma de legalidade cria um padrão de regulação baseado na orientação e adequado a identificar movimentos” (p. 195).

religioso, no qual o cidadão não se contenta em confinar sua espiritualidade aos deuses lares e exige espaço, em maior ou menor grau, na praça.

2. A dignidade humana foi assumida como premissa antropológico-cultural do Estado constitucional, a manifestar-se nas liberdades culturais e na democracia pluralista (conseqüências organizativas – Estado democrático de direito), a quem já não compete unificar (integrar) a nação dispersa, mas sim assegurar a inclusividade, de maneira que as diferenças culturais concorram num sistema pluralístico, plasmando a sociedade aberta. Nestes campos, *o Estado constitucional há que se afirmar perante os fundamentalismos*. Vale dizer, o princípio da não identificação, em rigor, *não pode significar neutralidade*, visto que o Estado democrático de direito precisa garantir suas premissas, os valores básicos fundadores do modelo constitucional, que podem ser chamados (no contexto da hermenêutica diatópica, disposta ao diálogo e na busca de equivalentes homeomórficos) de *valores ocidentais aglutinantes*, dos quais não há retorno possível, salvo ruptura do Estado constitucional.

3. Tangente ao fundamentalismo religioso, cuja escavação etimológica apontou para o ambiente protestante evangélico norte-americano (contra as expectativas de um Islã à disposição), viu-se que se manifesta, ao menos em potência, em qualquer religião – retendo-se algumas de suas características ancilares:

(i) a recusa à mediação hermenêutica na leitura dos textos fundantes (daí o resvalo, não infreqüente, das grandes religiões do livro, nas revelações monoteístas do judaísmo, do cristianismo e do Islã), um maior ou menor grau de literalismo;

(ii) sua natureza reativa à modernidade (aspecto regressivo);

(iii) o caráter identitário e, nalguns casos, a tendência totalizante da vida social;

(iv) e o cariz monista de um discurso salvífico com pretensão monopolista de verdade.

Num certo sentido, os movimentos fundamentalistas miram questões centrais da sociedade atual (dão nome à crise da modernidade). Neste material amparou-se a investigação para distinguir, no gênero *fundamentalismo religioso*, duas espécies, com efeitos diversos:

(a) o *fundamentalismo-crença*, de estilo hermenêutico e tolerável (até as raias do proselitismo);

(b) o *fundamentalismo-militante*, que afronta valores estruturantes do Estado democrático de direito e, como tal, constitucionalmente bloqueável.

4. No eixo dogmático, trabalhou-se o *cluster right* da liberdade religiosa, a partir dos dados textuais disponíveis na CF 88, sistematizando-os de acordo com os princípios e premissas recolhidos e com o direito internacional possível. Constatou-se (fatores determinantes da constitucionalização da liberdade religiosa):

(i) que a institucionalização do fenômeno religioso amiúde degrada-se em coerção e discriminação, tanto em relação aos crentes dissidentes quanto aos não-crentes (freio ao poder);

(ii) que a dimensão espiritual é constitutiva da dignidade humana (aspecto identitário) e imprescindível para a autodeterminação pessoal (tutela nuclear da dignidade pessoal);

(iii) que a religião é disputada pelo poder político, em busca de lealdade e coesão social.

Daí que o Estado democrático de direito regule o tema, a fim de *compatibilizar a mais ampla e livre (con)vivência religiosa com os valores constitucionais basilares* (igual dignidade e liberdade, pluralismo intercultural, justiça social – que materializam o núcleo duro do programa constitucional). Tudo levando a um *conceito amplo* de liberdade religiosa e de religião, um âmbito normativo alargado a ponto de:

(a) *tolerar o fundamentalismo-crença* (ainda que tensione vários valores constitucionais);

(b) *apostar no maior grau de inclusividade compatível com a igual liberdade e dignidade*, anteparos ao *fundamentalismo-militante* (cuja heteronomia discriminatória aos não-crentes choca com os pilares alinhavados).

5. Procurou-se, na seqüência, determinar o *âmbito normativo* do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, que foi pensado em duas grandes dimensões: como *direito subjetivo*, seja das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas (igrejas); e como *vetor objetivo*, manejando-se as categorias dogmáticas dos princípios, dos deveres de proteção e das garantias institucionais, a resultar um *Catálogo de Posições Jusfundamentais*, que concretizou mais de oitenta vertentes da liberdade religiosa.

6. Na densificação progressiva, propõe-se:

(i) a *liberdade de consciência* serve de ponto de apoio básico para a consagração constitucional da liberdade religiosa e alimenta a presunção em favor da dimensão subjetiva do direito fundamental como um todo, a par da primazia da liberdade religiosa negativa individual em face de pretensões estatais ou confessionais.

No sistema vislumbrado, tendo presente a permeabilidade categorial, lidam-se com dois direitos fundamentais (conexos e sem precedência axiológica, mas com suficiente autonomia dogmática):

(a) as *liberdades comunicativas*;

(b) a *liberdade religiosa como um todo*;

(c) a *liberdade de consciência* é a *ponte* entre ambos os complexos, direito *matricial*.

(ii) Ao adotar-se a *abordagem tipológica* do conceito de religião, descartou-se a utilização da expressão *seita* (embora o conceito tipológico remeta, em última instância, a um fenómeno social típico).

(iii) A *liberdade de crença*, deste modo, *não engloba o ateísmo* e outras *visões não religiosas*, que vão tuteladas, constitucionalmente, pelo direito geral de liberdade de consciência. Nesta seara, duas posições são particularmente relevantes, a *liberdade de atuação segundo a própria crença* (a confluir no consagrado direito à objeção de consciência por motivo religioso) e o *direito ao proselitismo*.

(iv) A *privacidade em matéria religiosa*, além de proteger o âmbito da intimidade e impedir o escrutínio estatal de dados religiosos (salvo para fins estatísticos), tem especial incidência no *seio familiar*, inclusive no direito a *educar os filhos* de acordo com as próprias convicções religiosas, e dialoga com aspectos negativos do direito como um todo, fundando a inconstitucionalidade, por exemplo, de *obrigação de prestar juramento religioso*.

(v) Desenvolveu-se a *liberdade religiosa titulada pelas igrejas*, pessoas jurídicas que detêm:

(a) um direito geral de autodeterminação;

(b) as liberdades de exercício das funções religiosas e de culto;

(c) o direito de autofinanciamento;

(d) e a prerrogativa de exercício de atividades não religiosas.

Sendo sua *personalidade jurídica* de direito privado, ressaltaram-se as cláusulas de *salvaguarda da identidade religiosa* e do caráter próprio das confissões religiosas (que podem “irritar” o programa democrático da legislação civil).

(vi) No *plano objetivo*, o multicitado *princípio da separação* foi *desdobrado* numa *tríade* de *princípios* (cinco), *deveres de proteção* (três) e *garantias institucionais* (quatro), numa exploração da multifuncionalidade dos direitos fundamentais:

(a) distinguiram-se, assim, os *princípios*: princípio da *separação*; princípio (de conteúdo e implicações distintas) da *não confessionalidade* (evitou-se falar em *neutralidade* – com pelo menos cinco razões para preferir lidar com a noção de *imparcialidade*, em sentido convergente); princípio da *cooperação*; princípio da *solidariedade*; e princípio da *tolerância*;

(b) dentre os *deveres de proteção* estatal: a proteção dos *indivíduos*; a proteção à *sociedade* civil contra os abusos; e o dever de *aperfeiçoamento*;

(c) entre as *garantias institucionais*: a liberdade religiosa *individual*; a liberdade religiosa *coletiva*; o princípio da *igualdade*; e a *diversidade* e o *pluralismo* religiosos.

(vii) O *fundamentalismo-crença* *tolera-se* no “*livre mercado das idéias*”, na expectativa da rotação das idéias, mas admite-se *intervenção estatal regulatória* das “*falhas de mercado*”, tanto no limite *superior* (evitar que a confissão majoritária periclite o fluxo normal da comunicação religiosa) quanto no *inferior* (garantir a efetiva possibilidade de presença das confissões minoritárias), o que atualiza reflexos do Estado social na seara religiosa, disposto a materializar igual e real liberdade para todos os cidadãos e a orientar-se por princípios, inclusive o de *estender às minorias o patamar de tutela obtido pela confissão dominante*.

(viii) Quanto aos *limites*, indicaram-se as posições vincadas por reserva legal simples, aquelas marcadas por reserva legal qualificada e ocorrências sem reserva legal expressa. De todo modo, os limites *implícitos* estão presentes, em face da *necessidade de compatibilizar a liberdade religiosa com os direitos de terceiros e com outros bens constitucionais* (vida, integridade física, saúde, meio ambiente, ordem/segurança pública, saúde pública). Observou-

se que as restrições também submetem-se aos *limites dos limites* (a lei limitadora, em face do efeito recíproco, interpreta-se segundo o programa do direito fundamental objeto de restrição, sendo limitada na sua eficácia limitadora); ao crivo da *proporcionalidade*; e, como salvaguarda final, à garantia do *núcleo essencial* do direito à liberdade religiosa.

(ix) Aplicáveis ao quadro brasileiro os limites previstos no Pacto de São José da Costa Rica, advertindo-se que ficam vedadas, todavia, restrições que recorram à dicotomia crença/conduta ou que façam prevalecer, incondicionalmente, concepções majoritárias ou conveniências administrativas, bem assim o recurso metódico a fórmulas fáceis – afastou-se, assim, em interpretação sistemática, o recurso à *moral pública* ou aos *bons costumes*. Na tensão com o *meio ambiente*, alertou-se que a liberdade religiosa, muitas vezes sem qualquer preocupação de concordância prática, é restringida pela aplicação *tout court* de regulamentos administrativos, o que é de ser reavaliado.

(x) Nas *relações trabalhistas*, ponderou-se o *dever de acomodação* (razoável) da religião, em cujo contexto tratou-se dos *dias de guarda*, inclusive os domingos e *feriados religiosos*, defendendo-se o direito subjetivo de o crente comemorar as festividades religiosas da religião professada, inclusive com direito à dispensa do trabalho e de *aulas/provas* por (justificado) motivo religioso.

(xi) No *âmbito interno das confissões religiosas*, em suas relações com particulares, procurou-se um equilíbrio entre a excessiva fiscalização estatal e um princípio de imunidade espiritual das igrejas. A idéia, amparada na possibilidade de o indivíduo deixar de ter religião ou mudar/abandonar a própria crença, foi *reforçar o núcleo essencial do direito de autodeterminação das confissões religiosas* (especialmente autoconhecimento, autodefinição, auto-organização e auto-administração), prevalecendo a liberdade de exercício das funções religiosas e de culto das igrejas sobre os direitos individuais de participação religiosa (não há discriminação sexual justificável no clero patriarcal, v.g.). Em relação a crenças segregacionistas e comportamentos discriminatórios de confissões religiosas, concluiu-se que *não há direito subjetivo de resistência contra a intolerância dogmática confessional*.

Ocorre que o *dever de tolerância* incide para o Estado e para os particulares, não em relação às igrejas, que substanciam o respectivo direito subjetivo naqueles direitos de autodeterminação, a implicar a já referida posição preferencial da garantia institucional da liberdade religiosa coletiva (a igreja como instituição); repare-se que, no caso de *adesão*

voluntária, o indivíduo não tem posição prevalente sobre a igreja (*cede*); se é *não aderente*, goza de *imunidade* perante a mesma igreja.

(xii) Num conflito entre o direito à *autodeterminação de uma igreja*, mormente no exercício de atividades *não religiosas* (instrumentais ou complementares):

(a) *pode prevalecer o direito individual de não ser discriminado*, atuado por intervenção do Estado (neste caso, as posições da igreja, na concretização dos princípios da *cooperação* e da *solidariedade*, subordinam-se aos deveres de proteção da liberdade religiosa individual e da sociedade civil contra os abusos e às garantias institucionais da liberdade religiosa individual e do princípio da igualdade);

(b) *mas não é de descartar*, na mesma equação, *a prevalência da posição da igreja*, neste caso pesando os princípios da *separação* e da *não confessionalidade*, além das garantias institucionais da liberdade religiosa coletiva e da diversidade e do pluralismo religioso.

Para concretizar tal conflito:

(a) o *fundamentalismo-militante* parece um *limite claro*, oponível pelo Estado democrático de direito às confissões religiosas;

(b) *aceita-se*, todavia, em face da autonomia e da autodeterminação das igrejas, o *fundamentalismo-crença*, desde que *não viole os valores aglutinantes*.

(xiii) Os princípios da *cooperação* e da *solidariedade* podem ser *aplicados seletivamente*, seja pelo dever de proteção estatal em relação à sociedade civil, como pela constatação de que o dever de aperfeiçoamento (pelo qual o Estado deve criar condições para que as confissões religiosas desempenhem suas missões) e a própria garantia institucional da diversidade e do pluralismo religioso submetem-se ao *núcleo duro do programa constitucional* (valores aglutinantes) – que é também o *divisor de águas* entre o *fundamentalismo-crença* (tolerável enquanto a crença/conduita *não ameaça tornar-se coativa*) e o *fundamentalismo-militante* (bloqueável, quando a militância fundamentalista, ultrapassado o estágio anterior, apresenta *risco concreto de imposição aos não aderentes*) – a última proposição harmoniza-se com certas cláusulas de barreira inseridas no regime constitucional dos direitos políticos e dos partidos políticos.

(xiv) Defende-se, pois, a introdução de um *paradigma regulatório*, orientado pelos valores aglutinantes e a incidir nos deveres de proteção e nas garantias institucionais, com

efeitos nos princípios da cooperação e da solidariedade – certo que, no escopo de concordância prática, deve o Estado preferir modelos de baixa intensidade e mais flexíveis (aventou-se, num determinado grau de fundamentalismo-crença, a imposição de sanções à reputação da respectiva confissão religiosa).

(xv) A *distinção* (operacional) entre *fundamentalismo-crença* e *fundamentalismo-militante*:

(a) é possível para as *igrejas*, dogmaticamente, pelas *diversas posições* radicadas no poliedro da liberdade religiosa como um todo (a autocompreensão e a autodefinição, numa face; a liberdade de exercício das funções religiosas e do culto, numa outra);

(b) é *mais problemática* em relação aos *indivíduos*, já que é preciso *cindir uma posição bem assentada* (numa única face do poliedro), a *unidade essencial entre crença e conduta religiosa*.

O que se admite, enfim, como princípio regulatório operado pelo Estado em função dos valores aglutinantes, que servem como *critério de hierarquização axiológica*. Assim:

(a) as igrejas e os indivíduos que professam o *fundamentalismo-crença* são *tolerados pelo Estado*, em face da *maior distância* que se encontram dos *valores aglutinantes* (pois se restringem aos casos de *adesão voluntária*);

(b) as igrejas e os indivíduos que atuam na concretização do *fundamentalismo-militante* são *bloqueados pelo Estado*, em face da *maior proximidade de violarem os valores aglutinantes*, o que se pode aquilatar pelo *risco* que acarretam às *pessoas não aderentes*.

(xvi) Nesta perspectiva hermenêutica, passou-se a aplicação prática do Catálogo de Posições Jusfundamentais, analisando-se alguns casos concretos:

(a) a doutrina constitucional pátria auscultada, no particular exame do *ensino religioso nas escolas públicas*, de matrícula facultativa, ou não levou suficientemente a sério a liberdade religiosa ou a levou a sério demais, sentindo-se falta de vetores mais consistentes, que inclusive pudessem ter orientado os sistemas de ensino. Olhou-se com reservas o *embate francês contra o véu* e com boa dose de aprovação a *supressão da cruz nas escolas da Baviera*.

(b) comungou-se da bondade da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que tange à constitucionalidade do Código Estadual de Proteção aos Animais, ao ressaltar o *sacrifício religioso de animais pelas confissões afro-brasileiras* – mas não exatamente pelos fundamentos expendidos no acórdão examinado.

(c) no espaço jurídico-penal, os comentários sobre os crimes de discriminação e preconceito religiosos levaram ao *leading case* do STF (condenação de obras anti-semitas como prática de racismo imprescritível), vislumbrando-se uma certa timidez da Corte em concretizar o conflito, a prejudicar a própria análise da concordância prática, não inteiramente demonstrados, em face da posição preferencial das liberdades, o percurso metódico e as leis de colisão ou assertivas de prevalência (que poderiam determinar o mesmo resultado).

(d) referiu-se ação civil pública, que obteve determinação liminar de retirada de circulação de obras de cunho religioso, nas quais a Igreja Universal do Reino de Deus ataca as religiões afro-brasileiras. Tem-se muitas dúvidas, no caso (ainda *sub judice*), sobre o direito de proselitismo, acerca da liberdade de expressar-se sobre religião e do efeito de arrefecimento ao direito fundamental como um todo que pode surtir em linha colateral. O que conduz ao problema da *criminalização do discurso do ódio*. Teme-se, em parte, a colonização da esfera pública de debate pelo discurso politicamente correto, mas é de reconhecer que o princípio da tolerância deve conformar o *cluster right* nas manifestações de liberdades religiosas comunicativas (ou das liberdades comunicativas de conteúdo religioso).

Percebeu-se, nas concretizações realizadas, que o núcleo essencial do direito à liberdade religiosa como um todo revelou-se conceito útil para a resolução dos conflitos. Mais especificamente, os vários núcleos das diversas posições do catálogo jusfundamental, considerados seus conteúdos em dignidade humana, que vai crescendo à medida em que se aproxima do direito matricial de liberdade de consciência – ainda que aferíveis em concreto, no embate aplicativo dos direitos fundamentais. Assim, a vedação dos símbolos religiosos nas escolas públicas francesas parece muito próxima de violar uma das facetas do núcleo da liberdade religiosa dos alunos, o que não ocorre nas escolas da Baviera, em que a retirada da cruz da sala de aula não contende de forma tão incisiva na respectiva liberdade individual. Já no caso do sacrifício de animais pelas religiões afro-brasileiras, acreditou-se que a conduta em apreço assume relevância estrutural para tais confissões, pelo que sua supressão significaria erosão do conteúdo essencial da religião professada, com reflexos no conteúdo em dignidade humana. Explicitaram-se as dúvidas, no caso da recolha dos livros da Igreja Universal, agora

no que tange ao direito de proselitismo, virulento e até ofensivo, na linha de ameaça ao núcleo essencial das liberdades expressivas que se conectam à própria identidade confessional (não intervenção estatal no conteúdo das crenças e dogmas religiosos, um círculo vital que protege direitos de natureza negativa).

Seja como for, é hora de reassumir a pré-compreensão da tese, uma profissão de fé na cultura dos direitos fundamentais e na aptidão da dignidade da pessoa humana para servir de ponte intercultural, por causa (e não apesar) de seus aspectos culturais – capaz de substanciar um diálogo universal, já que traduz um “assunto de toda a humanidade” (Häberle).¹³⁰⁹

Não se trata, a dignidade, de um cânone perdido e vazio, mas de construção lapidar (ponto a ponto) da comunidade constitucional inclusiva (Canotilho), que oferta a sua experiência (em parte não negociável), para a promoção e a proteção de todas as pessoas em todos os lugares (Sarlet) – o que também parece ser o “assunto de todas as religiões”. De modo que o direito fundamental à liberdade religiosa como um todo que se obteve, manejado como um mapa constitucional, pode ajudar na tarefa.

¹³⁰⁹ HÄBERLE, *Aspectos de uma teoría constitucional*, p. 336, repara que o trabalho constitucional assemelha-se aos três livros das grandes religiões (a Torah, a Bíblia e o Corão), que situam o “texto no centro”. Talvez a grande autoridade das constituições na atualidade possa explicar-se ao receberem aqui, no fundo, “uma parte de sua assombrosa legitimidade”. A Constituição, então, é vista como cultura (o que mantém o valor relativo das concepções de Constituição como impulso e limite, como norma e tarefa, como organização de um processo vital livre) – a imagem da “Constituição como contrato social”, numa perspectiva cultural, ocupa agora o centro de nosso campo visual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y del principio regulativo del razonamiento jurídico”. *Doxa*, Madrid, n. 8, pp. 23-38. 1990.

_____. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002.

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, Madrid, v. 5, pp. 139-51. 1988.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático” (trad. Luís A. Heck), *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Vol. 17, pp. 203-214, 1999.

_____. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, Madrid, v. 23, pp.197-230, 2000.

_____. *Teoría da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva) São Paulo: Landy, 2001.

_____. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 66, pp. 13-64, Diciembre 2002.

ALI, Tariq. *Confrontos de fundamentalismos: cruzadas, jihads e modernidade*. Trad. Alves Calado. Rio de Janeiro: Record, 2002.

ALMEIDA, Pedro Amaral e. “As Seitas e a Liberdade Religiosa”, *O Direito*, ano 130º, I-II, pp. 105-30, janeiro-junho 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. et al. A problemática dos direitos das pessoas e a comunicação social na perspectiva jurídica, In: *Os direitos da pessoa e a comunicação social* – Seminário, jan. 1995. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 275-80.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Tomo I Jorge de Figueiredo (dir.), Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ANTUNES, Maria João. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial, tomo II, artigos 202º a 307º. Jorge de Figueiredo Dias (dir.). Coimbra: Coimbra editora, 1999, pp. 576-7.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. “Preâmbulo”. *Revista de informação legislativa –Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e publicação*. Nº 143, julho-setembro, 1999.

ATIENZA, Manuel *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979.

_____. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Ecocivilização. Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 20, año 7, pp. 83-98, mayo-agosto 1987.

_____. *Delitos contra el honor*. Madrid: Dickinson, 2000.

BALDI, César Augusto. “Os direitos humanos e as concepções não-ocidentais: o que o Islã tem a ver com isto?”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, v. 28, n 59, pp. 117-136, jun. 2004.

_____. (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BÄLZ, Kilian. “La reconstruction séculière du droit islamique: la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la ‘bataille du voile’ dans les écoles publiques”, *Droit et Société*, Paris, n° 39, pp. 277-91, 1998.

BARRET-DUCROCQ, Françoise (dir.) *A intolerância*.(trad. Eloá Jacobina) Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

BARRETTO, Maria Luiza Whately. “Exercício da liberdade religiosa”, *Revista dos Tribunais*, ano 4, n° 14, pp.249-254, março-janeiro 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (org) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 271-316.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 8º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. “Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença”, *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 09, nº 36, pp. 106-114, julho-setembro 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (trad. José de Faria Costa), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *Democracy without Enemies*. (trad. Mark Ritter), Cambridge (UK): Polity Press, 1998.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. (trad. André Carone), São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKLEY, Gloria T.; BURSTEIN, Paul. “Religious Pluralism, Equal Opportunity, and the State”, *The Western Political Quarterly*, California: University of Utah, v. 44, nº 1, pp. 185-208, 1991.

BENDA, Ernst. Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad. In: BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner et al. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 117- 144.

BÉRENGER, Jean. et al. A Reforma Protestante, (trad. Álvaro Salema), In *História Geral da Europa II*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1996.

BIJSTERVELD, Sophie C. Van. "Freedom of Religion: Legal Perspectives", In *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 299-309.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BLOIS, Matthijs de. "Freedom of religion as the Fruit of the Radical Reformation", In *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 163-83.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1993.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ªed. (trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos) Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. (trad. Marco Aurélio Nogueira). São Paulo: UNESP, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Consitucional da Democracia Participativa por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOYER, Alain. *Le Droit Des Religions En France*. 1ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

BRADNEY, A. *Religions, Rights and Laws*. Leicester: Leicester University Press, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRIGHT, J. *História de Israel*. (trad. Euclides Carneiro da Silva) São Paulo: Paulinas, 1978.

BRUCE, Steve. "Protestant Resurgence and Fundamentalism", *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, v. 61, nº2, april-june, pp. 161-68, april-june 1990.

BRUNO, Giordano. *Acerca do infinito, do universo e dos mundos*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BUCCI, Eugênio. *Sobre Ética e Imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia (a idade das fábulas): histórias de deuses e heróis*. 11ª ed. (trad. David Jardim Júnior do original *The Age of Fable*), Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português. V. 1, Fontes – Direito Público (1140-1495)*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1981.

CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Dos três modos de pensar a tributação ou repensar o raciocínio jurídico-tributário. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALIENDO, Paulo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Projeto de Lei Complementar sobre a Aplicação das Normas Internacionais no Brasil*, publicado na *Revista Internacional y del Mercosur*, año 9, nº 5, Buenos Aires: La Ley, out./2005.

CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa, Teorema, 1999.

CAMBY, Jean-Pierre. "Le principe de laïcité: l'apaisement par le droit?", *Revue du Droit Public*, pp. 3-17, janvier 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Os direitos humanos e meio ambiente. In SYMONIDES, Janusz (org.) *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Jurisdição constitucional e intransigibilidade discursiva. In: *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 1, Jorge Miranda (org). Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. Prefácio. In: *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Portuguesa Anotada*. 3.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLI, Silvia. “A Poluição Sonora e a Tutela do Meio Ambiente pelo Ministério Público: a Experiência Brasileira - do direito de vizinhança à tutela dos interesses difusos”, disponível em www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. (trad. Newton Roberval Eicheberg) São Paulo: Cultrix, 1996.

CARNEIRO, Moacir Alves. *LDB fácil: leitura crítico-compreensiva artigo a artigo*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. *Direito e Democracia*. Vol 2, nº 2, pp. 457-475, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A educação na Constituição de 1988 e a LDB*. Brasília: André Quicé, 1998.

CAVERO, José Martínez de Pisón. “El Derecho a la libertad Religiosa en la Historia Constitucional Española”, *Derechos Y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año V, n 8, pp. 325-91, enero-junio 2000.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CLERGERIE, Jean-Louis. “La place de la religion dans la future Consituicion européenne”, *Revue du droit public*. nº 3, 2004.

COLL, Agustí Nicolau. *Propuestas para una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización*. Barcelona, julho 2001.

COMBLIN, José. *Mitos e realidades da secularização*. São Paulo: Herder, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998.

CORDEIRO, António Menezes de. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp.IX-CXIV.

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

_____. *Direito Penal da Comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA, Mário Julio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: hábeas-corpus nº 82.424/RS. Brasília, STF, 2004.

CUMPER, Peter. “The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century”, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 311-28.

CUNHA, Fernando. *Direito Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial, tomo II, artigos 202º a 307º. Jorge de Figueiredo Dias (dir.). Coimbra: Coimbra editora, 1999, p. 641.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha. *Constituição e crime, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: a substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998

_____. *O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Teoria da Constituição: mitos, memórias, conceitos*. v. 1. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2002.

_____. *Teoria da Constituição: direitos humanos, direitos fundamentais*. v. 2. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2002

CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. (trad. Alberigo Loutron) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

DAHL, Robert. A. *Sobre a democracia*. trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de uma teoria geral do estado*. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, Ivo. *Princípios e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.

DAVIS, Derek H. “Religious Persecution in Today’s Germany: Old Habits Renewed”, In *Journal Of Church And State*, volume 40, number 4, pp. 741-56, autumn 1998.

DAVUTOGLU, Ahmet. Philophical and institutional dimensions of secularisation. In: TAMIMI, Azzam e ESPOSITO, John *Islam and secularism in the middle east*. Londres: C.Hurst, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. (Trad. Antônio José Brandão) Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DEMANT, Peter. *O mundo muçulmano*. São Paulo: Contexto, 2004.

DEMO, Pedro. *Complexidade e aprendizagem: a dinâmica não linear do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

_____. “O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras”, *Boletim da Faculdade de Direito*. Volume Comemorativo do 75º Tomo (BFD), Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 1123-38, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade. Criminógena*. Coimbra:Coimbra Editora, 1992.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8º d., 6º reimp. Madrid: Tarus, 1988.

DORSA, Paschoal José. “O direito à vida e à liberdade de crença. Testemunhas de Jeová. Transfusão de sangue. Assinatura de termo de responsabilidade e autorização. Recusa. Procedimento médico e administrativo, em face da Constituição”, *Revista dos Tribunais*. Ano 84, nº 714, abril de 1995.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUBOURG-LAVROFF, Sonia. “L’expression des croyances religieuses à l’école en Grande-Bretagne et en France”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº30, pp. 269-92, 1997.

DUFFAR, Jean. “La protection internationale des droits des minorités religieuses”, *Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l’étranger*, pp. 1495-530, noviembre-deciembre 1995.

DURAND-PRINBORGNE, Claude. “Droit administratif comparé et étranger”, *Revue Française de Droit Administratif*, Paris: Sirey, 1991, pp. 56-82, janv.-févr. 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ECO, Umberto. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (dir.) *A intolerância: Foro Internacional sobre a Intolerância*. trad. Eloá Jacobina. – Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2000.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. (trad. MF) São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *A ilha do dia antes*. Lisboa: Difel, 1995.

_____. *Cinco escritos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Record, 1998.

EISENSTADT, S. N. *Fundamentalismo e Modernidade: Heterodoxias, Utopismo e Jacobinismo na Constituição dos Movimentos Fundamentalistas*. (trad. Ana Luísa Faria) 1ª ed., Oeiras: Celta Editora, 1997.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. (trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá – tit. Orig. Strafrecht I – Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselement, 1992). Madrid: Colex, 1995.

ESTEVES, João Pissarra. *A Ética da Comunicação e os 'Media' Modernos. Legitimidade e poder nas sociedade complexas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

EVANS, Malcolm D. Human Rights, Religious Liberty, and the Universality Debate, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 205-26.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem 'versus' a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2000.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores consitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Milênio – uma história de nossos últimos mil anos*. (trad. Antônio Machado) Rio de Janeiro: Record, 1999.

_____. *Verdade*. (trad. Beatriz Vieira - *Truth: a History*, 1997), Rio de Janeiro: Record, 2000

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi), Madrid: Trotta, 1999

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988”. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política*. Ano 5, nº 20, julho-setembro de 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl. e atual. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERREIRA. Wolgran Junqueira, *Direitos e garantias individuais. Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal*. São Paulo: Edipro, 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2000.

FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999.

FLAUSS, Jean-François. “Laïcité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue du Droit Public* nº 2, pp. 317-24, 2004.

FREDERICO DA PRÚSSIA. *O Anti-Maquiavel*. 2ª ed. (trad. Carlos E. Soveral), Lisboa: Guimarães Editores, 2000.

FREIRE, José Pascoal de Melo. “Instituições de Direito Criminal Português”. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 155, abril de 1996.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso (org) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. (trad. José Octávio de Aguiar Abreu). Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*. (trad. Leonidas Xausa e Luiz Corção) Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando; GONZÁLEZ VESGA, José Manuel. *Breve historia de España*. Madrid: Alianza (libro de bolsillo), 1999

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 4ª ed Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMON FERNÁNDEZ, Tomas. *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª ed. reimp. Madrid: Civitas, 1996.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. “Liberdade de consciência e liberdade religiosa”, *Direito e Justiça*, vol. XI, Tomo 2, pp. 73-81, 1997.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporaneo*. 2ªed. 11ª reimp. Madrid: Alianza , 1996.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GEDDIS, Andrew. “You can’t say ‘God’ on the radio”: Freedom of Expression, Religious Advertising and the Broadcast. Media after *Murphy v Ireland*”, *E.H. R. L. R.*, issue 2, 2004.

GODOY, Arnaldo Moraes. “A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 09, nº 34, janeiro-março 2001.

GOMBRICH, Ernst. *A História da Arte*. 16ª ed. ver. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva: 2002.

GOY, Raymond. “La Garantie Européenne de la liberté de Religion L’article 9 de la Convention de Rome”, *Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l’étranger*, Tome Cent Sept, pp. 05-60, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. (trad. Irene A. Paternot). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUEDES, Francisco Corrêa. *Economia e Complexidade*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Notas em torno ao princípio da proporcionalidade", In *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. 1, Jorge Miranda (org), Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales e Alemania", *Derechos y Libertades*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Revista nº 1, Febrero – Octubre, 1993.

_____. El fundamentalismo como desafío del Estado Constitucional: consideraciones desde la Ciencia del Derecho y de la Cultura. In: *Retos Actuales del Estado Constitucional*., Oñati, 1996.

_____. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Aspectos de una teoría constitucional para Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*.. Barcelona: Piados, 2000.

HABERMAS, Jünger; RATZINGER, Joseph. *O cisma do século XXI* <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2404200506.htm> acesso em 24/4/2005

HART, Herbert. *O conceito do Direito*. 2ª ed. (trad. A. Ribeiro Mendes) Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. (trad. Patricia S. Ziffer), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HERINGER JUNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2003.

HESPANHA, Antonio. Da 'Iustitia' à 'Disciplina': textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad. Luís A. Heck da 20ª ed. alemã) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HILL, Mark. "Judicial Approaches to Religious Disputes", in *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 409-20.

HISTÓRIA EM REVISTA 200-600. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995.

HISTÓRIA EM REVISTA 1000-1100. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995.

HISTÓRIA EM REVISTA 1400-1500. Rio de Janeiro: Abril/Time-Life Books, 1995.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política – fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. 2ª ed. (trad. Ernildo Stein) São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. et al "Libertad de Comunicación y de Medios", In: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 145-215.

HOMERO. *Ilíada*. (trad. Haroldo de Campos) São Paulo: Mandarim, 2001.

HORWITZ, Morton J., "The Constitution of Change: legal fundamentality without fundamentalism", *Harvard Law Review*, v. 107, 1993.

HOUAISS. Antônio; VILLAR, Mauro de SALLES. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

http://cftf.com/french/Les_Sectes_em_France/sectes.html, acesso em 13/10/2005.

<http://cnn.worldnews> - acesso em 14/7/2005.

<http://intra.mp.rs.gov.br/noticias>, acesso em 20/8/2005

<http://www.amperj.org.br/associados/taniasalles/poder.htm>, acesso em 30/8/2005

<http://www.assemblee-nationale.fr>, acesso em 09/09/2005

http://www.comitepaz.org.br/religoes_1.htm, acesso em 12/10/2005

<http://www.iarf.net/> acesso em 15/10/2005

<http://www.internationalreligiousfreedomwatch.org/> acesso em 30/10/2005

<http://www.legifrance.gouv.fr.;> acesso em 30/10/2005

<http://www.religiousfreedom.com/> acesso em 01/11/2005

<http://www.senat.fr.>, acesso em 02/11/2005

<http://www.uscirf.gov/countries/publications/currentreport/> acesso em 02/11/2005

http://www.wwebislam.com/tema_imp.asp?idn=1566, acesso em 23/8/2005

<http://www.assemblee-nationale.fr>, acesso em 28/12/2005

<http://www.educacao.rs.gov.br>. acesso em 28/12/2005

<http://www.legifrance.gouv.fr> acesso em 28/12/2005

<http://www.senat.fr>. acesso em 28/12/2005

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://mp.rs.gov.br>

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. (trad. M. H. C. Côrtes) Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

HUSEK, Carlos. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª edição, São Paulo: LTr, 2002.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 1999*. Madrid, Dykinson, 2000.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte Geral. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. (trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAN, Pascal. “La laïcité à l’école: le droit national contre le ‘droit local’”. La loi plutôt que la négociation. Question de valeurs”, *Revue du Droit Public* n° 2, pp. 301-7, 2004.

JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn. *Religious and International Law*. London: Martinus Nijhoff, 1999.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. (trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota). São Paulo: Cultrix, 1965.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre e do ciudadano*. (trad. Adolfo Posada). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. cor. e ampl. (trad. José Luis Manzanares Samaniego), Granada: Editorial Comares, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. (trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ªed. (Trad. de João Baptista Machado) São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOUBOI, Geneviève. “Vers une déconstruction du principe de laïcité?”, *Revue du Droit Public* n° 2, 2004, pp. 335-9.

KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos da la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. (trad. Eugenio Bulygin), Buenos Aires: Depalma, 1980.

KUNG, Hans. *Religiões do mundo. Em busca dos pontos comuns*. (trad. Carlos Almeida Pereira) Campinas: Verus, 2004.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LE GOFF, Jacques; SCHIMITT, Jean-Claude (coord). *Dicionário temático do Ocidente Medieval*. V. 1 (trad. Hilário Franco Júnior) EDUSC: São Paulo, 2002.

LE GOFF, Jacques. As raízes medievais da intolerância. In BARRET-DUCROCQ, François. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

LEIGH, Ian. Clashing Rights, Exemptions, and Opt-Outs: Religious Liberty and Homophobia, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 247.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 8ª ed. ver. atualiz. São Paulo: Método, 2005.

LEWIS, Bernard. *O Oriente médio. Do advento do cristianismo até os dias de hoje*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*, v. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio. *La Libertad Religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

_____. “Acerca del derecho de libertad religiosa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. s.d. p.75-104.

_____. “A propósito de la neutralidad religiosa em el 25 aniversario de la constitución española um apunte crítico, *Revista española de Derecho Constitucional*. Ano 24, nº 71, mayo-agosto, 2004.

LUCAS, Javier. *Para dejar de hablar de la tolerancia?* Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>, acesso em 28/11/2005.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

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

_____. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

_____. “Freedom of religion: a view from europe”, *Roger Williams University Law Review*. v.10, nº 2, 2005.

MACHIAVELLI, N. *O Príncipe*. (trad. Lívio Xavier) Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco. Análises de una estructura histórica*. 6ª ed. Barcelona: Ariel, 1996.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. “Poluição Sonora”, disponível em www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina

MARITAIN, Jacques. *A significação do ateísmo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Grifo, 1969.

MARTIN, David. “Fundamentalism: na Observational and Definitional *Tour d’ Horizon*”, *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, volume 61, nº 2, pp. 129-31, april-june 1990.

MARTIN, David. et al “The political revival of religion: fundamentalists and others”, *The Political quaterly*. Vol. 61, nº 02. april-june, 1990.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. The European Court of Human Rights and Religion, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 185-204.

MARTINS, Ives Gandra, “Educação religiosa nas escolas públicas – inteligência do art. 210 da CF”, *Revista dos Tribunais*. Ano 84, vol. 721, novembro de 1995.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. 15 Anos em busca da Constituição. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira, SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio (org). *Direitos Fundamentais; Relações Sociais no Mundo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista da AJURIS*. Ano XXXII, nº 98, junho, 2005.

MEDDEB, Abdelwahab. *A doença do Islã*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELO NETO, João Cabral de. O Cão sem Plumas, IV (Discurso do Capibaribe). In: *Serial e antes*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MILTON, John. *Areopagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. (Trad. Raul de Sá Barbosa) Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: RT, 1967.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1967.

MODOOD, Tariq. “British Asian Muslims and the Rushdie Affair”, *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, volume 61, nº2, pp. 143-60, april-june 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência. Elementos de uma teoria constitucional*. (trad. Peter Naumann) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MUSSELLI, Luciano. “Libertà Religiosa e Islam Nell’Ordinamento Italiano”, *Il Politico*, Rivista Italiana di Scienze Politiche, anno LX, n. 2, Milano: Università Degli Studi Di Pavia, pp. 227-49, 1995.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal. Direitos e Garantias Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NASCIMENTO E SILVA, G.E; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal Luso-Brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

NEGRI, Toni. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. (trad. Clara de Marco). Espanha: Libertarias/Produfi, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NICHOLLS, David. "Politics and the Church of England", *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, volume 61, nº 2, pp. 132-42, april-june 1990.

NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. (trad. Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, Separata do v. XXIX do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1987.

NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995.

OLIVEIRA FILHO, João de. "Culto", *Revista forense*, Vol. 156, ano 51, novembro-dezembro de 1954.

ORTEGA, Abraham Barrero. "Origen y Actuación de la Libertad Religiosa", *Derecho y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano V, número 9, pp. 93-121, julio/diciembre 2000.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. (trad. Géron Pereira dos Santos), Porto Alegre: Fabris, 1989.

PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Parecer do Conselho Consultivo da PGR nº 171/1994, p. 39 – <http://www.dgsi.pt/pggrp.nsf>, acesso em 30/11/1995.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. O Público e o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 32-3.

PECES-BARBA, Gregorio. La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. 1. introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil, apêndice. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. (trad. Roberto Leal Ferreira) São Paulo: UNESP, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. revista e acresc. (trad. Cabral de Moncada), Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAPP, Francis. et al “O Humanismo e a Renascença” (trad. Álvaro Salema) *História Geral da Europa II*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1996.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ªed. (trad. Dinah de Abreu Azevedo), São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Justiça e Democracia*. (trad. Irene A. Paternot) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. (trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. 2ª ed. ver. e actual. Lisboa: Fundação Lusíada, 1996.

_____. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito* (1968). 5ª ed. 5ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

RESNICOFF, Steven H. Professional Ethics and Autonomy: a Theological Critique, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 329.

REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RICOUER, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a tolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

RIGAUX, François. “L’élaboration d’un ‘Right of Privacy’ par la jurisprudence américaine”, *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, ano 32, nº 4, pp. 701-30, octobre-décembre 1980.

RIO GRANDE DO SUL. Conselho Estadual de Educação. Coletânea de Atos Normativos decorrentes da Lei Federal nº 9.394/96 LDBEN: federal e estadual. 3.atual. Porto Alegre, 2001. p.269.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RIVERS, Julian. Religious Liberty as a Collective Right, In: *Law and religion*, ed. Rex J. Ahdar, Adershot [etc.]: Ashgate, 2000, p. 227-46.

ROBERT, Jacques. “La Liberté Religieuse”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, quarante-sixième année, nº 2, France: Société de Législation Comparée, pp. 629-44, avril-juin 1994

RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política – os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. Porto Alegre, AJURIS, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 7, Direito das sucessões, 25ª ed., São Paulo: Saraiva: 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas* 4ªed. (trad. Lourdes Santos Machado). São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. (trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña et al.), Madrid: Editorial Civitas, 1999. Tomo I.

ROY, Oliver, et al. “Les racines de l’islamisme”. *L’Histoire*, Paris, nº 281, pp. 33-59, nov. 2003.

ROY, Olivier. “Clash of cultures or a debate on Europe’s values”, *ISIM Review* nº 15 (spring 2005)

_____. “Hay que tratar ao islam como a una religión europea”, entrevista ao jornal “El País” (22/5/2005). Disponível em: www.webislam.com, acesso em 24/5/2005.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger, um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

_____. *Nietzsche. Biografia de uma tragédia*. (trad. Lya Luft) São Paulo: Geração editorial, 2001.

SALDAÑA, Javier. “Derecho y Principio de Libertad Religiosa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie año XXXII, número 95, pp. 587-603, mayo-agosto 1999.

SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

SALVADOR CODERCH, (dir.) *El Mercado de las Ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SANT'ANNA, Affonso Romano de. *Barroco: do quadrado à elipse*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.

_____. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto: Afrontamento, 1999.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 11ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, v. I. Porto: Afrontamento, 2000.

_____. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

_____. (org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 239-277, 2004.

_____. *Do Pós-moderno ao Pós-colonial. E para além de um e de outro* – conferência de abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 16/18 set. 2004 – disponível em www.ces.fe.uc.pt.

_____. em entrevista sobre a obra *Escrita INKZ – Anti-manifesto para uma arte incapaz* (http://www.ces.fe.uc.pt/bss/documentos/entrevista_escrita_inkz.pdf, acesso em 13/10/2005)

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

SARAMAGO, José. Chiapas, nome de dor e de esperança. In: *Folhas Políticas. 1976-1998*. Lisboa, Caminho, pp. 209-14, 1999.

SARDAR, Ziauddin. *Beyond difference: cultural relations in the new century – a lecture for the British Council's 70th Anniversary*. London: British Council, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, artigo em homenagem ao Professor Celso de Albuquerque Mello (não publicado).

_____. Maquiavel, ‘O Príncipe’ e a formação do Estado Moderno”, *AJURIS* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, ano XXIII, nº 63, pp. 91-160, março de 1995.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXXII, nº 98, Porto Alegre: AJURIS, p. 105-149, jun. 2005.

_____. (org). *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, Escola

Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS,. Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SASSEN, Saskia. *Globalization and its discontents: essays on the new mobility of people and money*. New York: The New Press, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos, In: SCAFF, Fernando Facury (coord.) *Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha” (trad. Ingo Sarlet), *Revista da Ajuris*, ano XXVI, nº 75 – set. 1999 (v. 1 da nova série).

SCHRAGGER, Richard C. “The role of the local in the doctrine and discourse of religious liberty”, *Harvard Law Review*, v. 117, pp. 1810-92, 2004.

SCHWABE, Jürgen et al. *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*. (trad. Marcela Anzola Gil) Montevideo/Bonn/Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung/ Konrad-Adenauer-Stiftung EV/Gustavo Ibañez, 2003.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2003.

SHIFFRIN, Steven H. “The pluralistic foundations of the religions clause”, *Cornell Law Review*, v. 90:9, pp. 09-95, 2004.

SHIVAKUMAR, Dhananjai. “Neutrality and the Religion Clauses”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, volume 33, number 2, pp. 505-57, summer 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal do Estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000

SILVA, Virgílio Afonso da. (org) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. “A proteção constitucional da Liberdade religiosa”, *Revista de Informação legislativa*. Ano 40, nº 160, pp. 111-130, outubro-dezembro 2003.

SILVER, Eric. “Sacred and Secular in Contemporary Israel”, *The Political Revival of Religion: Fundamentalists and Others*, volume 61, nº 2, pp. 169-76, april-june 1990.

SIQUEIRA, Deis. *As novas religiosidades no Ocidente. Brasília, cidade mística*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. 4ª ed. atual. Rio de Janeiro: Mauad, 1999 .

SÓFOCLES, *Antígona*, 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. *Liberdade de imprensa*. Coimbra, Separata do v. XXVI do Suplementos ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984.

STARCK, Christian. “Raíces historicas da la libertad religiosa moderna”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, nº 47, mayo-agosto 1996.

Stati e Confessioni Religiose in Europa Modelli di Finanziamento Pubblico Scuola e Fattore Religioso. (Atti Dell'incontro Milano-Parma, 20-21 ottobre 1989, Consorzio Europeo Di Ricerca Sui Rapporti Tra Stati e Confessioni Religiose), Milano: Dott. A. Guiffirè Editore, 1992.

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

STRECK, Lênio. “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais” (*Neo*) *constitucionalismo, ontem os códigos hoje, as constituições*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, nº 2. 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, (*Neo*) *Constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, pp. 243-84.

_____. Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas e hermenêutica*. Ano 02. Nº 02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio. et al. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada ‘federalização’ dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1.

SYMONIDES, Janusz. “Novas dimensões e desafios para os direitos humanos: observações iniciais”. In: *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios* Janusz Symonides (org). Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

TAMAYO, Juan José. *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*. Madrid: Trotta, 2004.

TAMM, Rudra. “Religion Sans Ultimate: A Re-Examination of Church-State Law”, *Journal Of Church And State*, volume 41, number 2, pp. 253-84, spring 1999.

TIEDEMANN, Klaus. “Constitución y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, año 11, septiembre-diciembre, 1991, pp. 145-71.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *A orillas del Estado* 3ª ed. Madrid: Taurus, 1996.

_____. *La tortura judicial em España*. Barcelona: Editorial Crítica (bolsillo), 2000.

TOULMIN, Stephen. Como a razão perdeu seu equilíbrio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente – Um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge/Mass., Harvard University Press, 1991.

TWINING, William. “Por uma teoria geral do direito revitalizada”, *Direito e Democracia*, v. 5, n. 2, pp 509-537, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. “Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VENOSA, Sílvio. *Direito Civil. Parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, Hélio. *História do Brasil*. 4ª ed., V. 2 São Paulo: Melhoramentos, 1966.

_____. *História do Brasil*. 4ª ed., v. 3. São Paulo: Melhoramentos, 1966.

_____. *História do Brasil*. 4ª ed., V.1. São Paulo: Melhoramentos, 1966.

VIDAL-NAQUET, Pierre *O mundo de Homero*. (trad. Jônatas Batista Neto) São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

VOGLIOTTI, Massimo. “La ‘rhapsodie’: fecondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal”, *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, nº 46, pp. 1-47, 2001.

WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Trad. Nuno Valadas, Lisboa: Editorial Presença, 1999.

_____. *Da tolerância*. (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. “Incerteza e criatividade”, *Logos*, ano 12, nº 2 (especial), setembro de 2000: Cachoeira do Sul, Universidade Luterana do Brasil, pp. 5-8.

_____. As estruturas do conhecimento ou quantas formas nós temos de conhecer? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente – Um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

_____. “After Developmentalism and Globalization, What?”, *Social Forces*, March 2005, 83 (3): 1

_____. “A ciência social”. (<http://www.eurozine.com/articles/2000-09-13-wallerstein-pt.html>, acesso em 04/10/2005).

WARR, Kevin. “The Normative Promise of Religious Organizations in Global Civil Society”, *Journal Of Church And State*, volume 41, number 3, pp. 499-523, summer 1999.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Civitas, 1995.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1968.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WEINGARTNER NETO, Jayme. “Para a concretização de uma garantia institucional: licitação na concessão de serviços públicos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “Existe a única resposta jurídica correta?”, *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas*, Canoas, v. 5, nº 2, pp. 85-120, 1º sem. 2004.

WILSON, Barbara. “Le respect des convictions religieuses d’autrui et la protection de la morale: Limites ultimes à la liberté d’expression au sens de l’article 10§2 de la Convention européenne des droits de l’homme?”, *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht/SZIER*, Zürich: Verlag und Abonnementsverwaltung, p. 475-511, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente* / Antonio Carlos Wolkmer (org.), Florianópolis: Barueri : Manole : Fundação Boiteau, 2005.

YAVETZ, Zvi. Intolerância: romanos e gregos, egípcios e judeus. In: BARRET-DUCROCQ. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZANGHI, Claudio, Os direitos humanos e tolerância. In: SYMONIDES, Janusz (org). *Direitos Humanos – novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado* (trad. Karin P. Coutinho do original “Allgemeine Staatslehre”, 12ª ed., 1994). Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.