



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus Jacarezinho

JOSÉ EDUARDO RIBEIRO BALERA

**PLURALISMO, TOLERÂNCIA E RECONHECIMENTO: O
DIREITO DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO
NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO**

JACAREZINHO – PR
2018

JOSÉ EDUARDO RIBEIRO BALERA

**PLURALISMO, TOLERÂNCIA E RECONHECIMENTO: O
DIREITO DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO
NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Marcos César Botelho.

Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão. Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

**JACAREZINHO – PR
2018**

JOSÉ EDUARDO RIBEIRO BALERA

**PLURALISMO, TOLERÂNCIA E RECONHECIMENTO: O
DIREITO DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO
NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”; linha de pesquisa: “Função Política do Direito”.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos César Botelho
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Jacarezinho/PR, 31 de agosto de 2018.

*Dedico este trabalho aos meus pais, Marlene e
Manoel, pelo exemplo diário de dedicação, doação e
amor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas oportunidades e pela força incomensurável para superar os desafios diários, almejando sempre a obtenção da melhor solução, sem me abalar pelas adversidades.

Aos meus pais, Manoel e Marlene, que sempre estiveram ao meu lado, sendo exemplo de dedicação e de zelo, além de estímulo ao desenvolvimento pessoal e profissional, .

Ao professor orientador Marcos César Botelho, profissional de competência admirável, por ter aceito a minha temática e pelo estímulo teórico que se iniciou desde a sua disciplina “Teorias Políticas”. Sem dúvida, demonstrou a necessidade de se buscar por novas interpretações e o contínuo confronto de paradigmas. Agradeço também pela compreensão demonstrada e atenção dedicada.

À Emanuely, minha irmã, pela paciência e amizade de sempre.

À minha estimada prima, Ana Carolina, pelo suporte dispendido na finalização deste trabalho, bem como pela amizade contínua.

Aos amigos do Mestrado, especialmente, a querida Ana Paula, pela partilha de diversas experiências e perspectivas que renovam as esperanças por dias melhores da vida em comunidade. Sem dúvida, se fez referência no modo de tratar o mundo que nos cerca.

Ao estimado Igor Moreno, pelo especial apoio nos últimos meses, ensinando os desafios da compatibilização de visões de mundo tão diferentes e a real possibilidade de crescimento e aprendizado recíproco.

Ao amigo Luiz Fernando, pelas constantes críticas, reflexões e sugestões de repensar os problemas conexos à presente pesquisa, além da contribuição técnica na revisão deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pelos diálogos e debates que, sem dúvida, levarei para a vida toda.

À Natalina, pelas orientações e por toda compreensão demonstrada.

Epígrafe

*O devido reconhecimento não é uma mera cortesia
que devemos conceder às pessoas. É uma
necessidade vital humana*

A política do reconhecimento – Charles Taylor

BALERA, José Eduardo Ribeiro. **Pluralismo, tolerância e reconhecimento**: o direito de liberdade de consciência e de religião no cenário democrático contemporâneo. 2018. 167 folhas. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2018.

RESUMO

A pluralidade de cosmovisões e a sua frequente utilização no âmbito deliberativo político tem se tornado fator de preocupações quanto à manutenção da unidade e da estabilidade social das democracias contemporâneas. Essa questão agrava-se diante do fortalecimento de movimentos confessionais e sua participação ativa, no ambiente público, na tomada de decisões referentes a questões de justiça básica. Diante deste cenário, o presente trabalho tem por objetivo examinar o espaço consagrado à liberdade de consciência, crença e religião, as potencialidades e as alternativas ao seu efetivo exercício em harmonia com o caráter secular da esfera institucionalizada. A investigação tem, dentre suas hipóteses de pesquisa, a identificação e a mensuração do *déficit* atual da doutrina jurídica no tratamento das doutrinas religiosas na esfera pública formal, como também o potencial conciliatório da razão pública nos diversos processos deliberativos estatais. A partir de uma investigação interdisciplinar, a pesquisa parte do entendimento consolidado da dogmática jurídica, como um instrumento para a avaliação da atual conjuntura existente. Posteriormente, recorre-se às reflexões da filosofia política e jurídica, desenvolvidas por autores como Rawls, Habermas, Dworkin e seus interlocutores, para o estabelecimento de um redimensionamento destes direitos e a identificação de fragilidades e de opções ao seu melhor desenvolvimento. A ideia de uso público da razão guiará, em grande medida, as reflexões da presente pesquisa, uma vez que dialoga com os mais diversos autores e permite uma avaliação holística das expectativas inclusivas, no âmbito democrático, das doutrinas ou visões confessionais. Além disto, a razão pública permite um tratamento específico e sensível, enquanto postulado hermenêutico, para a compatibilização das cosmovisões, das pretensões de justiça e a manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Dentre as conclusões, identifica-se a necessidade de adotar-se tratamentos diferenciados na esfera política e na esfera jurídica, pois o espaço político deve admitir uma maior flexibilidade das manifestações de cosmovisões, enquanto a esfera do direito deve buscar a manutenção da integridade do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, deve demonstrar igual respeito e consideração pelas diversas visões de mundo. Ademais, é imprescindível assumir uma concepção de democracia mais realista, que não desconsidera o conflito como elemento importante das interações sociais, embora esta leitura deva compatibilizar os valores democráticos de tal forma a garantir a tutela da independência ética e as expectativas de reconhecimento de todo cidadão.

Palavras-Chaves: Liberdades de consciência, crença e religião. Igualdade. Cosmovisões. Democracia inclusiva. Justificação pública. Identidade. Reconhecimento.

BALERA, José Eduardo Ribeiro. **Pluralism, tolerance and recognition:** the right to freedom of conscience and religion in the contemporary democratic scenario. 2018. 167 pages. Master's Thesis (Master os Studies in Law) - State University of Northern Paraná (UENP), Jacarezinho, 2018.

ABSTRACT

The plurality of worldviews and their frequent use within the political deliberative framework has become a factor of concern when it comes to maintaining the unity and social stability of contemporary democracies. This issue is aggravated by the strengthening of confessional movements and their active participation in the public environment in making referrals regarding issues of basic justice. So, due to this scenario, the objective of this work is to examine the space devoted to freedom of conscience, belief and religion. It also explores its potentiality and alternatives to its effective practice in harmony with the secular character of the institutionalized sphere. The investigation has, among its hypotheses of research, the identification and measurement of the current deficit of legal dogmatics in the treatment of religious doctrines in the formal public sphere, as well as the conciliatory potential of public reason in the various deliberative state processes. With an interdisciplinary investigation this research starts from the consolidated understanding of legal dogmatics as an instrument for the evaluation of the current situation. Later, it deals with the reflections of the political and juridical philosophy developed by authors like Rawls, Habermas, Dworkin and its interlocutors. They are used to establish a resizing of these rights and the identification of weaknesses and options for their better development. The idea of public use of reason will guide, to a large extent, the reflections of this research since it dialogues with the most diverse authors and allows a holistic evaluation of the inclusive expectations in the democratic scope of the doctrines or visions. In addition, public reason allows a specific and sensitive treatment, as a hermeneutic postulate for the harmonization of worldviews, claims of justice and the maintenance of the legal system integrity. Among the conclusions, it was identified the need to adopt differentiated treatments in the political sphere and in the legal sphere, since the political space must admit a greater flexibility of the manifestations of worldviews, while the legal sphere must seek to maintain the integrity of the legal order and at the same time must show equal respect and consideration for the various worldviews. In addition, it is essential to assume a more realistic conception of democracy, which does not ignore conflict as an important element of social interactions, although this reading must be compatible with democratic values in such a way as to guarantee the protection of ethical independence and the expectations of recognition of every citizen.

Keywords: Freedoms of conscience, belief and religion. Equality. Worldviews. Inclusive democracy. Public justification. Identity. Recognition.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O ESTADO DE DIREITO E A SECULARIZAÇÃO: TENSÕES PRIMÁRIAS À CONSOLIDAÇÃO DAS LIBERDADES DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO.....	14
2.1	O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO, A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CONCEPÇÃO LAICA DE ESTADO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DA LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO... 14	
2.1.1	O reconhecimento e a consolidação normativa internacional das liberdades de crença e de religião	17
2.1.2	O progressivo alicerçamento da tutela confessional no ordenamento jurídico brasileiro	20
3	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: CONQUISTAS E POTENCIALIDADES.....	38
3.1	DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS FUNDAMENTAIS E AS PERSPECTIVAS SEMÂNTICAS ÀS LIBERDADES DE CRENÇA E DE RELIGIÃO: UMA LEITURA SEGUNDO A DOUTRINA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA E A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	42
3.2	A NEUTRALIDADE DO ESTADO LAICO: PRIVILÉGIOS OU TRATAMENTO ISONÔMICO?... 50	
3.3	OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E RELIGIOSA.....	62
3.4	CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: A ABORDAGEM DE POSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI.....	66
3.5	A CONCEPÇÃO DE TOLERÂNCIA SUBJACENTE À DOGMÁTICA JURÍDICA E À PRÁTICA JUDICIAL.....	69
4	REGIME DEMOCRÁTICO PLURAL, SECULARIZAÇÃO E TOLERÂNCIA: UMA PERSPECTIVA INCLUSIVA A PARTIR DA FILOSOFIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA	79
4.1	A FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS E A SOCIEDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E PLURALISTA	79
4.1.1	O uso público da razão: fundamentos e limites.....	82
4.1.2	A tolerância, a cláusula de tradutibilidade e o espaço participativo do religioso a partir do uso público da razão	85

4.2	O RESGATE HABERMASIANO DA ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DO RELIGIOSO NA ESFERA PÚBLICA	87
4.2.1	As fragilidades da proposta rawlsiana e a alternativa de resgate cívico de Jürgen Habermas	89
4.3	A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN: DA TEORIA GERAL DO DIREITO À INTEGRIDADE INTERPRETATIVA DA LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO.	95
4.3.1	Interpretação jurídica, conceitos interpretativos e a única resposta correta	98
4.3.2	A liberdade religiosa na perspectiva dworkiana.....	99
4.3.3	Religião e política: função públicas e o confronto abrupto em meio a tolerância ..	104
4.3.4	A doutrina da razão pública e a negação da proposta liberal rawlsiana.....	110
5	O DESPERTAR DO SONO UTÓPICO REALISTA: A NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO POLÍTICO AO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES, A DINÂMICA DO PODER E AS DEMANDAS DE RECONHECIMENTO	115
5.1	A PARTICIPAÇÃO NA ESFERA POLÍTICA DEMOCRÁTICA: AS RELAÇÕES SOCIAIS EM MEIO AO CONFLITO PERMANENTE E A CONFORMAÇÃO DA IDENTIDADE POLÍTICA COLETIVA SEGUNDO O PLURALISMO AGONÍSTICO DE CHANTAL MOUFFE.....	116
5.1.1	Um confronto à leitura rawlsiana	119
5.1.2	Uma questão incidental: o equívoco da separação entre Igreja e Estado como pressuposto de neutralidade.....	122
5.2	IDENTIDADE E LUTA PELO RECONHECIMENTO: INTERLOCUÇÕES COM O PENSAMENTO DE TAYLOR E HONNETH E A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA INVISIBILIDADE POR MEIO DO DIREITO	124
5.3	O POLÍTICO E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA INAUGURAL À AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE DA TUTELA DAS LIBERDADES NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO PLURAL.....	134
5.3.1	A tutela da diversidade e das liberdade no âmbito institucionalizado: a razão pública enquanto postulado hermenêutico	137
6	CONCLUSÃO	145
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

A pluralidade de concepções de vida boa, sejam elas religiosas, morais ou filosóficas, é característica marcante da sociedade contemporânea. Tal atributo combinado ao cenário das instituições democráticas livres, a diversidade cultural e seus preceitos éticos mais fundamentais acabaram por se refletir no processo decisório de inúmeras questões no âmbito institucionalizado. A utilização de células-tronco embrionárias humanas em tratamentos e pesquisas, o aborto e os métodos terapêuticos de antecipação do parto, o suicídio assistido, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a proibição de símbolos religiosos em repartições públicas, as restrições à manifestação religiosa, a proibição ao uso de vestimentas religiosas em espaços públicos, entre tantas outras, ilustram as controvérsias enfrentadas na esfera pública deliberativa hodierna.

Observa-se também um crescente interesse das instituições e dos movimentos confessionais nas controvérsias políticas e jurídicas, inclusive, expressando suas expectativas pela maior abertura participativa e pelo exercício de suas liberdades comunicativas. Além disto, fatos como o ataque terrorista de 11 de setembro, o atentado à revista *Charlie Hebdo*, o projeto para a definição de um Estatuto da Família, as tensões entre as concepções religiosas e as ideologias de movimentos sociais (como pelo reconhecimento dos direitos homoafetivos), revelam as dificuldades sofridas na sociedade em razão de processos inacabados da secularização na modernidade. É neste cenário que se apresenta uma incerteza, talvez superável, acerca do modo pelo qual os diversos tipos de doutrinas abrangentes, especialmente as concepções de cunho religioso, poderiam vir a coexistir e cooperar para a definição de uma solução razoável a todos das controvérsias mais fundamentais.

Diante desta insegurança fática que possui reflexos na esfera normativa e política, a presente investigação almeja examinar o atual dimensionamento, a potencialidade e as possibilidades do efetivo exercício do direito fundamental de liberdade de consciência e de religião na esfera pública institucionalizada, em particular, no processo deliberativo político e no desempenho de sua atividade jurisdicional relativa a questões de justiça básica e elementos essenciais constitucionais. Vale lembrar que o aparato estatal e suas instituições assumem, ao menos formalmente, o caráter secular como diretriz primordial para a concretização de um igual tratamento a todas as cosmovisões e a salvaguarda de uma ordem democrática neutra.

A presente pesquisa justifica-se por distintas motivações. Do ponto de vista teórico, é notória a dificuldade enfrentada pelos pesquisadores para se definir um ponto de consenso

acerca dos limites às práticas e às manifestações religiosas no cenário democrático institucionalizado. A questão intensifica-se quando se observa as críticas traçadas às diferentes concepções de neutralidade e de tolerância, em especial, no segmento da teoria política. Além disto, a imprecisão semântica, insuperável em razão da inerente natureza interpretativa do direito, reforçam a necessidade de novas abordagens quanto ao presente tema.

Do ponto de vista prático, por outro lado, observa-se um crescente fortalecimento dos movimentos confessionais, inclusive, constituindo bancadas políticas em esferas deliberativas, por exemplo, do poder legislativo. Simultaneamente, constata-se reiteradas práticas de violência, motivadas pela intolerância religiosa, no cotidiano das diversas cidades brasileiras. Além disso, percebe-se a ampliação das demandas de reconhecimento de classes e segmentos marginalizados, até mesmo, na esfera cultural que engloba diversas confissões de fé, como as doutrinas de caráter afro-brasileira.

O estudo da liberdade religiosa também se fundamenta em um aspecto acadêmico e pragmático. Conforme Adragão (2018), tais estudos têm ganhado autonomia científica pelo mundo, singularmente no âmbito do direito público, tornando-se disciplina específica quanto às relações das confissões religiosas com o Estado, ainda que por diferentes denominações, como Direito Eclesiástico e Direito da Religião.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, preliminarmente, fez-se recurso aos ensinamentos da doutrina jurídica contemporânea, principalmente, do direito constitucional, como meio apto ao delineamento das principais características atribuídas a estes direito e para a identificação dos tradicionais limites ao seu exercício. Nesta revisão, buscou-se também, conjugado com o estudo das disposições normativas existentes no sistema pátrio e internacional, a compreensão das principais diferenças e divergências que circundam os direitos de consciência e de religião. Complementarmente, recorreu-se a apontamentos da história do direito nacional para entender as tensões subjacentes à ordem normativa que, sem dúvida, influenciaram a atual compreensão destes institutos. Tais elementos combinados permitiram a definição de um diagnóstico normativo de tais direitos no sistema jurídico brasileiro vigente.

Em seguida, objetivando o aperfeiçoamento da investigação, estabeleceu-se um estudo interdisciplinar a partir de reflexões da filosofia política e jurídica contemporânea. A doutrina da razão pública rawlsiana foi adotada como referencial basilar e norteador deste segundo momento da pesquisa. Justifica-se a sua adoção em diversas razões: (i) primeiramente, pelo fato do próprio pensador norte americano, John Rawls, ter estabelecido

diferentes fórmulas da ideia de razão pública ao longo de sua vida, indicando uma tentativa de aperfeiçoamento e compatibilização com as circunstâncias sociais da contemporaneidade; (ii) o presente referencial já foi objeto de críticas de diversos outros pensadores, inclusive, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, permitindo o melhor esclarecimento de suas fragilidades e das possibilidades de aprimoramento; (iii) a ideia de razão pública tem reflexos na doutrina constitucional brasileira a ponto de ser reconhecida como princípio hermenêutico constitucional. Logicamente, para evitar respostas acríticas, confrontou-se também as teses ventiladas a outros paradigmas, por exemplo, da democracia agonística de Chantal Mouffe e da luta pelo reconhecimento de Axel Honneth. Assim, a pesquisa foi estruturada em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é dedicado ao esclarecimento do fenômeno da secularização e, sincronicamente, da consolidação da ideia de Estado de Direito. Essa primeira exposição é relevante na medida que evidencia as raízes da tensão moderna entre Estado e Igreja ou poder civil e poder eclesiástico. Neste mesmo capítulo, a partir da história do direito nacional, são relatadas as experiências normativas do ordenamento jurídico brasileiro, com suas constituições, no tratamento normativo das liberdades de consciência e de religião até os dias atuais.

O segundo capítulo é destinado à delimitação das possibilidades semânticas dos direitos de liberdade de consciência e religião, bem como para a identificação de limites ao seu exercício no âmbito prático. A investigação, neste momento, baseia-se predominantemente na hermenêutica constitucional moderna. No mesmo capítulo, foi problematizada a questão da neutralidade e da tolerância a partir de tipos ideais trazidos da filosofia e reflexões de autores do próprio direito.

Em seguida, no terceiro capítulo, a partir da proposta rawlsiana de uso público da razão, examina-se as limitações práticas do recurso a preceitos confessionais no fórum público deliberativo institucionalizado. Realiza-se, também, neste momento da pesquisa, um primeiro confronto do projeto de Rawls com as críticas de Jürgen Habermas e de Ronald Dworkin. Por fim, prossegue-se a investigação a partir da doutrina dworkiana que acaba por culminar na ideia de independência ética.

O quarto capítulo conduz a um repensar da proposta rawlsiana e das possibilidades de redimensionamento das potencialidades trazidas nos capítulos anteriores. A partir de dispositivos como da democracia radical de Mouffe, da ideia de identidade em Charles Taylor e do direito como esfera de reconhecimento no pensamento de Axel Honneth, desenvolve-se uma leitura crítica que seja, concomitantemente, realista e prática. Além disto, seguindo uma

leitura prática, avalia-se de forma pormenorizada o tratamento institucional apropriado das liberdades de consciência e religião a ponto de apresentar uma reformulação da ideia de razão pública.

2 O ESTADO DE DIREITO E A SECULARIZAÇÃO: TENSÕES PRIMÁRIAS À CONSOLIDAÇÃO DAS LIBERDADES DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

Há inúmeras formas de investigação e compreensão de temáticas relacionadas ao direito, às ciências sociais e à política, como tantas outras esferas do conhecimento atinentes às relações humanas e ao mundo que o cerca. De acordo com o modelo ou abordagem adotada, acaba sobressaindo um aspecto relevante frente às complexidades da vida em sociedade.

Inicialmente, neste primeiro capítulo, apresenta-se um breve relato, a partir do pensamento de Jürgen Habermas e Charles Taylor, acerca do fenômeno da secularização inserido na perspectiva do Estado de Direito ocidental. Embora não sejam autores da doutrina jurídica, suas considerações dentro da filosofia política permitem a melhor compreensão da problemática investigada.

Em seguida, foram resgatados relatos e reflexões da doutrina acerca do processo de consolidação da liberdade de consciência e religião no histórico constitucional brasileiro. Afinal, como ensina Aquino (2014, p. 55-56), tal reconstrução histórica “permite avaliar melhor as condições, os princípios e os interesses mobilizados a favor e contra a laicidade do Estado”. Além disto, permite compreender as raízes da tensão entre Estado e Igreja que até hoje preocupa cidadãos, autoridades e teóricos (políticos e jurídicos).

2.1 O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO, A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CONCEPÇÃO LAICA DE ESTADO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DA LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO

A ideia de Estado de Direito é, costumeiramente, trazida à centralidade das discussões fundamentais da ordem jurídica moderna, pois alberga um arranjo institucional idealmente modelado à manutenção da convivência social pacífica, da tutela de direitos em sua globalidade e do controle das arbitrariedades advindas do exercício do poder. Com um histórico marcado por inúmeras demandas e movimentos sociais revolucionários, como vivenciado na Revolução Francesa de 1789¹, para a consolidação de uma ordem constitucional a partir de novos paradigmas, este modelo ideal é caracterizado pela observância e proeminência de uma ordem normativa hierarquizada, garantidora de direitos e

¹ Para Barroso (2009, p. 25): “[...] foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história”.

limitadora da atuação dos indivíduos, como também do próprio Estado². Esta ordem constitucional, segundo Ferreira Filho (2015, p. 318), está vinculada à garantia dos direitos fundamentais e o reconhecimento de novos direitos se perpetuou-se como uma meta inerente ao próprio constitucionalismo, mesmo em meio às formações, progressivamente, pluralistas.

Não obstante, as doutrinas religiosas, em numerosos momentos da história, tenham fornecido justificações, a partir de seu tratamento da ideia da criação e da salvação, consideradas suficientes à admissão das autoridades divinas como razoáveis e detentoras da verdade, isto é, não as reputando e também a seus mandamentos como decorrentes de uma autoridade cega, com a razão moderna viabiliza-se um processo de transferência da objetividade, relativa à natureza e também à história da salvação, para o ‘subjetivamente razoável’. Assim, os juízos e atos morais, anteriormente firmados na história da salvação, passam a ser reconstituídos pelo jogo moral da linguagem e em consonância com as vontades e a percepção dos seus participantes. Em suma, a força de validação dos fundamentos religiosos é mitigado e perde também seu potencial de estabilidade e de unidade que dispusera nas sociedades primitivas (HABERMAS, 1998, p. 12).

A estruturação do Estado Democrático de Direito, para Habermas (2007a), partiu de uma forma de autocompreensão que faz recurso, exclusivamente, à ‘razão natural’. Isso significa que, independentemente da legitimação religiosa, se revelou a adoção de uma base epistemológica de justificação e de sustentação do poder estatal com suporte em argumentos tidos como públicos e acessíveis a todos os cidadãos de igual maneira. Destarte, esclarece Habermas (2007a, p. 135-136) que:

[...] a superação das guerras de religião e das querelas entre as confissões, que teve início nos tempos modernos, constitui um ponto de partida histórico; o Estado constitucional reagiu a esse fato neutralizando, de um lado, o exercício do poder, o qual se tornou independente de qualquer tipo de cosmovisão; de outro lado, ele abriu espaço para a autodeterminação democrática de cidadãos que passam a dispor de iguais direitos (HABERMAS, 2007a, p. 135-136).

Contudo, trata-se de um equívoco acreditar que a secularização representou um processo idêntico em todas as nações contemporâneas ou mesmo que o formato secularista seja uma opção ideal a todo e qualquer país. Como salienta Taylor (2012), o caráter “secular”

² A demarcação de limites, inclusive ao próprio Estado, representou um primeiro passo em prol da efetivação de concepções de justiça, fundamentalmente, baseadas nos preceitos da igualdade e na liberdade. Isso significa que: “[...] todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento”. (HAYEK, 2010, p. 89).

surgiu e incrementou-se dentro do mundo da cristandade latina e o termo estava relacionado à concepção de ‘século’, ou melhor, do tempo profano e, por consequência, era contrastante à ideia de eterno e do tempo sagrado.

Certos tempos, lugares, pessoas, instituições e ações eram vistos como intimamente relacionados com o tempo sagrado ou superior, e outros como pertencendo apenas ao tempo profano. É por isso que a mesma distinção podia amiúde ser feita pelo uso do binômio ‘espiritual/temporal’ (por exemplo, o Estado como o ‘braço temporal’ da Igreja). Párocos comuns são assim ‘seculares’ porque atuam lá fora no ‘século’, em oposição àqueles e que instituições monásticas – padres ‘regulares’-, que vivem pelas regras de sua ordem (TAYLOR, 2012, p. 158-159).

Por isto, em um primeiro momento, a secularização representou um fenômeno de especificação, em que certas atribuições e até mesmo instituições foram transmitidas do domínio eclesiástico ao manejo leigo.

Não se pode ignorar também a contribuição dos reformadores na troca de paradigmas, afinal, a contínua estima à tradição e à ideia da mediação da Igreja para a experiência e o relacionamento com o divino, que foram visões proeminentes na Idade Média, passaram a ser opostas por uma concepção de consciência livre e uma relação do humano com o sagrado sem mediação (BREGA FILHO; ALVES, 2009, p. 76). O movimento reformista trazia sensíveis alterações confessionais, como o livre acesso às escrituras, mas também uma reformulação da experiência com o sagrado e da posição dos sujeitos em meio à sociedade.

A partir do século XVII, como salienta Taylor (2012, p. 159), o termo secular passa a ter seu sentido alterado, pois não está mais atrelado ao contraste temporal das instituições confessionais e passa a designar “o oposto a qualquer reivindicação feita em nome de algo transcendente a este mundo e seus interesses”. Todavia, mesmo que existissem sujeitos e grupos que compreendessem tais pretensões transcendentais como inconsistentes ou descabidas, ainda persistiam grupos que continuavam a atribuir um papel social às igrejas e aos seus preceitos. Reestruturava-se, assim, a ordem social e política, desligada da cosmovisão confessional, e alicerçada à esfera do imanente e do autossuficiente.

Pouco a pouco, a relação interna entre a díade “secular” e “religioso” transmuta-se para uma parêntese externa, com a negação da real necessidade do transcendente, tornando a perspectiva religiosa uma abordagem opcional, em que “secular e religioso se opõem como verdadeiro e falso ou necessário e supérfluo” (TAYLOR, 2012, p. 163), preterindo as visões confessionais e restringindo-as à esfera privada. Logo, a experiência ocidental para o amoldamento de um regime secularista satisfatório, como descrita por Taylor, esteve marcada

por três momentos: a diferenciação entre Estado e Igreja, a separação sofrida por estas instituições e, por fim, a consolidação de um Estado e uma percepção de vida pública em detrimento às cosmovisões confessionais que passam por um processo de marginalização.

Segundo o pensamento habermasiano, a adoção do caráter secular pelo Estado não foi elemento satisfatória à resolução dos conflitos, mesmo que em potencial, entre religiosos e não religiosos e muito menos à garantia de tratamentos simétricos no exercício das liberdades relativas às crenças e à religião. Para o pensador alemão, somente o processo democrático deliberativo revelou a capacidade de preencher a lacuna normativa (e de legitimação) na formulação de regras equitativas do direito positivo e também da liberdade religiosa, que predominantemente é tratada no sentido de não coerção. Afinal, a diretriz democrática, apropriada pelo Estado de Direito, supera a mera garantia das “liberdades negativas” e a tutela dos interesses cultivados pelos cidadãos em favor do próprio bem, uma vez que é mola propulsora da participação dos cidadãos nas disputas públicas, seja em temas de seu interesse imediato ou de utilidade geral, especialmente com a desobstrução das liberdades comunicativas (HABERMAS, 2007a, p. 120).

A consagração de um direito fundamental à liberdade de consciência, crença e religião representou uma reação, de natureza política, às disputas advindas do pluralismo religioso. Por isso, o processo democrático representa, justamente, a alternativa adequada ao tratamento das diferenças, afinal, “a criação de regras equitativas pressupõe que os participantes aprendem a assumir as perspectivas uns dos outros” (HABERMAS, 2007a, p. 136). Em suma, a democracia consagrou-se como dispositivo capaz de unir segmentos sociais variados e, a partir de um procedimento colaborativo, tornar os cidadãos, simultaneamente, autores e destinatários de um direito, legitimamente, instituído.

2.1.1 O reconhecimento e a consolidação normativa internacional das liberdades de crença e de religião

No âmbito internacional, as liberdades de consciência, crença, culto e religião tornaram-se, ao longo da história, parte importante da agenda de negociações de inúmeros instrumentos normativos. Já em 1948, estas liberdades foram, expressamente, reconhecidas por disposição do artigo 18³ da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promovendo-o enquanto um direito inerente a todo ser humano e de exercício amplo, inclusive, em público.

³ Conforme disposição da na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 18: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou

Enquanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrava a manifestação destas liberdades pelo ensino, pela prática ou mesmo pelo culto, além de indiscutivelmente admitir o direito à mudança de religião, credo ou crença, o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos notabilizou um sentido mais dilatado⁴. Este Pacto afirmou também a proibição de utilização de medidas coercitivas para restringir ou impor determinada crença ou religião, embora tal liberdade estivesse sujeita às limitações legais imprescindíveis à tutela de outros direitos, em específico, à segurança, à ordem, à incolumidade pública, além da moralidade e dos direitos dos demais cidadãos.

O artigo 18⁵ deste mesmo Pacto, em 1966, garantiu ainda a tutela dos pais e tutores legais contra a atuação do Estado que viesse a interferir na educação religiosa e moral proporcionadas aos seus filhos. Três anos depois, esta formulação foi retomada pelo art. 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mundialmente, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A temática do exercício do direito de crença e religião também se refletiu em outros institutos do direito internacional, por exemplo, na caracterização do indivíduo a ser tutelado por meio do refúgio. Os refugiados não são apenas aqueles indivíduos que não têm seus direitos respeitados pelos Estados aos quais pertençam, mas aqueles sujeitos que são perseguidos por estes mesmos Estados ou estão desamparados por estes entes enquanto são molestados por outros grupos. Logo, encontram-se em circunstância de total desamparo, inclusive, sem qualquer proteção estatal, embora sofram perseguições diversas.

Os motivos da perseguição podem ser variados, como a raça, a nacionalidade, a participação em determinados grupos sociais e até mesmo pela sua opinião política. A Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados incluiu a religião dentre os motivos das perseguições sofridas por estes indivíduos e, em seu art. 4º, instituiu a obrigação dos

crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular”.

⁴ Vale destacar que, em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos já trazia, em seu art. 9º, mais diretrizes, assegurando seu exercício individual ou mesmo coletivo, contudo, limitados a manutenção de outros bens jurídicos, como a ordem, a saúde e a moral. Em seu art. 14, a religião foi inserida como fundamento não passível de discriminação.

⁵ O art. 18 do Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos dispôs:”1. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adoptar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino. 2. Ninguém será objecto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adoptar uma religião ou uma convicção da sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à protecção da segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem. 4. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, em caso disso, dos tutores legais a fazerem assegurar a educação religiosa e moral dos seus filhos e pupilos, em conformidade com as suas próprias convicções.”.

Estados Contratantes de proporcionar, em igualdade com seus nacionais e em seu território, um tratamento propício à prática das religiões pelos refugiados até mesmo no que se refere à liberdade de instrução religiosa de seus filhos.

As reiteradas práticas, almejando a destruição, em todo ou em parte, de grupos religiosos, acabaram ainda por repercutir na Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio de dezembro de 1948. Este documento foi ratificado pelo Brasil, em setembro de 1951, e estampou, em seu art. 2º, a fragilidade de grupos étnicos, raciais e religioso que sofrem com as tentativas de destruição, seja de cunho físico ou cultural.

Em 1981, foi proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções. O referido instrumento internacional almeja a tutela da diversidade em seu sentido mais amplo, além de expressa garantia de proteção jurídica à livre condução e expressão do pensamento, das crenças, das convicções e das religiões, que podem ser manifestadas, inclusive, pela liberdade de escrever, de publicar e de difundir de suas produções. O referido documento consagra a liberdade religiosa e de convicção como parte nuclear da dignidade humana e, por isso, contrária a toda forma de intolerância. Para tanto, o §2º, do art. 2º desta Declaração delinea um conceito amplo de intolerância, sendo: “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” (ONU, 1981, s.p.). Observa-se que existe uma pluralidade de formas de sua ocorrência que estará combinado a um segundo elemento, no caso, fins e os efeitos decorrentes da conduta, como a abolição ou mesmo abalo do reconhecimento de determinada religião ou convicção. Diante da sua essencialidade, a intolerância poderá se dar, até mesmo, pelo simples ato de preferência, a depender das consequências e efeitos desta conduta.

Em novembro de 1995, foi aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, em Paris, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância. O referido documento ratifica a essencialidade da proteção da liberdade religiosa e, logo em seu preâmbulo, elenca fatos negativos a serem combatidos por toda a sociedade internacional.

Alarmados pela intensificação atual da intolerância, da violência, do terrorismo, da xenofobia, do nacionalismo agressivo, do racismo, do anti-semitismo, da exclusão, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas, dos refugiados, dos trabalhadores migrantes, dos imigrantes e dos grupos vulneráveis da sociedade e também pelo aumento dos atos de violência e de intimidação

cometidos contra pessoas que exercem sua liberdade de opinião e de expressão, todos comportamentos que ameaçam a consolidação da paz e da democracia no plano nacional e internacional e constituem obstáculos para o desenvolvimento,

Ressaltando que incumbe aos Estados membros desenvolver e fomentar o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos, sem distinção fundada sobre a raça, o sexo, a língua, a origem nacional, a religião ou incapacidade e também combater a intolerância, aprovam e proclamam solenemente a presente Declaração de Princípios sobre a Tolerância (UNESCO, 1995, p. 9-10)

Como se observa, a preocupação internacional é voltada ao combate de toda forma de intolerância e discriminação, em especial, pelo fortalecimento do caráter humanista assumido após a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. O conceito de tolerância é trazido, de imediato, pelo art. 1^o do referido instrumento internacional. Este instituto não é dimensionado como um ato de bondade, de indulgência ou de cortesia, mas um direito inerente a todo ser humano, a ser praticado no plano individual ou coletivo (na atuação em grupo e do Estado).

Não sem motivo, o combate a todo tipo de discriminação foi consagrado na esfera pátria, desde a sua promulgação, pelo art. 3^o, IV da Constituição Federal de 1988, tendo fortalecido, implicitamente, em inúmeros outros dispositivos, por exemplo, ao consagrar a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo dentre os princípios regentes do Brasil em suas relações internacionais.

2.1.2 O progressivo alicerçamento da tutela confessional no ordenamento jurídico brasileiro

⁶ No textos da Declaração: “1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.

1.3 A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.

1.4 Em consonância ao respeito dos direitos humanos, praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social, nem renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito [...]” (UNESCO, 1995, p. 11-12)

A história brasileira confunde-se, em grande medida, com a própria história da relação Igreja e Estado. Desde a colonização até a democracia hodierna, as instituições confessionais têm mantido, direta ou indiretamente, profundas relações com as instituições públicas.

A conquista das Américas, desde os seus primórdios, esteve inserida a uma conjuntura mais ampla do expansionismo colonialista europeu, fulcrada no viés econômico pela procura de metais preciosos que viabilizassem o ganho mercantil e no viés político-ideológico, com o processo de catequização dos aborígenes e em sua conversão como servos da Coroa e da Igreja. Muito mais que genocídio e aniquilamento das populações originais das Américas, inclusive dos índios brasileiros, a colonização foi resultado de um crescente regime de dominação, conversão escravista das comunidades nativas e na apropriação de suas terras, como ensina Wolkmer (2018, p. 52). Institui-se também uma ordem social, econômica e jurídica, garantidora de privilégios e vantagens à aristocracia branca advinda da Espanha, ainda que nascida na América, enquanto outros segmentos mantinham-se marginalizados, neste caso, “a submissão de uma maioria despossuída e explorada como mão de obra escrava, composta por indígenas, negros e mestiços” (WOLKMER, 2018, p. 56).

As instituições jurídicas, seguindo a tradicional cultura ibérica, influenciada pelo direito romano, germânico e canônico, sofria com a ausência de uma fonte oficial e homogênea do direito. A ordem jurídica positiva aplicável no Brasil colônia, inicialmente, era restrita às legislações eclesiásticas, nas palavras de Wolkmer (2018, p. 68), compostas “pelas cartas de doação, pelos forais, pelas cartas-régias, alvarás e regimentos dos governos gerais”. Paulatinamente, passou a ser introduzida a legislação portuguesa vigente, sendo um conjunto normativo caracterizado pela compilação de leis e de costumes denominados de Ordenações Reais⁷, cuja aplicação dava-se sem qualquer modificação e em todo o território de suas colônias. Concomitantemente, diante das impropriedades das normas de direito público vigentes em Portugal e incompatíveis com a realidade da Colônia, fez-se necessária a promulgação de leis especiais para a regulamentação de sua organização administrativa, especialmente, de natureza comercial. A influência da religião, nos segmentos político, social e jurídico, manteve-se do período colonial, com o primado das imposições de Portugal e de suas ordenações, até momentos posteriores de maneira mais marcante.

⁷ Como ensina Wolkmer (2018, p. 68), o direito privado comum estava alicerçado em tais ordenações e estas compreendiam “as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelitas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)”.

A fundação do Império, com a proclamação da independência em 7 de setembro de 1822, não implicaria propriamente uma ruptura com a tradição colonial e, muito menos, com o tradicional prestígio da confissão fé da metrópole portuguesa. A Constituição de 1824 adotava a doutrina Católica Apostólica Romana como religião oficial em seu art. 5º. O mesmo dispositivo admitia a existência e a prática de outras religiões, porém o culto era tutelado de maneira mitigada e estava adstrito ao âmbito doméstico e a locais particulares destinados para esse fim, por consequência, não se admitiam manifestações exteriores e a construção de templos que não fossem católicos. Na verdade, a religiosidade já estava estampada desde o preâmbulo da Constituição, que evocava a Santíssima Trindade (Pai, Filho e Espírito Santo), indicando o viés confessional adotado pela Carta outorgada⁸.

O fenômeno religioso possuía grande influência e impacto no exercício de outros direitos, por exemplo, de ordem política. O art. 95⁹, desta mesma Constituição, estabelecia parâmetros ao alistamento eleitoral. Além da adoção do sufrágio censitário, impondo renda líquida mínima, não poderiam ser eleitores e nomeados a deputados aqueles que não professassem a religião do Estado. O art. 179, inciso V da Constituição do Império consagrava ainda que ninguém seria perseguido por motivos religiosos, condicionado ao fato de que respeitasse a confissão de fé adotada pelo Estado e não ofendesse a moralidade pública. O inciso IV, do mesmo dispositivo, garantia a liberdade de pensamento na qualidade de direito civil e político dos cidadãos brasileiros, isto é, um núcleo ao futuro direito de consciência, admitindo-se sua comunicação “por palavras, escritos e publicação na imprensa”, embora sujeitos a responder por eventuais abusos. Logo, embora as liberdades de religião e de pensamento estivessem tuteladas pela Constituição, estavam limitadas pela natureza confessional adotada pelo Estado da época, inclusive, sem qualquer previsão de objeção de consciência.

Como salienta José Reinaldo de Lima (2014, p. 314-315), durante o Império, era destinado um tratamento aos membros do clero católico como se fossem parte do

⁸ Como pontua SCAMPINI (1974a): “A Constituição do Império foi outorgada a 25 de março de 1824 por D. Pedro I, após dissolver por decreto, de 12 de novembro do ano anterior, a Assembléia Constituinte que ele próprio convocara, como resultado da proclamação da Independência, a 7 de setembro de 1822”. Scalquette (2013, p. 158-159) ressalta que a dissolução da Assembleia Constituinte decorreu do fato de que a proposta de Constituição apresentada, que desagradava aos interesses de D. Pedro, impusera restrições ao exercício do poder pelo monarca e deixaria de instituir um quarto poder que seria denominado de moderador. O poder moderador, trazido pela Carta outorgada, veio constitucionalizar o exercício de um absolutismo monárquico, já que o Imperador viria a exercer este poder e o poder executivo, não se sujeitando a qualquer possibilidade de responsabilização nos termos do art. 99 da Carta de 1824.

⁹ Dispunha literalmente a constituição: “Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na fôrma dos Arts. 92 e 94. II. Os Estrangeiros naturalizados. III. Os que não professarem a Religião do Estado.”.

funcionalismo público¹⁰, sendo que as rendas da Igreja também eram tratadas enquanto assunto pertinente e de interesse do Estado. Nesse cenário, os sacerdotes possuíam considerável influência, pelo fato de serem proprietários de terras e exercerem funções de natureza pública, como os registros públicos (civis e de terras).

Não obstante a Constituição tenha trazido, expressamente, a religião oficial a ser seguida e direcionado um tratamento específico à Igreja Católica, Scampini (1974a) alerta que isso não representava propriamente um privilégio, afinal, de 1824 a 1889, legislação representava, cada vez mais, uma ofensa à Igreja e a suas lideranças, uma vez que esta proximidade conduzia à falsa ideia de que o governo poderia vir a atuar e a intervir em questões adstritas à ordem confessional. Segundo essa leitura, a Constituição¹¹ impusera ao Imperador o dever de jurar, manter e defender a religião católica como doutrina oficial do Estado, para que, posteriormente, fosse aclamado, bem como foi imposto, sincronicamente, o mesmo juramento ao herdeiro provável quando completasse 14 (quatorze) anos e aos regentes. Interessante destacar que conforme o art. 95 da Constituição, a adoção da religião oficial era condição de elegibilidade como deputado, não obstante, tenha sido adotada uma face liberal ao admitir que a lista tríplice, para designação de senadores, encaminhada à Coroa, fosse composta também por brasileiros, ainda que pertencentes a outras confissões religiosas.

Em contraposição, a ordem jurídica incorporou ao poder civil diversas atribuições de ordem eclesiástica, como: (i) de nomear bispos e prover benefícios eclesiásticos (art. 102, II) e (ii) de conceder ou não beneplácito aos atos de autoridade religiosa (art. 102, XIV); e (iii) o recurso contra decisões eclesiásticas. O primeiro, que engloba o denominado direito de

¹⁰ Sarmiento e Souza Neto (2017, p. 101-102) reforçam essa ideia: “A relação entre a Igreja Católica e o Estado era regulada pelo regime do padroado, segundo o qual os clérigos eram pagos pelo próprio governo, o que os equiparava a funcionários públicos”.

¹¹ Conforme o texto da Constituição: “Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber. [...]”

Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

Art. 127. Tanto o Regente, como a Regencia prestará o Juramento mencionado no Art. 103, accrescentando a clausula de fidelidade na Imperador, e de lhe entregar o Governo, logo que elle chegue á maioridade, ou cessar o seu impedimento.

Art. 141. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de - manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação”. Cf. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

padroado e era exercido de maneira privativa pela Santa Sé, embora durante a história tenha sido concedido¹² às autoridades civis a possibilidade de indicar nomes a serem nomeadas pelo poder eclesiástico, foi atribuído ao poder civil por força da constituição independentemente da concordância ou concessão papal. O beneplácito, por sua vez, representava a anuência do Império para que atos das autoridades eclesiásticas, como decretos dos concílios, letras apostólicas e outras disposições confessionais, pudessem vigorar e serem exteriorizados em âmbito nacional¹³. O recurso à Coroa¹⁴, por outro lado e de modo mais intervencionista, permitia que os juízes civis viessem a conhecer e corrigir decisões tomada por juízes eclesiásticos. Em 1942, esta atribuição foi concedida aos presidentes das províncias (SCAMPINI, 1974a, p. 84-89).

José Reinaldo de Lima (2014, p. 315-316) relata um caso de intervenção do poder civil no âmbito religioso:

O bispo de Olinda, D. Fr. Vital Gonçalves de Oliveira, de 26 anos, formado na Europa, resolve impor um interdito a uma irmandade do Recife e excomungar os membros maçons da confraria, seguindo as determinações de Pio IX. Ora, estas determinações do papa e do Concílio não haviam sido submetidas ao governo imperial para beneplácito. Diante do fato, a Irmandade do SS. Sacramento da Igreja de Santo Antônio apresentou um recurso à Coroa, na forma do Decreto 1.911, de 1857. O recurso foi encaminhado ao Conselho de Estado, que decidiu em 23 de maio de 1873 que o bispo havia excedido sua jurisdição (pois as irmandades eram não apenas religiosas mas também seculares e só a autoridade religiosa não poderia dissolvê-las ou interditá-las) e que havia feito uso de bulas pontifícias sem beneplácito. Deu-se provimento ao recurso e encaminhou-se

¹² Scampini (1974a, p. 85 - 86) explica quais motivos levaram a Santa Fé a conceder o privilégio, ao poder civil, de indicação sujeitos a serem nomeados como autoridades religiosas, bem como quais eram os interesses do Estado Brasileiro no exercício deste poder, observe: “O auxílio material que sempre precisava a Santa Sé nas guerras sustentadas para a defesa dos Estados Pontifícios e nas lutas conseqüentes aos cismas, colocou os papas na contingência de se submeterem à ingerência temporal nos negócios espirituais. Era uma forma de compensação. Foi assim que o padroado, de uma simples concessão da Santa Sé, se transformou em tutela permanente do direito majestático exercido pelos reis. [...] Os comentários à Constituição do Império são concordes em afirmar que os direitos e as regalias inerentes ao padroado, passaram ao Estado como pertencentes à soberania nacional, como função majestática própria do governo civil em defesa de suas prerrogativas e da liberdade dos cidadãos [...] Além das funções espirituais, os bispos, os párocos e mais empregados eclesiásticos exercem também funções civis de alta importância; eles influem sobre a moral do povo, sobre a instituição religiosa, sobre a direção social.

Era, pois, necessário que o poder público, que deve manter os bons costumes, a segurança e a tranquilidade nacional, tivesse o impreterível direito de reconhecer e preferir sacerdotes que por suas virtudes e conhecimentos oferecessem as garantias necessárias, que não viesse a perturbar a ordem política, levantando conflitos e dificuldades. O poder executivo nomeava bispos, e o papa dava-lhes a confirmação”.

¹³ A limitação do poder eclesiástico, por exemplo, pelo beneplácito, não era propriamente uma criação do constituinte da época, já que as monarquias europeias seguiam um modelo similar vigente desde o período colonial (LIMA, 2014, p. 315).

¹⁴ Com o decreto de 28 de março de 1857, há uma flexibilização favorável as ordens eclesiásticas, uma vez que o recurso também passou a poder ser utilizado contra os abusos do poder civil no âmbito das prerrogativas confessionais, ressalta Scampini (1974a, p. 89).

o processo de volta a Recife para que se cumprisse a decisão, com um ofício dirigido ao bispo (em 12 de junho de 1873).

D. Vital recusou-se a tomar as providências no prazo dado (um mês), alegando matéria de consciência num ofício de 6 de julho de 1873 endereçado ao ministro de Estado do Império. Foi então pedido ao procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional que promovesse a acusação do bispo, dando início a processo penal. O pedido, de 27 de setembro de 1873, foi assinado pelo ministro João Alfredo Correa de Oliveira, em nome do próprio imperador. A denúncia foi apresentada pelo procurador da Coroa ao Supremo Tribunal de Justiça em 10 de outubro de 1873, pelo crime do art. 96 do Código Criminal (obstar o cumprimento de determinações do Poder Moderador ou Executivo), fazendo também menção ao art. 86 (atentar contra a Constituição) e art. 129 (prevaricação).[...] D. Vital foi condenado: foi o 163º funcionário julgado pelo Supremo, o segundo condenado e o primeiro a quem foi aplicada a pena.

Este fato, como ocorrido com outros bispos na década de 1870, por exemplo, Dom Antônio Macedo Costa no Pará, constituiu a chamada “questão religiosa” (1827-1838). Neste episódio histórico, os bispos passaram a afastar membros e padres vinculados à ordem da maçonaria. A Maçonaria reagiu e passou a realizar uma campanha, pela imprensa de todo país, contra a Igreja e suas autoridades (SCAMPINI, 1974a, p. 102-107). Contudo, os conflitos entre a ordem civil e religiosa não se resumem a este evento. Um dos acontecimentos de grande destaque é anterior à “questão religiosa” e foi chamado de Cisma de Feijó, entre 1827 a 1838. Neste incidente, estava em jogo do celibato clerical. O Padre Diogo Antônio Feijó adotou posicionamento contra a Igreja, na tentativa de que a Câmara de Deputados interviesse na questão do celibato e que fosse autorizada a licença ou tolerado o matrimônio dos clérigos, pois considerava como negativo o resultado da proibição imposta. No mesmo período, a Santa Fé negou a confirmação da nomeação do Padre Antônio Maria de Moura para bispo do Rio de Janeiro, por considerar que ele teria apoiado atos ofensivos à organização eclesiástica, tendo o ato sido considerado ofensivo à soberania nacional. Tais ocorrências causaram grande tensão e desentendimento entre a Igreja e o Poder civil, sendo que a solução da “cisma” só veio a ser viabilizada com a renúncia do Padre Mouro à mitra e a retirada de Feijó de suas atribuições junto à regência imperial (SCAMPINI, 1974a, p. 100-101).

Definitivamente, esse cenário indicava os fortes laços existentes entre Igreja e Estado, longe de garantir estímulos ao pluralismo ou mesmo a perspectivas democráticas. A Igreja, ainda que se beneficiasse pela consagração constitucional, em alguns momentos, entrava em intenso conflito pelo exercício do poder e, em outros, permanecia de mãos atadas como tantas outras cosmovisões, com a vantagem de gozar do benefício do exercício público de sua doutrina.

A monarquia, como destaca Scalquette (2013, p. 164), estava apoiada na Igreja Católica e nos militares, contudo, pouco a pouco entrou em declínio¹⁵. Os militares estavam insatisfeitos com a Monarquia, afinal, após a guerra do Paraguai, observou-se a redução do orçamento e de seu contingente. Ao mesmo tempo, a Igreja encontrava robustos obstáculos decorrentes do controle realizado pelo poder civil. Em 1889, foi proclamada a República, mesmo revestida pela ilegitimidade de um verdadeiro golpe militar¹⁶, nada obstante, que impactaria substancialmente na relação entre estado brasileiro e religiões, especialmente, pela influência do positivismo¹⁷ e pela instituição de novos espectros às liberdades.

Foi com o Decreto n° 119-A, de 07 de janeiro de 1890, como salienta Brega Filho e Alves (2009), que se instituiu o sistema com a separação entre o Estado e a Igreja. Fica constituído, a partir deste documento, o Estado Leigo ou Laico. Foi proibida a expedição de atos normativos que estabelecessem uma religião ou criassem qualquer tratamento diferenciado. Atribuiu-se igual possibilidade de exercício ao culto e à liberdade religiosa em âmbito individual¹⁸, coletivo e institucional. Extinguiu-se o padroado e reconheceu-se a personalidade jurídica a todas igrejas e confissões, fato importante para viabilizar a aquisição e administração de bens.

Para Scampini (1974b, p. 386), o Decreto foi instituído em um cenário de hostilidade à Igreja. A Igreja, ao mesmo tempo que se libertara dos comandos do governo, posicionava-se contra o regime instituído por meio do Decreto 119-A, reação fundada no receio à ordem laicista dos integrantes do Governo Provisório e no risco de que “realizassem no Brasil as

¹⁵ Nas palavras de Scampini (1974b, p. 375): “Não havia enganos quanto ao futuro que estava reservado à monarquia. Tudo indicava que o período republicano era uma questão de dias.

O sentimento monárquico de fidelidade às instituições estava encanescendo. O clero ainda estremecia aos golpes da perseguição aos bispos; os produtores estavam feridos pela abolição da escravidão. Todos haviam abandonado sua antiga dependência e sua fé no trono e se mantinham ou indiferentes à sua sorte ou francamente manifestavam sua oposição ao regime.

O exército rompera seus liames de simpatia com ele e esperava os acontecimentos firmemente decidido a se não por a nenhuma mudança democrática”

¹⁶ Nas palavras de Aquino (2014, p. 45): “[...] a imagem do ‘povo bestializado’ ante a Proclamação da República descrita por Aristides Lobo, republicano histórico que parecia olhar para as ruas do Rio de Janeiro à procura do povo que tomara a Bastilha, não estabeleceu interpretação definitiva sobre a participação social dos populares, do caráter do novo regime ou mesmo dos alcances e das repercussões sociopolíticas da República. Na forma de um Golpe de Estado dos militares, ela foi uma resposta autoritária e elitista às agitações sociopolíticas de um período marcado por transformações no ritmo da vida e por utopias de progresso que só pareciam se realizar com o fim da monarquia”

¹⁷ Difunde-se uma concepção positivista, sustentada pela classe média e alicerçada no preceito do avanço na ordem. O segmento técnico e científico ganha destaque, especialmente, engenheiros e médicos. Como explica Aquino (2014, p. 47): “Não foi por mera coincidência que durante a Primeira República as profissões ligadas à engenharia e à medicina ascenderam em prestígio social. Com o tradicional Direito, essas profissões foram consideradas imprescindíveis para a “regeneração” do país, isto é, para a sua modernização através de reformas urbanas, sanitárias e legais trazendo a sensação de que o Brasil estava em harmonia com o progresso e a civilização mundiais”

¹⁸ Para as religiões afro, contudo, as repreensões e a intolerância se mantinham. Muitas vezes eram entendidas como ofensivas a ordem pública e aos bons costumes.

carnificinas verificadas na França”. Os bispos declaravam rejeição a total separação Igreja-Estado, pois demandavam independência (e não separação). Simultaneamente, as autoridades eclesiais exigiam um tratamento especial, de cunho jurídico-social, pelo impacto sociológico de determinada concepção religiosa, no caso a católica, sem prejudicar a liberdade e a possibilidade de que minorias pudessem, um dia, obter proporcional auxílio do Estado (SCAMPINI, (1974b, p. 390). Como explica o autor:

Independência não quer dizer separação: distintos e independentes entre si, os dois poderes, civil e eclesiástico, têm um ponto de contacto e de encontro: a identidade do súdito. O poder civil é um instrumento da sociedade para conseguir o bem comum das pessoas que a constituem. Mas estas reclamam sejam consideradas como seres tendentes a um Fim último, como seres religiosos (SCAMPINI, 1974b, p. 386).

Assim, a Constituição da República de 1891¹⁹ consagrou a separação entre o Estado e a Igreja em termos jurídicos. O preâmbulo do texto constitucional suprimiu, como salientou Scalquette (2013, p. 167), o nome de Deus por influência do viés ateu de Augusto Comte. A mesma Carta atribuiu o caráter secular aos cemitérios e sujeitaram-nos à administração da autoridade municipal, embora fosse admitida a sua utilização para a celebração de cultos religiosos. Seu art. 11, tópico 2º, vedava que a União e os Estados subviassem ou embaçassem o exercício de cultos religiosos. Em contrapartida, a liberdade religiosa estava assegurada como direito inviolável de brasileiros e estrangeiros residentes no país, autorizando seu exercício livre e a manifestação pública do culto, nos termos do art. 72, §5º da Constituição.

A tutela da liberdade religiosa e de culto e a adoção de uma forma não confessional de Estado não se restringiam a tais disposições. Era adotada a forma de sufrágio cultural²⁰ e demonstrou-se grande preocupação com o livre exercício do voto, motivo pelo qual foi vedado o alistamento de religiosos pertencentes a ordens confessionais que pudessem implicar na renúncia de sua liberdade individual pela declaração do voto de obediência²¹. A Constituição não tolerava a objeção de consciência, impondo a perda dos direitos políticos a

¹⁹ Para Sarmiento e Souza Neto (2017, p. 113): “[...] diferentemente da Carta do Império — neste ponto, à frente do seu tempo - a Constituição de 1891 não demonstrou nenhuma sensibilidade para o social, estatuindo apenas direitos individuais defensivos, voltados à limitação do arbítrio estatal, sem qualquer abertura para os direitos de natureza positiva”.

²⁰ Conforme art. 70 da Constituição de 1891, além da idade mínima de 21 (vinte e um) anos para o alistamento, estão proibidos de se alistar os analfabetos e as praças de pré, com exceção dos alunos das escolas militares de ensino superior.

²¹ O art. 70, §1º, disposição 4ª previa: “Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: [...] 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual”.

todos que alegassem razões de crença e religião para eximir-se de obrigações civis impostas por lei²². Outras regras com impacto direto à religiosidade foram impostas, como a definição do casamento civil, exclusivamente, para fins de reconhecimento pela República (art. 72, §4º) e o ensino leigo em estabelecimentos públicos.

A laicidade assimilada pela ordem constitucional republicana da época não se aproximava do modelo francês ou americano, muito menos se demonstrava anticonfessional. Maurício Aquino (2014, p. 53) constata a adoção de uma laicidade pragmática, como pormenoriza em sua explicação:

Pode-se nomeá-la de *laicidade pragmática* uma vez que o Estado brasileiro, ao garantir sua própria independência civil ante o eclesiástico, criou com o decreto 119-A um amplo espaço relacional com as confissões religiosas que oportunizava alianças, omissões, negociações, perseguições segundo os interesses próprios do Estado, ou melhor, daqueles que o controlavam. Essa laicidade foi *pragmática* no duplo e ambíguo sentido dessa palavra à época: correspondia ao que era útil e interessante ao Estado republicano, e, era praticada respeitando certas normas e cerimônias de corte da Igreja e do Estado. Nada mais apropriado para uma República dos Conselheiros que articulou e colocou em tensão princípios regalistas do Estado republicano e pressupostos institucionais juridicamente modernos de ‘sociedade perfeita’ da Igreja Católica.

De certo modo, na mesma medida que o Estado Republicano afastava-se da Igreja e fundava sua ordem constitucional no plano do profano e secular, fez concessões às confissões de fé para que as consequências fossem minimizadas e os conflitos não levassem à ruína deste processo de transição, por exemplo, ao reconhecer a personalidade jurídica das instituições religiosas, que poderiam ainda influir nas questões de Estado pelo domínio e impacto exercido no segmento social. Aquino (2014, p. 53-54) destaca ainda que o Governo Provisório contou com o apoio das missões religiosas para concretizar interesses do projeto republicano, especialmente, em regiões, como do Amazonas e do Mato Grosso, que se revelavam verdadeiros desafios ao novo regime e exigiam uma especial prudência no novo governo²³. Ainda neste primeiro período, em meio à crise econômica e aos conflitos armados,

²² Prevê o art. 72, §§ 28 e 29: “§ 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico. § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos”.

²³ Como explica Aquino (2014, p. 54): “Foi o que aconteceu, por exemplo, no tocante às missões religiosas no norte do país, região que demandava enorme atenção administrativa e revelava os desafios e os limites do novo regime político. O governo provisório já considerava indispensáveis os trabalhos de missionários naquelas plagas distantes da Capital Federal. Em 1891, o governo republicano, seguindo políticas postas em ação durante o Império, contactou monsenhor Spolverini para solicitar oficialmente o auxílio dos capuchinhos no norte de Amazonas assegurando pleno apoio e todos os meios necessários para a realização do projeto. Em 1895, o mesmo aconteceria quanto ao Mato Grosso envolvendo os padres salesianos que fizeram desse Estado

como a Revolta Federalista e da Armada até a Guerra de Canudos, havia uma aproximação entre Estado e Igreja na tentativa de garantir a estabilidade das instituições e determinada ordem na esfera social, embora algumas questões se mantivessem delicadas para essa relação, por exemplo, o exclusivo reconhecimento do casamento civil (AQUINO, 2014, p. 54).

O período seguinte não revelaria uma solução, por completo, da tensão advinda da separação do Estado e da Igreja. A Constituição de 1934, documento promulgado pela Assembleia Constituinte que foi instaurada pelo Governo Provisório após a Revolução de 1930, refletia o impacto social da Primeira Guerra Mundial. Afinal, não era possível tutelar juridicamente os indivíduos sem que lhes garantissem uma esfera social de condições mínimas. A inquietação entre as pretensões confessionais e seculares reproduziam-se no processo constituinte, por exemplo, o Anteprojeto do Governo Provisório recebeu, ao menos, 48 (quarenta e oito) emendas relacionadas a temas confluentes às confissões de fé, sendo 16 (dezesesseis) no título destinado à religião. Almejava-se a instituição de uma relação de mútua colaboração para a concretização de interesses coletivos, sem que isso convergisse numa aliança entre Estado e Igreja (SCAMPINI, 1974c, p. 164-165).

Talvez, uma das controvérsias mais acentuadas seria quanto à assistência religiosa às classes armadas e outras entidades oficiais. Afinal, seria compreensível a referida assistência em penitenciárias, hospitais e até mesmo manicômios, uma vez que os indivíduos, sob a guarda de tais instituições e do Estado, passariam por períodos de dor e vulnerabilidade, desassistidos de qualquer outro apoio e que poderiam ser aliviados pelo auxílio confessional. Contudo, os militares eram livres para comparecer ao culto e às práticas religiosas sem maiores impedimentos em horários que não dedicados ao ofício. Assim, a inserção desta assistência nos quartéis parecia representar a introdução da disputa religiosa no seio das forças armadas (SCAMPINI, 1974c, p. 174).

Em termos gerais, como já antecipado, o texto constitucional manteve o formato não confessional, com a proibição de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios subvencionassem ou embaçassem o exercício do direito ao culto e vedando também relações de aliança e dependência, excetuando a colaboração recíproca em favor de assuntos de interesse público (art. 17, II e III). No Título III – Da Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, a credulidade religiosa foi objeto de diversos dispositivos. Reconheceu-se a impossibilidade de discriminação por motivos religiosos e que

o seu centro missionário.⁴³ Os padres salesianos e outras ordens e congregações religiosas criaram também uma rede de escolas com apoio e subvenções estatais, ao menos por meio de bolsas, nas quais se poderiam ministrar aulas de ensino religioso católico, proibidas nas escolas públicas até, pelo menos, o início dos anos 1920”.

estes não poderiam privar qualquer pessoa de seus direitos, excetuando-se a perda dos direitos políticos pela isenção, por convicções religiosas, filosóficas e políticas, de obrigações ou serviços impostos por lei²⁴. A liberdade de crença e religião, com a garantia do livre exercício do culto, foram declarados invioláveis, além de permitir “a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos” (art. 113, disposição 5 e 6). Ao mesmo tempo, foi admitida a obtenção de personalidade jurídica, nos termos da lei civil, às associações religiosas.

Para Scampini (1974c, p. 170), o reconhecimento da capacidade jurídica às instituições religiosas, permitindo não só adquirir bens, mas também de transmitir e dispor dos mesmos refletiu um avanço, contudo, reconhecer que tais instituições estariam subordinadas à disciplina interna da própria ordem confessional, ou seja, aos preceitos e leis da própria instituição revelaria a consagração do princípio da não intervenção e, por consequência, da impossibilidade de interferência do poder civil no direito eclesiástico.

Os cemitérios permaneciam de caráter secular, excepcionada a possibilidade de que cemitérios particulares fossem mantidos pelas associações religiosas, desde que submetidos à fiscalização das autoridades municipais, além da obrigação, imposta pela parte final da disposição 7 do art. 113 da Constituição²⁵, de não negar sepultura caso não houvesse disponível em cemitério secular.

Diferentemente da constituição anterior, já se concedia a possibilidade de produção dos mesmos efeitos do casamento civil no caso de celebrações de matrimônio concretizadas perante autoridade de confissão religiosa, desde que não contrariassem os bons costumes e as normas de ordem pública²⁶, ponto que também se consolidou em meio a grandes

²⁴ Contudo, vale lembrar que o art. 163, §3º da Constituição ainda previa, de maneira permissiva, a possibilidade de serviço militar dos eclesiásticos de maneira específica pela “assistência espiritual e hospitalar às forças armadas”.

²⁵ Nos termos da Constituição: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular”. Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

²⁶ Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a

controvérsias. Scampini (1974c, p. 177-178) relata parte deste cenário, por exemplo, o anteprojeto dispunha a gratuidade do processo e da celebração do casamento, garantindo a igualdade entre os indivíduos e consagrando o casamento civil de modo indissolúvel. Em seguida, diversas propostas de emendas foram apresentadas, algumas em oposição à indissolubilidade prevista, outras para que fosse possibilitado o registro civil do casamento religioso e assegurada sua validade. Embora diversos deputados se filiassem ao posicionamento favorável ao divórcio, a forma indissolúvel foi adotada pelo texto final, ressalvada a hipótese de desquite e anulação de casamento nos termos da lei civil²⁷. Cumpre lembrar que os resquícios e a força do catolicismo ainda se manifestavam, como se podia notar com a emenda 119-A que almejava a assegurar a validade do casamento religioso somente àqueles praticados conforme o rito da Igreja Católica.

A educação também foi objeto de controvérsias. O ensino, na leitura de Scampini (1974c, p. 180-181), teria inegável valor à formação dos jovens, não sendo possível confundir a instrução, que se relaciona à inteligência, com a ideia de educação, que está associada a uma ação mais elevada, inclusive, a princípios e à conformação do caráter do indivíduo. Para o r, a neutralidade estatal não se confunde com a adoção de uma perspectiva de laicização completa do ensino, caso contrário, não se respeitaria o sentimento religioso das famílias²⁸. Justamente o decreto, datado de 30 de abril de 1931, foi o responsável por garantir a abertura ao ensino religioso facultativo nas instituições educacionais. No mesmo sentido, a Constituição instituiu a forma facultativa de ensino religioso e previu que a disciplina seria ministrada em conformidade com a base principiológica das perspectivas confessionais dos pais dos alunos²⁹. Dentre as emendas, havia a proposta do ensino religioso ser substituído por uma disciplina de educação moral e civil, justamente para a formação de um indivíduo disposto ao cumprimento de obrigações (morais e legais), mantendo o caráter leigo da atividade pedagógica (SCAMPINI, 1974c, p. 183).

transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. ”. Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

²⁷ “Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio , com efeito suspensivo”. Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

²⁸Na leitura de Scampini (1974c, p. 180): “Sob o aspecto jurídico, relacionado com o direito de liberdade religiosa, fazemos a seguinte consideração: os pais têm o dever de tratar da educação e da instrução de seus filhos. O menino não é propriedade da nação. Sendo a escola complemento do lar, o professor deve ministrarlhe os esmos ensinamentos da casa paterno, ampliando-os à luz de seus conhecimentos, na qualidade de representante da confiança do pai”.

²⁹Art 153 - O ensino religioso será de freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais. Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

Posteriormente, em novembro de 1937, durante o governo de Getúlio Vargas, a Constituição foi revogada, o Congresso dissolvido e outorgada ao país a Constituição do Estado Novo³⁰. A priori, uma leitura rápida do texto constitucional leva à conclusão de que não ocorreram grandes modificações e avanços. Adotou-se uma concepção mais sintética de constituição se comparada com os textos anteriores, que pormenorizou aspectos de conflito e refletiu o tratamento das camadas influentes na definição dos direitos individuais. Na compreensão de Scampini (1974c, p. 200), havia uma aproximação com a Constituição de 1891, sendo que os progressos à liberdade religiosa consolidados pela Constituição de 1937 foram negligenciados. Ainda que se afirmasse a liberdade de culto, não era afirmada a imprescindível inviolabilidade ao livre exercício da consciência e da crença. Foi reconhecida a personalidade jurídica das associações confessionais para o fim de adquirir bens, mas não fez qualquer menção aos atos de disposição e transmissão de seu patrimônio. Em suas palavras:

Essa declaração é um retorno à restrição dos bens dos religiosos, próprio da Constituição de 91, um retorno aos princípios das leis de ‘mão morta’³¹. Trata-se de uma involução, de um salto qualitativo. Volta-se aos tempos antigos. Embora a Constituição de 91 tivesse extinto o direito de ‘mão morta’, permitindo aos religiosos adquirir bens, permaneciam intactas outras disposições da lei morta, quanto ao alhear e dispor dos próprios bens (SCAMPINI, 1974c, p. 202).

No mesmo sentido, a Constituição de 1937 reforça o caráter secular dos cemitérios e sua administração pelas autoridades municipais³², porém se mantém omissa quanto à existência de cemitérios particulares e mantidos segundo ordens confessionais. Além disto, manteve a vedação à subvenção ou ao embaraço, por parte dos entes políticos, do direito de culto; bem como, previu a perda dos direitos políticos pela recusa, por razões confessionais, a encargos, serviços e obrigações civis decorrentes de lei³³. Quanto ao casamento, a

³⁰Pontua Scampini (1974c, p. 1999): “Conhecida vulgarmente e durante muito tempo como ‘a polaca’, por ter buscado a inspiração na constituição da Polônia, a Carta de 1937 somente chegou a ser executada naquelas partes em que conduzia ao paroxismo o poder presidencial, com a substituição do Congresso nela mesmo instituído pela competência legiferante do Ditador. Este deixou de submeter o texto da Constituição ao plebiscito nacional, de realizar as eleições prevista, vem como de constituir o Parlamento, que nunca se reuniu durante todo o ‘Estado Novo’”.

³¹Pelo regime de mão morta, a instituição religiosa não tinha capacidade jurídica de gerir seus próprios bens, pois a aquisição, uso e os atos de disposição eram interesses do Estado e sua prática era dependente do poder civil. Em síntese, por essa lógica, é como se os bens da Igreja se encontrassem fora de circulação.

³²Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

5º) os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal;” Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

³³ “Art 119 - Perdem-se os direitos políticos:[...]”

Constituição consagrou o caráter indissolúvel do instituto, mas permaneceu omissa se algum efeito seria possível advir de matrimônios celebrados perante ministros ou autoridades religiosas. Em outros termos, não se formulou disciplina clara quanto ao casamento civil ou religioso, matéria que permaneceu à disposição do legislador ordinário.

Por outro lado, Silva (2017, p. 229-230) defende que havia uma forte aliança política entre o Governo Vargas e a Igreja Católica. Para o autor, o governo da época atendeu relevantes interesses da igreja, com a obstacularização das conformações políticas de cunho liberal e comunista. No caso específico dos liberais, estes estavam comprometidos com a promoção de valores e perspectivas vinculadas à razão, como o incremento do conhecimento técnico e científico, bem como no processo de secularização. Justamente com o término da era Vargas, a Igreja Católica viu-se desamparada do apoio do Estado e de vínculos estáveis com as instituições políticas. Suas correntes internas, com seu viés conservador, demonstraram-se apreensivas com o estabelecimento de novos elos, por exemplo, com elites (urbanas e rurais) e a classe média. Complementa o autor: “Na primeira convenção da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) em 1952, Dom Hélber Câmara enfatizou a necessidade de novas perspectivas, através do estímulo às organizações leigas e da aproximação com as classes populares” (SILVA, 2017, p. 230). No caso, a Igreja Católica precisava reinventar-se e, embora segmentos internos divergissem, a harmonização com as massas surgia como uma importante alternativa.

Para as confissões de ordem afro-brasileiras, o período de 1937 a 1945 foi marcado pela intensa repreensão policial, porém, a tentativa de definir uma identidade nacional, estimulada pela elite intelectual e cultural da época, acabava por valorizar a cultura popular e negra, proporcionando espaços de expressão e continuidade do exercício de culto destas religiões (JESUS, 2013, p. 4). Em suma, o referido período viabilizaria também reconhecimento institucional da cultura afro-brasileira como elemento identitário brasileiro, ou melhor, a nacionalização ainda que inicial de seus elementos culturais.

Oliveira (2015) salienta que a polícia torna-se o principal mecanismo de controle social da época, porém, a partir de seu levantamento documental dos processos criminais da época no Rio de Janeiro, salienta que Polícia Civil atuou de maneira mais categórica em face das religiões afro-brasileiras em períodos anteriores, por exemplo do lapso temporal de 1890

b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros;” Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

até 1910, momento em que foi instituído o Juízo do Feito da Saúde Pública e no início da década de 1930 com a criação da Seção de Tóxicos, Entorpecentes e Mystificações.

O período seguinte foi caracterizado por uma retomada da normatização de questões relevantes ao exercício do direito de consciência, crença e religião. A Constituição de 1946, que foi promulgada em setembro por uma Assembleia eleita, indicava uma versão aperfeiçoada da Carta Constitucional de 1934, com a adoção dos princípios da separação e da colaboração entre Estado e Igreja, a previsão da escusa de consciência e a equivalência do casamento religioso ao civil, com a exigência da sua formalização por requerimento do casal no registro público, desde que previamente habilitadas pela autoridade competente. A assistência religiosa também foi garantida em todos os estabelecimentos de internação coletiva e, embora os cemitérios continuassem com o caráter secular, foi autorizada a manutenção de cemitérios particulares pelas associações religiosas (art. 141, §§9º e 10). Na leitura de Scampini (1974d, p. 174-175), esta Constituição permitiu a consolidação em definitivo da independência das instituições confessionais em relação ao Estado, inclusive, prevendo em seu art. 31, §5º, alínea “b”³⁴, a imunidade dos impostos dos templos de qualquer culto, que para o autor, cuja materialidade engloba todas as atividades confessionais e as instalações utilizadas para suas atribuições.

Embora a nova carta constitucional tenha representado um passo em prol do avanço e da consolidação do Estado Leigo, a religiosidade ainda era causa de desavenças. Scampini (1974d, p. 181-183) destaca alguns fatos que elucidam a fragilidade da questão religiosa na época, dentre as quais: (i) a primeira delas foi a tentativa frustrada de Caires de Brito, na Constituinte de 1946, de emendar o texto apresentado para que fosse suprimida do art. 141, §1º, relativamente ao exercício do direito de culto, a disposição limitadora “desde que não contravenham à ordem pública ou aos bons costumes”. Essa emenda foi rejeitada, contudo, os objetivos do autor eram afastar os atos de violências e abusos policiais praticados em oposição aos ritos e manifestações das religiões afro-brasileiras. Embora denote certa estranheza, havia relatos de aplicação desta abertura jurídica na repreensão de tais religiões, pois, na compreensão das autoridades policiais da época, ofenderiam à ordem pública; (ii) um segundo caso refere-se à decisão do Mandado de Segurança nº 784 julgado pelo Tribunal Federal de Recursos em novembro de 1950. A decisão, por maioria, considerou permitida a

³⁴ “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...]

V - lançar impostos sobre:

[...]

b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;” Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

recusa da matrícula de alunos sob o fundamento de que não professavam determinada concepção política e a doutrina católica. Neste caso, foi entendido que, embora sujeito à fiscalização federal, o estabelecimento de natureza privado não estava sujeito ao comando constitucional.

Dentro da história brasileira das Constituições, a Carta de 1946 demonstrou razoável estabilidade, vigorando por mais de 20 anos com momentos democráticos. Contudo, sua vigência também foi marcada por períodos de inquietação. Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 135-136) relatam algumas destas fases: (i) de 1946 a setembro de 1961, instalado um período de crise política, foi possível a instituição da forma parlamentarista com a aprovação da emenda nº4; (ii) um novo período conturbado estabeleceu-se de 1961 até abril de 1964, havendo o retorno ao presidencialismo por meio da emenda nº 6 no início de 1963; (iii) porém a turbulência não se restringiu a estes lapsos temporais, uma vez que esta Constituição suportou ainda as intervenções e as decisões dos militares de abril de 1964, mês em que o golpe se formalizou pela edição do Ato Institucional nº 01, até janeiro de 1967, momento da revogação da Carta constitucional até então vigente.

As expectativas de reconstrução do país e da erradicação da corrupção do governo eram apresentadas como justificativas da “Revolução” instituída. Como salientam Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 142), não havia uma homogeneidade entre os militares e, a grosso modo, estavam divididos: de um lado, o grupo da “linha dura”, pois eram favoráveis à radicalização do regime, com a intensificação dos atos de perseguição aos opositores e a manutenção do poder, pelas Forças Armadas, por tempo indefinido; de outro, os moderados, que eram contrários aos excessos cometidos pelo primeiro grupo no combate de seus antagonistas e movimentos de esquerda e almejavam devolver o poder aos civis, o mais breve possível, assim que fossem eliminados os componentes perigosos da política.

A sociedade civil e a Igreja Católica, durante a década de 50, viviam um processo de polarização. No caso da Igreja Católica, observava-se um segmento mais moderado e conservador, com uma atuação social e de ordem assistencialista, simultaneamente, outro segmento adotava uma feição de ‘Igreja dos pobres’, assumindo a luta de classes em favor dos explorados (LANZA, 2008, p. 1). Assim, não há como definir uma participação uniforme da Igreja durante o período: ao mesmo tempo que parte dos membros da hierarquia católica serviram de apoio ao golpe, contra João Goulart em 1964, com a participação das “Marchas da Família com Deus pela Liberdade”; outra parte atuou, no período de 1967 a 1968, contra a “nova ordem” instituída, caracterizada pelas perseguições e torturas, além da supressão de direitos políticos e das liberdades, como de expressão e organização (LANZA, 2008, p. 4-9).

Os terreiros, de 1964 a 1985, sofriam forte controle em sua organização pelo regime vigente. Conforme Jesus (2013, p. 4), o regime militar adotava uma política de boa vizinhança com as religiões de origem afro, concomitantemente, as mães e pais de santos negociavam com os poderes vigentes, englobando de influência político-partidária para manutenção da proteção das denominadas casas de axé.

Militares faziam parte das federações de culto, líderes religiosos dos centros de matriz africana faziam parte do cenário político, muitos eram deputados, senadores e outros. Para os tambores tocarem nos centros religiosos, taxas eram cobradas pelos policiais. É sabido que essa política de ‘boa vizinhança’, caracterizou-se pela manipulação, legitimando o poder dos militares. (JESUS, 2013, p. 7).

Souza (2016, p. 30) identificou no referido período uma possibilidade de transposição da “jurisdição policial para a civil”. O estreitamento de laços do regime militar com lideranças destas religiões, como da umbanda, abria a possibilidade de que fossem utilizadas para o maior controle social. Simultaneamente, havia um processo de valorização do nacional e do cultural, garantindo maior visibilidade às populações vinculadas a tais crenças³⁵.

Em janeiro de 1967, foi promulgada nova Constituição, sem maiores contribuições, pois havia a previsão, ao menos formalmente, de garantia do direito de liberdade de crença, religião e culto, bem como as implicações práticas no caso de escusa de consciência para a perda de direitos políticos, além da equivalência do casamento civil e religioso. Nesta mesma Carta, o Poder Executivo, conforme Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 144-145), foi fortalecido e recebeu a competência para editar decretos quanto à segurança nacional e finanças públicas, sendo que eram utilizados para quase todas as questões. O governo de Costa e Silva, simpatizante da “linha-dura”, não demonstrava favoritismo pela Carta promulgada, pois impusera limites ao exercício de seu poder discricionário. De vários lados, eram articuladas reações, por exemplo, do movimento estudantil, greve de trabalhadores e alguns setores da Igreja Católica.

Em 1969, na forma da emenda constitucional nº 01, um novo texto constitucional foi outorgado pela Junta Militar (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 148). Contudo, foi no governo Médici, de 1969 a 1964, o ápice das práticas de repreensão da ditadura. Somente com

³⁵ Nas palavras de Souza (2016, p. 30): “Os líderes religiosos contavam também com recursos e apoio muito mais amplos que favoreciam a publicidade, a promoção e ganhos de proteção legal para a sua religião. Mostrando-se produtores de discursos simbólicos sobre a realidade, onde essa nova sociedade busca na religiosidade afro legitimação, visibilidade, o encontrar seu lugar no mundo, o acalento de seus sofrimentos e aflições, graças à racionalidade mágica que permeia a umbanda e o candomblé”.

o governo do General Ernesto Geisel, escolhido pelo Colégio Eleitoral em janeiro de 1974, que se deu início a um processo, lento e gradual, de abertura. Geisel entrou em conflito com os outros membros da ditadura, de 1976 até 1977, momento em que demitiu o Silvío Frota, então Ministro do Exército e que planejava um novo golpe para a tomada do poder. A sociedade civil reorganizou-se, convergindo no confronto ao regime militar. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) reforçaram as atividades que demandavam pela redemocratização e pela tutela dos direitos humanos. Em 1977, a CNBB publica um documento chamado ‘Exigências Cristãs para uma Ordem Política’, exigindo a instituição de uma Assembleia Nacional Constituinte (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 151-156). Contudo, foi a Constituição de 1988 a responsável pela revitalização da sociedade civil e de traçar um novo caminho diante do cenário de redemocratização. Mesmo com a manutenção de um Estado não confessional, persistiu a possibilidade da colaboração entre Estado e Igreja em questões de interesse coletivo e público, a não oneração dos “substratos essenciais” ao seu exercício da atividade religiosa.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: CONQUISTAS E POTENCIALIDADES

Este capítulo concentra-se no dimensionamento, a partir da dogmática jurídica, da atual compreensão das potencialidades ao exercício das liberdades de consciência e de religião. Trata-se, aliás, de um diagnóstico, ainda que primário, dos sentidos e limites admitidos ao exercício destes direitos em meio ao cenário de democrático contemporâneo. A partir de uma leitura constitucionalizada, a investigação se orientará para o estabelecimento das distinções adequadas, bem como a problematização de questões tangentes, como a neutralidade e as práticas de tolerância.

Antes de adentrar, efetivamente, na análise dos direitos à liberdade de consciência e religião, optou-se pela realização de um breve resgate dos princípios elementares da interpretação constitucional que se demonstram relevantes para sinalizar possíveis inquietações e exigências da hermenêutica constitucional hodierna, especialmente pela sensível alteração dos arranjos institucionais e das zonas de atividades dos órgãos estatais no exercício de suas atribuições, típicas e atípicas.

O Poder Judiciário, por exemplo, na condição de intérprete, deixou de ser tratado como um legislador negativo e passou à condição de partícipe na consubstancialização da Constituição e de seus preceitos fundamentais. A condição de intérprete, como salienta Cambi (2016, p. 368), não reduz suas atribuições na descrição de significados, mas alberga a reconstrução de sentidos para que o ordenamento jurídico seja aplicado ao caso concreto.

A visão tradicional, com a primazia do formalismo e do legalismo, encontra sérias dificuldades nos dias atuais. Segunda esta abordagem, haveria uma conformação anterior do que seria o direito, compreendendo este como um conglomerado de regra e cânones prefixados e à disposição dos tribunais para a obtenção de soluções jurídicas pela simples aplicação de operações lógicas neste arcabouço material (POSNER, 2011, p. 53). Na verdade, a dinamicidade fática, bem como as dificuldades e a lentidão de assimilação destes novos elementos pelo ordenamento jurídico, impõe ao intérprete uma constante atualização semântica das disposições normativas, não sendo possível sustentar a existência de um sentido pronto a ser aplicado automaticamente e sem maiores esforços. A realização das expectativas de justiça não é algo inerente ao ordenamento, mas está diretamente atrelada à atuação prudencial do intérprete e à manutenção da integridade sistêmica.

Como ressalta Cambi (2016, p. 381), a hermenêutica jurídica, “enquanto trabalho de descoberta, é uma atividade criativa que consiste na aplicação do conjunto sistemático de

princípios e regras jurídicas ao caso concreto sempre tendo em vista, como resultado, a justiça da decisão”. Por tais razões, a aplicação do direito e a interpretação não podem ser tratados como instrumentos ou poderes à disposição das vontades das autoridades públicas, pelo contrário, constituem verdadeiros poderes-deveres ao apropriado exercício de suas funções. Neste sentido, a retomada de alguns princípios, na qualidade de preceitos norteadores da atividade interpretativa³⁶, demonstra-se pertinente à investigação.

O primeiro princípio, sem dúvida, a ser rememorado seria o da supremacia da Constituição. Toda a interpretação deverá considerar que a Constituição goza de superioridade sobre todos os demais instrumentos normativos existentes em um ordenamento. É fundamento de validade, a partir de diretrizes materiais e formais, ao mesmo tempo que consolida o bloco nuclear de determinada sociedade. Em outros termos, “nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental” (BARROSO, 2009b, p. 165). Qualquer norma que venha a ofendê-la ou contrariá-la, deverá ser apartada do sistema vigente, caso contrário, seria admissível a existência de contradições aptas a colocar em risco a segurança jurídica almejada pelas disposições positivadas.

Ao se considerar que a Carta Constitucional usufrui desta primazia, não faria sentido admitir suas disposições como meras promessas ou indicativos políticos. Seus preceitos não podem ser tratados como simplória fonte de inspiração ao legislador, mas reconhecidos enquanto preceitos normativos que limitam os poderes, impõe obrigações e podem ter seu cumprimento demandado caso não sejam observados. Neste sentido, exige-se a máxima efetividade do texto constitucional, também chamado pela doutrina como princípio da força normativa da Constituição, aliás, em total equilíbrio com o dever de aplicação imediata das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Assim reforça Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 442), diante da multiplicidade de significações, o intérprete deve priorizar aquele que resulte no maior número de efeitos práticos, evitando sua classificação por meio de formulações que tentem esvaziar sua normatividade, por exemplo, na qualidade de normas de eficácia limitada ou pragmática.

³⁶ Luís Roberto Barroso (2009b, p. 155) vai além, pois entende os princípios como condicionantes da interpretação constitucional. Assim, enquanto núcleo do sistema, servem de baliza para a apropriada compreensão da norma, delineando sua lógica sistêmica. Em suas palavras: “[...] os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”

Estes ensinamentos iniciais, por si só, já indicam a importância atribuída pelo poder constituinte originário ao inserir as inúmeras e variadas disposições relativas à liberdade de crença e religião no texto constitucional³⁷. Além disto, revela a complexidade enfrentada diariamente pelos operadores do direito para assegurar a realização do seu melhor sentido.

De modo concomitante, o princípio da unidade da Constituição³⁸ reforça, justamente, a essencialidade de um processo interpretativo que integre o texto constitucional em sua globalidade, uma vez que suas disposições limitam-se mutuamente. A inexistência de hierarquia formal³⁹, embora não se constate obstáculos à formulação e avaliação de uma hierarquia material, impõe que eventuais e aparentes conflitos e colisões dos preceitos constitucionais sejam apreciados e dirimidos a partir da própria Constituição a fim de almejar a harmonização de seus preceitos. Trabalha-se, concomitantemente, a ideia de concordância prática, ou seja, a busca pela preservação, em grau máximo, dos valores e interesses subjacentes ao texto constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 440). Por ser um documento que reflete determinada época, compreendendo também sua diversidade e as tensões inerentes à vida em sociedade, a atividade interpretativa deverá especificar uma solução que equilibre e articule os diferentes valores, mesmo que aparentemente contraditórios e excludente, para a guarda de uma coerência normativa. Logo, pela concordância prática, também nominada de “compensação menos gravosa, pretende-se a coordenação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem que haja o sacrifício de um pelo outro” (CAMBI, 2016, p. 584). Preserva-se, assim, um núcleo essencial em meio a recíproca limitação, sem negar uma eficácia a qualquer dos preceitos existentes, em outros termos, há uma divisão dos custos entre os bens em disputa.

³⁷ Como se observa pelo texto constitucional, são inúmeras as disposições e variantes que tratam da liberdade de crença e religião, direta ou indiretamente. Ela engloba a escolha de ter, não ter ou mesmo desistir de determinada confissão de fé, de exteriorizar a doutrina e tentar ampliar o número de adeptos (ou convertidos), de praticar os ritos (individualmente, coletivamente e também no âmbito de instituições, por exemplo, do sistema prisional, hospitais e até mesmo pertencentes as forças armadas), de acesso ao ensino religioso facultativo (bem como o direito dos pais de educar seus filhos conforme suas crenças e confissões de fé), de instituir associações e organizações com finalidades confessionais, de resistir à obrigações que atentem contra os valores mais indispensáveis de sua cosmovisão, entre tantas outras.

³⁸ Conforme complementa Barroso (2009b, p. 202): “[...] a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga ‘o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador’ [...] a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”.

³⁹ Por essa razão, torna-se inviável que uma norma originária seja declarada inconstitucional.

Embora inúmeros outros princípios possam ser encontrados na doutrina constitucionalista, dois ainda ganham especial relevância ao direcionamento da presente investigação: o princípio da correção funcional e o princípio das razões públicas.

O princípio da correção funcional está conectado ao princípio da separação dos poderes, pois a interpretação deverá respeitar os limites funcionais atribuídos pela Constituição para cada um dos poderes ou, nas palavras de Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 446), “o espaço institucional de cada poder”. A relação de independência e harmonia entre os poderes deve ser preservada. Deste modo, exige-se que, no processo interpretativo, “não desvirtue as competências que hajam sido atribuídas a cada um dos órgãos constitucionais, de tal molde que o equilíbrio entre os Poderes do Estado desenhado pela Constituição, como pressuposto do respeito aos direitos fundamentais, se encontre plenamente garantido” (MORAES, 2017, p. 152). Sem dúvida, as constantes demandas levadas ao Judiciário e sua tentativa de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais sem invadir a competência de outros poderes seja a causa que torne este princípio um dos mais complexos e custosos às instituições democráticas na contemporaneidade⁴⁰.

Daniela Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto (2015, p. 449) incluem, no rol de princípios específicos da interpretação constitucional, o denominado princípio das razões públicas. Sua observância decorre, essencialmente, da inevitabilidade dos desacordos morais, alguns insuperáveis, no contexto plural das sociedades democráticas contemporâneas. Por este princípio, segundo os autores, “na esfera política, ao lidar com temas essenciais, como os que concernem aos direitos humanos, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas a que cada cidadão adira”.

Este princípio não seria aplicável à esfera privada, mas tão somente a discussões públicas, ocasião em que os cidadãos deveriam argumentar a partir de razões passíveis de aceitação pelos demais interlocutores, independentemente das cosmovisões que adotem. Em suma, impõe que o intérprete só faça uso de argumentos que sejam aptos a obter a adesão dos concidadãos e independentes em relação a doutrinas confessionais e metafísicas. Seria um princípio derivado diretamente da concepção republicana e de Estado Democrático de Direito, nos termos do artº 1º, caput, da Constituição Federal de 1988. Este princípio visa conceder legitimidade política a todo exercício constitucional, particularmente, à prestação jurisdicional pela Suprema Corte.

⁴⁰ Dentro do princípio da correção funcional, facilmente pode-se recordar inúmeras tensões que dificultam sua concretização. Indubitavelmente, a disputa entre os adeptos do ativismo judicial e da autocontenção judicial, dentro da teoria constitucionalista, revela a imprecisão e os obstáculos ao delineamento de limites e à redução de interferência de um dos Poderes na atuação dos demais.

3.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS FUNDAMENTAIS E AS PERSPECTIVAS SEMÂNTICAS ÀS LIBERDADES DE CRENÇA E DE RELIGIÃO: UMA LEITURA SEGUNDO A DOUTRINA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA E A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As primeiras declarações, dos séculos XVIII e XIX, salienta Ferreira Filho (2015), dissimulavam a hostilidade em oposição ao exercício do poder, especialmente pelo Estado, por representar o caso típico de ameaça à liberdade. Estas declarações passaram a ter traços distintivos do constitucionalismo, estabelecendo direitos em prol dos indivíduos e, muitas vezes, na sua tutela contra o próprio Estado. Focalizou-se num “modelo prescritivo de organização sociopolítica”, que opera em prol da proteção de direitos ínsitos à condição humana e, conseqüentemente, limita e legitima o poder estatal (RANIERI, 2013, p. 195).

Em todas elas [declarações de direito] avulta a mesma preocupação: armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência — liberdades-limites — seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste — liberdades-oposição. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 318).

Não obstante todas as formas de liberdade tenham, igualmente, um valor inestimável à plena realização da dignidade dos seus titulares⁴¹, os denominados sujeitos de direito, e enquadrem-se na categoria dos direitos fundamentais de primeira geração⁴², é imprescindível percorrer algumas distinções trazidas pela doutrina a partir da ordem jurídica contemporânea. As liberdades de consciência, crença, culto e religião são, por diversas vezes, referenciadas conjuntamente, talvez, diante da proximidade dos bens jurídicos tutelados e do limite incerto a caracterizar a real extensão isolada de cada uma delas. Contudo, é inegável que são direitos distintos, com relevância e enfoques autônomos.

A liberdade de consciência é considerada mais ampla, podendo ter ligações diretas com visões confessionais ou não. Como salienta Sarlet (2013, p. 476), a partir dos ensinamentos de Jayme Weingartner Neto, trata-se de uma “faculdade individual de autodeterminação no que diz respeito com os padrões éticos e existenciais das condutas

⁴¹ Para José Afonso da Silva (2014, p. 234): “a liberdade tem um caráter histórico, porque ‘depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico’. Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”.

⁴² Como salienta Bobbio (2004), na obra *A Era dos Direitos*, os direitos de primeira geração são de liberdades ou de um não-agir por parte do aparato estatal, pois garantem uma independência da pessoa frente a todo constrangimento ou ameaça impelido por uma vontade alheia. Em termos filosóficos, revela-se uma perspectiva conectada ao pensamento individual e liberal. Tais direitos adotam um caráter universal quanto ao conteúdo e direcionam-se a uma concepção de homem racional desvinculado do tempo e espaço, porém são direitos cuja eficácia está limitada, pois afirmam-se enquanto propostas a serem adotadas pelo legislador futuro.

próprias e alheias e a total determinação em nível racional ou mítico-simbólico”. Ela prescinde do reconhecimento, assentimento ou admissão de qualquer crença e, por consequência, ateus e agnósticos acabariam por exercitar tal liberdade em detrimento de qualquer concepção transcendental.

Para Jayme Weingartner Neto (2007), a liberdade de consciência pode ser entendida como um preceito matriz que engloba a liberdade religiosa em todas as suas dimensões e as liberdades comunicativas, por exemplo, de manifestação de pensamento, de direito à resposta, de informação, entre outros. Enquanto direito matricial, serve também como elo entre a liberdade religiosa e seus desdobramentos comunicativos, permitindo uma relação harmônica entre estas diferentes faces do exercício da liberdade. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 566), “a liberdade de consciência pode resultar na adesão de determinados valores morais e espirituais que não se confundem com nenhuma religião, como ocorre com os movimentos pacifistas que, apesar de defenderem a paz, não implicam qualquer fé religiosa”. A liberdade de consciência, como ensina Adragão (2010), é a condição de reger a própria vida social em consonância aos imperativos éticos que são derivados da cosmovisão adotada, por isso, ao se filiar a uma percepção confessional, agnóstica ou mesmo ateia, a orientação da consciência também passa a estar demarcada.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal consagrou a liberdade de consciência ou de pensamento em seu art. 5º, VI e VIII. Por meio deste direito, garante-se ao indivíduo a faculdade de elaborar, organizar e desenvolver seus juízos, ideias e julgamentos em relação a si e também a todo meio que o cerca, não existindo possibilidade de que o Estado imponha as concepções morais, políticas ou filosóficas e interfira no campo íntimo do cidadão (MENDES; BRANCO, 2009). Ainda que a religião possa ser um marco relevante para este direito, tutela-se aqui as convicções, em sentido global, admitidas por um indivíduo e que revelam um conjunto de percepções quanto à vida em sua integralidade.

A consciência, como destaca Agra (2018, p. 229), é um aperfeiçoamento do pensamento e possibilita que o sujeito analise o mundo que o cerca e transforme essa realidade em favor de desejos, prioridades, aspirações e pretensões que lhe são próprias e, também, da coletividade. Por isso, no âmbito democrático, este direito fundamental tem uma importante função ao viabilizar a participação do cidadão no processo deliberativo público.

A liberdade de pensamento, como ensina Ferreira Filho (2015, p. 329), pode ser diferenciada em dois aspectos: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão. A primeira compreende o “foro íntimo” do cidadão, pois, ainda que possa ser condicionada por diferentes fatores, enquanto não tenha sido explicitada, ela é inviolável e nenhum indivíduo

está obrigado a pensar de um ou outro modo. A segunda, também chamada de liberdade de manifestação de pensamento, é socialmente valiosa e deve ser tutelada, porém impedida caso venha a trazer prejuízos ou mesmo a destruição da sociedade. Tutela-se por este direito o exercício das capacidades comunicativas ou, como explica Gonçalves (2017, p. 426), “toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não - de valor”. Pela livre manifestação de expressão, toda mensagem veiculada goza da tutela constitucional, seja ela escrita, verbal ou até mesmo gesticulada, sendo vedado o anonimato, sem prejuízo ao dever de indenizar pelos danos morais e materiais causados e a garantia do direito de resposta. É um direito atrelado a diversas outras liberdades, como a artística, intelectual, de comunicação e informação, livres das restrições indevidas e das práticas de censura.

Em sentido distinto, Leonardo Martins (2012) reforça que a liberdade de consciência, segundo as aspirações do constituinte, deveria ser entendida pela sua relação de proximidade com os fenômenos de convicção religiosa⁴³ e não como um “subcaso da liberdade de expressão do pensamento”. Logo, não pode ser reduzido ao enfretamento ideológico relacionado às diversas pretensões subjetivas ou mesmo políticas, fato inerente à liberdade de expressão.

Ainda que exista tal divergência, em síntese, a doutrina tradicional tem concebido a liberdade de consciência como o âmbito da escolha do cidadão pela perspectiva política, filosófica e até mesmo ideológica que melhor explique a realidade que o circunda e o auxilia na atuação pela sua transformação. É o ponto de partida para todas as outras, permite que o cidadão assuma uma posição intelectual, seja em seu pensamento particular, intenso e visceral ou mesmo a sustentação de seu juízo público (SILVA, 2014, p. 243). Logo, “compreende o ato de cada qual possuir certa convicção, permitindo ao indivíduo pensar como queira; traduz-se na voz secreta da alma, da percepção e sentimento pessoal” (VASCONCELOS, 2016, p. 161).

A liberdade de crença, de maneira dessemelhante, está relacionada ao espaço de deliberação garantido ao cidadão para que escolha a doutrina religiosa ou os valores transcendentais que satisfaçam seus interesses existenciais, sem qualquer interferência. Como pode-se observar, a liberdade de crença está intensamente vinculada a confissões religiosas,

⁴³ Sintetiza Dirley da Cunha Junior (2015, p. 566): “Consciência e crença são sentimentos relacionados à compreensão acerca da fé e à convicção íntima sobre determinado assunto, doutrina ou diretriz”.

embora não se reduza a elas. A crença é, como ensina Agra (2018, p. 229), a devoção e a confiança depositada na existência de seres metafísicos, ou seja, não possuem uma vida terrena material ou tangível. Este direito é o fundamento basilar para todas as religiões e, também, do direito daqueles que optaram por não adotar qualquer perspectiva transcendental. Em resumo, assegura que “o indivíduo é livre para crer ou descrever em algo além da matéria” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 282).

A questão torna-se mais complexa quando se pretende diferenciar a liberdade de crença e religião. A doutrina não tem obtido, satisfatoriamente, uma resposta final que separe tais liberdades. Pois, embora sejam autônomas, são complementares e permitem a máxima efetivação, reciprocamente. Em termos básicos, pode-se afirmar que a liberdade de crença garante a opção por acreditar ou não em um conjunto de valores transcendentais, inserindo-se nesta as convicções religiosas e as liberdades inerentes ao exercício confessional. Na liberdade de crença, como reforça Gonçalves Fernandes (2017, p. 444) inclui-se “o direito de se empreender o proselitismo religioso (realizar esforços para convencer outras pessoas a também se converterem à sua religião)”. Ao mesmo tempo que a liberdade de crença engloba a liberdade religiosa, esta é pressuposto de mérito daquela, por isso, reciprocamente, complementares⁴⁴.

Ainda que persistam as divergências, não se pode negar a íntima ligação entre tais liberdades. A liberdade religiosa é multifacetária, pois abarca o espaço decisório de assumir uma religião, o respectivo culto e outras formas de expressão deste direito, como será detalhado a seguir. Contudo, primeiramente, é importante frisar que a doutrina jurídica, em geral, tem grandes dificuldades em definir, sem maiores controvérsias, o que seria religião. Adragão (2013) salienta que religião tem sua origem etimológica na palavra latina *religere* e relaciona-se à ideia de consagração ou relação a Deus. Para o autor português, alguns elementos são tidos como característicos da prática religiosa, dentre os quais: (i) a confiança depositada numa ordem transcendental e divina; (ii) o recurso às autoridades e às proposições consideradas verídicas, mas de origem para além da racionalidade; (iii) uma doutrina moral que é consequência de uma perspectiva totalizante de mundo e de vida; (iv) práticas de foro externo, seja individual ou coletivamente, que expressam uma homenagem ou honra a um ser divino.

⁴⁴ Para José Afonso da Silva, a liberdade religiosa seria a mais ampla e abrangeria três formas de expressão: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Para Mendes e Branco (2009), a religião consiste na existência de um sistema de crenças direcionadas a um ser transcendental e divino, na adoção de um texto considerado sagrado e na organização e externalização de rituais ou cerimônias concernentes à adoração e oração.

No âmbito da filosofia política, a delimitação de um conceito de religião também não tem sido tão simples. O filósofo americano Robert Audi (1997), por exemplo, descreve uma concepção de “ética do cidadão” a fim de sustentar o debate político em razões susceptíveis de igual apreciação pelos sujeitos públicos em um regime democrático de enfrentamento. Para tanto, focaliza-se nas religiões teístas por considerar que as religiões não-teístas representariam, na atualidade, os casos de menor preocupação quando se trata da relação Igreja e Estado.

As dificuldades desta definição não se circunscrevem somente ao âmbito das ciências humanas e da filosofia política. Em 2014, objetivando a remoção de vídeos da internet com a manifestação de opiniões, durante cultos evangélicos, tidas como intolerantes contra expressões do culto afro, no caso, o candomblé e a umbanda, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma ação civil pública contra a corporação Google Brasil Internet Ltda. A demanda foi autuada e distribuída para tramitar, sob nº 0004747-33.2014.4.02.5101, perante a 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Em decisão de antecipação dos efeitos da tutela, proferida em 28 de abril de 2014, foi indeferido o pedido de fornecimento do “IP” dos divulgadores, pois entendeu o juiz não haver no caso colisão de direitos fundamentais, mas tão somente a concorrência entre a liberdade de opinião, reunião e religião. Nesta mesma decisão, optou por ir além e delinear limites semânticos e conceituais nos seguintes termos:

Começo por delimitar o campo semântico de liberdade, o qual se insere no espaço de atuação livre de intervenção estatal e de terceiros.

No caso, **ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado.**

Não se vai entrar, neste momento, no pantanoso campo do que venha a ser religião, apenas, para ao exame da tutela, não se apresenta malferimento de um sistema de fé. **As manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões**, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença – são de mau gosto, mas são manifestações de livre expressão de opinião.

Quanto ao aspecto do direito fundamental de reunião, os vídeos e bem como os **cultos afro-brasileiros**, não compõem uma vedação à continuidade da existência de reuniões de macumba, umbanda, candomblé ou quimbanda. Não há nos autos prova de que tais ‘cultos afro-brasileiros’ – expressão que será desenvolvida no mérito – estejam sendo efetivamente turbados pelos vídeos inseridos no Google. (BRASIL, 2014, p. 154, negrito meu).

Embora a referida decisão tenha identificado valores políticos fundamentais, como a liberdade de reunião, crença e religião, acabou por descaracterizar as culturas afro da categoria de religião. A partir de um prisma marginalizante das culturas afrodescendentes, optou-se por restringir a ideia de religião a partir de elementos da cultura judaico-cristã. Em termos internos, adota-se uma leitura que contradiz aos ensinamentos mais básicos da doutrina jurídica contemporânea: afirma não ser religião, mas se utiliza da expressão “cultos afro-brasileiro”. A doutrina tem, reconhecidamente, definido o direito de culto como uma faceta da liberdade religiosa. Logo, a partir da leitura deste trecho da decisão, haveria exercício de culto sem religião?

Certamente, a não definição de religião por parte do constituinte e do próprio legislador ordinário reflete uma prospectiva de máxima tutela das crenças e, também, da garantia de um cenário democrático amplamente plural e sem tensões e opressões pelo exercício de direitos culturais. Para Mendes e Branco (2009, p. 463):

O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão. Essas razões, contudo, não são suficientes em si para explicar a razão de ser da liberdade de crença. A Constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos.

No âmbito da ordem constitucional brasileira, inúmeras referências remetem uma relação de tutela imediata da liberdade de crença e de religião, por exemplo, a indicação do dia de descanso semanal como preferencialmente aos domingos (art. 7º, XV), a garantia da prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII), a possibilidade de dispensa concedida aos eclesiásticos em relação ao serviço militar obrigatório em tempos de paz (art. 143, §2º), a imunidade tributária contra a instituição de impostos sobre “templos de qualquer culto” (art. 150, VI “b”) e, até mesmo no âmbito da educação, o ensino religioso, com matrícula facultativa, inserido nos horários regulares dos estudantes do ensino fundamental público (art. 210, §1º).

Por isso, pela visão mais tradicional da doutrina, a liberdade de religião é um direito à confissão religiosa, ao culto, à tutela dos templos e das liturgias e à assistência confessional, estando asseguradas pela ordem constitucional outras prerrogativas, como a neutralidade do aparato estatal, o estímulo geral às confissões de fé pela garantia da imunidade tributária aos

templos e até mesmo o ensino religioso facultativo e não confessional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016).

No que tange especificamente ao estímulo confessional garantido pela imunidade tributária⁴⁵, acima citado, tem-se corroborado o entendimento de que não é aplicável às seitas, pois não é suficiente a existência de uma referência de ordem religiosa, “é impreterível que a organização se apresente com rituais e adoração” (FERNANDES, 2017, p. 446). Logo, atividades de natureza comercial ou do ensino regular, ainda que possuam alguma referência religiosa, não estão beneficiados por esta imunidade que tem como marco o exercício do direito de culto. Observa-se que a liberdade de culto tem extensão mais restrita e, muitas vezes, reflete o aspecto prático da liberdade religiosa, pois o culto “é ato de veneração ou de homenagem que se presta a uma divindade em qualquer religião; corresponde aos rituais, às cerimônias e às manifestações na diretriz indicada pela religião escolhida, compreendendo a liberdade de orar e de pregar” (JUNIOR, 2016, p. 566).

No mesmo sentido que os demais direitos fundamentais, a doutrina majoritária, englobando Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2013), tem destacado duas dimensões da liberdade religiosa: a subjetiva e a objetiva. Consoante a sua dimensão subjetiva, os indivíduos têm o direito de professar ou não uma convicção de fé sem qualquer perturbação ou intervenção por parte do Estado ou de outros integrantes da vida em sociedade. Pelo viés objetivo, estas liberdades estão alicerçadas no caráter laico e potencialmente neutro do Estado, constituem verdadeiro pressuposto à dinâmica democrática no processo político-decisório⁴⁶ (SARLET, 2013).

A liberdade religiosa pode ser ainda examinada a partir de sua face negativa e positiva, como reforça Sarlet (2013). A condição de direito negativo diz respeito à faceta mais tradicional deste direito. Em um primeiro momento, aproxima-se da liberdade de crença, ou seja, do arbítrio entre ter ou não uma religião ou crença, mudar a qualquer tempo ou mesmo abandoná-la quando não mais lhe assistir razões de manutenção. Esta condição ainda abrange a liberdade de exteriorizar sua crença ou sua fé, em manifestações que se entenda necessárias, inclusive, garantindo-se práticas atinentes ao rito, às cerimônias e aos locais de sua realização. Esta faceta inclui a livre organização da instituição religiosa, isto é, refere-se à possibilidade

⁴⁵ Como ensina Paulo de Barros Carvalho (2012), a imunidade são regras constitucionais que demarcam a competência tributária, em outro termo, tais disposições limitam e colaboram no delineamento constitucional da parcela de competência que foi conferida a cada entidade tributária.

⁴⁶ Como detalha Sarlet (2013, p. 477): “[...] no que diz especificamente a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, esta se constitui, especialmente no tocante ao aspecto religioso, em elemento central das ordens constitucionais contemporâneas, mas com raízes na vertente do constitucionalismo, especialmente de matriz francesa, o que foi incorporado à tradição brasileira a conta da constituição federal de 1891”.

de “formar comunidades e igrejas e se valerem do ordenamento jurídico infraconstitucional para darem forma jurídica a elas” (MARTINS, 2012, p. 358). Dessa forma, estabelecer-se-ão como organizações privadas e desvinculadas da interferência estatal, podendo definir, constituir e manter espaços destinados ao culto, arrecadar recursos de seus membros e tudo que for necessário à realização da finalidade da entidade, inclusive, no estabelecimento de seu regimento, nos modos de implantação e propagação de sua doutrina e na formação de seus partícipes⁴⁷. Todas as representações desta dimensão negativa do direito de liberdade religiosa são caracterizadas pela não coerção, ou melhor, pelo direito de não interferência (seja pelo Estado ou por qualquer outro sujeito).

Em sua natureza positiva está o dever de o Estado garantir a confissão de fé, por exemplo, com disposto pelo art. 5º, VII da Constituição Federal. Assim, deve-se “colocar à disposição o acesso efetivo ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim desejarem”, mesmo que internos em entidades sob sua responsabilidade (SARLET, 2013, p. 479). Em verdade, denota-se uma diminuta natureza positiva, pois o aparato estatal também passa a ser o responsável por propiciar um espaço prolífico ao incremento de todas as confissões de fé. Neste sentido, ressalta Tavares (2012, p. 637) que “Cumpra ao Estado empreender esforços e zelar para que haja essa condição estrutural propícia ao desenvolvimento pluralístico das convicções pessoais sobre religião e fé”. Dentre as disposições de ordem positiva deste direito, encontra-se o também dever estatal de colaborar na educação ajustada pelos pais e viabilizar o ensino religioso nas escolas públicas (ADRAGÃO, 2002).

Em síntese, a concepção negativa do direito de liberdade representa um dever de abstenção e, por consequência, permite que o indivíduo e as instituições exerçam tal liberdade com autonomia. A faceta positiva impõe um dever ao aparato estatal de prover condições fáticas e jurídicas, isto é, pelo seu corpo normativo instituído especialmente pela sua função legislativa, de modo a viabilizar o exercício destas liberdades.

Cumpra lembrar ainda que a liberdade de crença e religião admite diferentes sentidos, seja como direito individual ou direito coletivo. Quanto à natureza individual, não se tem dúvida, afinal, em seu nascedouro, tais liberdades foram forjadas em benefício do indivíduo contra o Estado. A forma coletiva, ainda que pessoas jurídicas não sejam

⁴⁷ Para Martins (2012, p. 359) ressalta: “A organização de igrejas e congêneres está também livre de uma limitação formal. O clero é, em princípio, leigo; o Estado não pode intervir em sua formação específica, sob pena de atuar de forma muito intensa e dificilmente justificável na área de proteção do direito”.

propriamente titulares de formas de liberdades, como de escolher adotar ou não uma religião, é garantido a elas o direito à auto-organização e à autodeterminação.

André Ramos Tavares tenta superar o habitualmente afirmado pela doutrina e sintetizar os variados enfoques admitidos pela liberdade religiosa. Para ele, este direito fundamental engloba a liberdade:

i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada. (TAVARES, 2012, p. 636).

Implicitamente, algumas elementares da liberdade religiosa passam a ser traçadas, por exemplo: (i) o respeito à confiança depositada (ou não) por alguns sujeitos em valores, objetivos e preceitos que superam a expectativa de concordância pelos demais cidadãos e, ainda assim, possuem especial apreço no âmbito individual ou também de agrupamentos sociais determinados; (ii) a aceitação de que os sujeitos adotem determinadas convicções sem que tenham que justificar e explicar seus motivos aos concidadãos e ao próprio estado; (iii) o direito à vivência de experiências de fé, na esfera individual e também no panorama coletivo; (iv) a deferência àqueles que optam por seguir máximas confessionais, independentemente do grau ou da potencialidade de racionalidade.

Em termos gerais, estas liberdades evidenciam proibições mais pontuais ao Estado, como: (i) a impossibilidade de constituir a obrigação de que indivíduos, sujeitos a seus comandos e decisões políticas e jurídicas, designem e revelem quais são suas confissões religiosas; (ii) o impedimento de instituir critérios ou parâmetros ao escalonamento das religiões e crenças; ou ainda (iii) a discriminação individual ou das instituições confessionais que fogem às exceções legais.

3.2 A NEUTRALIDADE DO ESTADO LAICO: PRIVILÉGIOS OU TRATAMENTO ISONÔMICO?

Embora parte da doutrina afirme a natureza autônoma da liberdade de crença e de religião. André de Carvalho Ramos (2017) entende-as como uma das manifestações da

liberdade de consciência⁴⁸, em que se permite a adoção de uma concepção religiosa ou mesmo seu livre abandono sem qualquer interferência abusiva ou sanção. A partir dela se constitui uma baliza de tolerância a todas as religiões e impõe ao Estado a obrigação de adotar uma conduta neutra. Para o autor, o art. 19 da Constituição Federal Brasileira é o fundamento desta neutralidade, isto é, da atribuição de um caráter laico ao Estado, pois se proibiu a instituição de cultos religiosos por qualquer ente da federação, além de vedar qualquer postura que viesse a subsidiar tais cultos ou igrejas ou mesmo estabelecer relações de dependência ou convenções com seus representantes, exceto nas formas de colaboração em prol do interesse público e nos termos legais.

A pretensa neutralidade estatal não se resume a não impor e nem impedir determinada confissão de fé ou crença, mas também propiciar que os cidadãos, sob sua égide, tenham o ambiente adequado e as condições mínimas para seguir e cumprir os deveres razoáveis advindos de sua religião. Como salientam Brega Filho e Alves (2009, p. 82), “a garantia do direito à liberdade religiosa não é passiva, não consistindo a laicidade do Estado em uma completa omissão, até porque um estado omissivo na garantia da liberdade de religião não é um Estado laico e sim um Estado contra a religião”. O leigo, como complementa Zanone (1998, p. 670), é o incrédulo ou o irreligioso. Em seu raciocínio, não podem ser consideradas leigas ou laicas as concepções mais radicais de irreligiosidade que defendem um Estado ateu. Afinal, não existe uma relação de contraposição entre a norma e a fé, muito menos entre o temporal e o espiritual, pois são esferas autônomas em meio a momentos distintos das atividades, das ações e do pensamento do ser humano. Na mesma medida, a separação entre as instituições civis e religiosas não devem conduzir a um choque entre tais poderes. Há um interesse mútuo nesta conformação, pois na medida que o Estado garante sua independência e proteção contra o controle das instituições religiosas, das mais diversas formas, tutela-se a autonomia confessional contra as intervenções do poder civil. Por isso, a pretensão de laicidade é interesse também das comunidades religiosas e aos seus integrantes.

As críticas surgem, muitas vezes, restritas a considerações de senso comum, por exemplo, motivadas pela expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição. Tal indicação não pode ser considerada elemento suficiente à descaracterização do caráter laico do Estado, até mesmo porque o preâmbulo não é dotado de caráter normativo⁴⁹. Além

⁴⁸ O ministro Edson Fachin, na decisão do RHC 134682 / BA pelo STF, manifestou entendimento contrário. Para ele, a liberdade religiosa seria o direito de expressão mais ampla e abarcaria também o exercício das liberdades de consciência, crença e culto.

⁴⁹ Não se pode negar a relevância do preâmbulo da Constituição. Afinal, esta disposição tem força ideológica, indicando a origem, a natureza e também os objetivos almejados. O voto da Ministra Carmen Lúcia, na Ação

disto, o laicismo não pode ser reduzido à ideia de total separação do Estado e da Igreja, até porque as confissões de fé são fatos relevantes à história de uma sociedade e da conformação das concepções de vida dos sujeitos sociais. Adragão (2010) reforça essa ideia e entende que muitas expressões da religiosidade, inclusive seus símbolos no espaço público, não significam um comprometimento ou um favorecimento à determinada religião, pois estão ali, muitas vezes, por razões de ordem histórica ou cultural.

O Estado Laico, seguindo a visão de Mendes e Branco (2009), não preconiza, sugere ou recomenda o ateísmo, mas coexiste e relaciona-se com símbolos, expressões e bens, retratam suas vivências histórico-culturais, bem como de elevado valor para parcela considerável de sua população. Neste sentido, a demanda por neutralidade não reduz as providências, ações ou disposições que possam ser tomadas pelo Poder Público para facilitar e amparar a manifestação da fé e dos valores religiosos de notável porção da massa popular. É provável que o problema da leitura de Mendes e Branco (2009), que justificaria até mesmo a manutenção de crucifixos em repartições públicas, decorre do fato de ignorar as dificuldades vivenciadas por numerosas religiões minoritárias e por grupos sociais marginalizados a elas pertencentes.

A neutralidade do Estado não é, efetivamente, afetada pela existência de eventual símbolo pertencente à determinada doutrina religiosa, mas sim pela inexistência de igual expressividade para outras religiões, inclusive, aquelas tradicionalmente marginalizadas e depreciadas pela população em geral, por exemplo, as de origem africana.

Vale ressaltar que, não obstante a neutralidade estatal e a separação entre Estado e Igreja integrem uma premissa relevante à garantia da liberdade de crença e religião, não significa que a existência desta liberdade esteja prejudicada caso o Estado seja confessional, sem embargo, certamente, sua extensão seria minimizada pelo tratamento prioritário dado à religião oficial. Não se afirmaria um cenário de plena liberdade, mas de simples tolerância. Portanto, conquanto a neutralidade estatal não seja fator imprescindível à existência da pluralidade de cosmovisões confessionais, sua forma plena só seria possível num cenário de separação institucional do aparato estatal e da religião, a denominada regra da não-identidade (TAVARES, 2012, p. 637).

Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649, evidenciou um papel importante ao Preâmbulo: orientar a correção interpretação e orientação do texto constitucional, uma vez que este trecho que antecede às disposições normativas da Constituição indicam os valores fundamentais que permeiam o referido documento. Contudo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, o ministro Carlos Velloso já havia declarado em seu voto que o preâmbulo da constituição não constitui norma central e o trecho que invoca a proteção de Deus não teria força normativa e nem seria norma de reprodução obrigatória.

Mesmo que necessária em algum grau, não se pode afirmar a total e integral separação entre Estado e Igreja, pois, muitas vezes, há uma convergência das ações de interesse público e das atividades de instituições religiosas, principalmente, de cunho assistencial e direcionado a minorias sociais e à melhoria das condições das parcelas mais desabastadas. Além disto, almejar que “o Estado adote um total distanciamento da religião pode significar algo não apenas não desejável como também impossível (e fraudulento, neste sentido, por estar a encobrir uma realidade não declarada e, possivelmente, não consentida e não compartilhada socialmente)” (TAVARES, 2012, p. 638).

Da complexa separação e convivência entre Estado e Igreja surge uma distinção terminológica entre laicismo e laicidade. Esta diferenciação se repete, no pensamento habermasiano, a partir dos termos “secular” e “secularista”. O laicismo reflete uma postura de hostilidade, de influência do viés racionalista, às vivências e práticas atinentes à liberdade de crença e religião, haja vista uma valoração negativa das compreensões confessionais, enquanto a laicidade aduz uma postura neutra e não combatente das atividades e instituições de fé (TAVARES, 2012, p. 638). As posturas avessas ao reconhecimento de qualquer espaço de relevância às confissões de fé também refletem uma quebra da neutralidade estatal e atribuem um papel de adversário às religiões, afinal, “uma coisa é o Estado não professar nenhuma religião e não assumir fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, outra coisa é assumir uma posição hostil em relação à religião e mesmo proibitiva da religiosidade” (SARLET, 2013, p. 478). A Constituição Federal de 1988, ao admitir a matrícula facultativa ao estudo religioso e admitir a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso, adotou uma visão aberta e receptiva, sem imiscuir-se em qualquer preceito confessional.

A laicidade exige, justamente, o tratamento sensível a toda cosmovisão e não uma prática afastada da realidade plural da sociedade, “sob pena de se transformar em hostilidade velada e desencorajamento geral pela religiosidade, ferindo-se o próprio livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo” (TAVARES, 2012, p. 641). Não se trata de garantir privilégios e ferir o igual tratamento a todos os cidadãos, mas abarcar na ideia de neutralidade estatal medidas ao tratamento diferenciado que reduzam as desigualdades entre as pessoas e almejem a inclusão. Esclarecem Brega Filho e Alves (2009, p. 91-92): “A inclusão dos seguidores das religiões minoritárias, mais do que gerar o sectarismo religioso, fará com que os mesmos possam exercer seus direitos sem abrir mão de suas convicções religiosas”. Isto posto, não se reduzem a instituição de privilégios, pois estes são concedidos arbitrariamente (TAVARES, 2012). Pretende-se aqui afirmar a necessidade de tratamentos

especiais de acordo com as circunstâncias fáticas para garantir o pleno exercício da condição de cidadãos, por exemplo, para o acesso isonômico a cargos e ao ensino público de qualidade sem abrir mão de preceitos fundamentais vinculados às diversas crenças e que forjam, substancialmente, as identidades individuais. A partir desta perspectiva, um tratamento diferenciado não institui privilégios, mas o exercício isonômico de direitos de acordo com as capacidades, habilidades e circunstâncias particulares de cada indivíduo, até mesmo os limites de sua cosmovisão.

Como se observa, os ensinamentos da doutrina constitucionalista brasileira já permitem esclarecer algumas das confusões, dentre as quais: (i) um Estado laico não se caracteriza por uma conduta contrária às religiões, descrente ou ateuísta; (ii) a separação entre Igreja e Estado deve implicar na aplicação de um conceito de neutralidade apto a assegurar autonomia no exercício do poder civil e religioso e de forma não excludente; (iii) enquanto esferas autônomas, a legitimação do poder civil não depende do aval de qualquer doutrina transcendental e de fé, portanto, há uma garantia institucional ao Estado no exercício de suas funções, embora não possa atuar a ponto de esvaziar o espaço deliberativo das várias visões de mundo; (iv) a neutralidade não se reduz à atribuição de um mesmo tratamento, ou melhor, não está adstrita à aplicação de um conceito de igualdade formal aos partícipes de todas as cosmovisões, sob pena agravar a desigualdade decorrente do simples fato de não pertencer à cosmovisão predominante.

Diante desta relação delicada entre religião e Estado, é possível ainda encontrar importantes contribuições dentro da doutrina portuguesa e, até mesmo, da filosofia política e moral.

Jónatas E. M. Machado (2013), professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, demonstra que a ideia de neutralidade, muitas vezes, indica um tratamento relativamente contraditório, pois os valores basilares do Estado Constitucional, como de dignidade da pessoa humana, a autonomia individual baseada em uma consciência moral, a justiça, entre outros, são fundados na própria cosmovisão judaico-cristã. Em outros termos, a existência de um ser transcendental e o valor intrínseco do ser humano surgem como um aspecto implícito à concepção de Estado que foi consolidada⁵⁰. À vista disso, a exigência de constituir um Estado afastado das concepções de fé, revestido pela neutralidade, não

⁵⁰ Para Machado (2013, p. 56-57), a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais na história inglesa e norte-americana demonstram a influência dos movimentos mais radicais da reforma e de um individualismo teísta.

implicaria, infalivelmente, numa isenção total quanto às contribuições valorativas da abordagem confessional.

[...] O princípio da laicidade e da separação das confissões religiosas do Estado esta longe de pressupor a ‘morte de Deus’ ou a sua total irrelevância na esfera pública e no direito constitucional. Se uma visão do mundo ateuista e materialista não consegue justificar racionalmente os valores do Estado Constitucional, de forma coerente e consistente, também não tem sentido que este pressuponha uma visão de mundo ateuista e materialista ou que incorpore uma predisposição favorável à mesma. Pelo contrário, o estado Constitucional, com a inerente estrutura axiológica e principal, só tem sentido, do ponto de vista lógico e racional, se forem verdadeiras determinadas pressuposições teístas (MACHADO, 2013, p. 124).

Por esta interpretação, só há possibilidade de uma concepção razoável e racional a ideia de neutralidade, mesmo considerando um Estado Constitucional com pressupostos teístas, aquela que acarrete a não discriminação das outras doutrinas religiosas⁵¹. Para Machado (2013, p. 131), o elemento cultural é um importante componente da comunidade política e a religião é integrante daquele elemento. Admitir a existência de fundamentos teístas do Estado Constitucional contemporâneo não impõe, forçosamente, a formação ou acolhimento de um constitucionalismo de natureza teocrática ou confessional. Na verdade, torna legítima a tutela dos direitos de liberdade de consciência e crença, bem como a participação da religião em controvérsias da sociedade civil.

Paulo Pulido Adragão, autor português vinculado à Universidade de Porto, vai além e coloca em xeque a ideia de neutralidade. Para ele, “o termo neutralidade não consegue exprimir adequadamente as atitudes de não identificação, não indiferença e não intervenção, do poder político para com as confissões religiosas” (ADRAGÃO, 2013, p. 467). Seria possível a identificação de duas matrizes originárias para a ideia de neutralidade: a primeira, baseada em teses francesas, expressa uma concepção laicizante e de total repulsa à influência confessional (anticlerical), como se o suporte originário neutro do Estado fosse ameaçado; a segunda, com fulcro em teses rawlsianas e de viés contratualista e formalista, indica uma indiferença do poder político em relação ao fenómeno religioso, como se desconhecesse seu espaço social (ADRAGÃO, 2013, p. 467). Como resultado, erige-se a liberdade de religião, paralelamente, à sua condição de direito fundamental, ao *status* de princípio pelo qual afasta-

⁵¹ Na leitura de Machado (2013, p. 134): “O Estado Constitucional deve ser neutro relativamente às diferentes visões do mundo, não no sentido de que estas lhe são ética ou axiologicamente indiferentes, mas no sentido de que ele as avalia a todas, de igual modo, com base nos mesmos valores e princípios constitucionais de dignidade, liberdade, igualdade e justiça. Será com base na maior ou menor proximidade das diferentes visões do mundo aos valores e princípios constitucionais que os indivíduos e as confissões religiosas se poderão prevalecer, em maior ou menor medida, das garantias de proteção constitucional”.

se a ideia de um Estado neutro, isolado e estranho às confissões religiosas, para que seja sensível a ponto de reconhecer a importância social da religiosidade no contexto da sociedade política.

A leitura de Adragão permite superar dois grandes desafios do contexto pluralista: (i) o receio ou o medo ao diferente, pois as concepções estáveis no exercício do poder acaba por atribuir àquele, injustificadamente, a imagem de uma ameaça; (ii) a indiferença a fenômenos sociais e culturais, maximizando os benefícios ou vantagens jurídicos a ponto de serem gozados por grupos religiosos, sejam eles majoritários ou minoritários.

Embora essa compreensão introduza uma alternativa, aparentemente, favorável à máxima efetividade dos direitos de consciência e religião, a ideia de neutralidade não se faz inteiramente inútil. Seja ela abandonada, em certa medida, ou mantida com maiores restrições, o conceito de neutralidade, assim como tantos outros de relevância para a seara jurídica, é diretamente dependente do invólucro interpretativo assimilado pelo instituto e compatibilizado com os preceitos normativos vigentes, aliás, que incentivam investigações em outras áreas, inclusive, no segmento da filosofia política e moral. Matthew H. Kramer (2017), em sua obra *Liberalism with Excellence*, enfrenta incidentalmente a questão da neutralidade enquanto “propriedade multifacetada”. Para ele, as distintas perspectivas filosóficas anunciam uma tentativa de estruturação de um sistema de governança moralmente esperado e que mantenha uma relação de neutralidade entre si e todas as concepções razoáveis de bem. Nesta conjuntura, seria possível, no mínimo, identificar diferentes concepções de neutralidade, no caso: de efeito, a de justificação e de meios e fins.

A primeira concepção, nominada como neutralidade de efeitos, estaria focalizada nas consequências das decisões legais e políticas. Em outros termos, seriam neutras aquelas que propiciassem a manutenção de um cenário invariável dos níveis relativos de dificuldades à concretização de qualquer concepção de bem. Nas palavras do pensador: “uma política ou decisão ou lei é neutra em seus efeitos se não impedir (ou facilitar) o cumprimento de qualquer concepção razoável do bem em um grau maior do que impede (ou facilita) o cumprimento de quaisquer outras concepções razoáveis do bem”⁵² (KRAMER, 2017, p. 13). É bem verdade que a viabilização e a concretude das cosmovisões estão sujeitas a níveis relativos de dificuldades, sendo que estes podem variar de acordo com as visões predominantes nas políticas adotadas, nas decisões estatais tomadas ou na legislação

⁵² No texto original: “[...] a policy or decision or law is neutral in its effect if does not impede (or facilitate) the fulfillment of any particular reasonable conception of the good to a greater degree than it impedes (or facilitates) the fulfillment of any other reasonable conceptions of the good”.

instituída. Assim, um nível de neutralidade só seria evidente se não alterasse tais níveis de dificuldade, caso contrário, poderiam incentivar determinadas compreensões de mundo em detrimento de tantas outras.

O reconhecimento exclusivo do casamento civil durante a primeira república assimila, ao menos aparentemente, uma neutralidade de efeitos, afinal, todos os institutos e ritos similares e dispostos à constituição de vínculos conjugais e de núcleos familiares estariam igualmente impedidos de gerar reflexos no âmbito da vida civil. Os obstáculos e impedimentos a tais concepções de bem, no caso, de ordem confessional, a priori, seriam os mesmos. Porém, afirma-se aparente pois a própria história revela, no plano fático, uma proximidade do Estado a determinadas doutrinas. A indissolubilidade do casamento, juridicamente instituída, refletia a leitura confessional do matrimônio cristão. Se o mesmo regime tivesse admitido, como regra, a dissolubilidade, a mesma neutralidade estaria ameaçada, diante da clara incompatibilidade com os preceitos, por exemplo, da doutrina cristã. A valorização da monogamia e o combate de múltiplos casamentos também indicam uma predisposição à concretização de determinadas concepções de bem. Em último grau, este ideal de neutralidade de efeitos para com toda a pluralidade e diversidade social, especialmente na atualidade, beira a um absurdo inviável. Para Kramer (2017, p. 13), todo sistema de governança afetará, de formas distintas e em variados graus, a realização de visões de bens.

Um sistema de governança como um todo produzirá efeitos diferenciais em grande escala. Mesmo que esses múltiplos efeitos pudessem ser conhecidos e mapeados (*mirabile dictu*), não haveria como compensar os impactos diferenciais que não produziriam tais efeitos. Como um ideal de moralidade política, a neutralidade do efeito é um desastroso não-inicial⁵³.

Sincronicamente, a admissão da exclusiva validade do casamento civil, embora marginalizante e desencorajadora das confissões de fé, uma vez que não atribui qualquer valor às práticas de fé que demarcam a transição do indivíduo para uma nova fase de vida com a constituição de seu núcleo familiar autônomo, reforça uma postura de não intervenção na esfera individual e nas práticas religiosas assumidas por cada sujeito. Em último caso, a privatização dos ritos de fé, admitidos como semelhantes ao casamento, reflete a conservação

⁵³ No texto original: “A system of governance as a whole will produce differential effects on a vast scale. Even if those multitudinous effects could all be known and charted (*mirabile dictu*), there would be no way of offsetting the differential impacts that would not produce further such effects. As an ideal of political morality, neutrality of effect is a disastrous non-starter”.

de um caráter de não coerção, um direito negativo e, ainda assim, passível de algum efeito derivado das decisões tomadas pelo Estado. Kramer (2017, p. 14-15), para elucidar esta tese, constrói um experimento de pensamento: se um sistema de governança municipal viesse a autorizar que pregadores religiosos e outros oradores fizessem uso de parte de uma praça pública, em horário programado, para a realização de suas declarações, inclusive, sendo garantido a proteção necessária contra qualquer reação ou maus-tratos, os efeitos causados seriam variados. Os efeitos desta decisão política seriam dependentes da existência ou não de sujeitos, no âmbito da municipalidade, dispostos ao proselitismo público, bem como a doutrina da crença que seguem. Afinal, enquanto algumas religiões concentram-se no proselitismo, outras podem desestimular seus fiéis a esta prática e orientá-los a outras condutas consideradas mais frutíferas. Uma conclusão é certa: tal política favoreceria determinadas religiões em detrimentos das demais.

A neutralidade de justificação, por sua vez, considera a existência de uma relação de dependência entre a decisão política ou legal escolhida e o raciocínio pressuposto ou subjacente a ela. Assim, conquanto determinado resultado possa ser legitimamente invocado e a medida eleita, legal ou política, atinja este bem esperado, a decisão não se tornará, naturalmente, legítima. Em outros termos, a neutralidade de uma decisão e, por consequência, a sua legitimidade não decorre, suficientemente, da predisposição a alcançar determinado resultado justo e legítimo, mas das razões por tal opção e esforço governamental. Talvez, o maior problema enfrentado por essa concepção de neutralidade seria, propriamente, como as justificações devem ser identificadas. Por exemplo, seriam suficientes as oficialmente invocadas ou seria preciso um raciocínio complementar para a identificação de quem são realmente os interessados nesta atuação governamental, como líderes de determinados grupos ou instituições com *lobby* específico. Diferentemente da neutralidade de efeitos, a neutralidade fulcrada na justificação não se reduz a um absurdo inatingível, diversamente, aparenta possível em diversas circunstâncias (KRAMER, 2017, p. 15-16). Esta parece ser, ademais, uma concepção de neutralidade estimulada e sustentada pelo sistema jurídico processual brasileiro. O artigo 489, §1º do Código de Processo Civil segue essa lógica ao tentar estabelecer parâmetros objetivos de fundamentação da decisão judicial. Seria uma neutralidade, apesar disto, superficial, pois o cumprimento destes parâmetros em nada garante a completa explicitação do raciocínio subjacente do julgador, embora, em termos práticos, reflita ao menos duas importantes consequências: (i) a possibilidade de controle em concreto dos interessados diretos, para que utilizem dos instrumentos legais imediatamente disponíveis à reforma de tais decisões; (ii) a viabilização de uma participação e controle da coletividade,

que conhece a decisão tomada, os supostos fundamentos e podem agir, pela força coletiva e dos direitos políticos, para alterar o curso das deliberações estatais; (iii) a imposição de um trabalho mais detalhado, criterioso e analítico por parte do julgador para estabelecer uma coesão entre os fundamentos e a conclusão de sua decisão.

Mesmo assim, Kramer (2017) acredita não ser a concepção de neutralidade apropriada para a legitimidade liberal. Algumas medidas podem ser tomadas, não por se fundarem realmente nas justificativas apresentadas, mas na obtenção de resultados interessantes e mais vantajosos se comparadas a alternativas a longo prazo, por exemplo. Em suma, poderia se cogitar que a justificação nem sempre reflete as reais causas da decisão e esta, muitas vezes, está firmada em questões pragmáticas ao invés de uma lógica, independentemente, aceita e apreciada. No exemplo trazido em sua obra, Kramer (2017, p. 17-18) elucida que uma determinada religião poderia vir a ser declarada como oficial, não pelo fato de ser a doutrina mais amplamente compartilhada e, talvez, nem mesmo devido ao governo vigente acreditar que essa doutrina fosse a verdadeira, mas tão somente para preservar uma ordem civil e garantir circunstâncias de prosperidade e estabilidade que não são ameaçadas pelas outras religiões existentes em seu território.

Na história brasileira, a supressão de relevantes pontualidades quanto às liberdades de crença e religião na Constituição de 1937 poderia representar, aparentemente, um retrocesso passível de se justificar na consolidação de um Estado leigo. Contudo, em termos pragmáticos, como relatado anteriormente, a própria doutrina católica obteve vantagens com o novo governo da época ao serem criados impedimentos aos impulsos das correntes políticas de natureza liberal e comunista. De algum modo, o suposto afastamento justificado em preceitos seculares serviu também à aproximação e garantia do apoio das instituições confessionais, no caso, atreladas ao catolicismo. Em outros termos, ainda que a justificativa subentendida seja neutra, a política adotada não necessariamente será.

Uma terceira concepção, denominada de neutralidade de meios e de fins, não exige tão somente demonstração da justificação, mas o cotejo entre a neutralidade e as ações escolhidas para o atingimento de qualquer meta. Afirma Kramer (2017, p. 18-19): “Pelo cálculo dos neutralistas, um governo procede ilegitimamente, a menos que suas ações sejam neutras, tanto nos fins para os quais são empreendidas, quanto nos meios pelos quais o governo busca cumprir esses fins”⁵⁴. Seguindo com o exemplo anterior, a designação de uma

⁵⁴ Segundo o texto original: “By the reckoning of neutralists, a government proceeds illegitimately unless its actions are neutral both in the ends for which they are undertaken and in the means through which the government seeks to fulfill those ends”.

religião pode ser, aparentemente, neutra de justificação quando fundamentada na promoção da paz e na estabilidade civil. Contudo, não é neutra quanto aos meios empregados, ao privilegiar uma confissão de fé em desvantagem às demais, embora os fins sejam de interesse de todos. Nesse sentido, não bastam razões neutras para sua realização, pois os meios empregados também devem assim ser.

Outro caso, mais recorrente nos tribunais, pode melhor elucidar a exigência trazida pela neutralidade de meios e fins. O livre e igual acesso aos cargos públicos por meio de concursos públicos é, indubitavelmente, um preceito que reflete uma neutralidade de justificação. O Estado seleciona de maneira impessoal os melhores e mais qualificados profissionais, sem que a máquina pública seja dirigida ao atingimento de elites sociais ou influenciadas por outras vantagens individuais. Todos se submetem às mesmas provas, mesmos dias e horários. As respostas de todos são apreciadas sem qualquer favoritismo e, as provas dissertativas e orais são elaboradas e realizadas por conjuntos de avaliadores, afinal, a análise colegiada minimizaria as possibilidades de beneficiamento. Deste modo, a justificativa de obter os melhores profissionais para os quadros de servidores do Estado sem interferências externas e, por conseguinte, a manutenção da impessoalidade, com probabilidade de um quadro funcional mais eficiente, gozam de credibilidade em um cenário democrático. A utilização de concursos compostos por provas escritas e de títulos, a imposição unicamente de critérios objetivos de avaliação e, até mesmo, a avaliação colegiada, induzem uma neutralidade dos meios.

A divergência surge quando o dia escolhido é considerado de guarda para uma determinada religião. As decisões judiciais podem ser variadas, mas dois tipos puros podem ser identificados: o primeiro, fundado na simples neutralidade de justificação, consideraria que o livre acesso aos cargos justifica a realização do concurso em qualquer data, sustentando também a impossibilidade de empregar qualquer medida distintiva baseada no dia de guarda, sob pena de ofender o impessoal do processo seletivo e constituir verdadeiros privilégios a pequenos grupos sociais; um segundo tipo de decisão não consideraria exclusivamente os fins almejados, ou seja, a seleção impessoal dos profissionais a serem inseridos no quadro do funcionalismo público. Esta mesma decisão examinaria os meios assumidos para sua realização. Nesta última hipótese, seria possível sustentar que a simples realização, simultânea, de provas idênticas não é meio suficientemente neutro caso venha a obrigar determinados indivíduos a rejeitarem preceitos fundamentais de sua confissão de fé. Afinal, alguns estariam em plena conformação com sua crença e em harmonia com sua consciência, enquanto outros abdicariam de uma norma imperativa e relevante às suas vidas, no caso, o dia

de guarda, por uma seleção aparentemente isonômica, sacrificando elementos de sua cosmovisão e incumbindo-se de uma carga moral não existente aos demais. Caso não seja inserido um elemento de discriminação positiva, que viabilize a igual participação destes religiosos, por exemplo, isolando-os até o término do dia de guarda para a realização da mesma prova, o meio (concurso público) inicialmente neutro pode ser corrompido e conduzir a uma verdadeira situação de injustiça.

Na obra *Análise Econômica do Direito*, Richard Posner faz uma averiguação que serve de exemplo no que tange à salvaguarda da neutralidade. Tradicionalmente, entende-se que os indivíduos poderão associar-se e professar sua fé como melhor os convenha, sem qualquer interferência estatal, exceto logicamente os limites jurídicos, como os direitos fundamentais de terceiros. O imperativo da neutralidade impõe que nenhuma confissão poderá auferir qualquer vantagem ou subsídio do erário. Contudo, o ordenamento jurídico concede isenções de impostos ou, no caso brasileiro, estabelece uma imunidade tributária quanto aos impostos incidentes sobre templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b”, CF). Para Posner (2007), a priori, esta medida só se justificaria se houvesse uma relação de equivalência entre o montante de impostos deixados de arrecadar e os benefícios gerados por tais instituições religiosas. Em outros termos, estas instituições devem gerar benefícios iguais ou superiores aos custos de serviços públicos que seriam pagos com o valores arrecadados em sua tributação. Esta correspondência indica uma possibilidade de neutralidade de justificação, pois a isenção ou a imunidade tributária se sustentam na mesma medida que as Igrejas desoneram os serviços públicos, por exemplo, com suas atividades assistenciais. Para o referido autor, isso ainda não é suficiente. Aliás, ninguém nega que as instituições confessionais realizam trabalhos importantes e minimizam os impactos das deficiências dos serviços públicos prestados pelo Estado, apesar disso, é duvidoso se há paridade entre tais benefícios gerados e os tributos não recolhidos.

Ainda que acarretasse *superávit* em tais atividades confessionais, a natureza do meio escolhido seria mais proveitosa às instituições que disponham de prédios e instalações suntuosas. Posner (2007), neste momento, considera o impacto da medida sobre o capital imaterial, pois entende que a posse de prédios luxuosos reflete um incentivo social comparado às organizações com instalações mais simples. Isto posto, uma medida estatal sem qualquer diferenciação impulsiona um favoritismo. Por isso, a realização da neutralidade seria dependente da justificativa (equivalência entre ganhos e custos) e dos meios selecionados para

sua execução. Até mesmo as mais simples ações, tidas como seculares, podem impactar no incentivo ou desestímulo às confissões de fé⁵⁵.

3.3 OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E RELIGIOSA

É inevitável reconhecer que o exercício da liberdade de consciência, crença e de religião está intimamente ligado a outros direitos fundamentais, seja de opinião ou pensamento, de reunião⁵⁶, associação⁵⁷, entre outros. Embora tais liberdades gozem do *status* de direitos fundamentais, não são absolutas e inúmeras restrições podem ser elencadas de acordo com o caso concreto. Logo, diante da multiplicidade de possibilidades fáticas, demonstra-se relativamente inviável a indicação de todas as potenciais restrições ou fatores de contenção. A doutrina, classicamente, tem tratado de algumas hipóteses para melhor dimensionamento prático do espaço de exercício das liberdades, porém sem pretensões de exaurimento, como será a seguir delineado.

O próprio art. 5º, VIII, presente na Constituição de 1988 acabou por firmar, aparentemente, uma tutela integral à liberdade de consciência e crença, ao inadmitir que os sujeitos sejam privados de seu exercício, excetuado tão somente a hipótese em que mesmo venha a se recusar a cumprir prestações alternativas para se eximir de obrigação legal imposta a todos. Garante-se, assim, a denominada escusa de consciência caracterizado pela possibilidade de recusar-se a cumprir certa obrigação por contrariar crença ou convicção pessoal, exigindo-se, neste caso, a prestação de obrigação alternativa. No caso brasileiro, poderá implicar na suspensão de direitos políticos, conforme art. 15, IV, CF. Devendo a prestação alternativa também estar prevista em lei.

No caso do serviço militar obrigatório, se o serviço alternativo for recusado ou prestado de maneira incompleta, não será fornecido ao interessado o certificado de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório. Este certificado não será concedido pelo prazo de dois anos, contados do término do período instituído para a realização do serviço alternativo.

⁵⁵Segundo o próprio autor: “Las leyes que tienen propósitos seculares, pero que sin intención discriminan a las sectas particulares, plantean una cuestión difícil, como ocurre con las leyes contra la poligamia, las regulaciones que obligan a los prisioneros a usar su pelo corto, las leyes de cierra dominical y las leyes de la educación obligatoria. Tales leyes interfieren con el libre ejercicio de la religión en un sentido práctico; hasta una decisión reciente se suponía que la constitucionalidad de una ley dependía de una comparación entre los costos de la ley de gente religiosa oprimida por ella y sus beneficios seculares”. Cf. POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 1063-1064.

⁵⁶A liberdade de reunião não poderá, contudo, ser realizada sem qualquer limite, pois fica subordinada a algumas diretrizes, dentre elas: almejar fins pacíficos e sem a utilização de armas; não prejudicar reuniões anteriormente convocadas para a mesma localidade e ocorrer a prévia comunicação à autoridade competente.

⁵⁷ Este direito admite assegurar a possibilidade de associar-se, como também uma garantia negativa de não ser compelido a associar-se ou filiar-se a qualquer grupo ou instituição.

Encerrado este prazo, ele somente será obtido após a decretação da suspensão dos direitos políticos pela autoridade competente e poderá ocorrer a sua regularização com o cumprimento das prestações adequadas.

Vale ressaltar uma distinção: a objeção de consciência não se confunde com a desobediência civil e com a desobediência comum. Esta última é caracterizada pela adoção de conduta incompatível e contrária aos preceitos e ao sistema jurídico vigente. Por consequência, deverá sofrer a repreensão necessária à restauração da integridade desta ordem normativa. A desobediência civil, por sua vez, é considerada pública e exercida de modo justificado, logo, tem fundamentos para que os atos praticados sejam considerados lícitos e tolerados pelas autoridades públicas. Neste último caso, almeja-se evidenciar alguma situação de injustiça e demanda-se por alguma mudança no sistema normativo. Para todos os efeitos, a conduta será ilegal, sendo praticada coletivamente e sem a adoção de violência. Pormenoriza Bobbio (1998, p. 335):

[...] a Desobediência civil é um ato que tem em mira, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais um ato inovador do que destruidor. [...] O principal argumento deles é o de que o dever (moral) de obedecer às leis existe na medida em que é respeitado pelo legislador o poder de produzir leis justas (conformes aos princípios de direito natural ou racional, aos princípios gerais do direito ou como se lhes queira chamar) e constitucionais (ou seja, conformes aos princípios básicos e às regras formais previstas pela Constituição). Entre cidadão e legislador haveria uma relação de reciprocidade: se é verdade que o legislador tem direito à obediência, também é verdade que o cidadão tem o direito de ser governado com sabedoria e com leis estabelecidas.

Contudo, a desobediência civil não poderá ameaçar a ordem jurídica e, ao menos segundo a concepção política liberal, “consiste no apelo aos princípios constitucionais de um estado de direito democrático, os quais tem pretensão à imparcialidade e não se baseiam apenas em interesses individuais” (FELDHAUS, 2016, p. 349). No caso da objeção de consciência, o indivíduo atua, comumente, de forma individual e motivado por preceitos fundamentais e de caráter profundo para sua vida, os quais, portanto, estão ligados à consciência e podem incluir disposições ligadas às crenças e à religião.

Além das hipóteses de objeção de consciência e da obrigatoriedade de cumprimento de prestações alternativas, outros casos são exemplos comuns de contenção das liberdades de consciência, crença e religião. A afirmação usual segue no sentido de que tais liberdades sofrem limitações de outros direitos fundamentais, ou seja, não se admite, na hipótese de confronto, o esvaziamento do núcleo de outros direitos, mas o balizamento para o equilíbrio e o exercício razoável dos direitos desta natureza. Não se trata propriamente de uma novidade,

pois mesmo as convicções políticas libertárias, que dão grande ênfase e primazia às liberdades, admitem a inviolabilidade das pretensões dos demais indivíduos em sociedade como limite à liberdade. No caso de Nozick, o ser humano é tido como valioso e, por consequência, sua vontade e seu direito de escolha devem ser respeitados, sujeitando-se tão somente a “restrições morais indiretas”, isto é, os direitos de um sujeito servem de restrição na atuação dos outros e assim reciprocamente⁵⁸.

Por isso, embora admita-se a livre manifestação das religiões, a prática de suas cerimônias e o direito ao culto, não se tolera a adoção de atitudes, ações ou omissões que impliquem na ofensa à integridade física e psíquica humana ou mesmo no sacrifício da vida de qualquer pessoa. O Código Penal, com o objetivo de estabelecer um limite ao exercício do direito de crença sem ofender a bens jurídicos sensíveis como a saúde física e psíquica, optou por criminalizar a conduta de curandeirismo, em seu art. 284. Porém, a crítica de Agra (2018, p. 229) vai além: acredita que faltam limites legais e jurisprudenciais à “credulidade religiosa”, ou seja, faltam obstáculos à instrumentalização das crenças e religião que impeçam a exploração de grupos sociais menos favorecidos num cenário assinalado pela constante proliferação de instituições que ludibriam a boa-fé das massas populares.

Ainda quanto à integridade física e psíquica, as diretrizes legais em prol da proteção dos animais também servem de balizas de refreamento ao exercício das liberdades. Práticas que implicam em maus-tratos, degradação e sofrimento dos animais têm sido assinaladas como incompatíveis ao exercício de tais liberdades (AGRA, 2018, p. 229).

As restrições devem ser estremadas pela máxima efetividade dos direitos e garantia da global integridade dos bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional vigente. Por isso, embora a liberdade de crença e religião compreenda a manifestação e o direito ao culto, este não pode ser exercido em níveis e condições capazes de interferir na esfera de direitos de terceiros, por exemplo, com ruídos e barulhos que ofendam o descanso e o sossego de outrem, sujeitando-se, assim, ao controle de horários e outras medidas para redução dos prejuízos à vizinhança.

Diversos outros fatos demonstram a complexidade na garantia da efetividade e integridade destes direitos, especialmente quando se trabalha com a questão da liberdade. Os direitos de consciência e religião se sustentam, de diferentes modos, na liberdade de

⁵⁸ Esclarece Barreto (2014, p. 16): “Os direitos ocupam uma posição fundamental na teoria de Nozick e eles devem ser entendidos como restrições morais indiretas, e não como objetivos a serem alcançados. Tratar os direitos como objetivos significa dizer que eles podem ser sacrificados se for julgado que há outros objetivos mais importantes. Tratar os direitos como restrições morais, por outro lado, significa restringir a forma com que os objetivos humanos podem ser alcançados, de modo que essas não devem de forma alguma violar tais direitos.”

expressão, porém, em determinadas ocasiões, entram em colisão com este direito. Por exemplo, as charges e publicações do jornal francês, de natureza satírica, Charlie Hebdo e o massacre terrorista em 07 de janeiro de 2015 revelam a fragilidade da coordenação entre os direitos fundamentais. Como destaca Sarlet (2013), a liberdade de expressão tem uma vinculação direta com a democracia e deve assumir um prisma complementar, dialético e dinâmico, sem acarretar riscos ao regime democrático, por exemplo, condutas que venham a incitar o ódio.

O atentado terrorista acima citado não pode ser defendido como uma expressão da autotutela em favor das liberdades de crença e religião, mas refletem uma condição de total *déficit* de reconhecimento do valor moral do outro ser humano e uma total incapacidade das esferas institucionais na repreensão de focos de risco, especialmente, tratando-se de direitos culturais. Não se deve, entretanto, constituir uma compreensão que confunda as posturas terroristas a uma forma de determinismo cultural, senão, seria reproduzido um discurso falacioso do qual

[...] o simples fato de pertencer a certa cultura, neste caso, a uma cultura baseada sobre a religião islâmica, representaria para o indivíduo uma sina inescapável, que o torna mais ou menos capaz de agir de forma autônoma e refletida”. Assim, seria de se esperar que um muçulmano se ofenda terrivelmente ao ver uma imagem de Maomé e que reaja de forma violenta. Na realidade, as culturas são mais ou menos porosas e tendem a modificar-se pelo contato com outras. Assim, os muçulmanos que moram na Europa não vivem necessariamente sua religiosidade da mesma maneira dos que moram nos países árabes, por exemplo (PINZANI, 2015, p. 283).

Em síntese, esta questão reveste-se de um processo direcionado para os dois sentidos: aos religiosos, não se admite a adoção de práticas violentas e degradantes de outros sujeitos sociais para a defesa de suas cosmovisões, pois, ainda que a liberdade de expressão seja substrato das manifestações confessionais, o trato tolerante deve ser uma atividade mútua; a imprensa e outros veículos públicos de comunicação não podem, sob o discurso do combate à censura, veicular, reproduzir ou incitar concepções marginalizantes e intolerantes das diversas crenças ou formas culturais, ainda que seja pelo uso da feição jocosa ou irônica.

Além de tais casos paradigmáticos envolvendo a liberdade de crença e religião em concorrência com outros direitos fundamentais, habitualmente o Judiciário tem sido demandado para solucionar circunstâncias de participantes de concurso que solicitam alternativas de participação dos processos de seleção sem que haja conflito com dogmas de sua fé, por exemplo, com a realização de provas em dias ou horários distintos dos, tradicionalmente, destinados a guarda. Já foi reconhecida a repercussão geral desta

controvérsia por meio do RE 611.874, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, estando pendente de julgamento. As respostas dadas pelo judiciário têm sido contraditórias. Em alguns casos, tem-se admitido que os candidatos permaneçam reclusos e sem qualquer contato até o momento posterior que se viabilize, em compatibilidade com a crença, a realização da mesma prova aplicada aos outros candidatos. Em outras situações, alega-se que não seria possível a concessão de qualquer tratamento diferenciado, sob pena de ofender o tratamento igualitário dos candidatos. Como sustenta Brega Filho e Alves (2009, p. 88): “No caso dos concursos públicos, atividades escolares e vestibulares, a falta de regulamentação traz sério prejuízo àqueles que possuem convicções religiosas minoritárias, não sendo razoável exigir-lhes que tenham que renegar a sua fé para exercer outros direitos assegurados constitucionalmente”. Como já investigado anteriormente, a garantia da igualdade forma no exercício de direitos culturais, como de consciência e religião, não é suficiente perante o cenário democrático contemporâneo. Ao contrário, exige-se a instituição de garantias jurídicas para afirmar a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, assim sendo, a tutela mínima das condições de dignidade.

3.4 CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: A ABORDAGEM DE POSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI

Embora o garantismo tenha obtido maior destaque no campo do direito penal com a obra *Diritto e Ragione* na década de 90, a teoria de Luigi Ferrajoli tem adquirido traços de uma teoria geral do direito, da política e da democracia. Sua leitura expressa pretensões de um positivismo crítico a favor do redimensionamento do Estado de Direito, dos pressupostos de um constitucionalismo centrado na tutela da pessoa e na limitação do poder político. Trata-se também, como explica Cademartori (2007, p. 103), de uma teoria que notabiliza a distinção entre a validade, a vigência e a eficácia das normas em oposição ao sentido ideológico da diretriz normativista, uma vez que esta se concentra nas normas válidas, confunde a ideia de vigência e validade e ignora a provável ineficácia normativa existente, e realista, por desatentar-se a provável invalidade normativa e limitar a validade ao próprio elemento da eficácia.

Além disso, constata a transformação estrutural do Estado de Direito com a inclusão do aspecto substancial enquanto condição de validade das leis. Em termos mais detalhados, a história de modernidade jurídica é marcada por revoluções e trocas de paradigmas. O pretérito e superado modelo de estado de direito respaldava, em particular, o primado da lei na

onipotência do parlamento. Contudo, o modelo constitucional imposto por meio das constituições rígidas na Europa pós segunda guerra sujeita os poderes políticos à lei, marcando a primeira revolução, isto é, a ascensão do princípio da legalidade enquanto norma de reconhecimento ao direito vigente.

Para Ferrajoli (2013), embora os modelos de democracia liberal e de democracia social possam estar ligados e serem complementares, a dimensão liberal reflete um sistema de garantias idôneas, preponderantemente negativas, que visam a tutela dos direitos de liberdade e formam essencialmente um complexo de limites ao exercício dos poderes, enquanto a segunda vem constituir um sistema de garantias, preponderantemente positivas, à satisfação dos direitos sociais.

A primeira condição da democracia liberal, na visão de Ferrajoli (2013, p. 303), estaria diretamente ligada a função instrumental do direito enquanto garantia na salvaguarda de uma imunidade das pessoas frente às constringências ou prescrições jurídicas de ordem ideológica ou religiosa, enquanto consequência firmada com o surgimento do Estado moderno, da separação da esfera pública e privada e do processo de laicização do direito, base ao balizamento pelo pensamento liberal à separação das esferas do direito e da moral. Em outras palavras, um conjunto de garantias ao indivíduo contra a imposição de preceitos normativos amparados pelo direito que sejam de cunho religioso ou outro conteúdo ideológico haja vista a separação do âmbito do direito e da moral.

Pela tese da separação do direito e da moral haveria, inclusive, uma conquista de civilidade passível de dois sentidos. O primeiro, de caráter assertivo ou teórico, reforça a condição de norma de reconhecimento contraída pelo princípio da legalidade, pois o direito não se confunde com o justo, não se deriva deste ou em conformidade a uma determinada moral ou cultura, mas sim uma predeterminação convencional incumbida ao legislador na garantia de igualdade frente à lei, na tutela das liberdades diante das arbitrariedades de cunho moral ou ideológico e, especialmente, na sujeição dos poderes públicos à própria lei. Em um sentido prescritivo e axiológico, a separação entre direito e moral passa a ser um consectário ao liberalismo político e também ao utilitarismo jurídico, afinal, nem o direito e o Estado podem adotar valores que sustentam, afirmam ou possam reforçar uma moral específica, uma cultura ou uma religião, mesmo aquela de feição laica ou civil⁵⁹. Para Ferrajoli (2013, p. 204,

⁵⁹ Nas palavras de Ferrajoli (2013, p. 204, tradução livre): “Seu único objetivo é proteger as pessoas, garantindo-lhes vida, dignidade, liberdade, sobrevivência e igualdade. E cumprem, com precisão, através da estipulação e da garantia dos direitos vitais de todos no pacto constitucional. Desde os direitos de liberdade e imunidade frente a lesões ou constringências, que equivalem a tantos outros direitos à própria identidade, até mesmo aos direitos sociais a prestações, equivalentes a tantos outros direitos à sobrevivência.”

tradução livre), é na “neutralidade moral, ideológica e cultural que reside a secularidade do direito e do Estado liberal; da mesma forma que a autenticidade da ética secular reside na exclusão de qualquer apoio legal ou heterônomo”.

É neste contexto que a liberdade de consciência, para Ferrajoli, pode ser compreendido como o primeiro direito fundamental que decorre da separação, num viés axiológico, do direito e da moral, isto é, caracterizado pelo direito de não coerção e não intervenção na intimidade dos sujeitos. Para ele, classicamente, a liberdade religiosa é advinda deste primeiro direito fundamento, em termos mais específico, externa a possibilidade de praticar ou não determinado prisma confessional desatrelado de impedimentos, pressões ou estreitamentos impostos pela ordem vigente. Embora se origine da liberdade de consciência, ela não pode se restringir e nem se resumir a esta, por um lado, a liberdade religiosa possui traços mais amplos, englobando a liberdade de culto e a atos inerentes a este, os esforços ou o zelo para converter outras pessoas a uma religião, causa ou ideia e até mesmo a difusão dos preceitos de sua religião, por outro, demonstra-se mais restrita, pois o exercício da liberdade de consciência abrange toda liberdade de pensamento ou mesmo de opinião, enquanto imunidade fundamental (FERRAJOLI, 2013, p. 308).

É um direito complexo e que alberga diversas outras liberdades diretamente conectadas, como salienta Ferrajoli (2013, p. 308, tradução livre):

a) uma liberdade-faculdade, consistindo na liberdade de culto, isto é, praticar os ritos e propagar e divulgar as crenças da religião; b) uma imunidade à liberdade, por assim dizer, estática, consistente na imunidade contra práticas impraticáveis ou repressivas da livre formação das próprias convicções e da própria consciência religiosa; c) uma imunidade de liberdade que pode ser chamada de dinâmica, consistindo na mesma imunidade contra práticas religiosas prejudiciais ao corpo ou autodeterminação constrictiva e ao livre desenvolvimento da consciência religiosa⁶⁰.

Enquanto a primeira é consequência da garantia de autonomia da religião e da moral em relação ao direito, a segunda é consectário da separação e da autonomia assegurada ao direito a outras esferas, sejam morais ou religiosas, em termos mais específicos, da autonomia do Estado em relação à Igreja ou ainda das instituições públicas em comparação a outras ideologias. Estas duas constituem a denominada liberdade de religião, enquanto a última a

⁶⁰ Nas palavras do autor: “a) una libertad-facultad, consistente en la libertad de culto, es decir, de practicar los ritos y de propagar y difundir las creencias de la propia religión; b) una libertad-inmunidad, por así decir, estática, consistente en la inmunidad frente a prácticas impeditivas o represivas de la libre formación de las propias convicciones y de la propia conciencia religiosa; c) una libertad-inmunidad que cabe llamar dinámica, consistente en la misma inmunidad frente a prácticas religiosas lesivas para el cuerpo o constrictivas de la autodeterminación y el libre desarrollo de la conciencia religiosa.”

liberdade frente à religião e, embora distintas, são liberdades conexas, incluem também a formação e o desenvolvimento, desimpedido e não constrangido, de convicções confessionais, agnósticas e até mesmo atinentes ao ateísmo, o que designa uma imunidade também a formas de discriminação ou ainda de condicionamento heterônomo, por exemplo, de formas políticas ou institucionais. Portanto, condição à laicidade estatal e à igualdade no exercício das liberdades e, conseqüentemente, qualquer disciplina jurídica imposta à vida confessional ou prescrição religiosa da “vida jurídica” é prejudicial ao direito e à religião⁶¹ (FERRAJOLI, 2013, p. 309).

3.5 A CONCEPÇÃO DE TOLERÂNCIA SUBJACENTE À DOGMÁTICA JURÍDICA E À PRÁTICA JUDICIAL

A delimitação das possibilidades do exercício da liberdade de crença e de religião, segundo parâmetros de igual tratamento e consideração no seio democrático em relação a outras cosmovisões, acaba por indicar a ideia de tolerância acolhida, mesmo que implicitamente e parcialmente, pelo ordenamento jurídico. No caso em análise, observou-se uma substancial aproximação do exercício deste direito à tradicional visão negativa da liberdade, isto é, uma maior tutela do direito de não interferência e não coerção, seja na escolha, pertencimento ou mesmo manutenção em determinada religião ou crença.

Embora a tolerância, enquanto valor político e instituto jurídico, não apareça literalmente em nenhum dispositivo da Constituição Federal de 1988, seu significado é normativamente atrelado à própria ordem democrática. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, suas dimensões ou facetas podem ser aduzidas por diferentes preceitos constitucionais, por exemplo, ao consagrar o pluralismo político enquanto fundamento da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, V. Ao elencar, em seu art. 3º, dentre os objetivos fundamentais da República a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, inclusive, em oposição a manifestações de preconceitos ou discriminação em razão da origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outro modo segregacionista.

Quanto à órbita internacional, o art. 4º adotou princípios como da prevalência dos direitos humanos, da solução pacífica dos conflitos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo, indicativos elementares da ideia de tolerância enquanto pressuposto das relações de

⁶¹ É um dano ao direito pois afeta diretamente a laicidade, ameaçando a convivência pacífica e ao tratamento isonômico dos sujeitos. Prejudica ainda a religião e, por consequência, a moral, pois imiscui-se na possibilidade de agir autônomo e da autenticidade da consciência confessional.

convivência frente às diferenças. Estas são apenas algumas hipóteses para ilustrar como a tolerância, em termos normativos, foi assimilada pela ordem jurídica constitucional brasileira, ainda que implicitamente e inexoravelmente vinculada aos anseios democráticos de instituições livres e iguais. Para Werle (2002), trata-se de um conceito relacionado à justificação pública, cujos limites são delineados pelos cidadãos, uma vez que atuam como coautores e também destinatários da ordem democrática, sendo esta não dependente de valores metafísicos ou transcendentais, mais enquanto produto legítimo da relação política democrática.

Para esta análise, o recurso a reflexões de Rainer Forst permitiria uma visão mais profunda das perspectivas de tolerâncias a serem vislumbradas ou mesmo potencialmente adotadas. Ainda que fosse possível a defesa de um conceito geral de tolerância, é imprescindível reconhecer que este instituto pode adquirir distintas concepções de acordo com o seu fundamento e o seu uso. Para Forst (2003), enquanto as concepções indicam interpretações particulares dos elementos estruturantes de um conceito, este último engloba componentes semânticos centrais à sua delimitação. Diante disto, o autor alemão reconhece pelo menos seis componentes estruturantes para sua demarcação.

O primeiro destes elementos é o contexto e a prática na qual a ideia de tolerância está inserida. Para tanto, diversos aspectos poderão ser considerados: primeiramente, o relacionamento existente entre aqueles indivíduos que toleram e serão tolerados, por exemplo, se existe um vínculo familiar, de amizade, de pertencimento ao grupo como de instituições religiosas ou sem qualquer vinculação diferenciada; também as razões em seu auxílio ou atinentes ao vínculo adversarial, por exemplo, se as relações baseiam-se em emoções como o amor, a fraternidade, no mútuo respeito, na obtenção de determinados resultados, sejam individuais ou de teor coletivo; quem são os sujeitos envolvidos, sejam indivíduos isolados, grupos, congregações e até mesmo o próprio Estado; o suporte da questão a ser tolerada, como as cosmovisões, as ações e virtudes; as formas que permitam a realização, o incentivo ou mesmo a atuação sobre ela. (FORST, 2003, p. 18).

O segundo componente é denominado de objeção. Ele permite a identificação, dentro deste contexto de tolerância, dos elementos que são tratados com indiferença, isto é, não recebem uma designação propriamente positiva e nem negativa, e os valorados de melhor maneira serão objetos das aceitação (2003, p. 19-20).

A aceitação aparece como terceiro elemento da conceituação da tolerância. Por meio desta, práticas ou convicções que, num primeiro momento, poderiam ser qualificadas como falsas ou até mesmo más, sofrem nova mensuração e são consideradas toleráveis e não tão

indesejáveis se confrontadas com outras perspectivas inadmissíveis no ambiente social. Neste caso não há exatamente uma eliminação dos juízos e do caráter negativo atribuído a priori, no entanto, a “valorização estética negativa pode ser compensada por uma avaliação ética ou moral positiva”⁶² (FORST, 2003, p. 21). Neste ponto, há uma propensão à condescendência ou tentativa de persuasão em oposição à simples prática de opressão.

O espaço da tolerância surge como quarto componente e indica as fronteiras entre a objeção e a aceitação, ou melhor, a zona existente entre os juízos avaliativos negativos e positivos em relação às práticas e convicções⁶³. Evidencia-se, então, que nem tudo pode ser aceito, caso contrário, seria uma postura paradoxal e incompreensível em termos práticos, pois este espaço é inerentemente limitado e a tentativa de expandir a tolerância a todas as convicções, até mesmo dos próprios inimigos, resultaria na autodestruição. Vale lembrar, todavia, que os limites não se baseiam tão somente nos juízos de rejeição e aceitação, mas também no âmagô não atingido pelas razões de recusa. Assim, ficam explícitos diferentes domínios normativos: em um primeiro cenário, existe tão somente a concordância global, ou seja, estão presentes apenas razões de afirmação e nenhuma objeção; em uma segunda construção, estão presentes os motivos à “objeção normativa”, entretanto, os potenciais de aceitação servem como componente de ajuste ao tolerado; por fim, há ainda o espaço do inadmissível que é consequência da integral rejeição (FORST, 2003, p. 24).

Deve-se considerar ainda, para a definição de um conceito geral de tolerância, o modo de seu exercício, uma vez que requer a manifestação livre e não constrangida, ou melhor, ao indivíduo que tolera deve ser oportunizado um canal para que se expresse a contrariedade ou aja consoante ao que entenda pelo tolerável, afinal, trata-se de uma medida perdurável.

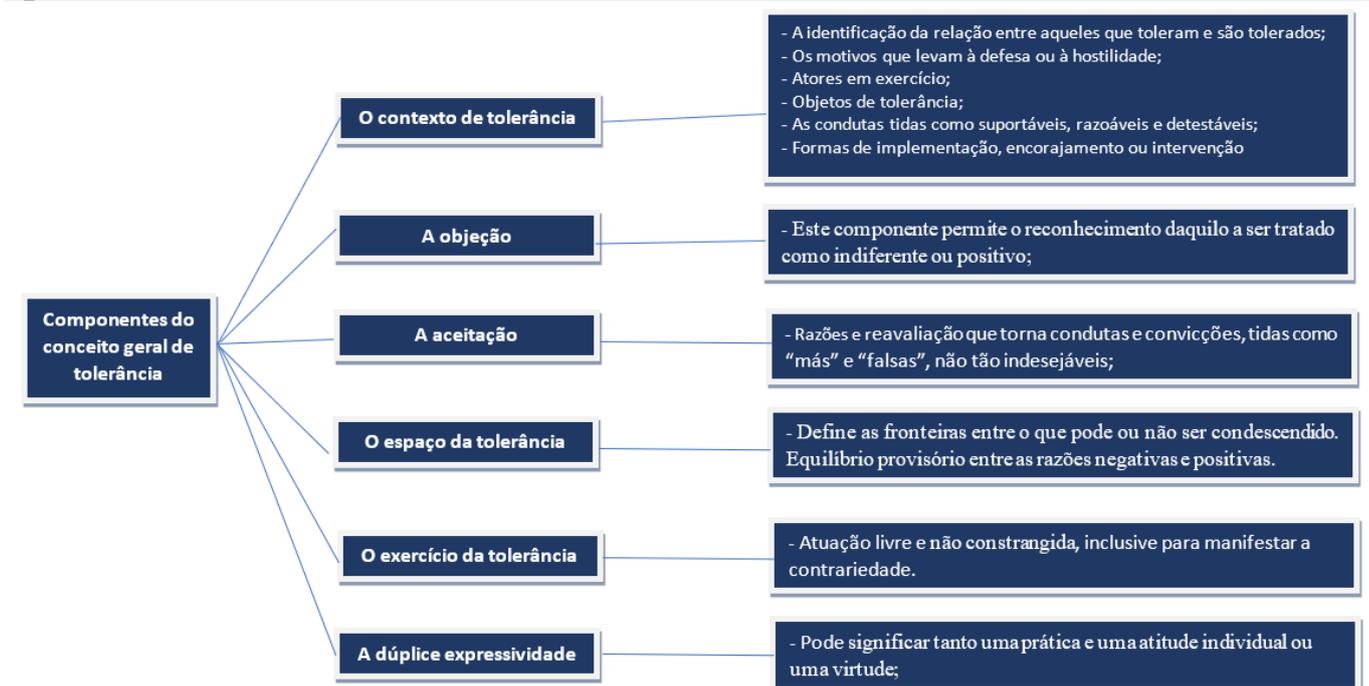
Por fim, deve-se ainda considerar a dúplici expressividade do conceito de tolerância, pois esta pode ser encarada como uma “prática ou atitude individual” ou como uma “virtude”. Por exemplo, a atuação do aparato estatal, no âmbito prático-político, pode representar a adoção de um caráter socialmente valioso, por estar em acordo com a ideia de conservação das liberdades de minorias ou, por uma outra análise, perceber-se tão somente a adoção de uma atitude individual de tolerância a convicções sem realmente aceitá-las ou

⁶²Expressão no original? “[...] a negative aesthetic valuation can be offset by a positive ethical or moral evaluation [...]”. Cf. FORST, Rainer. **Tolerance in Conflict: Past and Present**. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Cambridge University Press, 2003a, p. 21.

⁶³ Nas palavras de Forst (2003, p. 23, tradução livre): “Esta é uma questão conceitual, para a tolerância envolve um equilíbrio precário entre razões negativas e positivas e pressupõe a disposição de suspender a tolerância quando as convicções e práticas toleradas são julgados de forma tão negativa que as razões positivas não são mais suficientes”.

admitir um mínimo de acordo. (FORST, 2003, p. 26). Neste sentido, um governo pode filiar a uma política de complacência com as minorias, enquanto perspectiva virtuosa, e sofrer a recusa, de algum modo, da maioria dos cidadãos; ou, por uma prática individual, conceder direitos a minorias em atenção ao custo-benefício a ser gozado pelo poder político em seu aspecto geral (FORST, 2003, p. 26).

Em síntese, o estabelecimento de um conceito geral de tolerância estaria estruturado, a partir de seus componentes, da seguinte forma:



A partir desta estrutura, Rainer Forst delineou quatro tipos ideais de tolerância sustentadas nas relações de reconhecimento. Primeiramente, é relevante considerar que o uso de tipos ideais almeja uma facilitação da compreensão e da análise das interações sociais. Weber, por exemplo, na obra *Economia e Sociedade*, trabalha três tipos ideais de autoridade ou de dominação legítima. No caso de Forst, o mesmo recurso metodológico serve ao esclarecimento da dinâmica da tolerância e de seus contextos, não significa que cada tipo esteja vinculado a uma espécie de sociedade ou ocasião da história, mas evidencia como os componentes estruturais podem influir e conduzir à alteração de sentido do que propriamente é a tolerância. Ou seja, como tais elementos estruturantes admitem diferentes interpretações e, por consequência, uma modificação prática do tolerado. Além disto, o convívio, as comunidades, as sociedades e as interações humanas não estão restringidas a um modelo ideal, aliás, mesmo que se identifique a predominância de um tipo, é totalmente possível a manifestação, concomitante, em distintos graus de outra concepção.

O primeiro tipo é chamado de concepção permissão (*permission conception*). Nele, o cenário é marcado pela existência de uma autoridade ou uma maioria proeminente, com um complexo de convicções e valores predominantes, que permitem a continuidade de uma minoria ou uma variedade de minorias, que compartilham valores distintos e próprios, desde que não ameacem ou contestem a ordem imperante. A interação entre os indivíduos e grupos se dá precariamente e limita-se a um *modus vivendi* (FORST, 2003, p. 27-28). Esta permissão não será, obrigatoriamente, uma conduta estratégica, embora possa ser orientada por diversas razões, por exemplo, o desejo de não ter incômodos aos preceitos preponderantes ou por considerar injusto a imposição da abdicação das convicções mais profundas às minorias. Não há qualquer reciprocidade e as expressões minoritárias são segregadas à esfera privada.

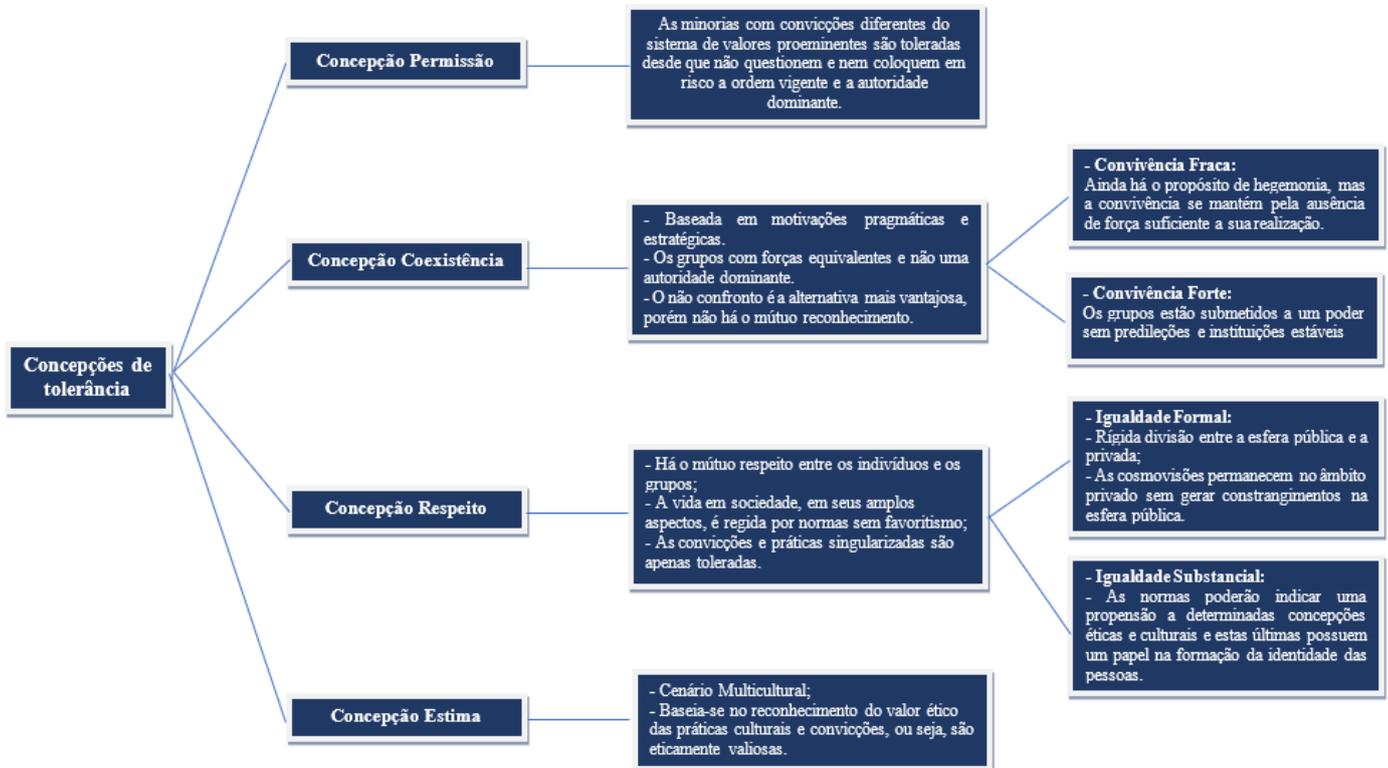
A concepção coexistência (*coexistence conception*), por sua vez, funda-se substancialmente nas motivações pragmáticas e estratégicas. Tem grande proximidade com a primeira aceção de tolerância, porém, neste modelo, há grupos com forças equivalentes e não uma autoridade dominante. Logo, a tolerância surge como opção prática à garantia da paz e à promoção das próprias predileções, pois seu exercício se dá horizontalmente. A intensidade da convivência é variável: pode ser fraca, devido à exaustão a que tais grupos foram submetidos, por exemplo, após intensos e fracassados conflitos, mesmo que permaneça o propósito da hegemonia; ou pode ser forte, caso estejam submetidos a um poder prevaiente e sem predileções, além de instituições estáveis e propulsoras à convivência. O não-confronto é a alternativa mais vantajosa, porém não há o mútuo reconhecimento (FORST, 2003, p. 28-29).

O terceiro tipo está alicerçado no mútuo respeito pelos grupos e pelos indivíduos envolvidos no mesmo contexto. Na concepção respeito (*respect conception*), a distribuição de direitos, as instituições básicas sociais e a destinação dos recursos existentes são regidas por normas sem favoritismo. Como afirma Forst (2003, p. 29, tradução livre), os sujeitos sociais “respeitam uns aos outros como pessoas autônomas ou como membros de iguais direitos de uma comunidade política constituída sob os fundamentos de um Estado de Direito”⁶⁴. A ordem jurídica é fonte de inspiração à reciprocidade, apesar disto, o respeito é direcionado ao sujeito, pois convicções, valores, condutas e práticas são tão somente toleradas. Este tipo subdivide-se em dois formatos: no primeiro, concentrado na igualdade formal (*formal*

⁶⁴No texto original: “[...] respect one another as autonomous persons or as equally entitled members of a political community constituted under the rule of law.” CF. FORST, Rainer. *Toleration: concept and conceptions*. In: FORST, Rainer. **Toleration in Conflict: Past and Present**. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Cambridge University Press, 2003a, p. 29.

equality), há uma rígida divisão entre a esfera pública e a privada, posto que as divergências de cosmovisões ou oposições éticas devem permanecer confinadas à seara privada e sem suscitar contendas no campo das questões públicas; no segundo, os membros da comunidade agregar-se-ão sem renunciar ou abdicar as próprias identidades, pois as normas poderão indicar uma propensão ou inclinação a aceções éticas ou culturais específicas, por entender que “os valores e as convicções constitutivas dessas identidades [ético e culturais] têm um significado existencial especial para as pessoas” (FORST, 2003, p. 30), esboçando um formato de igualdade substantiva (*qualitative equality*).

Por fim, a quarta aceção não considera suficiente o mútuo respeito entre os sujeitos e denomina-se de concepção estima (*esteem conception*). Parte-se de um cenário multiculturalista e, independentemente de reconhecer o status de igualdade entre os inúmeros participantes sociais, reivindica uma especial consideração ou estima pelas diversas convicções éticas e culturais, ou seja, atribui-se um olhar mais atento e capaz de identificar o valor ético das diversas perspectivas de mundo e sua potencialidade de aceitação. O componente da objeção não foi excluído, pois este especial cuidado não é limitado, mas sempre balizado na expectativa de garantir o juízo de reconhecimento.



A doutrina jurídica brasileira tem, preeminentemente, expresso um sentido de tolerância que transita entre a concepção coexistência e a concepção respeito, centralizada na

igualdade formal. A crença e a religião são tratadas, em diversos momentos, como uma parte relevante, tão somente, à vida privada e individual de cada cidadão. Por este motivo, a não-interferência torna-se a característica primária ao discutir o conteúdo do direito de liberdade religiosa combinada com a tentativa de afirmar uma suposta convivência forte dos membros da sociedade, uma vez que todos, religiosos ou não, estariam sob o domínio de um aparato estatal pretensamente neutro. A mera coexistência dá, em alguns momentos, espaço à concepção respeito, quando se admite que a laicidade estatal não se confunde com o ateísmo. Tolera-se até mesmo o proselitismo em respeito à pessoa e à livre possibilidade de expressar sua confiança depositada em proposições transcendentais, mas não por eventual valor intrínseco existente em sua cosmovisão. Qualquer manifestação de aproximação com tais conformações éticas, especialmente por parte do Estado, pode ser trazida como um sinal de alerta de ofensa à neutralidade sistêmica.

A concepção de tolerância na prática judicial poderá variar de acordo com o caso concreto, afinal, este conceito poderá ser ampliado ou restringido de acordo com as balizas da objeção e da aceitação trazidas pelo julgador como razoável à efetivação dos direitos fundamentais. O recurso ordinário em *habeas corpus* 134.682 da Bahia, julgado pela primeira turma do STF, em novembro de 2016, com relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, é um interessante paradigma de exame acerca desta temática, pois seu objeto, implicitamente, tangencia a definição dos atos de intolerância entre religiões que podem ser tolerados como exercício regular do proselitismo religioso.

O proselitismo é expressão da liberdade religiosa, em que os sujeitos pertencentes à determinada crença atuam pela conversão de outras pessoas ao mesmo credo, causa ou ideia. No caso do recurso supracitado, o Ministério Público ajuizou uma ação penal imputando o crime de racismo, com fundamento no art. 20 da Lei 7.716/1989, a um sacerdote da Igreja Católica, pois este é autor de um livro que, segundo o órgão ministerial, teria manifestado conteúdo de ordem discriminatória contra a doutrina espírita. Embora a decisão do referido caso abarque outras questões técnicas e doutrinárias, demonstra-se, para a presente investigação, ser necessário percorrer tão somente os marcos de tolerância.

O STJ já havia reforçado em sua decisão, ao não conhecer o remédio constitucional impetrado pelo sacerdote, que o crime de racismo não está adstrito a condutas preconceituosas em consequência de cor e etnia, pois albergaria também aqueles motivados por raça, religião ou procedência, até mesmo por disposição literal da lei 7.716/1989. Além disto, o acolhimento da ausência de justa causa haja vista a atipicidade objetiva e, também, subjetiva da conduta careceria da análise minuciosa do “conjunto fático-probatório”, medida não

compatível com a via processual eleita, por não ser permitida a concessão de prazo ou definição de instrumentos para a produção probatória.

O voto do Relator, ministro Edson Fachin, consigna o entendimento já exarado anteriormente pelo STF de que não há fundamento científico para a diferenciação entre os seres humanos e o fracionamento em raças é derivado de um processo de natureza político-social. Por esse motivo, o racismo, em sentido jurídico, não tem como referência, propriamente, a ideia de raça, mas é visto como um “fenômeno social e histórico”, embora, ainda, hoje, atos discriminatórios permaneçam alicerçados no caráter racial. Do mesmo modo, o legislador acabou por incluir o elemento religioso, pelo seu caráter político-social, dentre os motivos de caracterização da norma incriminadora.

Para Fachin, a liberdade religiosa necessariamente abrange o polo da crença e da conduta, por este motivo, a liberdade de expressão seria condição a sua efetividade, albergando, neste sentido e de modo inerente, os atos de proselitismo. Este é praticado, muitas vezes, pelo contraste com outras religiões, inclusive, em manifestações que objetivam evidenciar uma condição de superioridade da religião da qual professa. Além disto, a pretensão universalista, ou melhor, de conversão do maior número de indivíduos a sua crença é característica presente de diversas religiões, embora não de todas. O voto faz recurso aos ensinamentos de André Ramos Tavares, que explicita:

Uma teoria de primeira ordem carrega em seu bojo a concepção de que é a única e adequada, sendo as demais inválidas ou equivocadas; esta rejeição é, invariavelmente, intrínseca, quer dizer, acaba assumindo uma conotação religiosa; em outras palavras, não é apenas um afastar-se de outras religiões, mas sim um enxergar nelas conotações contrareligiosas.

[...]

Portanto, é pacífico o entendimento segundo o qual o proselitismo religioso, mesmo com os elementos que indubitavelmente o marcam, quais sejam, a negação e a desconsideração das demais religiões, gerando, em certo grau, uma animosidade é, em realidade, compreensível, como elemento integrante da liberdade religiosa (tecnicamente, está alocado em seu núcleo essencial).

[...] é natural do discurso religioso praticado pelas Igrejas, em especial pelas instituições daquelas religiões de pretensão universalista, pregar o rechaço às demais religiões. Esta postura integra o núcleo central da própria liberdade de religião (TAVARES, 2009, s. p.).

Conjuntamente com as considerações sobre o conteúdo da liberdade religiosa, a Corte Constitucional versou sobre a ideia de tolerância aplicada ao âmbito jurídico criminal.

A realização de comparações e o estabelecimento de juízos de desigualação são parte do comportamento direcionado a “angariar novos fiéis” e não são suficientes à caracterização, prontamente, de condutas criminosas. O acórdão e o voto do relator dispõem, a partir dos

ensinamentos de Bobbio, quais seriam as três etapas cumulativas necessárias à caracterização da discriminação suficientemente sensível ao direito penal. A primeira delas tem natureza cognitiva, ao identificar a diversidade de indivíduos e de grupos, sendo diferentes e desiguais. Na segunda, há aplicação do juízo valorativo a partir do juízo discriminante da fase anterior, de modo a qualificar como bons ou maus, civilizados ou bárbaros e superiores e inferiores. Na terceira fase, por sua vez, a discriminação serve a sustentação de “um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo tido como inferior”⁶⁵ (BRASIL, 2016, p. 19). Deste modo, a censura penal passa a ser especialmente direcionada não somente quando se professa pela eliminação de determinada crença, porém também quando se objetiva a retirada ou redução de outros direitos, de cunho fundamental, por motivos religiosos. A reprimenda penal justifica-se tão somente quando as três fases cumulam-se, afinal, é plenamente possível que as duas primeiras fases concretizem-se para justificar uma postura de auxílio àquele tido como inferior. Neste sentido, justificou o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, p. 20-21, grifo meu):

Ou seja, o discurso proselitista associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras fés, não se qualifica intrinsecamente como discriminatório. Sendo assim, no embate entre religiões, **a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados.** Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância.

Por este motivo, se a profissão de fé não for direcionada à ocorrência de embates truculentos, com atos de violência e perseguição para o esvaziamento do núcleo de direitos fundamentais, há que se tolerar como parte do exercício da liberdade de confissão de fé⁶⁶. No caso em exame, o Tribunal admite que a conduta do sacerdote é intolerante, mas não suficiente a intervenção do direito penal e, por isso, foi afirmado pela Ministra Rosa Weber:

⁶⁵ Nas palavras de Bobbio (2000, p. 109) e que também foram trazidas na decisão do STF: “(...) com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto à concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. (...) Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes”.

⁶⁶ Para Tavares (2009, s.p.) “A conversão dos adeptos de outras religiões há de se dar pela persuasão dos argumentos, e não pela força ou violência. Este é o sentido constitucionalmente adequado da tolerância, no seio da liberdade religiosa, e não a imposição de que as religiões reconheçam, umas às outras, a validade das crenças opostas, discordantes ou concorrentes.”

[...] tendo como norte que a tolerância é o valor maior a ser lapidado no atual momento em que vivemos, e **exercendo a minha tolerância com tamanha falta de tolerância com a religião dos outros**, numa perspectiva de uma sociedade plural, como a nossa, e de um Estado Democrático de Direito, eu voto, Senhor Presidente, na mesma linha do Ministro Fachin, no sentido do trancamento da ação penal, convencida da atipicidade da conduta; ou seja, **tamanha intolerância a ser, sem a menor dúvida, repudiada, não chega contudo às raias de atrair a aplicação do Direito Penal [...]** (BRASIL, 2016, p. 25, grifo meu).

Vale ainda ressaltar que a votação não foi por unanimidade. O Ministro Luiz Fux reconheceu a zona fronteira em que a questão se encontrava-se, pois talvez as condutas trazidas no livro poderiam caracterizar o núcleo do tipo penal pela incitação ou discriminação de preconceitos contra religiões, optando por discordar e não acolher o recurso. O referido ministro vai além em seu esclarecimento, pois define claramente um conceito de tolerância que implique o mínimo de reconhecimento por seus pares e sem qualquer relação de desigualdade, e afirma que encara a “questão da tolerância como a possibilidade de coexistência de todas as religiões sem discriminação, não a tolerância de ideias contrárias à religião alheia, sem o mínimo de comedimento no uso da linguagem. No meu modo de ver, a tolerância não é essa mão dupla” (BRASIL, 2016, p. 31). Para ele, a intolerância a outras crenças pode se dar por meio físico ou mesmo pelo discurso de ódio, não adiantando alegar ou adotar elementos eufêmicos para que não pareça o que é. Diferentemente dos outros ministros que amoldam, para o âmbito penal, um conceito de tolerância próxima à concepção de coexistência e de sua manutenção em um cenário de convivência fraca, o Ministro Luiz Fux direciona seu voto a partir da concepção de tolerância respeito, por entender que se exige o reconhecimento mútuo entre os sujeitos, não aceitando sequer as atitudes de desigualação, seja no âmbito criminal (e muito menos no civil e administrativo, se for considerado o direito penal como o ramo de intervenção mais sensível e extremada).

4 REGIME DEMOCRÁTICO PLURAL, SECULARIZAÇÃO E TOLERÂNCIA: UMA PERSPECTIVA INCLUSIVA A PARTIR DA FILOSOFIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Estabelecido um diagnóstico que apresente a compreensão contemporânea da dogmática jurídica acerca do exercício da liberdade de crença e religião, faz-se necessária uma releitura destes institutos a partir das contribuições da filosofia política e da teoria do direito.

Por este motivo, o presente capítulo é dedicado à apresentação e ao exame do projeto político de John Rawls, a partir de sua doutrina do uso público da razão, bem como as críticas e contribuições decorrentes do pensamento de Jürgen Habermas e do jurista estadunidense Ronald Dworkin.

4.1 A FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS E A SOCIEDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E PLURALISTA

O pensamento de John Rawls é, tradicionalmente, destacado por sua teoria moral desenvolvida na obra *Uma Teoria da Justiça*, publicada originalmente em 1971, com uma releitura da tese do contrato social em contraposição a correntes filosóficas de cunho intuicionista e utilitarista. Por meio desta obra, tenta justificar a escolha de princípios de justiça aptos a servirem à justificação da estrutura básica da sociedade⁶⁷ e, por consequência, a fixação de direitos e deveres dos cidadãos, compreendendo estes como sujeitos titulares de um mesmo *status* social, isto é, enquanto indivíduos livres e iguais que se interagem no sistema cooperativo que é a sociedade. Logo, a construção hipotética desenvolvida nesta obra não pretende explicar ou fundamentar o surgimento do Estado ou a passagens dos indivíduos do estado de natureza à vida em sociedade civil, mas selecionar princípios de justiça, a partir de agir racional, que coordenassem as instituições e as relações sociais.

Para tanto, utiliza-se de diferentes mecanismos conceituais e teóricos, como da posição original, para fundar princípios de justiça que sejam constatados como resultados de um acordo racional, despido do uso da força, de barganhas, de privilégios ou concentrados

⁶⁷ É a modo em que as principais instituições sociais se sistematizam em um único sistema, inclusive, definindo direitos e obrigações dos cidadãos, bem como o modo que serão distribuídas as vantagens resultantes deste sistema cooperativo. Por isso, “a constituição política, as formas de propriedade legalmente admitidas, a organização da economia e a natureza da família, todas, portanto, fazem parte dela” (RAWLS, 2000b, p. 3, tradução livre)

unicamente nos interesses dos próprios grupos aos quais pertençam. Como explica Melo (2005, p. 43-44), reflete uma proposta normativista de traços kantianos, com uma interpretação procedimental da ideia de autonomia e do imperativo categórico. É um procedimento de representação, como explica Rawls (2003, p. 23), hipotético e ahistórico⁶⁸, que serve ao esclarecimento público.

O pensador John Rawls adota uma concepção construtivista da ideia de justiça, apreciando a correção dos juízos morais a partir de um procedimento próprio, não restrito ao elemento do racional isolado, uma vez que exige um potencial de aceitação pelos demais cidadãos, justificando-se o atributo do razoável, além de se comprometer com uma abordagem coerentista, contrastando-se com as concepções fundacionistas. Para o fundacionismo, há algumas crenças básicas e permanentes que não podem ser revistas e nem readequadas. Para Rawls, seria possível a utilização de regras de inferência, no campo da política e da ética, capazes de redimensionar as crenças particularizadas em diversos níveis e mantendo uma coesão, em especial, pelo uso do equilíbrio reflexivo (SILVEIRA, 2009a, p. 148-149). Seu pensamento não estaria dependente do amparo de crenças básicas, ao contrário, revela como as crenças podem servir, mutuamente, como suportes uma das outras, cientes das limitações de coerência destes preceitos e da falibilidade (GONDIM; RODRIGUES, 2010, p. 420).

Talvez, o maior óbice ou equívoco seria o fato da teoria moral rawlsiana, denominada de justiça como equidade, alicerçar a estabilidade de uma sociedade bem ordenada em uma concepção filosófica de natureza abrangente⁶⁹. Ou seja, existiria uma suposição de que todos os cidadãos, em uma sociedade bem ordenada, acabariam por confirmar uma concepção moral abrangente e compartilhá-la como o suporte de estabilidade social que geraria seu próprio apoio ao longo do tempo. Contudo, trata-se de uma leitura irrealista, uma vez que a sociedade moderna é caracterizada por uma pluralidade de cosmovisões, sendo estas percepções e valores partilhados quanto ao mundo, a vida e a ação humana, que nem sempre são compatíveis e expressas em termos razoáveis.

Vale ressaltar que, para John Rawls (2004, p. 173), a diversidade de doutrinas abrangentes é resultado de um cenário democrático marcado por instituições livres e por sua ordem constitucional bem-organizada, constituindo-se enquanto um elemento permanente e

⁶⁸ Hipotético pois descreve algo que os indivíduos poderiam ou não anuir e ahistórico pois não supõe sua realização em qualquer momento da história.

⁶⁹ As doutrinas abrangentes são teses ou teorias, de caráter filosófico, religioso ou moral, que explicam ou afirmam perspectivas quanto ao bem e a verdade, nem sempre conciliáveis. Ou sejam, expressam percepções daquilo que parecem ser boas razões ou razões suficientes quanto ao mundo.

asseverando o fortalecimento das liberdades básicas. E por mais que exista uma relação de tolerância mútua em meio à diversidade, nenhuma concepção de bem, ainda que parcialmente, possui capacidade de orientar, por si mesma, a sociedade em sua integralidade e obter a anuência da totalidade dos cidadãos na resolução de questões fundamentais de justiça.

Neste cenário, a possibilidade de reconciliação, o estabelecimento de meios e a indicação de valores aptos à compatibilização social em meio ao pluralismo seriam incumbências da filosofia política. Por isso, as investigações posteriores de Rawls indicam uma nova preocupação: a definição de uma teoria que sirva como base sólida à estabilidade e à legitimação da sociedade democrática plural e, por consequência, que supere a conotação moral para se sustentar enquanto uma leitura política. Além disto, não se tratam de divergências pontuais em uma interação voluntária ou afetiva, como as desenvolvidas no âmbito pessoal e familiar. As potencialidades conciliatórias e de estabilidade são examinadas no segmento das relações políticas, em que: (a) os indivíduos ingressam a uma estrutura básica de sociedade já definida com o nascimento e só se retiraram com a morte, logo, independentemente se suas vontades; (b) sujeitam-se ao poder político do Estado, que faz uso de meios coercitivos e aplica sanções, sendo, em último grau, o poder de um corpo coletivo firmado por indivíduos com mesmo *status* de cidadãos (RAWLS, 2000, p. 181-182).

A ideia de consenso sobreposto emerge, nesta conjuntura, enquanto instrumento apto ao direcionamento das investigações. O filósofo norte-americano defende a existência de uma concepção política de justiça que possa ser sustentada por todos, ainda que pertencentes às variadas cosmovisões ou doutrinas abrangentes, servindo aquela de base legítima⁷⁰ e estável à uma ordem constitucional e democrática. Ela não se constituiria por termos que obtiveram uma simples anuência em sentido moral, mas se estabeleceria por uma concordância política imprescindível ao controle e manejo das instituições básicas tidas como razoáveis. Afinal, “todas as doutrinas razoáveis afirmam tal sociedade com suas correspondentes instituições políticas: direitos e liberdades básicas iguais para todos os cidadãos, incluindo a liberdade de consciência e a liberdade de religião” (RAWLS, 2004, p. 226).

Como sintetiza Freeman (2007, p. 476, tradução livre), esse recurso deve ser entendido como:

⁷⁰ A legitimidade política rawlsiana está assentada justamente num processo deliberativo despido de imposições arbitrária, de fruição de privilégios e dos mecanismos de troca e barganha. Ao contrário, exige-se a manutenção de uma coerência do uso do poder político e os elementos constitucionais avalizados pelos cidadãos (SILVEIRA, 2007, p. 26).

o consenso de doutrinas abrangentes razoáveis em uma sociedade bem ordenada sobre uma concepção liberal de justiça. É válido quando todas as doutrinas razoáveis endossam uma concepção política liberal de justiça, cada uma a partir de seu próprio ponto de vista e por suas próprias razões abrangentes. A principal razão para a estabilidade de uma sociedade bem ordenada.

Porém, para viabilizar o consenso sobreposto, é essencial que os cidadãos apresentem adequadamente suas motivações, no caso, pela razão pública.

4.1.1 O uso público da razão: fundamentos e limites

A razão é a capacidade de associar e coordenar planos, fins e definir prioridades, além de tomar decisões conforme tais articulações (RAWLS, 2000). Ela não se confunde com a razão pública (ou mesmo uso público da razão), pois esta última está balizada em termos do razoável. Por isso, é necessário compreender as distinções fundamentais para sua caracterização.

O racional está atrelado à aptidão de julgar e deliberar questões e decisões para o atingimento de fins e interesses, muitas vezes, próprios. Não é uma análise fria e reduzida a relação meios-fins, uma vez que devem ser avaliados de acordo com o impacto e relevância à vida como um todo. Nem sempre são direcionados tão somente a si, inclusive, podendo atender a interesses de outros sujeitos com quem tenha vínculos especiais. Contudo, falta ao racional o desejo de dedicar-se ao sistema cooperativo equitativo, diante da ausência de uma ‘sensibilidade moral’ (RAWLS, 2011, p. 60). O razoável, por sua vez, tem caráter público, com fundamentações e manifestações com expectativas de mútuo compartilhamento, ou seja, compõe um mundo social público apto de obter a anuência dos concidadãos em posição de igualdade. O razoável parte da ideia de reciprocidade, supondo a possibilidade de endosso de todas as suas disposições. Neste sentido, sua atuação situa-se entre a imparcialidade direcionada à obtenção do bem geral, e da possibilidade de ganho mútuo.

Por isso, a razão pública não deve ser entendida tão somente como a manifestação de justificações em termos racionais e seculares, pois faltariam as pretensões de endosso pelos demais concidadãos e, diante disto, equiparar-se-iam a qualquer outra doutrina abrangente, mesmo de cunho religioso. Ela “explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos com os seus cidadãos e a relação destes entre si” (RAWLS, 2004, p. 174).

A ideia de razão pública não é, propriamente, uma criação rawlsiana. Ela já havia sido referenciada por outros filósofos políticos e com sentidos diferenciados. Para Hobbes

(1651), por exemplo, seria a motivação superior e imprescindível à paz, pois, enquanto os sujeitos seguem a própria consciência e em favor dos seus exclusivos interesses, a razão pública serve ao exercício do soberano. Para Kant (1999), em seu texto *Uma resposta para a pergunta: o que é Iluminismo?*, a razão pública distingue-se da privada. Nesta última, o sujeito faz uso da razão atrelada ao cargo ou à função que lhe foi incumbida, por exemplo o religioso que ensina seus alunos, fiéis e a congregação em geral de acordo com as instruções e preceitos da doutrina de Igreja a que pertença, mesmo que na condição de estudioso pudesse identificar possíveis equívocos doutrinários e apresentar melhores explicações para assuntos de interesse de sua religião. A razão pública, por sua vez, está relacionada à liberdade e à autonomia, permitindo que o sujeito busque seu próprio entendimento e compreenda o mundo em sua amplitude, ou seja não limitado pela concepção de uma autoridade ou de um guardião.

Em sentido rawlsiano, o uso público da razão é a motivação ou justificação razoável, expressa por sujeitos que reconhecem a igual condição dos concidadãos, em sentido que permita o recíproco assentimento. Ela está desvinculada das pretensões de verdade e almeja o estabelecimento de um ponto de equilíbrio mesmo diante das diversas concepções de vida boa. Não se vincula a posições absolutas e inabaláveis sobre os preceitos afirmados, pois tal procedimento levaria à impossibilidade de reconhecimento pelos demais e conduziria a um cenário irreconciliável.

A busca por motivos razoáveis para se chegar a um acordo enraizado em nossa concepção de nós mesmos e em nossa relação com a sociedade substitui a busca da verdade moral interpretada como se fosse fixado por uma prévia e independente ordem de objetos e relações, seja natural ou divina, uma ordem distante e distinta de como nós concebemos a nós mesmos⁷¹ (RAWLS, 1999, p. 519, tradução livre, grifo meu)

Não se trata propriamente de leitura relativista, mas descomprometida em negar ou mesmo afirmar a existência de um preceito normativo universalmente válido, mas preocupada com a elaboração da melhor abordagem em determinada circunstância para a constituição de uma cultura política pública estável e passível de compartilhamento. Entretanto, seu exercício deve estar balizado em algumas diretrizes.

Primeiramente, concepções e segmentos abrangentes que não aceitem o regime e o sistema social democrático, logicamente, também rejeitarão a obrigação de reciprocidade e o

⁷¹Na estrita expressão do texto original: “The search for reasonable grounds for reaching agreement rooted in our conception of ourselves and in our relation to society replaces the search for moral truth interpreted as fixed by a prior and independent order of objects and relations, whether natural or divine, an order apart and distinct from how we conceive of ourselves”. Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 519.

próprio uso público da razão. Logo, é inerente a sua prática o reconhecimento legítimo dos concidadãos e das imposições mínimas da democracia, por exemplo, do exercício do poder político como de titularidade do corpo coletivo. As limitações e condicionantes não se encerram neste pressuposto.

O uso público da razão é exigente, pois não pode ser empregado a deliberação de todas as questões e controvérsias, mas tão somente a questões políticas fundamentais que serão avaliadas no fórum público, isto é, quanto aos elementos essenciais da Constituição e de justiça básica.

Os elementos constitucionais essenciais concernem a questões a respeito de quais direitos e liberdades políticas, digamos, podem ser incluídos razoavelmente em uma constituição escrita, quando se supõe que a constituição pode ser interpretada por um tribunal supremo ou algum corpo similar. Questões de justiça básica relacionam-se com a estrutura básica da sociedade e, portanto, diriam respeito a questões de economia básica, justiça social e outras coisas não abrangidas por uma constituição (RAWLS, 2004, p. 175-176).

Além disto, seu emprego se dá como parte do exercício da cidadania, ou seja, é cabível quando questões fundamentais estão em debate e os cidadãos argumentam politicamente no fórum público, como também aos membros de partidos, candidatos em suas campanhas, na deliberação para o exercício do direito ao voto e pelas autoridades estatais, como legisladores e juízes⁷² (RAWLS, 2004, p. 264). No entanto, seu uso é diferenciado quando efetuado pelas autoridades do Estado.

Esse ideal aplica-se aos fóruns oficiais e, por isso, aos legisladores, quando falam no recinto do parlamento, e ao executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Aplica-se também, de uma forma especial, ao judiciário e, sobretudo, ao supremo tribunal numa democracia constitucional com controle de constitucionalidade das leis ('revisão judicial'). É porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da constituição, de estatutos e precedentes relevantes (RAWLS, 2000, p. 264-265).

Ao prover a razão pública, os cidadãos, incluindo-se as autoridades públicas, realizam seu dever de civilidade. Este dever é elementarmente moral, mas não jurídico, compatível com a liberdade do discurso. Caracteriza-se pela manutenção de uma relação

⁷² Esse fórum pode ser dividido em três partes: o discurso dos juízes nas suas discussões, e especialmente dos juízes de um tribunal supremo; o discurso dos funcionários de governo, especialmente executivos e legisladores principais; e finalmente o discurso de candidatos a cargo público e de seus chefes de campanha, especialmente no discurso político, nas plataformas de campanha e declarações políticas.

política fundamental entre os cidadãos com a estrutura básica da sociedade, como também entre os cidadãos, que exercem como corpo coletivo o poder político último manifesto pela coercitividade e legitimidade estatal (RAWLS, 2004, p. 179).

Deve ser expressa em concepções políticas razoáveis de justiça, ou seja, articulando o sistema cooperativo e de modo agregado das instituições políticas, sociais e econômicas, sempre independentes das mais amplas cosmovisões, ainda que compartilhadas por grande parte da sociedade (RAWLS, 2000, p. 272-273). Sua prática se dará no momento da deliberação de medidas coercitivas pretendam ser estabelecidas em lei e em outros instrumentos normativos.

Por ser independente de qualquer doutrina abrange, apoia-se em valores de justiça política e valores próprios da razão pública. Aqueles são integrantes da classe dos princípios de justiça que norteiam a estrutura básica da sociedade, como a igualdade no exercício das liberdades cívicas, políticas e de oportunidades. Os valores próprios da razão pública, por sua vez, englobam diretrizes de indagação para o atendimento da reciprocidade e do dever de civilidade (RAWLS, 2000, p. 273-274). Dessa forma, pretende-se assim estabelecer uma concepção política de justiça que seja independente, denominada por Rawls (2005) como *freestanding view*. Neste caso, seria como um módulo apto a se encaixar as diversas doutrinas abrangentes e, por consequência, obter seu apoio. Contudo, ainda assim seria uma formulação autônoma, isto é, que se sustente de forma independente, prescindindo do reconhecimento e da adoção por parte de qualquer cosmovisão de vida.

4.1.2 A tolerância, a cláusula de tradutibilidade e o espaço participativo do religioso a partir do uso público da razão

Em sua formulação inicial, foi atribuído ao uso público da razão um caráter exclusivista e restritivo, uma vez que não se admitiria, no âmbito público, a utilização de fundamentos ou de substratos argumentativos advindos de doutrinas abrangentes para a deliberação de questões constitucionais e de justiça básica. Para Rawls, não seria possível o recurso à própria moralidade, seja de ordem confessional ou filosófica, ou mesmo à moralidade geral. Estaria autorizado a invocação, tão somente, de valores políticos que acredite, de boa-fé, serem pertencentes a mais razoável concepção política de justiça e com potencialidade de serem endossado por todos cidadãos razoáveis e racionais (RAWLS, 2000, p. 287). Para ele, as concepções abrangentes de vida boa, como as cultivadas por igrejas e outras instituições da sociedade civil, são integrantes da cultura de fundo da sociedade e

inaptas a garantia da estabilidade almejada ao meio democrático, afinal, careceria “de base moral compartilhada capaz de transcender o pluralismo dos valores e prover uma sólida unidade social sustentada pela concepção política de justiça” (ARAUJO, 2010, p. 151). Em suas palavras:

É claro que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, isto sim, apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção política e de seus valores políticos de justiça e razão pública. Estes são valores nos quais acreditam de boa-fé, como requer o dever de civilidade, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. (RAWLS, 2000, p. 287)

Esta formulação acaba por esvaziar qualquer espaço de exercício institucional das liberdades de crença e religião. Pois a vedação trazida pela concepção exclusivista reduz a moralidade própria e geral ao processo deliberativo de controvérsias pertencentes, tão somente, à esfera privada. Ou seja, mesmo as concepções religiosas que tenham um potencial argumentativo razoável estariam proibidas de serem manifestadas no fórum público.

Contudo, Rawls entende como insuficiente o estabelecimento de uma relação política de convivência tolerada, afinal, é necessário uma base estável à ordem democrática e, conseqüentemente, mais agregadora que o modelo baseado no *modus vivendi*. Por isso, o pensador passa a estabelecer reformulações. A concepção inclusivista vem admitir o recurso a argumentos decorrentes de doutrinas abrangentes, com as de cunho religioso, em contextos particularizados. Neste caso, almeja-se o robustecer do ideal de uso público da razão, uma vez que seria possível aos cidadãos a identificação das raízes dos valores políticos consagrados no âmbito público (RAWLS, 2000, p. 299). Logo, a abertura permissiva tem um objetivo específico: identificar nas cosmovisões os valores passíveis de compartilhamento e, conseqüentemente, tonificar as relações de mútua confiança, reafirmar o compromisso democrático e a própria prática do uso público da razão.

[...] doutrinas abrangentes razoáveis, religiosas ou não-religiosas, podem ser introduzidas na discussão pública, contanto que sejam apresentadas, no devido tempo, razões políticas adequadas – e não razões dadas unicamente por doutrinas abrangentes – para sustentar o que for que se diga que as doutrinas abrangentes introduzidas apoiam. (RAWLS, 2004, p. 200 – 201).

Esta leitura se demonstra, entretanto, ainda restrita diante dos fins a que se propõe. Assim, Rawls aperfeiçoa sua compreensão e passa a trabalhar uma visão ampla de cultura política pública que se caracteriza pela exigência do *proviso* ou cláusula de tradutibilidade.

Neste caso, seria autorizada a inserção de argumentos de doutrinas abrangentes no âmbito público, com a condição de que fosse traduzida em valores politicamente razoáveis. Logo, o religioso não estaria impedido de fazer uso de seus preceitos de fé, porém deveria apresentá-los em linguagem apta à compreensão e convergência dos demais cidadãos, isto é, em linguagem política que viabilizasse o acordo público.

Observa-se uma ampliação do espaço participativo do religioso, ainda que esteja condicionado à cláusula de tradutibilidade. Esta alteração reflete também uma alteração da concepção de tolerância. Antes, quase restrita a concepção de tolerância-coexistência, se expande para uma concepção de tolerância-respeito. Comparado ao entendimento consagrado de liberdade religiosa pelos autores da doutrina jurídica brasileira, fatalmente a razão pública exclusivista seria a de maior proximidade e compatibilidade.

4.2 O RESGATE HABERMASIANO DA ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DO RELIGIOSO NA ESFERA PÚBLICA

O exercício das liberdades de consciência, crença e religião não é uma controvérsia pontual do contexto das Américas e nem mesmo uma preocupação restrita aos pensadores e teóricos norte-americanos, como John Rawls e Ronald Dworkin. Este fenômeno, agravado pelas expectativas de participação inclusiva democrática na contemporaneidade, tem permeado discussões de autores das mais diversas linhas de pensamento, por exemplo, a teoria discursiva do alemão Jürgen Habermas. A temática da religiosidade esteve presente, em termos gerais, na produção habermasiana como um todo, seja direta ou indiretamente. Não obstante, suas reflexões passaram a concentrar especial interesse, nos últimos anos, no esclarecimento do fenômeno da secularização, do potencial emancipatório pela linguagem e na possibilidade de convívio entre religiosos e não crentes.

As doutrinas religiosas que outrora ocupavam um espaço social relevante na definição das verdades a partir da base epistemológica, de ordem soteriológica e ontológica, perderam substancial autoridade à razão, incumbindo-se à linguagem a função unificadora da sociedade e a definição de novos pressupostos, isto é, da intersubjetividade. Em outros termos, não há mais uma religião que garanta a unidade da sociedade, se comparada as formas de organização primitiva, embora tenham desempenhado e ainda exerçam um papel significativo no jogo moral da linguagem. Nas palavras do pensador alemão:

As doutrinas religiosas da criação e da história da salvação haviam fornecido razões epistêmicas para que os mandamentos divinos não fossem vistos como advindos de uma autoridade cega, mas sim razoáveis ou ‘verdadeiros’. Ora, quando a razão se retira da objetividade da natureza ou da história da salvação e se transfere para o espírito de sujeitos atuantes e julgadores, tais razões ‘objetivamente razoáveis’ para os julgamentos e os atos morais têm de ser substituídas por outras, ‘subjetivamente razoáveis’. Depois de o fundamento religioso da própria validação ter perdido o valor, o conteúdo cognitivo do jogo moral de linguagem só pode ser reconstruído referindo-se à vontade e à razão de seus participantes. (HABERMAS, 2002, p. 22).

Diferentemente de Ernst-Wolfgang Böckenforde, para quem a ordem jurídica constitucional demandaria de convicções morais e pré-políticas, como de comunidades religiosas e nacionais, para firmar uma base de validade, uma vez que a ordem jurídica seria incapaz de autolegitimar-se a partir de processos jurídicos, Habermas (2007) acredita que a ordem democrática de um Estado Constitucional serve de pressuposto de autolegitimação, firmando o cidadão como autor e destinatário das proposições jurídicas, como legisladores, logo, independente de bases pré-políticas, sejam elas as tradições, perspectivas éticas, metafísicas, inclusive, da religião.

Para ele, embora as cosmovisões confessionais, por exemplo, a teologia medieval, tenham contribuído na genealogia dos direitos humanos, foram as concepções filosóficas profanas do século XVII e XVIII as responsáveis pela legitimação de um poder ideologicamente neutro pelo Estado. Logicamente que os indivíduos vão, em sua atuação, se nutrir das bases pré-políticas, dos projetos éticos e das distintas cosmovisões de vida boa, contudo isso não induz, naturalmente, à conclusão de que o Estado Democrático seja incapaz de revitalizar, por si mesmo, sua conjuntura motivacional. Afinal, é inevitável o dispêndio deste componente, considerando que os cidadãos atuam tendo em conta os interesses próprios, mas também as expectativas em comum. (HABERMAS, 2007). O grande diferencial, sem dúvida, seria o caráter democrático para a justificação da conclusão habermasiana, caso contrário, a leitura de Böckenforde ganharia robusteza, pois o Estado atuaria na tutela das liberdades individuais e requereria um vínculo unificador precedente às próprias pretensões de garantia da liberdade, como observado no passado, com o compartilhamento de idiomas, tradições e cosmovisões na renovação de uma solidariedade demasiadamente abstrata.

Habermas parte de uma releitura da teoria weberiana acerca da modernidade e do processo de racionalização, porém numa abordagem crítica e atualizada das estruturas da sociedade moderna, marcada especialmente pela inexistência de uma visão ou concepção religiosa capaz de integrar e disciplinar os diferentes campos sociais, como da cultura, da

política e da economia⁷³. Para o pensamento weberiano, a racionalização⁷⁴ é um processo contraditório, pois ao mesmo tempo que desaprisiona as ‘esferas de valores’ dos laços das tradições religiosas, as priva da própria linguagem, destruindo e danificando os recursos semânticos, bem como os substratos promissores à liberdade individual, conseqüentemente, sendo prejudicial as pretensões emancipatórias iluministas. Para a filosofia habermasiana, a racionalização na modernidade só se torna incongruente e patogênica ao passo que a racionalidade estratégica passa a invadir e a colonizar espaços do mundo vivido, onde a cultura, a socialização e a integração social devem aprimorar-se sem as interferências dos mecanismos de burocratização da esfera sistêmica⁷⁵ (ROCHLITZ, 2005, p. 24-25). É interessante, como relata Araujo (2010, p. 26-27), até mesmo a moral que esteve entranhada “no seio das imagens de mundo”, passou, paulatinamente, a ser comandada por princípios e expectativas universalizantes.

4.2.1 As fragilidades da proposta rawlsiana e a alternativa de resgate cívico de Jürgen Habermas

A interlocução entre Habermas e Rawls não é um fato singular que se desenvolve em razão da temática do processo de secularização e da participação do religioso na esfera pública. Os autores já haviam, em outros momentos, desenvolvido textos direcionados à contribuição da produção filosófica, a partir de críticas pontuais, reciprocamente. Além disto, em *Entre Naturalismo e Religião*, o pensador alemão não nega a contribuição do pensamento estadunidense, ao contrário, admite pontos relevantes, embora algumas reformulações sejam necessárias.

⁷³ Nas palavras de Weber (1982, p. 379): “a religião da fraternidade sempre se chocou com as ordens e valores deste mundo, e quanto mais coerentes suas exigências foram levadas à prática, tanto mais agudo foi o choque”.

⁷⁴ A racionalização se manifestou por distintas maneiras na modernidade: quanto a própria sociedade, foi responsável pelo redimensionamento estrutural e a intensificação da burocratização, por exemplo, com a economia capitalista, o Estado moderno titular legítimo da força e do emissor do direito legítimo; quanto à cultura, com perspectivas de autorreferência da ciência, moral e das artes, distanciando-se dos vínculos doutrinários e confessionais; no âmbito da personalidade e dos indivíduos, com uma motivação guiada pelo agir racional a partir de valores e fins.

⁷⁵ Como explica Rochlitz (2005, p. 25): A ‘racionalização’, ocasiona aqui uma especialização do tratamento dos problemas segundo as esferas envolvidas, cognitiva, normativa ou expressiva; dito em outros termos, segundo se trate de questões de verdade, de normas e de atitudes subjetivas ou de avaliações.

A racionalização sistêmica consiste, ao contrário, em submeter aos mecanismos do mercado ou ao tratamento burocrático operações que, até então, foram objeto de negociações caso a caso entre indivíduos. Não se trata, aqui, de especificar problemas segundo seu tipo de racionalidade (cognitiva, normativa ou avaliadora), mas sim de reduzir a complexidade dos problemas rotineiros que parecem passíveis de simplificação sem que haja perda (Rochlitz, 2005, p. 24)

O posicionamento habermasiano, em diversos momentos, se aproxima e resgata as reflexões de Paul Weithman no que tange os benefícios decorrentes da abertura participativa na esfera pública deliberativa ao religioso. Primeiramente, para o pensador alemão, seria possível o reconhecimento, ao longo da história, de uma substancial contribuição das instituições e movimentos confessionais na defesa dos direitos humanos, no resgate inclusivo das minorias marginalizadas e no impulso motivacional de movimentos sociais à participação política, fornecendo recursos às deliberações de questões morais e estímulos à socialização (HABERMAS, 2007, p. 141).

Weithman (2004) vai além, pois considera que as instituições religiosas podem minimizar os abismos das desigualdades e oferecer condições materiais à participação cidadão, por exemplo, por meio da atuação do voluntariado. Para ele, o relevante está do fato de que “os cidadãos, através do voluntarismo religioso, possam e muitas vezes adquiram vista para o bem social e de suas próprias responsabilidades para realizá-lo. Pode também contribuir para a sua identificação com sua própria cidadania, embora possam conceber a sua cidadania em termos religiosos” (WEITHMAN, 2004, p. 49-50, tradução livre). Estas mesmas comunidades e seus membros servem ainda na comunicação de tradições e reflexões morais, tornando o debate cívico cada vez mais aprimorado e com mais possibilidades de significação, especialmente, pela atuação de lideranças⁷⁶.

Porém, admitir uma função social e estrutural à participação plena dos cidadãos não é a única justificativa à leitura ampla do exercício das liberdades de crença e religião e das instituições confessionais. Para o pensador alemão, o próprio Estado tem um interesse especial na participação e verbalização das experiências com o sagrado pelos religiosos. Primeiramente, pois inexistem mecanismos aptos e suficientes à antecipação dos recursos argumentativos que seriam descartados com a imposição de maiores restrições. Ou melhor, a criação de obstáculos participativos e de manifestação das cosmovisões confessionais poderia representar um empobrecimento semântico do processo deliberativo, pois novos instrumentos para a construção de sentido e enriquecimento do processo seriam perdidos. Em suma, a criação de maiores restrições à exposição de argumentos originários em doutrinas

⁷⁶ Paul Weithman parte do histórico democrático norte-americano. Contudo, o autor acredita que tais experiências seriam proveitosas para outras democracias de cunho liberal. Para ele, as instituições religiosas oferecem recursos a uma participação efetiva dos indivíduos e, conseqüentemente, seja viável uma concepção de cidadão realizado, ou seja, alguém com plena participação social e com oportunidades reais de contribuição, com acesso a informações, à educação, ao incremento cultural e à intervenção política. Afinal, “alguém percebe sua cidadania quando ela tem oportunidades realisticamente disponíveis para participar da vida política de sua sociedade e efetivamente se identifica com sua cidadania” (WEITHMAN, 2004, p. 36, tradução livre).

confessionais representa um cerceamento ao discurso político e a exclusão de significações importantes ao debate político. Além disto, inviabilizam-se oportunidades de aprendizagem recíprocas entre os cidadãos e a identificação de preceitos compartilhados, mas já esquecidos (HABERMAS, 2007, p. 148).

Weithman (2004) novamente amplia essa perspectiva, pois a contribuição das instituições confessionais não está adstrita ao fomento do debate público, mas no potencial de democratização da agenda pública, tornando a política mais sensível a ampla participação de grandes parcelas sociais, inclusive, ventilando-se questões em diferentes instâncias governamentais. Além disto, podem influir na representatividade de segmentos que sofrem dificuldades de inserção, afinal, ao prestarem serviços sociais, as entidades confessionais têm acesso aos interesses dos segmentos que assistem, passam a se preocupar com a melhoria das condições sociais destes grupos e a se atentar para que as decisões políticas correspondam às necessidades destes segmentos e seus arranjos sociais. Para Habermas (2007, p. 148): “as tradições religiosas possuem poder de aglutinação especial no trato de instituições morais principalmente no que tange a formas sensíveis de uma convivência humana”.

Estes são apenas os primeiros desafios que reforçam uma abertura participativa a partir das contribuições do passado e das expectativas de colaboração para o futuro. Porém, o pensador alemão não se restringe à análise “causalista”, afinal, há objeções mais fortes às restrições rawlsianas, de naturezas empírica e normativa.

A objeção empírica, tecida por Habermas (2011, p. 34), considera que: “muitos cidadãos, quando tomam posturas políticas, não podem ou não querem fazer essa separação que lhes é exigida entre contribuições expressas em linguagem religiosa e as realizadas em linguagem secular”. Esta barreira, sem dúvidas, é muito mais gravosa. Não se trata, tão somente, de admitir que as crenças religiosas exerceram papéis importantes no passado e ainda poderão influenciar, beneficentemente, no processo histórico de afirmação e consolidação de novos direitos. Trata-se de uma questão dependente da realidade: o que fazer caso os indivíduos não queiram e nem se sintam aptos a afastar suas manifestações confessionais no exercício de suas atribuições cívicas? Ou melhor, como impulsionar para que sigam neste sentido.

Certamente, admitir a proeminência da linguagem secular no segmento político-deliberativo não é fator suficiente para que todos se esforcem, sobremaneira, para expressar suas cosmovisões em linguagem secular e com pretensões de ser universalmente inteligíveis. Afinal, saber a melhor postura não significa que todos irão agir ou estarão motivados,

suficientemente, a atuar desta maneira. Há uma tensão entre o plano da moralidade política ideal e os caminhos exequíveis em cada sociedade.

Um segundo desafio, de cunho normativo, também não poderia ser desconsiderado: “uma constituição liberal, que também existe para salvaguardar formas religiosas de vida, não deveria impor essa carga adicional e, por tanto, assimétrica, aos cidadãos religiosos” (HABERMAS, 2011, p. 34-35). A inquietude e a resistência de Habermas estão direcionadas, mais uma vez, ao requisito da cláusula de tradutibilidade rawlsiana. Em outros termos, a imposição de condições à manifestação de argumentos originários de doutrinas confessionais, como a obrigatoriedade de cumprimento da cláusula de tradutibilidade rawlsiana, refletem uma inconsistência lógica do Estado. Afinal, estimula-se um tratamento desigual, onerando sobremaneira aqueles que compartilham uma crença ou preceitos de fé, de modo a emergir um *ethos* democrático marginalizador. Logo, dá-se proeminência aos argumentos seculares nos debates públicos e impõe-se ao religioso uma obrigação especial à participação cívica, inclusive, para que este, isoladamente, capacite-se e adapte-se à ordem política e jurídica vigente, insensível às convicções mais profundas e vivências mais significativas, enquanto os cidadãos não crentes são resguardados e dispensados de qualquer ônus ou obrigação específica.

Por isso, algumas alternativas devem ser traçadas. A princípio, é imprescindível garantir a todos os cidadãos que poderão, na esfera pública, fazer uso de sua liberdade para recorrer e utilizar sua linguagem confessional caso entendam ser necessário. Ao mesmo tempo, não obstante, caso venham a utilizar sua linguagem religiosa, deverão aceitar que o potencial conteúdo de verdade de suas reivindicações seja convertido em linguagem universalmente acessível antes de adentrar na agenda da esfera pública institucionalizada, ou seja, dos parlamentos, tribunais e outras instituições governamentais, como as administrativas, incluindo-se nas decisões a serem tomadas (HABERMAS, 2011). Embora Habermas e Rawls pareçam convergir na conclusão de que as instituições públicas só poderão utilizar argumentos em linguagem acessível a todos, ao menos duas diferenças podem ser observadas:

(i) a ideia de esfera pública habermasiana é mais ampla que a trabalhada por Rawls, uma vez que o filósofo norte-americano é tendente a considerar apenas os fóruns institucionalizados. Habermas, por sua vez, entende a esfera pública como todo canal apto às práticas comunicativas que circundam questões relevantes a própria vida e comum a toda a coletividade.

(ii) até este momento, ainda que os autores convirjam da necessidade de tradução das declarações confessionais em linguagem secular, Habermas não atribuiu esta atividade como

encargo exclusivo dos religiosos, apenas reafirma a indispensabilidade da seleção e da lapidação dos argumentos da esfera pública informal para sua inserção na esfera institucionalizada. Na obra *Entre Naturalismo e Religião*, o autor pormenoriza do seguinte modo:

[...] os limiares institucionais que se colocam entre uma esfera pública política ‘selvagem’ e as corporações estatais criam, na confusão das vozes dos círculos da comunicação pública, **certos filtros**, os quais, no entanto, **são cunhados apenas para dar vazão as contribuições seculares**. No parlamento, por exemplo, a ordem agendada deve permitir ao presidente retirar da ordem do dia posicionamentos ou justificativas religiosas. **Para não se perder os conteúdos de verdade de exteriorizações religiosas, é necessário, por isso, que a tradução já tenha ocorrido antes, no espaço pré-parlamentar, ou seja, na própria esfera pública política** (HABERMAS, 2007, p. 149, grifo meu).

A inserção pode ser vista como um processo de filtragem que permite o escoamento dos conteúdos de verdades presentes nas declarações confessionais e importantes ao âmbito institucionalizado. O *proviso* passa de uma imposição genérica e arbitrária para uma cláusula de “reserva da tradução institucional”.

(iii) o pensador trabalha com uma via de mão dupla: ao mesmo tempo que se garante a manifestação a livre das vozes confessionais, os religiosos assumem um comprometimento com a posterior conversão em linguagem secular. Não se trata de garantir um direito especial ao religioso, mas tutelar um exercício responsável e comprometido com outras exigências e regras do “jogo da democracia plural”.

As respostas a superação dos obstáculos não se encerram no estabelecimento de um filtro entre as comunicações públicas informais e as deliberações formais das organizações políticas na tomada das decisões coercitivas. O óbice normativo identificado pelo pensador impõe duas outras adequações. O encargo da tradução também deve ser distribuído e se torna uma obrigação a ser cumprida de modo cooperativo, ou seja, pelo esforço conjunto dos concidadãos pelo compartilhamento recíproco das razões das questões tematizadas. Por esta medida não assimétrica, os religiosos leais à democracia constitucional entenderão a tradutibilidade como uma condição a ser cumprida em prol da neutralidade das autoridades públicas com as diversas concepções de vida boa. Por outro lado, os não religiosos entenderão que se trata de uma ética do cidadão alicerçada em cargas equiparadas. Assim, todos se encontrarão em um mesmo nível no uso da razão pública e as contribuições não serão consideradas melhores ou menos importantes comparada as apresentadas pelos outros cidadãos.

Assume-se uma base epistêmica complexa e rigorosa, mas dependente de uma terceira intervenção para a concretização desta ética do cidadão: a ocorrência de processos de aprendizagem complementares. Crentes e não crentes, a partir de uma consciência reflexiva, participarão de um processo de aperfeiçoamento e mútua compreensão. Nas palavras de Habermas:

Que, de fato, as expectativas relacionadas à ética da cidadania serão satisfeitas dependerão de processos complementares de aprendizagem. No lado religioso, o uso público da razão requer uma consciência reflexiva que: 1) se relacione razoavelmente com outras religiões; 2) deixa decisões dependentes do conhecimento do mundo para as ciências institucionalizadas; e 3) torna as premissas igualitárias da moralidade dos direitos humanos compatíveis com seus próprios artigos de fé. (HABERMAS, 2011, p. 36).

O secular, por sua vez, deve admitir que o conteúdo potencial da verdade das reivindicações religiosas seja traduzido em uma linguagem universalmente inteligível. É um processo que propicia a aproximação de segmentos sociais, a reconstrução de preceitos vigentes, a identificação de pontos comuns e a recíproca assimilação dos vocabulários dos concidadãos de acordo com sua cosmovisão.

Habermas, desta maneira, assume um viés pós-metafísico, pois não admite a afirmação ou a negação das verdades atreladas às concepções abrangentes, por exemplo, religiosas, embora sejam de variadas formas demarcadas as esferas da fé e do conhecimento científico. Assim, “rejeita uma concepção cientificamente truncada da razão e da exclusão de doutrinas religiosas da genealogia da razão” (HABERMAS, 2008, p. 140, tradução livre). Contrapõe-se a perspectiva laicista ou secularista que considera as doutrinas abrangentes como visões ultrapassadas que serão dizimadas pelo conhecimento científico, por isso, uma leitura reducionista do direito de liberdade de crença e religião condenado à esfera privada, considerando inconveniente toda e qualquer expressão argumentativa de ordem fundamentalista religiosa.

Na leitura de Baxter (2011, p. 202), a abordagem de Habermas conduz: (i) a impossibilidade de afirmar-se a existência ou não de um conteúdo cognitivo nas manifestações confessionais; (ii) o dever cívico de admitir eventual aptidão de posições confessionais conduzirem ou expressarem verdades, ao mesmo tempo que os cidadãos admitem um conteúdo cognitivo nas afirmações religiosas; (iii) os cidadãos seculares também deverão aprender os modos de auxiliar o pensamento religioso; (iv) como no passado, as percepções confessionais podem contribuir para a consolidação democrática.

4.3 A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN: DA TEORIA GERAL DO DIREITO À INTEGRIDADE INTERPRETATIVA DA LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO

O pensamento do jurista norte-americano Ronald Dworkin ganhou especial destaque pelas posições críticas no âmbito da teoria do direito e, principalmente, pelo confronto estabelecido com autores vinculados ao positivismo e ao ceticismo jurídico. Dentre suas investigações, as obras *Levando os Direitos a Sério* e *o Império do Direito* proporcionaram, sem dúvida, opulentos debates. Para ele, a teoria do direito não pode ser dimensionada como o estudo da prática jurídica de modo descritivo e neutro, ao contrário, vincula-se a um processo de interpretação para justificar a adequada atuação prática, considerando que se alicerça em julgamentos ou juízos de natureza moral. Afinal, “o argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral. Os juristas devem decidir quais desses conjuntos de princípios oferecem a melhor justificação da prática jurídica como um todo [...]” (DWORKIN, 2010, p. 205). Logo, não se trata de admitir uma atuação discricionária do julgador, de maneira que ele crie novas regras e as aplique, retroativamente, em demandas que foram submetidas ao seu julgamento. Seria imprescindível uma atuação para identificar os preceitos em conformidade com a ordem jurídica já instituída. Sua teoria de direito como integridade explicita justamente que o processo interpretativo deve se basear nas próprias práticas da sociedade e garantir uma integridade legislativa e de julgamento.

A integridade política, como uma exigência de coerência nas decisões políticas do Estado e da comunidade, pode ser sistematizada analiticamente em dois princípios: a integridade na legislação e a integridade no julgamento ou na jurisdição. A integridade na legislação exige que o legislativo ou os que criam o direito por legislação mantenham a coerência em relação aos princípios morais. E a integridade no julgamento exige que os responsáveis pela decisão jurídica mantenham a coerência tanto em relação às convenções políticas do passado (as leis) quanto aos princípios morais. Essa exigência de coerência com princípios, que decorre da integridade do julgamento, por si só, afasta a concepção do pragmatismo jurídico, que não exige essa coerência. (SIMIONI, 2014, p. 374).

Em suma, é imprescindível que as leis sejam estabelecidas em conformidade com os princípios imperantes nesta comunidade, como também o ato de decidir garanta esta unidade.

Para o desenvolvimento de sua teoria, Dworkin utiliza-se de diferentes instrumentos, dentre os quais encontra o juiz Hércules. Este seria uma figura sobre-humana que buscaria entender as práticas jurídicas do passado, as interpretações anteriores, bem como os argumentos de princípio e de políticos trazidos pelo poder legislativo para a definição de um

preceito normativo. Em suma, almejava a definição de “qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz” (DWORKIN, 2002, p. 169). Por esta sua atuação, o juiz Hércules:

[...] deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas [...] (DWORKIN, 2002, p. 182)

Esta busca pela resposta correta se reforça com a tese do romance em cadeia. Para ele, a partir do momento em que se entende o direito em um sentido interpretativo e o ordenamento composto por um complexo de normas jurídicas, sendo este um conjunto de regras e uma comunidade de princípios integrantes de uma determinada sociedade e suas práticas jurídicas, o juiz deve atuar na descoberta do que já foi produzido e do que os aplicadores do direito já fizeram coletivamente, ou seja, embora existam distintas concepções filosóficas ou mesmo políticas, haverá um complexo empreendimento em cadeia e deverá dar continuidade ao que tem em mãos e não romper visando definir a própria direção.

Em outros termos, como uma corrente de romancistas que escrevem sequencialmente os capítulos de uma obra, devendo sempre entender o que antes foi produzido e manter a coerência e integridade de tal obra, os juízes devem atuar como estes romancistas, não atuando de modo criador do direito, nem mesmo como legisladores, mas levando a diante aquilo que já foi expresso e que pode ser descoberto pelas práticas jurídicas e princípios inerentes a tal sociedade, isto é, a garantia de coerência e integridade do direito.

As reflexões dworkianas não se limitam à identificação das fragilidades de perspectivas teóricas concorrentes e na indicação de elementos complementares a melhor prática do direito. Sua proposta supera a tradicional discussão da correlação ou interação entre moral e direito, pois, embora haja distintas abordagens amplamente criticadas por Dworkin, como o positivismo inclusivo ou exclusivo, o autor se propõe a observar a partir de sua teoria da unidade do valor.

Primeiramente, cumpre salientar uma distinção entre ética e moral. É possível identificar o uso destes termos, rotineiramente, em sentido amplo e até mesmo como sinônimos. Contudo, Dworkin (2014, p. 291-292) sintetiza de maneira simples e clara qual seria o ponto apto a distingui-las: “os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como nós devemos viver”. Ou seja, a moral define preceitos quanto ao agir frente ao outro indivíduo, enquanto a ética é o conjunto de valores fundamentais para

cada indivíduo que corresponda ao bem viver, ou melhor, que torna sua vida significativa para ser vivida.

Para o jurista norte-americano, o direito é parte da moralidade política, porém, não se deve confundir a moralidade política com a moralidade geral ou pessoal. Na verdade, a moral pessoal advém da ética e a moralidade política, por sua vez, da moral pessoal. De todo modo, o “bem viver” expresso pelas concepções éticas orientam as interpretações de conceitos morais. A partir daí, começa-se a estruturar a figura de uma árvore, em que o direito passa a ser um ramo ou subdivisão da moral política.

Rafael Lazzarotto Simioni (2014, 372-373) pormenoriza, a partir das reflexões dworkianas, as diferenças entre moralidade pessoal e moralidade política:

A moral pessoal é uma moral privada, particular, que espera que os vizinhos ou demais pessoas da nossa vida privada se comportem de modo coerente. Essa moral pessoal não exige que todos se comportem da mesma maneira. Ela permite graus de discordância. Que inclusive são comuns nas relações privadas, como nas relações entre familiares, entre amigos, entre vizinhos. [...]

Já a moral política é uma moral pública que espera que o Estado ou a comunidade se comporte de modo coerente. É uma moralidade comunitária pressuposta pelas leis e instituições de uma determinada comunidade. Do mesmo modo que na moral pessoal exigimos um comportamento coerente das pessoas, a moral política exige um comportamento coerente do Estado e da comunidade, ambos considerados como agentes morais.

Essa perspectiva decorre de um conceito doutrinário de direito e que permite a constituição de uma imagem unissistemática da moral e do direito, já que em outras perspectivas teóricas o direito e a moral eram tratados como sistemas distintos. Para Dworkin, os direitos jurídicos são entendidos como direitos políticos e como se fossem um ramo especial deste último, pois podem ser exigidos e impostos via instituições judiciais e medidas de coerção, sem a necessária atuação futura da qualquer atividade legislativa.

O próprio conceito doutrinário de direito é um conceito interpretativo da obra dworkiana e qualquer análise passa a pressupor uma relação nuclear entre o direito e moral. Há uma exigência de coerência que não pode se satisfazer com a mera consistência (*bare consistency*). Afinal, como explica Stephen Guest (2010, p. 46): “A consistência pura equivale meramente à ausência de contradição lógica entre duas formulações de direito. A coerência, em vez disso, deve ser considerada ‘em princípio’, isto é, deve ‘expressar uma visão única e abrangente da justiça’”. Em outros termos, embora a relação lógica intrínseca a consistência seja importante para a coerência, exige-se a adoção de critérios para a identificação do certo e errado e do justo e injusto, por isso, dependente de princípios.

4.3.1 Interpretação jurídica, conceitos interpretativos e a única resposta correta

A teoria dworkiana traz especial preocupação com os processos interpretativos e com a atuação responsável dos operadores do direito. Afinal, a interpretação, enquanto prática social, é direcionada para a identificação de uma verdade. A verdade não é trabalhada no sentido trivial, como uma afirmação intransponível ou sua consagração enquanto consenso científico. A verdade passa a ser um caráter suposto pelo intérprete a medida que este considera sua afirmação, apropriadamente, fundamentada. Essa característica fica mais evidente quando se considera o caráter ambivalente dos juízos morais, ou seja, quando um intérprete indica que um juízo ou compreensão esteja correto, naturalmente, pressupõe que conclusões em outro sentido não serão. Por isso, causa estranheza afirmar que inexistiria uma única resposta correta ao direito, pois equivaleria a admitir que um juiz condenasse alguém a morte e admitisse em sua decisão que outras conclusões interpretativas das normas vigentes, que trariam decisões contrárias, seriam igualmente válidas que a proferida por ele (DWORKIN, 2014, p. 191)

Defender a existência de uma única resposta correta não implica que existiria um método capaz de levar, a todos os operadores do direito, a mesma conclusão. Na verdade, isso seria uma utopia e incompatível com o viés interpretativo inerente à prática jurídica. A interpretação deve ser vista como um fenômeno social. Por isso, “só podemos interpretar como interpretamos porque existem práticas ou tradições de interpretação às quais podemos nos unir” (DWORKIN, 2014, p. 198). Por isso, enquanto atuação argumentativa e social direcionada a descoberta da verdade, deve estar alicerçada nos pressupostos da coerência e da consistência.

O direito se baseia em conceitos interpretativos e não criteriais. Os conceitos criteriais são conceitos em comum, onde se utilizam os mesmos critérios na identificação de casos singulares, por exemplo, para definir uma figura geométrica. Os conceitos interpretativos sofrem pela inexistência de uma concordância quanto ao que sejam e suas características, afinal, são revelados a partir da prática social e revelam algum valor ou desvalor, por exemplo, os conceitos de igualdade, democracia e justiça, sendo trabalhados pelo direito (DWORKIN, 2014). Basta pensar na pluralidade de interpretações do conceito de justiça, seja como autodeterminação, mérito, acesso igualitário a posições, entre tantas outras interpretações. Diferentemente de outras áreas, como a científica, o direito trabalha com conceitos interpretativos e estes não são juízos relativos ao mundo físico e mental, ou seja,

não são preceitos ou concepções derivadas de um fenômeno natural e, conseqüentemente, independentemente verdadeiros. Como salienta Guest (2010, p. 50) “a interpretação de práticas sociais é como a interpretação ‘artística’, que se interpreta o objeto – a obra de arte, criada por pessoas e separados delas”.

Por este motivo, assim como o filósofo da política e moral, o operador do direito, mais especificamente o magistrado, deve conduzir a interpretação como um processo moralmente responsável, isto é, “empenhar-se deliberadamente para construir sistemas articulados de valores e princípios a partir de tendências, reações, ambições e tradições morais díspares, embora partilhados por muitos” (DWORKIN, 2014, p. 165).

As divergências entre os operadores do direito persistirão, mas seu agir reflete um esforço comprometido com aqueles que esperam uma resposta do direito.

[...] é responsável aquele que aceita a integridade e a autenticidade moral como ideias apropriadas e empenha um esforço razoável para realiza-las. Esse esforço, em princípio, é individual, não só porque as convicções iniciais de cada pessoa são um pouco diferentes das de todas as outras, mas também porque somente a pessoa que as tem como convicções estabelecidas é capaz de o julgar quanto são autênticas para si. (DWORKIN, 2014, p. 164)

Não se pode afirmar que tais decisões serão melhores ou mais acertadas, porém, trata-se de um agir consciente da pluralidade moral e de seu impacto na definição do que é o direito. É justamente esse agir responsável que impõe a análise de alternativas, partindo da filosofia, do que seja a liberdade de crença compatível com a ideia de democracia na contemporaneidade.

4.3.2 A liberdade religiosa na perspectiva dworkiana

Dworkin (2013, p. 105-106) não ignora o entendimento mais abrangente e já consolidado acerca da liberdade religiosa. Inclusive, reconheceu que as várias disposições consagradas no âmbito nacional, como na primeira emenda da Constituição Norte-Americana, ou na esfera internacionalista, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, remetem a uma estruturação normativa com severas implicações políticas, dentre as quais: a proibição da instituição de sanções aos indivíduos que pretendam se filiar a religiões convencionais ou mesmo optem por não adotar a nenhuma existente; a vedação de que um governo ou Estado venha a declarar determinada religião como oficial ou empreenda medidas para subsidiar ou disponibilizar outros privilégios a determinada visão confessional;

ou ainda, admita a inserção de restrições legais àqueles que acolham determinada religião, de tal maneira que torne preferível outra crença ou a opção por nenhuma religião. Contudo, na prática, o fator mais relevante é saber o que pode ser considerado religião ou tutelado por tal liberdade. Certamente e majoritariamente, a religião tem sido entendida como “igrejas institucionalizadas” ou grupos que veneram uma forma de deus, isto é, a religião está, por certa dimensão, atrelada à crença em uma manifestação divina ou de deus.

Em sua origem, as lutas em prol da liberdade religiosa estiveram relacionadas à garantia da escolha de que grupo determinado sujeito se uniria pelo compartilhamento das convicções mais profundas. A defesa lockeana, por exemplo, excluía os ateus desta tutela. Somente mais tarde, este direito passou a ser visto como uma escolha não restrita às perspectivas teístas, mas também na possibilidade de não optar por nenhuma crença (DWORKIN, 2013). Entretanto, a dúvida que potencialmente viria a surgir seria: existiria uma religião, passível de tutela, sem um deus? Seria a compreensão comum determinante a compreensão das diversas disposições que tutelam a liberdade religiosa?

A teoria do direito dworkiana traz relevantes implicações práticas, pois trabalha-se com a ideia de conceitos interpretativos, como já explicados anteriormente, e estes não possuem seu significado dependente da visão mais comum, abrangente e nem mesmo das definições trazidas em dicionários, afinal, “formam o nervo dos ideais políticos” (DWORKIN, 2013, p. 109), inclusive, definem o que serão considerados direitos humanos e de cunho constitucional, permitindo uma interpretação mais profunda da ideia de religião, isto é, para além do teísmo.

Talvez, o primeiro mecanismo para este aprofundamento seria entender qual justificativa se fez ou ainda se faz suficiente ao reconhecimento de um direito de liberdade religiosa.

A possibilidade de escolher a quem adorar foi, ao longo da história, fator de perseguições e luta, justificando assassinatos em massa e até mesmo a própria morte em detrimento ao abandono de suas crenças. Esse desejo despertou e ainda desperta intensas emoções, impulsionando a pretensões de garantia e tutela desta liberdade em textos constitucionais e tratados internacionais. Sendo assim, a proteção a esta escolha implicaria também na própria garantia da paz. Entretanto, esta primeira hipótese não é suficiente, pois seria também um direito especial a tutela de uma parcela religiosa não tão influente a ocasionar um confronto considerável, diferente de tantas outras crenças que ainda hoje são responsáveis por guerras apartadas à conformação jurídica. Na leitura de Dworkin (2013, p. 111, tradução livre):

As seitas que se beneficiam da liberdade de religião nesses países são religiões minoritárias não-populares cujos membros não poderiam produzir uma rebelião efetiva se sua liberdade fosse negada. Em qualquer caso, além disso, a liberdade religiosa é amplamente considerada um direito humano, não apenas uma construção legal útil, e os argumentos políticos sobre a necessidade de paz são inadequados para justificar um direito básico.

Em uma segunda tentativa de resposta poderia se pautar no autorrespeito de titularidade dos religiosos. Afinal, as religiões impõem mais que ritos, exigências de adoração e abstinência, pois requerem também responsabilidade de ordem social de seus partícipes. Exceto as proibições estatais que se justificam por proteger os direitos dos concidadãos, por exemplo, se determinada religião impusesse aos seus participantes a necessidade de torturar ou matar outras pessoas, toda restrição governamental não-justificável violaria o seu livre exercício, criando obstáculos aos fiéis cumprirem seus deveres e, conseqüentemente, infringindo seu núcleo essencial de dignidade e autorrespeito (DWORKIN, 2013). Na visão do pensador norte-americano: “cada pessoa tem uma responsabilidade ética intrínseca e inescapável para obter sucesso em sua vida. Essa responsabilidade é parte da atitude religiosa que tanto os crentes quanto os ateus podem compartilhar” (DWORKIN, 2013, p. 114). A garantia de autorrespeito, neste sentido, relaciona-se a responsabilidade de cada indivíduo por si mesmo, ao se decidir no âmbito ético quais seriam os estilos de vida apropriados ou degradantes, ou seja, os elementos que compunham sua visão de “vida boa”.

O autorrespeito aparenta ser um motivo consistente, a priori, a tutela da liberdade religiosa. Todavia, um exame mais profundo poderia evidenciar que não seria causa suficiente a manutenção deste direito adstrito às religiões teísta. Basta pensar nos seguintes aspectos: os valores e modos de conduzir a própria vida, especialmente na sociedade contemporânea, são os mais variados, inclusive de natureza não confessional, e a liberdade tem sido reconhecida como um elemento fundamental na condução de uma vida digna; afinal de contas, manifesta inigualavelmente a capacidade de autodeterminação consciente do indivíduo acerca da própria vida e traz consigo a pretensão de respeito por parte dos concidadãos. Imagine a adoção de medidas estatais proibitivas ou que criassem obstáculos às práticas homoafetivas e sociafetivas, igualmente estaria interferindo na esfera de autorrespeito dos sujeitos e nas suas possibilidades de escolha das suas convicções fundamentais.

Estas duas tentativas frustradas de justificar as limitações de um direito especial de tutela da religião direcionada tão somente as crenças de cunho teísta evidenciam a complexidade em definir o conteúdo deste direito. Assim, diante da ausência de uma

justificativa suficiente à garantia de uma proteção especial direcionada especificamente as visões confessionais teístas, surgiria uma dúvida quanto à possibilidade de concepção ampla desta liberdade. Na hipótese construída por Dworkin (2013, p. 117): “declarar que as pessoas têm direito, em princípio, ao livre exercício de suas profundas convicções sobre a vida e suas responsabilidades, deriva de uma crença em deus ou não, e que o governo deve permanecer neutro na política e nas despesas para todas essas convicções”. Essa hipótese também restaria igualmente insustentável, basta pensar na seguinte conjuntura: grupos racistas poderiam entender a segregação como uma necessidade, não enquanto um gosto a ser seguido, mas uma responsabilidade dos sujeitos em viver com seus pares e conservar “a própria espécie”. Para eles, a integração racial representaria um processo de corrompimento da sua pureza de sua vida. Neste contexto, uma visão ampliada da liberdade poderia vir a exigir do Estado uma atitude neutra; política essa incompatível às pretensões inclusivas das democracias contemporâneas. Por isso, a tutela das convicções e sua garantia de liberdade não poderiam ser tão amplas, mas assinaladas por determinada rigidez.

Contudo, toda esta tentativa de constatar os motivos que justificam um direito especial de liberdade religiosa e se a amplitude de aplicação deste direito poderia transcender a defesa de crenças teístas revelam, em última instância, a importância de dois conceitos fundamentais por de trás de tal direito: a ideia de igualdade e dignidade humana. Estes dois conceitos estão alicerçados no preceito de tratamentos que demonstrem o igual respeito do Estado pelos cidadãos para que se desenvolvam livremente e conforme convicções mais profundas. Por isso, o autorrespeito ganha expressividade, enquanto limite a intervenções desnecessárias e, por consequência, atinge o núcleo da dignidade

Dworkin aprimora sua concepção de igualdade ao elaborar a distinção entre duas idéias irmãs, quando se refere ao tratamento das pessoas ‘como iguais’ e de dar às pessoas ‘igual tratamento’. Tratar as pessoas como iguais é uma ideia primária e fundamental, enquanto dar igual tratamento é uma noção derivada da primeira. Novamente, Stephen Guest auxilia na explicação desses conceitos: ‘dar tratamento igual aos seres humanos significaria dar a mesma coisa, a título de recursos, por exemplo, a uma pessoa deficiente, tanto quanto a uma pessoa não deficiente’. Este argumento trabalha com uma situação extrema e por isso possibilita demarcar os limites entre o tratamento como iguais e o igual tratamento (KOZICKI, 2013, p. 324).

A igualdade dworkiana expressa, simultaneamente, duas facetas: enquanto direito e referencial de interpretação, pois exige igual tratamento a todos, inclusive, justificando a adoção de medidas materialmente distintas para a concretização da igualdade. Além disto,

conduz a um segundo exame, pelo “qual se verifica se todos aqueles que serão atingidos pela norma ou pela decisão são submetidos a um mesmo tratamento” (KOZICKI, 2013, p. 325).

A dignidade, por sua vez, se funda no valor objetivo da vida humana, ou melhor, em sentido kantiano no fim em si mesmo, e na responsabilidade pessoal dos indivíduos desenvolverem suas potencialidades, refletindo-se assim o binômio igualdade-liberdade. A dignidade exige o respeito pela comunidade a que pertence e pelas convicções e práticas que compartilha. Explica Barbosa e Costa (2016, p. 308):

[...] a dignidade possui duas vozes conectadas: uma voz passiva e uma voz ativa. A voz ativa é a dignidade que nós exigimos que os outros tenham para conosco, pressupondo-se também que ‘(...) as pessoas se importam e devem importar-se com sua própria dignidade’. Por outro lado, a voz passiva é a dignidade que os outros requerem que tenhamos com eles. Logo, a concepção de dignidade dworkiniana exige que o outro seja tratado com dignidade, na mesma medida em que eu também exijo ser tratado.

Neste sentido, um indivíduo não poderá ser levado a uma posição de desvantagem para garantir um ganho ou benefícios aos demais, afinal, não deve ser destinado um tratamento que objete a relevância e o valor intrínseco da própria vida. Isso tem implicações, aliás, nas possibilidades de exercício de cada direito. Por isso, a liberdade de religião não pode se limitar a figura de um deus ou a crenças relacionadas a ele, mas amparar até mesmo as concepções ateístas. Dworkin propõe o reconhecimento de um direito a “independência ética”, isto é, que os cidadãos tenham liberdade de exercitar seus valores mais profundos, suas convicções de vida, sejam elas relacionadas ou não a um deus. Em contraposição, o Estado não deve imiscuir-se em tais escolhas.

O direito à independência ética protege as convicções religiosas de uma forma mais sutil, mas ao mesmo tempo mais eficaz, pois considera ilegal qualquer coação, mesmo a que aparente neutralidade. O limite para a independência ética, porém, é justamente o estabelecido pela concepção de igualdade de Dworkin, fundada na distribuição equitativa de recursos, no tratamento das pessoas como iguais e, por fim, na igualdade de tratamento (KOZICKI, 2013, p. 335).

A liberdade de religião se aproxima da liberdade de consciência, no entanto, com implicações mais amplas, pois não se tutela tão somente a abertura deliberativa na escolha de valores e ideologias a serem seguidas, mas reconhece que algumas convicções ocupam um espaço mais profundo e com consequências práticas na vida dos indivíduos, inclusive, constituindo obrigações perante a vida em sociedade. Portanto, não é apenas uma liberdade de pensamento, consciência e de escolha nas posições preferenciais, mas um cuidado especial,

decorrente da própria igualdade, com os preceitos éticos mais fundamentais que dão sentido à vida de cada sujeito, ainda que sem relação a um deus. Para Katya Kozicki (2013, p. 335), a solução trazida por Dworkin com um direito à independência ética, mais amplo que a simples tutela à liberdade religiosa, é apenas uma aplicação de sua leitura da ideia de igualdade, englobando “oferecer recursos iguais para todas as formas de culto; tratar as religiões de forma igual, considerando suas desigualdades (e assim permitindo as práticas de cada convicção), mas também submetendo-as a igual tratamento (de modo que as restrições gerais se apliquem para todos)”. Revela-se uma postura mais aberta ao diferente e o reconhecimento da importância de respeito às suas convicções.

4.3.3 Religião e política: função pública e o confronto abrupto em meio à tolerância

Na visão dworkiana, embora a religiosidade na América não seja uma novidade e, em regra, não se adote uma religião oficial em suas diversas democracias, tem-se observado um processo crescente de assimilação de uma agenda política pelas diferentes instituições confessionais. O ensino de teorias alternativas ao evolucionismo, a admissão ou não das práticas de aborto e o casamento de pessoas do mesmo sexo foram algumas das temáticas mais importantes ao envolvimento de religiosos na vida pública e política. Uma conclusão é inegável e parece comum quando se trata de garantir liberdade de crença e religião: o governo deve assumir uma postura de tolerância com todas as religiões de natureza pacífica, bem como as pessoas que não compartilham nenhum preceito de fé. A tolerância passa a ser um marco comum deste entendimento, contudo, estaria alicerçada em um Estado religioso comprometido com a pluralidade de valores e apto a tolerar e incluir os descrentes ou em um Estado secular que é tolerante com as religiões? Tratam-se de dois modelos, ou melhor, dois tipos de ideais que servem para a análise das diversas questões atreladas às expectativas de deliberação pública e que conduzem a respostas diametralmente distintas.

O primeiro modelo, aquele de visão religiosa tolerante, não institui ou indica uma religião oficial entre as diversas que os cidadãos podem vir a adotar, mas reconhecer aberta e expressamente seu apoio à religião como uma política oficial do Estado. Isto se dá ao assumir que as religiões possuem uma função relevante para a melhoria dos sujeitos e das sociedades, aceitando a tutela da liberdade do dissidentes e não-crentes como a motivação para limitar seu “apoio retórico e financeiro” às ordens confessionais. Em outros termos: “Não proibirá nem penalizará a prática de qualquer fé ou a prática de nenhuma. Mas não se esquivará de declarar,

como uma convicção pública oficial da nação, que os incrédulos estão profundamente enganados” (DWORKIN, 2008, p. 58)

O modelo secular tolerando, por outro lado, é flexível e indulgente com as doutrinas de fé, uma vez que não torna ilegal as práticas, de natureza pacífica, adotadas por religiões fundamentalistas. Além disto, não demonstra maior comprometimento a qualquer posição, seja ela ateuísta ou religiosa, pois assimila um viés neutro amplo, inclusive, se existe apenas um ou mais deuses, se uma religião é melhor que a outra e se realmente uma poderia ser considerada melhor. Ao mesmo tempo, não permitiria qualquer referência, em suas declarações e cerimônias oficiais, sejam elas uma alusão religiosa ou antirreligiosa, ainda que a simples instalação de um símbolo em ambiente de sua atividade, por exemplo, árvores de natal. Os programas de governo, ademais, estariam proibidos de funcionar como vantagem específica para determinada instituição religiosa. (DWORKIN, 2008, p. 59).

Para o esclarecimento desta diferenciação e dos impactos de um ou outro modelo, Dworkin examina o tratamento que seria dado à questão das orações nas escolas públicas. Na sociedade religiosa tolerante, a priori, não seriam criados obstáculos e nem se rejeitaria tal prática, entretanto, se revestiriam do caráter mais ecumênico possível, não sendo devido obrigar ou coagir as crianças a recitarem uma oração ou uma prece, afinal, elas também deveriam ter a possibilidade de rejeitar por completo qualquer religião. A proteção desta possibilidade de não endosso de qualquer perspectiva religiosa poderia ainda ser garantida pela admissão de outros comportamentos, por exemplo, consentindo que tais crianças ficassem sentadas ou em silêncio. Portanto, a possibilidade de realizar orações em escolas públicas nesta sociedade seria dependente das medidas práticas possíveis, das consequências de tais medidas e das alternativas de menores impactos, isto é, de uma conclusão empírica e psicológica da solução escolhida.

Na comunidade secular tolerante, a questão empírica não teria qualquer importância. A utilização de qualquer instituição estatal para a prática ou exercício religioso seria considerado um erro, afinal, o Estado deveria se precaver para não transmitir a mensagem de apoio ou desaprovação a qualquer crença. Complementa Dworkin (2013, p. 59-60):

Naturalmente, um estado secular tolerante permitiria ensinar sobre religião nas escolas públicas; nenhuma educação liberal seria satisfatória sem instrução nas doutrinas e diferenças entre as principais tradições religiosas, a história das divisões religiosas e as controvérsias contemporâneas sobre qual o papel que a religião deveria desempenhar na vida pública. Mas uma

sociedade secular tolerante não permitiria que suas instituições fossem usadas para praticar, como distinto do estudo, a religião⁷⁷.

Em outros termos, o problema não está em conhecer e estudar as crenças religiosas que existem, afinal, este também é objeto passível à investigação e ao conhecimento de todos, especialmente considerando o cenário plural da sociedade. A vedação estaria no seu exercício, ou melhor, na transmissão de mensagens de ratificação ou de combate a suas práticas e na sua vivência no ambiente secular estatal.

Trata-se de uma questão conflituosa e, mesmo em sociedades que expressem de maneira bem definida a proeminência de um dos tipos ideais anteriormente citados, por exemplo, a França com o viés secular tolerante, não há como garantir a prática “pura” de um único modelo. As decisões judiciais, assim como outras medidas tomadas pelas autoridades públicas na atualidade, refletem a imprecisão vivenciada entre estes dois tipos ideais. No caso brasileiro, a tolerância foi consagrada como fundamento constitucional de inúmeros direitos e, como já ressaltado anteriormente, se mantém implícito em diversas disposições, como o art. 3º, IV⁷⁸ da Constituição Federal de 1988. Contudo, a prática jurídica tem, obstinadamente, transitado entre tais modelos.

No julgamento de 29 de junho de 2017, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, foi admitida a repercussão geral no recurso extraordinário nº 859.376. A ação foi ajuizada, originalmente, em decorrência da representação de uma religiosa, pertencente à Congregação das Irmãs de Santa Marcelina, pois havia sido censurada de fazer uso seu traje típico de freira no momento da renovação da Carteira Nacional de Habilitação - CNH. No referido caso, o Tribunal Regional da 4ª Região havia proferido decisão, em ação civil pública, no sentido de limitar a aplicação de norma administrativa, prevista no Anexo IV da Resolução n. 192/2006 do CONTRAN, que vedava a utilização de acessórios e vestuários, como de óculos, bonés, gorros, chapéus ou quaisquer outros, que viessem a cobrir parte do rosto e da cabeça na fotografia do documento de habilitação e de identificação civil. A partir do direito fundamental à liberdade de crença e religião, o referido tribunal optou por excepcionar a norma imposta, autorizando a utilização do hábito religioso na fotografia de documentos oficiais. Primeiramente, corroborou-se o entendimento que uma garantia

⁷⁷ Of course, a tolerant secular state would permit teaching about religion in public schools; no liberal education would be satisfactory without instruction in the doctrines of and differences between the main religious traditions, the history of religious divisions, and contemporary controversies about what role religion should play in public life. But a tolerant secular society would not allow its institutions to be used for practicing, as distinct from studying, religion.

⁷⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

fundamental prevista em seio constitucional não poderia vir a ser atenuada por disposição infraconstitucional, “sob pena de manifesto enfraquecimento do sistema de proteção dos direitos fundamentais intergeracionais albergado pelas Constituições modernas” (BRASIL, 2016b, p. 4). Apreciou, também, em clara aplicação do juízo da proporcionalidade, os fins a que esta restrição se presta, isto é, assegurar a adequada identificação da fisionomia do candidato e condutor.

O Ministério Público, conforme relatório constante na decisão de repercussão geral, já havia se manifestado no sentido de que: “i) a utilização do hábito é parte integrante da identidade das Irmãs de Santa Marcelina, não correspondendo ao uso de um acessório estético; (ii) impor a uma freira a retirada do véu equivaleria a exigir que um indivíduo retire a barba ou o bigode, afrontando a capacidade de autodeterminação das pessoas; e (iii) o impedimento ao uso do traje mitiga o reconhecimento pelo Estado à liberdade de culto” (BRASIL, 2016b, p. 5).

A decisão que reconheceu a existência de repercussão geral é enfática: não se trata de examinar o constrangimento sofrido pela religiosa, mas se as diretrizes para a identificação civil podem impor obrigações que restrinjam o direito de crença e religião. Além disto, a mesma decisão traça aspectos imprescindíveis a futura discussão, por exemplo, a harmonização da ideia de dignidade da pessoa humana a partir do binômio “autonomia da vontade e o valor comunitário”. Como afirma Barroso, “decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras acepções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade” (BRASIL, 2016b, p. 5). É interessante que, por este sentido traçado, a liberdade de crença e religião não é promovida à condição de um direito *sui generis*, mas uma expressão da esfera decisória de um indivíduo sensivelmente atrelada a sua dignidade. Por questão lógica, o relator não deixa de enfatizar o fato de que a vida em comunidade funciona como baliza restritiva das liberdades individuais, uma vez que fixa responsabilidades e deveres deste sujeito com a própria comunidade. Essa leitura se aproxima da concepção de governo legítimo de Dworkin (2011), ou seja, aquele que preserve a esfera individual, para que os indivíduos façam da sua vida o que consideram de maior valor e, conseqüentemente, sejam responsáveis por suas escolhas, como também demonstre igual preocupação quanto ao destino dos cidadãos que se encontrem sob seu domínio, os denominados princípios da responsabilidade especial (*special responsibility*) e do igual cuidado (*equal concern*), respectivamente. Para Barroso, a dignidade estaria situada na conciliação entre heteronomia e autonomia. Além disto, complementa:

[...] a imposição coercitiva de valores sociais exige fundamentação racional consistente, em que se deve levar em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. No caso, a promoção dos valores coletivos da segurança pública e jurídica frente a liberdade religiosa pressupõe avaliar se há um interesse comunitário no cumprimento por religiosos das restrições para a foto na CNH. Mais do que isso, é necessário apurar se o descumprimento dessas restrições importa em risco ao direito de terceiros.

Além disto, o presente caso não poderia ser confundido com o vivenciado em 2010, pela sociedade francesa, quando o uso de apetrechos que escondessem o rosto foi proibido por meio de lei, afinal, deve ser examinado a partir do quadro social e cultural vigente. A decisão explícita do seguinte modo: “Os limites que podem ser razoavelmente impostos às liberdades individuais em nome da preservação do valor comunitário dependem do contexto de cada comunidade e, sobretudo, do exame concreto da repercussão política, social, jurídica e econômica da solução encontrada para aquela coletividade” (BRASIL, 2016b, p. 7). De certo modo, esta leitura se afasta do tipo ideal de sociedade secular tolerante, pois admite as restrições aos preceitos confessionais tão somente quando não se vê uma alternativa mais razoável.

Por sua vez, a decisão do recurso ordinário em mandado de segurança nº 37.070, julgado em 25 de fevereiro de 2014, pela primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, revela outro posicionamento diametralmente oposto e mais restritivo do exercício da liberdade de crença e religião. Na referida demanda, uma aluna de graduação do curso de serviço social impetrou mandado de segurança com o objetivo de que fosse autorizada a ausência das aulas de sextas-feiras, com realização de atividades acadêmicas alternativas, pelo fato de ser membra da religião adventista e sua crença dispor como período de guarda religiosa o interstício do pôr do sol das sextas até o pôr do sol dos sábados.

O tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no presente caso, entendeu pela improcedência do remédio constitucional, pois a garantia desta liberdade não poderia implicar em privilégios que contrariassem, inclusive, o regulamento da entidade, sendo que seu ingresso a tal instituição se deu voluntariamente. Além disto, considerou que o curso superior não era obrigação legal, logo, não haveria fixação em sede constituição de prestação alternativa. Além disto, conforme o relatório, entendeu que “a criação de privilégios para determinado grupo religioso pode caracterizar grave infringência ao princípio da isonomia, inadmissível no Estado laico, que deve manter posição de neutralidade perante as diversas liturgias” (BRASIL, 2014, p. 2). Essa leitura do tribunal de Justiça reflete uma concepção de sociedade secular tolerante.

O voto do ministro relator segue no mesmo sentido, como se o direito de liberdade de crença e religião fosse possível de ser exercido tão somente na esfera privada, com tal proibição de reflexos na esfera pública. No referido voto, foi afirmado que: “A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não se pode afirmar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confirma direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas” (BRASIL, 2014, p. 3). Logo, há uma forte adoção da leitura secular tolerante, pois não ignora a existência do direito de liberdade de crença ou religião, mas minimiza sua expressão para outras esferas que não sejam do âmbito privado e individual. No presente caso, somente foi possível o provimento do mandado de segurança pois a Lei Estadual nº 12.142/2005 impunha que as instituições de ensino tomassem providência para garantir alternativas aos alunos quando as aulas ou provas coincidissem com o período de intervalo religioso. Neste caso, a mitigação do caráter secular tolerante se deu por opção do próprio legislativo estadual.

Embora as duas concepções tenham a tolerância como elemento comum, não seria verossímil a imediata conclusão de concordância quanto ao propósito da liberdade religiosa. Os modelos poderiam se diferenciar, de modo substancial, quanto ao sentido desta liberdade, bem como em relação ao que estaria incluso, pressupostos e até mesmo quanto às bases deste direito. Uma sociedade religiosa tolerante poderia entender como um direito especial e que indica a singularidade da religião, como algo importante por si. Seria possível restringir a abrangência das práticas de adoração e pressupor que esta liberdade não dependeria de nenhum outro direito mais amplo. Por consequência, não estaria atrelada a um direito geral de autodeterminar a ética que faz maior sentido para si, autorizando a proibição de convicções gerais, ainda que de natureza profunda, por exemplo, de autodetermina-se e submeter-se ao aborto ou casar-se com pessoa de mesmo sexo⁷⁹. A sociedade secular tolerante, por sua vez, não entenderia a liberdade religiosa como um direito *sui generis* e nem a religiosidade como um fenômeno especial. Deveria respeitar tais convicções, sabendo que se trata de um compromisso para sua vida (DWORKIN, 2008, p. 60).

⁷⁹ Explica Dworkin (2008, p. 60, tradução livre): “De fato, uma sociedade religiosa tolerante pode proibir ou penalizar todas essas práticas em bases explicitamente religiosas: pode condenar a homossexualidade contra a vontade de Deus, como é reconhecido em todas as principais tradições religiosas monoteístas, por exemplo. Essas proibições não violariam o livre exercício da religião, mesmo que elas fossem justificadas dessa maneira religiosa, porque as práticas em questão não são, para uma sociedade religiosa tolerante, em qualquer sentido, práticas religiosas.”

[...] sabe que outros membros atribuem importância comparável a outras escolhas sobre como viver - sobre sexualidade ou procriação, por exemplo - que refletem suas próprias convicções diferentes sobre quais vidas seriam boas para elas. Assim, qualquer direito à liberdade de escolha que desse proteção especial a pessoas religiosas ou práticas religiosas seria considerado, em tal sociedade, como discriminação a seu favor, porque deixaria outras pessoas abertas a restrições à sua liberdade no exercício de escolhas que, para elas, refletem valores do mesmo caráter e função éticos que os valores religiosos das pessoas religiosas. (DWORKIN, 2008, p. 61, tradução livre)

Por isso, a justificativa a este direito deveria expressar uma concepção mais generosa e complacente com a esfera dos valores dos indivíduos, como se a liberdade de religião fosse uma espécie de um direito mais amplo: a liberdade ética.

Para Dworkin, da fundação até mesmo depois da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos tinham suas bases no modelo religioso tolerante, embora alguns juízes da Suprema Corte Norte-americana, especialmente pelo fato de terem acessado tais cargos sem depender de eleições, manifestaram uma tentativa de transformar os Estados Unidos em um estado secular tolerante, por exemplo, com a decisão proferida em 1962 proibindo a realização de orações nas escolas públicas. Em suma, os Estados Unidos, na análise dworkiana, continua a ser um estado religioso tolerante e com diversas expressões deste posicionamento. Como afirma o pensador:

Nossa moeda declara nossa confiança coletiva em Deus, nossas grandes instituições de governo iniciam seus procedimentos com uma oração, e poucos comentaristas esperariam que a Suprema Corte declarasse inconstitucional a referência de promessa de lealdade a Deus se alguma vez fosse necessário decidir essa questão.⁸⁰ (DWORKIN, 2008, p. 63).

Com o Estado brasileiro não é diferente. Observa-se um robustecer dos movimentos confessionais e as instituições reproduzem as conformações sociais. Percebe-se um predomínio da comunidade religiosa tolerante, permeada por manifestações seculares tolerantes e religiosas intolerantes.

4.3.4 A doutrina da razão pública e a negação da proposta liberal rawlsiana

⁸⁰ Our currency declares our collective trust in God, our great institutions of government begin their proceedings with a prayer, and few commentators would expect the Supreme Court to declare the pledge of allegiance's reference to God unconstitutional if it is ever required to decide that issue

A questão do substrato argumentativo a ser utilizado no processo decisório na esfera pública sempre preocupou os pensadores da filosofia política e do direito, em especial, pela constante influência de concepções éticas, por exemplo, de ordem confessional, nos processos deliberativos políticos e jurídicos. Em *Rawls and Law*, Dworkin recorda a doutrina rawlsiana do uso público da razão como alternativa criada para justificar as decisões das autoridades públicas, inclusive, dos juízes na tutela jurisdicional. Por meio desta, seria possível identificar limites ao raciocínio jurídico, afinal:

A doutrina de Rawls da razão pública dedica-se justamente a definir os tipos de argumentos que são permissíveis às autoridades públicas em uma comunidade politicamente liberal, e ele insiste que a doutrina se aplica com um rigor especial aos juízes. (DWORKIN, 2010, p. 356)

Embora a contribuição rawlsiana seja notável, para Dworkin, a doutrina da razão pública estaria sujeita a algumas objeções atinentes a ideia de reciprocidade e as dificuldades de distinguir valores políticos e cosmovisões abrangentes, impedindo a apropriada concepção de legalidade. De acordo com ele, a reciprocidade, aparentemente, encobre uma concepção de sujeito solipsista e desconectado da estrutura política e social, de cunho democrático, inerente a própria teoria rawlsiana. Por esta ideia, seriam as “justificações que todos os membros sensatos da comunidade política podem aceitar de modo plausível” (DWORKIN, 2010, p. 356), entretanto, ao que tudo indica, nada seria excluído por este conceito. Como explica Dworkin (2010, p. 357):

Se acredito que determinada posição moral controversa é **inequivocamente certa** – por exemplo, que os indivíduos devem cuidar de suas próprias vidas e assumir a responsabilidade financeira por quaisquer erros que venham a cometer -, como posso, então, não acreditar que outros membros de minha comunidade podem aceitar a mesma concepção de maneira sensata, seja ou não provável que eles venham a aceitá-la? (DWORKIN, 2010, p. 357, grifo meu).

Para ele, talvez a reciprocidade rawlsiana implicaria que “os juízes não devem recorrer a ideias que alguns cidadãos sensatos não pudessem aceitar sem abrir mão de algumas de suas convicções” (DWORKIN, 2010, p. 257). Contudo, mesmo assim, não haveria a apropriada identificação de quais convicções seriam estas.

O grande problema está no fato de que a ideia de uso público da razão e de reciprocidade não são dependentes de verdades inteiras ou da “inequívoca certeza” que os indivíduos possam ter. Se fosse assim, as razões tidas como públicas em nada se diferenciariam das cosmovisões, sejam elas religiosas ou não. Porém, esta exigência é mais

rigorosa do que aparenta ser, com a imposição de uma abordagem cooperativa e de alteridade, afinal, o sujeito deve estar aberto a compreender as distintas respostas trazidas pelas demais cosmovisões, assumidas por indivíduos que gozam do mesmo status de cidadania, e exigem, por consequência, uma leitura que se situe entre a imparcialidade altruísta e o desejo de alcançar-se benefícios mútuos (RAWLS, 2000, p.59).

Ou seja, a natureza recíproca não se cinge ao autoconvencimento, mas impõe incremento argumentativo voltado aos concidadãos, sendo insuficiente o mero caráter secular. Caso contrário, seria confirmada uma leitura que ignora o balizamento pelo equilíbrio reflexivo rawlsiano e as expectativas de responsabilidade moral dworkianas. Pelo equilíbrio reflexivo se busca ajustar uma concepção de justiça, às convicções gerais, aos princípios fundamentais e aos juízos particulares. Em uma leitura mais próxima a teoria jurídica contemporânea, ela seria considerada a coerência à ordem constitucional, com uma concepção política de justiça estruturada a partir das bases do equilíbrio reflexivo amplo e pleno, sistemática em que os juízos particulares, ou melhor, as ‘certezas inequívocas’, seriam modificadas e adaptadas em prol do atendimento a outras concepções de justiça, por exemplo, da autodeterminação identitária das minorias religiosas, alcançando uma justificação pública que seja, simultaneamente, razoável e não puramente racional

O segundo obstáculo à doutrina do uso público da razão seria a imprecisão na diferenciação entre valores políticos e convicções morais abrangentes. Segundo Dworkin (2010, p. 357), “a própria concepção de justiça como equidade de Rawls depende criticamente do que parecem ser posições morais controversas”. Para tanto, ele faz remissão a questão do aborto: a leitura rawlsiana seria dependente de saber se o feto, ainda em fase inicial de sua concepção, teria direitos próprios e, por consequência, atrelados a visões morais, religiosas ou filosóficas abrangentes, fato que não seria fixado por um valor político em uma sociedade liberal. Assim, afirmar que o feto teria ou não direitos seria, de igual maneira, dependente de uma cosmovisão e não propriamente um valor político a ser identificado (DWORKIN, 2010, p. 358).

Na obra *Liberalismo Político*, Rawls resgata essa questão em uma nota de rodapé, inclusive, evidenciando que não se trata tão somente de identificar os interesses do feto ainda nas fases iniciais de sua concepção. Para o pensador, alguns valores políticos se revelam importantes, como “o devido respeito pela vida humana, a reprodução ordenada da sociedade política ao longo do tempo, incluindo algum tipo de família e, finalmente, a igualdade das mulheres enquanto cidadãs iguais” (RAWLS, 2000a, p. 294). Em texto posterior, que foi denominado de *A ideia de Razão Pública Revista*, Rawls admite que talvez teria se

equivocado em considerar como irrazoáveis as concepções contrárias ao aborto e, embora ainda seja favorável à prática do aborto, acredita que seria possível a exposição de valores políticos opostos ao aborto e resultantes de doutrinas religiosas.

É provável que as dificuldades dworkianas de compreensão estejam no fato de que a razão pública não impõe a renúncia às cosmovisões e aos posicionamentos decorrentes de doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas, morais ou filosóficas; isto é, não se exige que a justificativa parta de um marco zero. Ao contrário, autoriza que tais convicções, desde que razoáveis, sejam apresentadas, uma vez que permitem a aproximação da razão pública aos fundamentos que servem de raízes aos valores políticos, fortalecendo e estimulando sua prática. (RAWLS, 2000, p. 299). Vale lembrar que o uso público da razão pretende atender a estrutura básica da sociedade e seja desatrelada de qualquer grupo específico. Além disto, ela deve ser independente do assentimento de qualquer cosmovisão e se limita a constituição de uma cultura política pública, ou seja, sem pretensões de abafar as cosmovisões existentes na cultura de fundo (RAWLS, 2004, p. 189).

Para Dworkin, a teoria rawlsiana, em sua generalidade, já adota uma abordagem que seria suficiente ao tratamento das questões de justiça, afinal, “se admitirmos uma concepção interpretacionista, não precisaremos de uma doutrina à parte, como aquela da razão pública” (DWORKIN, 2010, p. 359).

As objeções não se encerram nestas primeiras considerações. Dworkin acredita que o modelo secular não seria o historicamente afirmado. Contudo, o debate baseado em princípios pelos pensadores contemporâneos, como Rawls, exclui por completo os apelos confessionais, ainda que ecumênicos, com um modelo secular tolerante. Este seria um dos obstáculos ao sucesso dos liberais, pois não há possibilidade de se pedir para que os religiosos ignorem suas convicções de fé ao ocuparem funções civis e, assim, seu papel de cidadão. Afinal, “Esse papel exige sinceridade e autenticidade, o que é impossível para essas pessoas, a menos que elas tenham muito em mente sua religião” (DWORKIN, 2008, p. 65). Não se deve isolar a convicção política das mais profundas proposições morais, éticas e religiosas, pelo contrário, deve-se atingir um debate genuíno das profundas convicções no contexto da sociedade civil. Além disto, os “liberais devem tentar mostrar aos conservadores religiosos que a sua ambição de fundir a religião e a política da maneira que eles agora propõem é um erro porque contradiz princípios muito básicos que também fazem parte de sua fé” (DWORKIN, 2008, p. 65). Ao mesmo tempo, os conservadores também irão mostrar o equívoco desta conclusão pelos liberais. A ideia de responsabilidade pessoal por suas próprias convicções éticas, trazida por Dworkin como o segundo princípio da dignidade humana, não pretende criar obstáculos a

influência da tradição familiar ou mesmo da cultura na escolha das pessoas no que tange à religião, mas impede que as pessoas pretendam impor respostas definitivas ao processo deliberativo de fé de todos. Como explica Dworkin (2008, p. 66): “Os americanos religiosos e seculares reconheceriam que a responsabilidade de rejeitar a subordinação; a fé para eles deve ser uma questão de convicção de dentro, não de compulsão de fora”. Em todas as hipóteses, uma liberdade religiosa ampla, capaz de amparar as mais profundas convicções, inclusive ateístas, não é a expressão de uma política prudente, mas uma questão de princípio em meio a ordem democrática.

5 O DESPERTAR DO SONO UTÓPICO REALISTA: A NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO POLÍTICO AO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES, A DINÂMICA DO PODER E AS DEMANDAS DE RECONHECIMENTO

As reflexões trazidas por Rawls, Habermas e Dworkin estimulam a repensar as instituições políticas e jurídicas, os ensinamentos consolidados pela doutrina e a conformação do próprio direito para a concretização de uma ordem mais inclusiva. Embora os autores tenham críticas recíprocas, são evidentes inúmeros pontos de convergência de seus pensamentos, com a clara influência liberal e a centralidade no valor inerente ao ser humano, a ponto de caracterizar uma verdadeira briga entre membros de uma mesma família.

Contudo, seria insatisfatório encerrar a análise das alternativas teóricas ao exercício da liberdade de consciência e religião no contexto plural da sociedade hodierna se não ponderassem as objeções e os paradigmas trazidos por outros interlocutores quanto aos aspectos pontuais que possuem substancial importância à definição de uma teoria mais conectada e coerente com a realidade social. Por este motivo, o presente capítulo passa a confrontar as investigações a novas variáveis: primeiramente, a partir do pluralismo agonístico de Chantal Mouffe, examina-se a natureza adversarial e conflituosa da política e a constituição das identidades coletivas; em um segundo momento, a partir de ideias de reconhecimento e identidade individual, proporcionadas, especialmente, pelas reflexões de Charles Taylor e Axel Honneth, analisa-se os déficits das teorias liberais e a indispensabilidade de uma releitura que considere o elemento intersubjetivo para o desenvolvimento social sadio do indivíduo, particularmente, pela esfera jurídica.

Vale lembrar que o recurso a novos paradigmas e dispositivos para explicar as relações sociais e suas implicações na efetivação de direitos não significa que os apontamentos de autores como John Rawls e Jürgen Habermas foram superados ou devam ser abandonados. Indicam, tão somente, a inexorável necessidade de estabelecer respostas complementares, de cunho crítico e realista, diante das dinâmicas sociais marginalizantes, que se reproduzem diariamente, e exigem impulsos à transformação.

Na parte final do presente capítulo, examina-se uma alternativa ao tratamento institucionalizado das liberdades de consciência e religião: o redimensionamento do uso público da razão e seu estabelecimento na qualidade de postulado normativo aplicativo, para a solução das controvérsias jurídicas fundamentais e o emprego do cuidado apropriado à salvaguarda da diversidade.

5.1 A PARTICIPAÇÃO NA ESFERA POLÍTICA DEMOCRÁTICA: AS RELAÇÕES SOCIAIS EM MEIO AO CONFLITO PERMANENTE E A CONFORMAÇÃO DA IDENTIDADE POLÍTICA COLETIVA SEGUNDO O PLURALISMO AGONÍSTICO DE CHANTAL MOUFFE

A primeira questão que surge e exige um melhor tratamento relaciona-se ao caráter cooperativo e racional da democracia. Este aspecto parece permear todas as alternativas de pensamento em menor ou maior grau. As construções filosóficas de Rawls e Habermas aduzem um cenário democrático racionalizado, onde os cidadãos agem conscientes deste dever cívico e motivados pelos decorrentes desta relação política de recíproca colaboração. Os ensinamentos majoritários da doutrina jurídica brasileira, conforme autores resgatados no primeiro e segundo capítulo desta investigação, apropriam-se do mesmo caráter ao sustentar a possibilidade de um tratamento estatal neutro e de não-interferência no horizonte confessional concatenado a uma postura cidadão independente da globalidade coletiva. De certo modo, o indivíduo é visto como um sujeito racional, plenamente realizado em sua esfera individual ou das instituições as quais integra, que goza de outras vantagens da relação cooperativa social.

Contudo, a teoria mouffiana de democracia radical apresenta-se, em grande proporção, em contraposição à ideia consensual de democracia, das leituras liberais, e às perspectivas promissoras do cenário globalizado. Para aquela abordagem, a sociabilidade humana fundada na empatia, na reciprocidade, na relação transparente e na compreensão mútua, indica uma recusa desacertada e persistente em perceber o antagonismo enquanto aspecto inerente à constituição de “o político”. O papel dos teóricos, como entende Mouffe (2015), não é arquitetar instituições que apaziguem, a partir de um suposto substrato de neutralidade, os mais diversos valores e objetivos divergentes, mas a estruturação de uma esfera pública intensa, de caráter agonístico, na qual as variadas concepções políticas, com anseios hegemônicos, possam vir a se enfrentar.

O pensamento da referida autora serve, justamente, como alerta teórico: é imprescindível que as relações políticas e os institutos jurídicos estejam atentos à dinâmica da realidade, marcada pelo ordem multicultural, conflituosa e pela constante tentativa das cosmovisões adquirirem maior influência ou proeminência no cenário coletivo. No entanto, Mouffe constrói uma leitura diametralmente oposta ao que foi, em razoável proporção, apresentado até o momento e que, em último grau, também parcial da realidade, afinal, enquanto tipo ideal, ignora outros fatores como: os diferentes graus de exigência de cooperação na esfera pública informal e formal (institucionalizada), como será esclarecido mais adiante.

Para Mouffe (2015), o conflito é uma dimensão da vida social que não pode ser eliminada ou extinta e, por consequência, deve ser considerada nos projetos políticos democráticos⁸¹. Por isso, uma primeira distinção surgiu como pressuposto às futuras críticas da teórica: a diferenciação entre a política e “o político”. A política é o campo empírico das investigações da ciência política, ou seja, está atrelada ao plano ôntico, do ser e das práticas da chamada política convencional. Nas estritas palavras da autora, é “o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político” (MOUFFE, 2015, p. 8). O político, por sua vez, é o campo de perquirição da teoria política e de seus pensadores, pois indica o plano ontológico e os preceitos de estruturação da sociedade, seja visto, por alguns, enquanto espaço do exercício das liberdades e dos debates públicos ou, por outros, a zona de exercício do poder, da dinâmica adversarial e do confronto. O *déficit* na compreensão do plano ontológico e do conflito como parte fundante das relações sociais, para Mouffe (2015), é justamente o obstáculo à reflexão quanto à forma política e às práticas necessárias para se garantir um futuro à democracia.

A leitura liberal⁸², que goza de proeminência no pensamento político contemporâneo, consome essa insuficiência e, embora se manifeste em uma diversidade de vertentes e discursos, acaba por adotar um viés racionalista e individualista que obstaculiza a conformação de identidades coletivas ainda que em contextos ditos democráticos. Reconhecer a pluralidade de cosmovisões não é o problema, mas sim a negação da face antagonística da vida em sociedade a partir da crença do convívio não conflitante. Mouffe (2015) faz recurso, mesmo que com certas reservas⁸³, a algumas considerações de Carl Schmitt, por exemplo, quanto à necessidade do individualismo, latente também no pensamento liberal, de rejeitar o político, tonificar o indivíduo como ponto de referência e, conseqüentemente, não entender a

⁸¹ Nos exatos termos da autora: “[...] não basta que a teoria liberal reconheça a existência de uma multiplicidade de valores e que exalte a tolerância. A política democrática não pode se limitar a estabelecer uma solução conciliatória entre os interesses ou valores ou a deliberar acerca do bem comum; ela precisa apoiar-se concretamente nos desejos e nas fantasias do povo. Para ser capaz de mobilizar paixões que se voltem para projetos democráticos, a política democrática precisa possuir um caráter partidário”. (MOUFFE, 2015, p. 6)

⁸² Nas palavras da autora: “A típica interpretação liberal do pluralismo é que vivemos num mundo em que existe, de fato, um grande número de pontos de vistas e de valores, e que, devido às limitações empíricas, eles nunca poderão ser adotados em conjunto, mas que, ao serem reunidos, constituem um conjunto harmonioso e não conflitante” (MOUFFE, 2015, p. 9).

⁸³ Mouffe discorda das construções mais radicais de Schmitt, por exemplo, da impossibilidade de uma ordem plural no contexto político de uma comunidade democrática. Como ressalta a autora: “A democracia, tal como ele a entendia, requer a existência de um *demos* homogêneo, o que exclui qualquer possibilidade de pluralismo. É por essa razão que ele via uma contradição insuperável entre o pluralismo liberal e a democracia. Para ele, o único pluralismo possível e legítimo é o pluralismo de nações. Sugiro, então, que pensemos ‘com Schmitt contra Schmitt’, usando sua crítica do individualismo liberal para propor uma nova compreensão da política democrática liberal em vez de acompanhar Schmitt quando ele a rejeita” (MOUFFE, 2015, p 13).

natureza das identidades coletivas. Além disto, na linha schmittiana, todo consenso está fundado em atos de exclusão e, portanto, é impossível um consenso integralmente inclusivo, mesmo assentado em pilares racionais.

Para Mouffe (2015, p. 12-13), ao menos dois seriam os paradigmas adotados pelo liberalismo na atualidade:

(i) primeiro, de ordem agregativa: com base na lógica de mercado aplicado ao âmbito da política, onde os indivíduos são vistos como sujeitos racionais e atuantes nesta esfera de modo operacional para a maximização de seus interesses. Por esta configuração, a política institui um compromisso ou um pacto entre as diversas forças sociais que, embora sejam oponentes e divergentes, estabelecem uma vida social em comum.

(ii) de caráter deliberativo: a racionalidade instrumental e a ação movida pelos fins são substituídas por uma racionalidade comunicativa de maneira a permitir uma leitura da política pelo viés ético e da moralidade, no caso, pelo consenso moral decorrente do diálogo livre e das trocas comunicativas recíprocas.

Estes dois paradigmas amoldam-se às reflexões trazidas por Rawls e Habermas, seja pela confiança depositada na possibilidade de um convívio social harmônico em meio as abruptas diferenças, como também na atuação dos cidadãos segundo o mútuo reconhecimento e embasada num dever cívico de igual consideração e respeito.

Os mesmos padrões também estão infiltrados na tradicional doutrina jurídica, ao considerar a possibilidade de um Estado absolutamente neutro e totalmente equidistante das diversas concepções de vida boa, sejam elas religiosas ou seculares. Em outros termos, há uma tendência globalizante de ignorar o conflito enquanto elemento permanente e insuperável pela ordem política ou jurídica.

O problema agrava-se, entretanto, quando se considera as dificuldades de explicar, legitimamente, a constituição e a singularização das identidades políticas. Em Rawls, como será analisado ainda neste capítulo, a identidade é trabalhada a partir de um prisma individual e desconectado das relações de pertencimento. Sua concepção política de pessoa permite a caracterização de uma identidade privada e uma institucional, contudo, alienada das realidades sociais e das expectativas de transformação a serem apaziguadas pelas decisões estatais (com o uso da política ou do próprio direito).

Talvez seja este o ponto mais delicado a se pensar: realmente, o conflito é uma fração da realidade social ignorada por muitos teóricos, intensificada pela excessiva focalização num racionalismo individual. Em contrapartida, é imprescindível estar ciente que

a centralização da análise somente na identidade coletiva e no caráter conflituoso da sociedade reflete uma abordagem unilateral e também caricatural da realidade.

5.1.1 O CONFRONTO DE MOUFFE À LEITURA RAWLSIANA

Os pensamentos de Rawls e Habermas refletem, em diferentes medidas, uma utopia realista quanto à possibilidade inclusiva na ordem democrática contemporânea. Pode-se dizer utópica pois ampliam o âmbito de aplicação de elementos que são tradicionalmente vistos como limites à prática política e jurídica, como a participação cívica racional. Porém, é realisticamente utópica, na medida em que representam relações viáveis no plano do ser, embora conjuguem diferentes diretrizes a serem assimilados pelo processo deliberativo democrático e que são, inclusive, de difícil realização. Assim, como exposto até o momento, a problemática da ordem democrática plural e da aceitabilidade ou não do uso de concepções abrangentes de vida, por exemplo, de ordem religiosa, no âmbito público, revela-se como ponto cerne da definição de uma sólida unidade social. Para Chantal Mouffe (1999, p. 68), no resgate rawlsiano, tal unidade não pode estar fundamentada numa “concepção compartilhada do significado, do valor e dos fins da vida”, nem mesmo na mera convergência de interesses individuais ou de grupos dos quais pertencem, “pois essa base de justificação não seria suficientemente estável”.

Embora pareça correto que os princípios de justiça na sociedade moderna devam se constituir de modo independente e autônomo, isto é, desvinculados de concepções morais, religiosas ou mesmo filosóficas, e servirem de referência à determinação das concepções de bens particularizadas e admissíveis pela sociedade, Mouffe acredita que Rawls teria equivocado-se neste ponto. Pois a primazia do direito (ou da justiça) frente aos valores singulares das concepções éticas e de vida boa não pode ser anterior à existência do indivíduo em uma determinada sociedade, a um certo grau de desenvolvimento das instituições, das práticas jurídicas, das regras de igual respeito, de avanço cultural e de hábitos de deliberação comum. Como reforça a autora, “reconheceu-se que a existência de direitos e de uma concepção de justiça não pode ser anterior ou independente de formas específicas de associação política - o que, por definição, implica um conceito de bem -, resulta evidente que jamais pode-se dar uma prioridade absoluta do direito sobre o bem”⁸⁴ (MOUFFE, 1999, p. 71-

⁸⁴ No texto original: “se ha reconocido que la existencia de derechos y de una concepción de justicia no puede ser previa a, ni independiente de, formas específicas de asociación política - que por definición implican un concepto del bien -, resulta evidente que jamás puede darse una prioridad absoluta del derecho sobre el bien.”

72, tradução livre). Em outros termos, jamais as disposições normativas atreladas às pretensões de justiça poderão ser tratadas como uma dimensão prioritária e separada em comparação com as cosmovisões existentes no meio social.

Igualmente surreal é acreditar que as perspectivas e as pretensões mais abrangentes de vida válida, inclusive de natureza religiosa, possam ser afastadas totalmente da interação política diária. Afirmar a exclusão, por completo, de expressões da liberdade de crença e religião, a partir de suposto véu da secularização, é acreditar na existência apriorística de modelos morais desvincilhados da própria conformação social ou cultural de dada comunidade. Esta tese parece conservar, em grande medida, a ordem multiculturalista e o exercício de direitos individuais, contudo, ignora a inexorável relação do sujeito ao contexto social e cultural e ilude-se com a tentativa de rechaçar qualquer ideia potencial de bem. Apesar disto, “a prioridade do direito pela qual se advoga só pode se dar no contexto de uma associação política específica definida por uma ideia de bem comum”⁸⁵ (MOUFFE, 1999, p. 72, tradução livre).

Para a autora, a noção de político adotada na obra rawlsiana é insatisfatória, pois sua teoria da justiça serviu à regulação das buscas dos interesses próprios, tidos como prioritários, por intermédio de regras neutras e pactuadas. Assim sendo, está reduzida à “política de interesses”. Esta é justamente a crítica trazida ao modelo democrático dominante, de traços liberais, por gerar um espaço político restrito à esfera ética e econômica com base no individualismo e no racionalismo, ou melhor, “os atores políticos são vistos como indivíduos racionais direcionados somente para a obtenção de vantagens para si mesmos agindo, na melhor das hipóteses, dentro dos limites da moralidade” (MOUFFE, 2001, p. 18), o político enquanto campo desvincilhado das distintas predileções que competem entre si.

Além disto, Rawls teria utilizado o mesmo modo específico de raciocinar, característico do discurso moral, no âmbito da política e, por consequência, reduziu esta última a um processo de negociação entre os interesses de ordem privada, ainda que respeitados limites instituídos pela moral (MOUFFE, 1999, p. 76). Com isso, “conflitos, antagonismos, relações de poder, formas de subordinação e repressão simplesmente desaparecem e enfrentamos uma visão tipicamente liberal de uma pluralidade de interesses que se podem regular sem necessitar de uma instância superior de decisão política em que a

⁸⁵ No texto da original da autora: “[...] se equivoca em creer que ese proyecto exige el rechazo de cualquier idea posible de bien común, porque la prioridad del derecho por la que él aboga sólo puede darse en el contexto de una asociación política específica definida por una idea del bien común”.

questão da soberania é dirimida.”⁸⁶ (MOUFFE, 1999, p. 76, tradução livre). Logo, o papel desempenhado pelo conflito, pelo poder e pelo interesse são negligenciados.

Ademais, conquanto a moral e a política sejam relacionadas à ação humana, é tão somente a política a responsável pelas questões atinentes à ação pública. Esta última requer a pluralidade de visões, a interação entre elas e a reconciliação em uma única política pública, ainda que “temporal, parcial e provisional” (MOUFFE, 1999, p. 77). Por essa leitura, “o discurso político tenta criar formas específicas de unidade entre diferentes interesses relacionando-os a um projeto comum e estabelecendo uma fronteira que define as forças a serem opostas, o ‘inimigo’”⁸⁷ (MOUFFE, 1999, p. 77, tradução livre).

Pela política, o interesse público sempre será tema de debate, sendo impossível a definição de um acordo final irresistível. Logo, acreditar neste acordo último é imaginar uma sociedade sem política. Não se deve nem mesmo esperar pela eliminação do desacordo, mas a sua contenção de modo a respeitar as instituições democráticas (MOUFFE, 1999, p. 77).

Para Mouffe (1999), o processo deliberativo racional traçado na teoria rawlsiana na eleição dos princípios, em que o sujeito pondera seus interesses próprios com relação a todos, é supérfluo, enquanto a completa separação entre esfera pública e privada, sendo aquela fulcrada no reinado do consenso fundado no interesse próprio e essa no exercício da multiplicidade de concepções de bem, é uma utopia liberal perfeita.

O modelo democrático habermasiano, por sua vez, aduz uma perspectiva em que, quanto mais democrática, menor seria a participação constitutiva do poder das relações sociais, uma ilusão diante da infactível radicabilidade do poder. Seria impossível a total libertação do poder, sendo que a emancipação do indivíduo nunca será, realmente, completa. Por esta linha de pensamento, é essencial admitir a existência das relações de poder, inclusive, enquanto elemento constitutivo do modelo democrático a ser proposto e, conseqüentemente, transformá-lo de maneira que seja coadunável aos valores gestados. Como salienta a autora, “a sociedade democrática não mais pode ser concebida como uma sociedade que teria realizado o sonho da perfeita harmonia ou transparência. Seu caráter democrático só pode ser dado pelo fato de nenhum ator social, isoladamente, atribuir a si mesmo uma representação pelo todo” (MOUFFE, 2001, p. 19).

⁸⁶ Na versão publicada “[...] simplemente desaparecen conflictos, antagonismos, relaciones de poder, formas de subordinación y de represión y nos encontramos ante una visión típicamente liberal de una pluralidade de intereses que se pueden regular sin necesidad de una instancia superior de decisión política en que se evacue la cuestión de la soberanía”.

⁸⁷ No texto original: “El discurso político intenta crear formas específicas de unidad entre intereses distintos relacionándolos con un proyecto común y estableciendo una frontera que defina las fuerzas a las que hay que oponerse, el ‘enemigo’”.

As críticas de Mouffe não invalidam as construções teóricas de Rawls e Habermas, mas revelam fragilidades que não podem ser negligenciadas e com implicações diretas na forma de se pensar o direito. Em grande medida, demonstra o declínio do paradigma da racionalidade como único fio condutor a explicar o arranjo político, social e jurídico das relações na sociedade contemporânea, embora não possa ser descartado.

Em suma, qualquer resposta a ser tratada deve estar ciente da vulnerabilidade de cada teoria: (i) em relação às propostas liberais, preponderante na interpretação trazida pela doutrina majoritária contemporânea quanto aos direitos de liberdade, a centralidade nos paradigmas racional cooperativo e individualista não é suficiente a explicar a forma de máxima efetivação dos direitos no cenário democrático, embora não seja possível seu total e indiscriminado abandono; (ii) relativamente à proposta agonística de Mouffe, os *déficits* teóricos são inevitáveis como a qualquer exame unilateral, ao realçar a conflituosidade da realidade, a hegemonia temporal e a constituição da identidade coletiva a partir do confronto político de cosmovisões, sem atentar-se aos impactos do coletivo para a esfera individual.

5.1.2 Uma questão incidental: o equívoco da separação entre Igreja e Estado como pressuposto de neutralidade

Antes de buscar novos elementos para o aperfeiçoamento da análise e a consolidação de uma resposta atenta às distintas insuficiências até agora constatadas, é interessante sanar um equívoco indicado por Mouffe acerca do tradicional distanciamento entre o poder civil e religioso. Para a referida autora, a separação entre Igreja e Estado não pode servir de fundamento apto a justificar a neutralidade do Estado com todas as religiões. Talvez, o grande problema seja confundir o que isso realmente significa, pois a separação entre a Igreja e o Estado, entre a religião e a política e entre o público e o privado são externados como sinônimos, equivalentes ou dependentes, ao passo que a real divergência se assenta na separação entre religião e o exercício do poder pelo Estado (MOUFFE, 2006, p. 24). Em termos pormenorizados, “que o estado deve ter o monopólio da violência legítima e que as associações religiosas não devem ter qualquer controle sobre o poder coercitivo” (MOUFFE, 2006, p. 25). Trata-se de uma conclusão equivocada, que pretere as perspectivas contributivas das cosmovisões confessionais e as relega à esfera privada, se dá por balizar a política na figura do Estado e perceber o próprio Estado consubstanciado ao âmbito público.

A proposta do pluralismo agonístico é justamente conceber o exercício do poder estatal frente às demandas anti-hegemônicas:

Na medida em que atuem nos limites constitucionais, não há qualquer razão pela qual os grupos religiosos não deveriam poder intervir na arena política para pronunciarem-se em favor de ou contra certas causas. Certamente, muitas lutas democráticas têm sido informadas por motivos religiosos. E a luta pela justiça social tem com frequência sido fortalecida pela participação de grupos religiosos (MOUFFE, 2006, p. 25-26).

Logo, são os impactos desde modelo específico de pensamento: primeiro, corrobora o entendimento do qual as fronteiras de intervenção estão nos comandos constitucionais, por exemplo, pelos próprios direitos fundamentais, não havendo motivação razoável e hábil a usurpar dos grupos religiosos (ou outras doutrinas quaisquer) as possibilidades de influir no campo político; em segundo, as motivações confessionais instruem as lutas democráticas e reforçam a intervenção em prol da justiça social.

Embora seja possível o surgimento de consequências e efeitos indesejáveis deste modelo, o pluralismo agonístico reconhece um papel relevante, até mesmo fundamental, das paixões, emoções, crenças, valores e outras expressões hábeis às “identificações coletivas na ação política”. Idealizar um projeto em que a agregação pluralista se dê por grupos de interesses ou mesmo por decisões alicerçadas, tão simplesmente, na racionalidade e na moralidade, ignora instrumentos disponíveis à construção das identidades coletivas. Afinal, “ao tentarem impedir que todas aquelas motivações de terem um papel no domínio político, muitos teóricos democráticos acabam eliminando as próprias forças que movem as pessoas à participação política” (MOUFFE, 2006, p. 26).

Neste ponto Mouffe (2006) ataca diretamente o modelo de democracia delineado por Rawls e por Habermas, pois as visões religiosas não têm espaço quando o objetivo é o consenso racional na esfera pública, sendo relegadas ao privado. Admitir as leituras confessionais enquanto parâmetros legítimos de definição de formas de ação política não significa que tudo estaria aberto a demandas tendentes a abolir a ordem constitucional vigente. Em outros termos, há um espaço à participação no contexto de disputa do pluralismo agonístico, observados os limites de intervenção traçados pela própria constituição, sendo certo que tais limites tendem a variar com as diferentes sociedades. Conforme explica a autora: “É, portanto, um erro imaginar que exista uma única forma correta universal de conceber a democracia liberal. De que forma os princípios ético-políticos da democracia liberal são institucionalizados em condições específicas é algo que faz parte da luta agonísticas” (MOUFFE, 2006, p. 26).

Além disto, a leitura mouffiana opõe claramente a leitura de Luigi Ferrajoli apresentada no segundo capítulo da presente investigação. Para o referido autor, a separação entre direito e moral foi o suporte essencial ao estabelecimento de um arcabouço estatal neutro e, conseqüentemente, que viabilizasse a garantia da liberdade de crença e religião. Em outros termos, dissociar o direito da moral permitiu que o ordenamento jurídico, instituído e estruturado pelo Estado, fosse revestido de uma neutralidade capaz de garantir o livre exercício das diferentes crenças e religiões. Para Mouffe, essa neutralidade é impossível e falaciosa, afinal, a noção vigente nada mais é do que a concepção hegemônica imperando por determinado período histórico.

[...] toda ordem é política e se baseia em alguma forma de exclusão. Sempre existem outras possibilidades, que foram reprimidas e que podem ser reativadas. As práticas de articulação por meio das quais se estabelece uma determinada ordem e se determina o significado das instituições sociais são 'práticas hegemônicas'. Toda ordem hegemônica é passível de ser desafiada por práticas anti-hegemônicas, isto é, práticas que tentarão desarticular a ordem existente para instalar outra forma de hegemonia (MOUFFE, 2015, p. 17).

Em suma, quando se trata de política, não há posição ou alternativa neutra. Sempre um grupo ou concepção será excluído de alguma forma diante de uma concepção hegemônica que se instalará. Dworkin vem complementar: toda decisão tomada no campo do direito reflete também uma opção política. Logo, a adoção de um modelo caracteristicamente liberal não significa que houve uma concreta separação entre o direito e a moral e muito menos que este foi o fator decisivo à instituição de uma neutralidade com todas as cosmovisões. Isso significa tão somente, seguindo a característica liberal, que se garantiu maior espaço de decisão ao indivíduo quanto à sua esfera privada, embora o poder estatal intervenha continuamente.

5.2 IDENTIDADE E LUTA PELO RECONHECIMENTO: INTERLOCUÇÕES COM O PENSAMENTO DE TAYLOR E HONNETH E A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA INVISIBILIDADE POR MEIO DO DIREITO

O simples fato de exercer certo grau de liberdade não significa que o indivíduo é tratado responsabilmente pelo Estado e pela comunidade política existente a sua volta. Atentar-se para a dimensão do conflito e a impossibilidade de uma total neutralidade, enquanto fatores ao dimensionamento do coletivo e de sua expressão global, apontam

puramente a relevância da participação resistente do sujeito na alteração das estruturas simbólicas da sociedade e sua influência na definição das instituições e do próprio direito.

Não obstante, essa construção ainda não é satisfatória para a compreensão do exercício pleno e efetivo dos direitos de liberdade dos indivíduos na democracia hodierna. Relevam as deficiências da classificação típica em direitos negativos (de não intervenção) e direitos positivos (que exigem uma prestação). Aliás, a própria inerradicabilidade do poder (e do antagonismo) nas relações sociais e a constante dimensão conflituosa da interação em grupo introduzem, ainda que de forma primária, a importância do fator intersubjetivo no campo político e jurídico. Nesta análise, duas outras variáveis devem ser incluídas para o seu aprimoramento: a identidade e as expectativas de reconhecimento. Estes parâmetros revelam, como se observará mais adiante, um processo complexo, dinâmico e recíproco entre os indivíduos e os agrupamentos sociais.

A ideia de reconhecimento vem representar, justamente, a reivindicação de direitos a grupos, movimentos e perspectivas identitárias invisíveis, por intermédio das instituições existentes, especialmente, as atreladas à ordem democrática. O reconhecimento está centrado no âmbito simbólico, afinal, não basta o simples existir, mas espera-se que a singularidade identitária tenha alguma repercussão na vida e nas decisões da sociedade na qual está inserido. Como ensina Safatle (2017, s. p.), por isso, espera-se “um modo de determinação de existência que é, ao mesmo tempo, implicativo, reflexivo e conflitual, com níveis diversos de conflitualidade”.

John Rawls (2005, p. 30-31; 2000a, p. 62-63), por exemplo, formula uma concepção política de pessoa que é dotada de duas faculdades: a primeira é o senso de justiça, ou seja, a aptidão de identificar e entender a base comum pública, compartilhada e de conteúdo razoável, passível de endosso por todos os concidadãos; a segunda, é concepção de bem, sendo a capacidade de estabelecer, ajustar e empenhar-se para a concretização de um valor ou concepção de bem que considere tornar a vida humana algo valioso, especialmente, para si. Para ele, embora um indivíduo possa mudar de concepção de bem, exemplificativamente, quando se converte a outra religião ou mesmo torna-se ateu, não haverá qualquer alteração de sua identidade pública ou institucional, ou melhor, dos direitos (e deveres) no âmbito cívico. Logo, ela não se confunde com a identidade moral (ou não institucional), pois esta se relaciona com os compromissos mais profundos, políticos ou não, atrelados a valores que este mesmo indivíduo gostaria de ver consagrados nas instituições.

Essa separação faz-se relevante para explicar que a condição pública do cidadão permanece inalterada e totalmente independente da cosmovisão que venha a cultivar.

Contudo, Rawls negligencia quanto ao vínculo existente entre tais identidades. Afinal, a alteração da denominada identidade moral tem implicações motivacionais em sua vida pública. Por outro lado, a identidade institucional só revela uma indiferença do ordenamento jurídico e da prática política quanto ao que ocorre na vida privada dos seus cidadãos, sob a suposta faceta estatal neutra que garante a manutenção do status de cidadão. Contudo, o efetivo reconhecimento deste status é negado quando as convicções mais profundas (e as concepções de bem cultivadas pelos indivíduos) não possuem qualquer impacto na esfera da coletividade. Michael Pollak (1992, p. 5, *italico no original*) explica que a identidade é:

[..] o sentido da imagem de si, para si e para os outros. Isto é, a imagem que uma pessoa adquire ao longo da vida referente a ela própria, a imagem que ela constrói e apresenta aos outros e a si própria, para acreditar na sua própria representação, mas também para ser percebida da maneira como quer ser percebida pelos outros.

Por isso, não se trata de mera escolha, mas parte do próprio ser que a expressa. A identidade “designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos” (TAYLOR, 2000, p. 241). Para a continuidade desta investigação, embora de raízes e bases filosóficas distintas, dois interlocutores ganham destaque pelas particularidades de suas teorias: Charles Taylor e Axel Honneth.

Para Taylor, o reconhecimento, seja ele de forma positiva ou ausente, é responsável pelo delineamento da identidade. Até mesmo o reconhecimento errôneo ou equivocado pode abalar a conformação identitária, “[...] de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhe devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível” (TAYLOR, 2000, p. 241). A adoção de práticas e cenários de não-reconhecimento levam a uma compreensão equivocada de si pelos próprios sujeitos e pela comunidade que o cerca, aprisionando-os numa imagem “falsa, distorcida e redutora”.

Por exemplo, pode-se considerar a crescente luta feminista pelo reconhecimento, uma vez que as mulheres foram induzidas ao longo da história, a partir de concepções patriarcais, à assimilação de uma representação pejorativa de si. Explica Taylor (2000, p. 241): “elas internalizaram um quadro de sua própria inferioridade, razão por que, ainda quando alguns obstáculos objetivos a seu avanço caem por terra, elas podem ser incapazes de aproveitar as novas oportunidades”. O não-reconhecimento assegura a proliferação da opressão pela autodepreciação, por conseguinte, reproduz mecanismos de subordinação e

dominação.

A construção da identidade social é diretamente dependente do reconhecimento dos outros indivíduos. O confronto com o igual permite a assimilação de características comuns e a partilha de tal identidade. Contudo, deparar-se com o diferente é o instrumento mais robusto para sua formação, permitindo o aprendizado quanto a si e a existência do outro. Em razão disto, o não reconhecimento ou o reconhecimento errôneo leva à construção inadequada da imagem de si e com poucas potencialidades de reestruturação.

Para Taylor (2000, p. 242-243), duas foram as transformações que permitiram trazer as questões da identidade e do reconhecimento à centralidade da modernidade: o colapso da hierarquização social baseada na honra, pois a noção de dignidade surge como um preceito universal e de igual fruição por todos os seres humanos; e a noção de “identidade individualizada” que surgiu no final do século XVIII, enquanto uma descoberta de si e em si, associada a um ideal de autenticidade.

A constituição de uma identidade não pode se dar isolada ou separada dos outros, como produto monológico. Por isso, a faceta dialógica surge como uma tendência imprescindível nesta interação reconhecimento e definição do “eu”.

Essa característica crucial da vida humana é seu caráter fundamentalmente dialógico. Tornamo-nos agentes humanos plenos, capazes de nos compreender a nós mesmos e, por conseguinte, de definir nossa identidade, mediante a aquisição de ricas linguagens humanas de expressão. [...] desejo tomar a linguagem no sentido amplo, cobrindo não só as palavras que falamos mas também outros modos de expressão por meio dos quais nos definimos, incluindo as ‘linguagens’ da arte, do gesto, do amor, etc. [...] as pessoas não adquirem as linguagens de que precisam para se autodefinirem por si mesmas. Em vez disso, somos apresentados a essas linguagens por meio da interação com outras pessoas que têm importância para nós [...] (TAYLOR, 2000, p. 246).

Na medida em que a identidade não é fruto monológico, mas das relações dialógicas com outros indivíduos, a projeção de concepções caricaturais, distorcidas, inferiorizadas ou de feitiço desprezível sobre o outro indivíduo, promove a internalização de uma “verdade” distorcida e de opressão. Interessante que Taylor (2000, p. 249-250) ressalta que o discurso do reconhecimento em dois níveis: primeiro, a esfera íntima, onde o diálogo se dá com pessoas de importância para o sujeito, neste caso, denominados de “outros significativos”; segundo, a esfera pública, onde se enfatiza uma leitura universalista de igual dignidade e direitos e, conseqüentemente, de igual reconhecimento. Por isso, o exercício das liberdades deve ser ampliado de maneira a garantir o reconhecimento em meio à diversidade e à estruturação de

identidades fortalecidas pelo igual status de cidadão. A prática, unicamente, privatista da crença ou religião reforça um caminhar secularista e marginalizador das diferenças culturais e identitárias.

Influenciado pelo pensamento de Hegel, bem como por contribuições de Foucault, da psicologia social de George Herbert Mead e do psicanalista inglês Donald Woods Winnicott, entre outros, Axel Honneth lança as bases para uma teoria social que parta da categoria da luta do reconhecimento para compreender o potencial emancipatório do ser humano, enquanto sujeito autônomo⁸⁸, na sociedade contemporânea. O pensador alemão, na condição de herdeiro da tradição da Escola de Frankfurt⁸⁹, entende que a rejeição do reconhecimento intersubjetivo reflete uma injustiça social, uma violência na relação entre indivíduo consigo mesmo e com consequências na vivência coletiva.

Para ele, existiria uma dependência do sujeito relativamente às experiências de reconhecimento vividas na esfera social, afinal, é por meio da participação em agrupamentos sociais que se torna possível o desenvolvimento de sua identidade. O “eu” é resultado da autorrelação do indivíduo, no desenvolvimento do “núcleo interno da personalidade”, que se baseia na postura reafirmadora ou não dos partícipes das relações de grupo. Em outros termos, o sujeito define uma relação própria quanto a si a partir de uma correspondência com o olhar concebido pelos seus parceiros sociais (HONNETH, 2013, p. 62). Nas palavras de Honneth (2015a, p. 155): “[...] os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais”. Em suma, há um processo de introjeção dos comportamentos de cuidado ou afirmação manifestados pela interação com seus parceiros sociais.

[...] a formação do eu do sujeito se realiza através da gradual internalização de um comportamento social reativo, que tem o caráter do reconhecimento intersubjetivo. Na medida em que relaciona gradualmente a postura afirmativa, motivadora e reafirmadora de seus parceiros de interação, com sua própria realização de experiências ainda não sistematizadas, a criança pequena aprende a formar um núcleo interno de personalidade que, em certa medida, consiste em camadas de uma autorrelação positiva (HONNETH, 2013, p. 62)

Em Hegel, a família, a sociedade civil e o estado constituem três esferas de integração social. Influenciado por essa estrutura e pelos ensinamentos do jovem Hegel,

⁸⁸ Entende-se por autônomo a possibilidade de autogoverno do indivíduo, ou seja, a capacidade de utilizar seu próprio entendimento para a delimitação de sua atuação e instituir as normas que orientarão sua vida.

⁸⁹ Diferente de Habermas, que parte do paradigma comunicativo, Honneth desenvolve uma teoria que não faz recurso a sociedade dualista habermasiana dividida em mundo sistêmico e mundo da vida, ao contrário, desenvolve seu método de investigação concentrado no elemento do reconhecimento intersubjetivo.

Honneth (2015a) delinea três esferas específicas de reconhecimento: o amor, o direito e a solidariedade, cada uma delas resultaria numa forma ou sentimento próprio de amadurecimento moral e de efetivação da autorrelação individual, no caso, respectivamente, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima. Em cada esfera, há uma ampliação da autonomia subjetiva a partir do respeito mútuo vivenciado (HONNETH, 2015a, p. 155-159)

A esfera do amor não se restringe tão somente ao conceito de valorização romântica ou mesmo o sentimento cultivado em meio ao relacionamento sexualmente definido por indivíduos reciprocamente interessados. Em outros termos, não é limitado pela “ligação emotiva intersexual”, mas designa plenamente a dedicação emotiva dispendida para suprir as carências de um sujeito, por exemplo, no âmbito familiar entre pais e filhos ou mesmo nas interações de amizade. Nesta esfera, há uma internalização dos comportamentos de cuidado de parceiros de referência (como pais e mães) que permitem ao indivíduo dimensionar uma faceta de segurança quanto às próprias carências, sendo assim definida como autoconfiança, isto é, trata-se de uma relação assertiva do sujeito para consigo mesmo (HONNETH, 2015a). Por exemplo, o bebê inicialmente encontra-se num estado de total dependência com a mãe, sendo que esta direciona sua integral atenção para o atendimento das carências de seu bebê. Contudo, pouco a pouco ela deve retomar outras atividades e amplia-se, paulatinamente, a independência entre tais sujeitos⁹⁰. Com o tempo, a criança passa a diferenciar-se do ambiente e do sujeito de referência, por exemplo, a figura materna, até o ponto que passa a reconhecê-la como um sujeito de existência própria. Assim, desta vivência de amor recíproco que se consolida a primeira esfera de reconhecimento⁹¹ (HONNETH, 2013, p. 164).

Quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciente e duradouro da mãe, ela passa a estar em condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesmo. Honneth chama essa capacidade da criança de autoconfiança (*Selbstvertrauen*). De posse dessa capacidade, a criança está em condições de desenvolver de forma sadia a sua personalidade. (SOBOTTKA; SAAVEDRA, 2012, p. 135)

Este seria, como ressaltam Sobottka e Saavedra (2012), o alicerce das relações futuras entre os seres humanos e o núcleo essencial para o desenvolvimento da moralidade. Neste sentido, é justamente o desenvolvimento sadio nesta primeira esfera que permite a ampliação das relações e do número de parceiros nas vivências sociais. Pela autoconfiança, “a

⁹⁰ Isso se observa com o desenvolvimento da criança, por exemplo, quando ela deixa o abrigo do colo da mãe e passar a ganhar maior autonomia, definindo o que é próprio e o ambiente.

⁹¹ Nas palavras de Honneth (2015a, p. 173): “[...] só na medida em que ‘há um bom objeto na realidade psíquica do indivíduo’ ela [a criança] pode se entregar a seus impulsos internos, sem que o medo de ser abandonado, buscando entendê-los de um modo criativo e aberto à experiência”.

criança pequena, por se tornar segura do amor materno, alcança uma confiança em si mesma que lhe possibilita estar a sós despreocupadamente” (HONNETH, 2012, p. 174). É interessante que as vivências em grupo, ao longo de sua história, proporcionarão outras formas de concretização desta esfera de reconhecimento marcada pela “experiência protetora da dedicação duradoura e confiável”, por exemplo, nos vínculos de amizade e outras relações afetivas. Afinal, “o amor, uma vez experimentado, não é suficiente para sustentar a autoconfiança conquistada durante o transcurso de toda uma vida, via de regra os sujeitos dependem da repetição de experiências de reconhecimento análogas à simbiose⁹²” (HONNETH, 2013, p. 66).

A segunda esfera de reconhecimento é o direito. Diferentemente de outras épocas, em que o reconhecimento jurídico era dependente da posição ocupada pelo sujeito em determinada sociedade, ou seja, baseada no status e enquanto membro participante da vida social, na modernidade há uma mudança na estrutura dos sistemas jurídicos, que passam não mais a admitir privilégios, mas estão assentados na noção de que todo sujeito deve gozar de um status de dignidade. Há um processo de universalização das relações jurídicas e, por conseguinte, os direitos são adjudicados a novos círculos, anteriormente desfavorecidos ou mesmo excluídos. Além disto, o indivíduo das relações jurídicas, considerado como moralmente imputável, não passa a ter direitos restritos à tutela de não interferência, inerente às liberdades, mas se assegura também a possibilidade jurídica de participar e influenciar nas decisões em impacto coletivo. Na condição de cidadão e alicerçada na igualdade, o sujeito “assume ao mesmo tempo o significado de ser membro ‘com igual valor’ de uma coletividade política: independentemente das diferenças no grau de disposição econômica, cabem a todo membro da sociedade todos os direitos que facultam o exercício igual de seus interesses políticos” (HONNETH, 2015a, p. 190). Neste sentido, o reconhecimento jurídico permite que os indivíduos sejam respeitados, não somente pelo potencial de determinar-se segundo normas morais, mas também por ser merecedor de um nível mínimo de vida (a partir de condições concretas para tanto) para que possa assim agir (HONNETH, 2015a, p. 193).

É com o desenvolvimento sadio das relações na esfera do direito pelo qual o indivíduo se reconhece como sujeito de obrigações e de igual proteção jurídica. Assim, com as experiências inerentes à condição de cidadão, ou seja, titular de deveres e direitos, que ele

⁹² A relação simbiótica é justamente a desenvolvida na primeira esfera, por exemplo, do bebê em processo de dependência com a mãe e que passa, gradativamente, a obter relativa independência e constituir sua autoconfiança a partir da internalização da relação de reconhecimento proporcionado pela experiência sadia de amor.

interioriza elementos capazes ao desenvolvimento da suficiência denominada autorrespeito. Nas palavras de Honneth (2015a, p. 194-195):

Que o autorrespeito é para a relação jurídica o que a autoconfiança era para a relação amorosa é o que se sugere pela logicidade com que os direitos se deixam conceber como signos anonimizados de um respeito social, da mesma maneira que o amor pode ser concebido como a expressão afetiva de uma dedicação, ainda que mantida à distância: enquanto este cria em todo ser humano o fundamento psíquico para poder confiar nos próprios impulsos carenciais, aqueles fazem surgir nele a consciência de poder se respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros.

Em suma, a relação jurídica reconhece o igual *status* de imputabilidade moral⁹³ do ser humano, ou seja, afirma sua condição de cidadão capaz de agir conforme disposições normativas, inclusive morais, cumprir suas obrigações e ser tutelado pelo núcleo inerente de dignidade. Quando os parceiros relacionais expressam este respeito para com o indivíduo, titular de direitos, permite que este também interiorize sua condição de sujeito de direito, baseado no autorrespeito, e seja capaz de estimar o mesmo status dos concidadãos.

A terceira esfera é da solidariedade. As formas tradicionais de hierarquização e valorização social passam a ser substituídas, na modernidade, há uma focalização nas propriedades e capacidades concretas dos indivíduos. Nas palavras de Honneth (2015a, p. 200):

A autocompreensão cultural de uma sociedade predetermina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos; nesse sentido, essa forma de reconhecimento recíproco está ligada também à pressuposição de um contexto de vida social cujos membros constituem uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns. [...] Quanto mais as concepções de objetivos éticos se abrem a diversos valores e quanto mais a ordenação hierárquica cede a uma concorrência horizontal, tanto mais a estima social assumirá um traço individualizante e criará relações simétricas.

⁹³ Como pormenoriza Bechi (2015, p. 68-69): [...] com o advento da identidade individual, o sujeito não precisa estar inserido em uma determinada hierarquia social para ser reconhecido como pessoa de valor. No entanto, para que os sujeitos mantenham sua autorrelação prática positiva, o direito precisa estar à disposição de todos os participantes da comunidade. [...]

Portanto, para que isso seja possível, é necessário que os sujeitos estejam capacitados a agir autonomamente, ou seja, os seres humanos somente estarão aptos a se reconhecerem mutuamente, à medida que forem capazes de decidir racionalmente sobre questões morais. Assim, a imputabilidade (responsabilidade) moral permite aos membros da comunidade jurídica criar condições para que todos tenham seus direitos respeitados”.

Na seara da solidariedade⁹⁴, o indivíduo sente-se reconhecido na medida em que sua contribuição individual é tida como valiosa ou importante para a coletividade. Assim complementam Sobottka e Saavedra (2012, p. 137): “uma pessoa desenvolve a capacidade de sentir-se valorizada somente quando as suas capacidades individuais não são mais avaliadas de forma coletivista”. Por meio desta experiência, desenvolve-se uma autorrelação afirmadora denominada de autoestima, melhor dizendo, “a consciência de que as habilidades próprias são importantes aos olhos dos outros” (HONNETH, 2013, p. 67). Na explicação de Bechi (2015, p. 70): “No padrão pós-convencional, a estima social está ancorada na valorização das capacidades individuais de cada ser humano. Neste novo modelo de sociedade, o sujeito é reconhecido em sua individualidade”. Com a diversidade de valores e o aparecimento de novos e diferentes ambientes sociais, não há mais como se falar em padrões de avaliação que sejam válidos e aplicáveis uniformemente a toda a sociedade. É justamente a diversidade incomensurável de grupos sociais⁹⁵, estruturados ou informais, que permitem que os indivíduos vivenciem e retifiquem suas capacidades, habilidades e talentos reciprocamente (HONNETH, 2013, p. 67-68). É interessante que a efetivação estas três esferas consubstanciam a ideia de autorrealização do ser humano⁹⁶ em Honneth, ou seja, sua leitura emancipatório do sujeito moderno.

Simultaneamente a tais formas de afirmação identitária e de reconhecimento, Honneth (2015a) admite formas de desrespeito, quer dizer, experiências negativas do sujeito e que negam as condições necessárias ao seu reconhecimento e, de modo consequente, interferem na apropriada conformação da identidade individual. A esfera do amor é prejudicada por experiências de maus-tratos corporais, afetando a autoconfiança do indivíduo. Sobottka e Saavedra (2012, 138) vão além, pois acreditam que a integridade psíquica é atacada afetando a personalidade. Nas palavras de Honneth (2015a, p. 215): “[...] o que é aqui subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o respeito natural por aquela disposição autônoma sobre o próprio corpo que, por seu turno, foi adquirida primeiramente na socialização mediante a experiência da dedicação emotiva”. A ofensa atinge

⁹⁴ Na leitura de Sobottka e Saavedra (2012, p. 138): “A solidariedade moderna está vinculada à condição de relações sociais simétricas de estima entre indivíduos autônomos e à possibilidade de que os indivíduos desenvolverem a sua autorrealização. [...] Simetria significa aqui que os atores sociais adquirirem a possibilidade de vivenciarem o reconhecimento de suas capacidades numa sociedade não-coletivista”.

⁹⁵ Independente de sua extensão ou perfil, o grupo é entendido como “um mecanismo social fundado na necessidade ou no interesse psíquico do indivíduo, porque o auxilia na estabilidade e ampliação pessoais” (HONNETH, 2013, p. 61).

⁹⁶ Nas palavras do pensador: “sem a suposição de uma certa medida de autoconfiança, de autonomia juridicamente preservada e de segurança sobre o valor das próprias capacidades, não é imaginável um êxito na autorrealização” (HONNETH, 2003, p. 273).

diretamente a integração entre as habilidades e capacidades corporais e psíquicas e, logicamente, arruinando a confiança quanto a si próprio.

Na segunda esfera, a potencialidade de autorrespeito é abalada com as experiências de negação de direitos pertencentes a todo cidadão em determinada sociedade. Constitui-se o verdadeiro rebaixamento do indivíduo⁹⁷ e dos grupos aos quais pertençam. Nas estritas palavras de Honneth (2015a, p. 216): “não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sai associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro de interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade”. Implica também em seu reconhecimento como um incapaz de formular juízos e seguir a disciplina moral, enquanto um sujeito de menor valor e condenado à exclusão social. Na última esfera, o valor às capacidades individuais é negado, a contribuição do sujeito desqualificada e sua dignidade reduzida diante de sua irrelevância à coletividade.

A dúvida que pode surgir é: qual seria a implicação desta teoria para as concepções jurídicas atuais quanto aos direitos de liberdade de consciência e religião? As leituras majoritárias, como destacadas no primeiro e segundo capítulo desta investigação, negam um espaço substancial ao exercício das liberdades, especialmente, de religião, no âmbito público institucionalizado. A partir do suposto princípio da neutralidade, as concepções éticas são marginalizadas e o potencial de reconhecimento é esvaziado. Os direitos de liberdade comunicativa são restringidos à leitura secularista e as cosmovisões assimilam um *status* de inferioridade, afinal, a tutela jurídica limita-se, hegemonicamente, à simples não interferência. Não se admite qualquer maior influência sob a justificativa da total separação entre religião e o exercício do poder civil. Consequentemente, as identidades confessionais são segregadas e assumem um estado patológico que impossibilita o atingimento de uma condição de autorrespeito.

Interessante que tais deficiências e os processos de desrespeito servem de “impulso motivacional de uma luta por reconhecimento” (HONNETH, 2015a, p. 224). A luta pelo reconhecimento correspondente a atuações de intimidação e pressão pela qual se permite uma alteração estrutural participativa para que a configuração da vontade pública seja alterada. Segundo Gonçalves (2017, p. 260): “os conflitos sociais motivados por sentimentos morais de desrespeito e injustiça, quando articulados em uma linguagem comum a várias pessoas,

⁹⁷Trata-se de uma completa violação da autonomia individual e da consolidação de uma condição de imputabilidade moral. Para Gonçalves (2017, p. 261): “os indivíduos desrespeitados passam por tamanha violação de sua personalidade e autonomia que sintam que não possuem a mesma imputabilidade moral que possuem todos, ou grande parte, daqueles que têm seus direitos reconhecidos e garantidos, ou seja, se sentem inferiores a estes.

podem ser vistos como processos que conduzem à aceleração de processos evolutivos sociais”. Em outros termos, as experiências de desrespeito e do déficit relacional para a apropriada constituição da identidade pessoal e, até mesmo, coletiva servem de mola propulsora a ações que visem recuperar condições de reconhecimento recíproco ou mesmo se originem em caso de completa ausência. Neste sentido, Honneth também reconhece o conflito como elemento indissociável das relações sociais diante das contínuas expectativas de reconhecimento.

Justamente desta maneira Honneth permite a formulação de uma concepção de liberdade não vinculada às tradicionais categoriais dos direitos negativos e positivos. Em Direito de Liberdade, Honneth admite uma liberdade social fundada no componente da intersubjetividade. Assim, o sujeito somente poderá ser considerado livre quando seus parceiros sociais viabilizarem condições de mútuo reconhecimento e, conseqüentemente, que cada um realize os próprios objetivos. Afinal, o sujeito somente poderá ser livre e autônomo a partir do momento que as relações sociais não frustram seu pleno desenvolvimento e suas expectativas de concreta participação e influência.

5.3 O POLÍTICO E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA INAUGURAL À AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE DA TUTELA DAS LIBERDADES NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO PLURAL

A complexidade social, como é possível observar ao longo da investigação, exige um tratamento específico por parte do direito, enquanto esfera de reconhecimento e influente na definição de identidades individuais e coletivas, a depender dos cenários de seu exercício, dos sujeitos e da disposição estatal à concretização das condições mínimas, simbólicas e materiais, de existência digna para o indivíduo. No caso brasileiro e por aplicação direta dos princípios hermenêuticos da unidade constitucional e da força normativa da constituição, a obrigação de adotar a interpretação jurídica que garanta a máxima efetividade às circunstâncias e às exigências de cidadania e de dignidade da pessoa humana já se encontra consagrada enquanto fundamento da própria República, conforme art. 1º, incisos II e III da Constituição Federal de 1988, por isso, goza de certa supremacia axiológica. Ao mesmo tempo, a Constituição e o ordenamento jurídico em sua globalidade, impõem às autoridades um dever de igual respeito para com todo cidadão. Existem aqui, aprioristicamente, cargas normativas distintas: ao cidadão, garante-se a máxima tutela de sua dignidade, logo, o ônus normativo deve ser atenuado diante dos riscos de asfixiar suas concepções éticas mais profundas; à autoridade pública, embora não se possa ignorar a intangibilidade de seu *status*

de cidadão, institui-se um arcabouço de deveres complementares para o atingimento de uma postura de igual respeito aos cidadãos (e também jurisdicionados) em meio ao contexto pluralista da contemporaneidade. Vale lembrar que tais exigências acessórias não refletem um tratamento desproporcional ilegítimo ou um ônus moral injustificado, desde que observadas certas ressalvas, pois exercício do poder institucionalizado e sua condição de autoridade pública não é inerente à própria existência enquanto pessoa, mas decorre do ingresso voluntário pelo cidadão, seja ao submeter-se aos processos eleitorais e obter com êxito a titularidade de um mandato político ou ao submeter-se a processos formais de ingresso às carreiras públicas, por exemplo, concursos para magistrados.

Sincronicamente, deve-se salvaguardar uma importante diferenciação: a esfera política e a esfera jurídica não se confundem, embora sejam complementares. Segundo o referencial habermasiano, o sistema político incumbe-se do estabelecimento de objetivos e metas para além das possibilidades de concretização individualizada por cada cidadão. Ou seja, torna-se possível alcançar propósitos que o cidadão, dificilmente, atingiria com suas capacidades no atuar isolado. Pelo sistema político e pelo uso da violência institucionalmente legitimada, implementam-se metas coletivas a partir de estruturas que conjugam “os esforços em grupo”. O sistema jurídico “dispõe da capacidade de coagir os arbítrios privados” e, por consequência, coordena as condutas e resolve controvérsias entre os cidadãos. Assim, ao mesmo tempo que o direito faz uso da força coativa estatal, empresta sua legitimidade às decisões políticas (DURÃO, 2009, p. 120). Basta pensar que o decidido pelo sistema político, em última instância, é viabilizado realisticamente pela força coativa regada do sistema jurídico vigente em determinado Estado de Direito⁹⁸. Qualquer descompasso entre tais esferas poderia resultar em circunstâncias de injustiça evidente: com a proeminência do poder político, o exercício do poder seria arbitrário e, dependendo das circunstâncias, irrefreável; com a primazia do sistema normativo, seria possível a usurpação por parte das instituições das possibilidades de “autolegislação democrática dos próprios cidadãos” (DURÃO, 2009, p. 122-123).

Embora seja uma relação mútua, não se pode admitir a proeminência de um sobre o outro, afinal, a primazia do poder político conduziria “simples exercício arbitrário do poder” e, em contraposição, a precedência da ordem normativa legaria a instituições com capacidades de “autolegislação democrática dos próprios cidadãos” (DURÃO, 2009, p. 122-123). Por este

⁹⁸ Nas palavras de Durão (2009, p. 122): “A política permite ao estado de direito exercer a violência que subtraiu dos indivíduos privados, enquanto o direito oferece seu próprio meio para constituir o estado de direito e alimenta-se constantemente das relações de solidariedade provenientes do mundo da vida ou da fundamentação racional das questões problematizadas por meio dos discursos (HABERMAS, 1994, p. 171)”.

motivo, como se observará mais adiante, as relações políticas e as obrigações jurídicas tornam-se ainda mais complexas frente à pluralidade de cosmovisões de vida boa no cenário democrático.

Assim, certamente, não caberá a mesma resposta de tratamento das liberdades, especialmente de consciências e religião, na esfera política e jurídica. No âmbito político, como já salientado por Mouffe, deve ser mantido o aspecto adversarial, agonístico e do confronto. As decisões, certamente, expressarão a hegemonia de uma parcela social e alguma exclusão sempre existirá. Por isso, o exercício das liberdades deve ser assegurado no sentido mais amplo para uma disputa, ao menos, potencialmente igualitária. As novas propostas de teóricos e cientistas políticos, que por ventura venham a surgir, deverão dimensionar tais relações para que sejam, pelo menos, conciliáveis aos valores democráticos.

Por isso, a atuação dos indivíduos na esfera não institucionalizada ou pré-institucional deve ser ampliada com a garantia da ampla expressão de seus preceitos éticos fundamentais, enquanto possibilidade de deparar-se e conhecer o diferente, ampliar o arcabouço semântico do processo social de aprendizagem recíproca e potencializar as expectativas de reconhecimento. É este também o espaço do aperfeiçoamento das relações políticas, de modo a não compreender o outro como inimigo, mas adversário digno de respeito. Esta abertura viabiliza converter o conflito como um mecanismo de progresso social, bem como um ambiente fértil para a luta pelo reconhecimento. Por esta disputa, “os próprios grupos lutam pela institucionalização de mais direitos e de mais participação popular, ou seja, lutam pela inclusão igualitária de todos dentro das instituições formais” (GONÇALVES, 2017, p. 262). Logicamente, como já afirmado por Mouffe, os limites à intervenção pública seriam aqueles já delineados pela própria constituição e, obviamente, viáveis de acordo com a respectiva sociedade histórica.

Embora a proximidade com a proposta de uso público da razão e como já salientado, Habermas (2007, p. 147-149) reforça que na esfera pública informal, ou seja, aquela não institucionalizada seria possível ainda um estado “selvagem” da política com a mistura dos círculos de comunicação. Para ele, bastaria a instituição de filtros para o aproveitamento de tais discussões públicas e sua valiosa passagem para o âmbito institucionalizado. Em termos gerais, as maiores exigências surgiam no âmbito da esfera pública formal, constituída pelos parlamentos, tribunais, ministérios e administrações, pois aqui só seriam admitidos os argumentos seculares e aqueles que já teriam superado a ‘reserva de tradução institucional’.

Por isso, a resposta mais sensível e complexa seria a delimitação do melhor tratamento ao exercício das liberdades no segmento social institucionalizado, considerando o

contexto multicultural da sociedade atual. Não obstante inúmeras críticas tenham sido direcionadas ao uso público da razão rawlsiana, este ainda se demonstra como um instrumento fértil, com certas adaptações, ao tratamento das cosmovisões no espaço dos parlamentos, tribunais e da administração pública em geral, como a seguir examinado.

5.3.1 A TUTELA DA DIVERSIDADE E DAS LIBERDADE NO ÂMBITO INSTITUCIONALIZADO: A RAZÃO PÚBLICA ENQUANTO POSTULADO HERMENÊUTICO

A razão pública não é totalmente uma novidade. O referido instituto já é tratado pela doutrina jurídica nacional, a exemplo dos trabalhos desenvolvidos por autores como Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto (2016) e José Vicente Santos de Mendonça (2014), como um princípio jurídico apropriado à atividade hermenêutica constitucional. A referida leitura foi trazida, brevemente, no segundo capítulo do presente trabalho. Contudo, vale resgatar o núcleo deste ensinamento pátrio: a razão pública é considerada, segundo Mendonça (2014, p. 141), um “princípio regulador da conduta pública e privada”, uma vez que é direcionado aos funcionários e às autoridades, bem como aos candidatos e aos eleitores no processo eleitoral, para que sejam filtradas as justificações que servirão ao consenso no processo deliberativo público. Em sentido complementar Sarmento e Souza Neto (2016, p. 446) destacam que: “ao lidar com temas essenciais, como os que concernem aos direitos humanos, só são admissíveis argumentos independente de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas a que cada cidadão adira”. Trata-se de uma leitura possível, contudo, passível de um refinamento. Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2005, p.214), os membros do Poder Judiciário não são legitimados pelo voto popular, assim, suas justificações deveriam estar restritas àquelas consideradas públicas e aptas a fortalecer as condições de cooperação social.

Primeiramente, vale lembrar que a ideia de razão pública de John Rawls não surgiu como uma formulação inerente à ordem do direito, mas na qualidade de um imperativo moral, afinal, é essencial ao cumprimento do dever cívico por parte de cada indivíduo para a legitimação de decisões públicas na ordem democrática plural moderna. Não obstante, as construções rawlsianas certamente acabaram por influenciar o direito. Como explicar Delamar José Volpato Dutra (2008, p. 16): “A obra de Rawls, juntamente com a de Dworkin [...] determina uma virada na concepção de direito, deslocando o seu entendimento da vertente positivista de Kelsen, Austin e Hart, bem como da vertente utilitarista [...] para uma concepção que, em última análise, recupera as imbricações entre direito e moral”. A leitura de Rawls permitiu uma revitalização dos institutos jurídicos. Dworkin vai além, uma vez que

acredita na possibilidade de conceber o pensamento rawlsiano como uma teoria do direito não-positivista, mais próxima ao interpretacionismo jurídico⁹⁹, preocupado com a manutenção da coerência sistêmica¹⁰⁰.

Sua proximidade com o direito fica mais patente a partir do momento que considera as Cortes Constitucionais como exemplos ideais do uso público da razão, uma vez que são responsáveis pela guarda da ordem constitucional e seus debates englobam, inúmeras vezes, a resolução de controvérsias atinentes à direitos fundamentais. Além disto, trata-se de meio especialmente aplicável ao Judiciário, uma que “os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da constituição, de estatutos e precedentes relevantes” (RAWLS, 2004, p. 265). Esclarece Silveira (2009b, p. 71):

A suprema corte, então, é apresentada como a instituição exemplar de razão pública, sendo função dos juízes expressar as melhores interpretações da constituição, não podendo usar critérios pessoais para o julgamento, como doutrinas religiosas, filosóficas ou morais, apelando apenas para os valores políticos que fazem parte da concepção política de justiça. Um papel essencial do tribunal como instituição exemplar da razão pública é dar força e vitalidade à razão pública em um fórum que também é público, interpretando de forma efetiva a constituição de maneira razoável.

Para o pensador norteamericano, o uso da razão para a atividade interpretativa viabiliza a identificação de normas e a estruturação do convencimento da autoridade, por exemplo, os magistrados, com conteúdo que seja inteligível e aceitável reciprocamente pelos cidadãos. Obviamente não que as controvérsias não se encerrariam, mas seriam indicados os valores políticos mais fundamentais dentro da ordem vigente para a solução do referido caso¹⁰¹.

⁹⁹ Uma investigação mais pormenorizada desta abordagem pode ser obtida por meio do texto “A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin” publicada na obra “Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica”, fruto dos trabalhos do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luís– MA. Cf. BALERA, José Eduardo Ribeiro. A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin. In: MAILLART, Adriana Silva; LIMA, Renata Albuquerque. Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/mgg256zf/Q5r2ifFwrevYt5NG.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

¹⁰⁰ Na obra “Uma Teoria da Justiça”, afirmou o pensador: “O preceito os obriga a justificar as distinções que estabelecem entre pessoas por referência aos princípios e às normas jurídicas pertinentes. Em qualquer caso específico, se as leis forem algo complicado e exigirem interpretações, pode ser fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que aumenta o número de casos, torna-se mais difícil de elaborar justificativas plausíveis para julgamentos tendenciosos. **A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as leis e para justificativas em todos os níveis**” (RAWLS, 2008, p. 294, grifo meu).

¹⁰¹ Nas palavras de John Rawls (2000a, p. 288): “[...] idéia de razão pública não significa que os juízes devem estar de acordo uns com os outros, mais do que os cidadãos em geral o estão, nos detalhes sobre o modo de cada qual entender a constituição. No entanto, devem interpretar, e devem parecer que interpretam, a mesma constituição à luz daquilo que vêem como as partes relevantes da concepção política e à luz daquilo que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa forma. O papel do tribunal, enquanto intérprete judicial

Para Roberto Gargarella (2008, p. 290), a ideia de razão pública pode ser concebida como um ‘modelo ideal de raciocínio judicial’, pois auxilia a construção argumentativa que é relevante à motivação das decisões, mesmo que não seja obrigatório seu uso. Mariano Carlos Melero de la Torre (2009, p. 96), professor da Universidade Autônoma de Madrid, atribui outra faceta ao entendê-lo como um ‘princípio procedimental’, visto que permite a identificação dos princípios e valores fundamentais em uma ordem constitucional e que compõe a concepção de justiça a ser considerada pelos poderes públicos em sua atuação, inclusive, na função legislativa enquanto critério de validade. Por este princípio procedimental, impõe certas condições ao processo deliberativo público, por exemplo, a legitimidade subordinada à exigência de reciprocidade, abarcando dois critérios: o empenho para a identificação de fundamentos que sejam reciprocamente aceitas para a instituição de princípios na ordem vigente (requisito moral) e a definição de quesitos em igualdade de condições tendo em vista a relação de cooperação (requisito epistemológico) (TORRE, 2009, p. 103).

Pilar Zambrano (2001, p. 873), por sua vez, define a razão pública como um método de interpretação, dado que indica um procedimento capaz de resultar uma “resposta pública razoável”. Segundo a autora, a construção do uso público da razão permite a constatação de três implicações: (i) o peso dos valores, como da igualdade, é variável em virtudes das circunstâncias; (ii) os direitos são meios de concretização da igualdade, em seu maior peso; (iii) os direitos são expressões de valor político e possuem uma hierarquia superior se forem confrontados a outras disposições axiológicas (ZAMBRANO, 2001, p. 877). A razão pública seria composta por duas partes, sendo a primeira um núcleo duro imutável, enquanto a outra uma zona do ajustável que é integrado, progressivo, ao referido núcleo graças a tradição que vem a constitui-lo.

Todas essas leituras reforçam uma conclusão: a razão pública não é mero princípio jurídico norteador, mas possui critérios a serem cumpridos para sua correta incidência, por exemplo, a exigência de reciprocidade. Segundo distinção de Ávila (2011, p. 83), enquanto as regras descrevem objetos determináveis e sua aplicação requer uma correspondência entre o conteúdo normativo e os atos ocorridos, os princípios descrevem um estado ideal de coisas, motivo pelo qual sua aplicação advém da correlação entre os efeitos da conduta e o estado de

supremo da constituição, supõe que as concepções políticas dos juízes e sua visão dos elementos constitucionais essenciais situam a parte central das liberdades básicas mais ou menos no mesmo lugar. Nesses casos, pelo menos, suas decisões conseguem resolver as questões políticas mais fundamentais”.

coisas idealizadas. Por isso o uso público da razão não pode ser considerado um princípio, pois há uma imposição de condições determináveis para sua realização e não mero estado ideal. Assim como a proporcionalidade subdivide-se em três regras específicas (da adequação, da necessidade e da proporcionalidade), a razão pública possui ao menos cinco subregras para sua efetivação:

(i) a primeira dela é quanto às questões aplicáveis, uma vez que não é qualquer temática que poderá ser objeto de sua incidência. Ao contrário, ela se limita à solução de questões políticas fundamentais que circundam elementos constitucionais essenciais e de justiça básica¹⁰².

(ii) só deve ser empregada por candidatos a cargos públicos no processo eleitoral e autoridades estatais, como legisladores e, especialmente, os magistrados.

(iii) seu conteúdo está adstrito a concepções políticas razoáveis de justiça e, conseqüentemente, deve atender a duas condições: a cláusula de tradutibilidade em argumentos seculares e a condição de reciprocidade.

(iv) só pode ser aplicada em deliberações de normas coercitivas e decisões judiciais.

(v) as fundamentações devem expressar um nível de razoabilidade que torne possível sua verificação pelos concidadãos.

Em virtude de sua estrutura, distancia-se da categoria dos princípios, ao mesmo tempo que não se enquadra na simples condição de regra jurídica. Como explica Ávila (2011, p. 81), esta pode ser dividida em regras comportamentais, que delimitam condutas a partir dos operadores lógicos do obrigatório, permitido ou proibido, e construtivas, que atribuem a atos, fatos ou circunstâncias efeitos de impacto para a ordem do direito.

A razão pública, na verdade, está atrelada ao processo interpretativo para a solução de questões constitucionais fundamentais. Humberto Ávila (2011, p. 134) indica uma terceira categoria: os postulados. Estes seriam divididos em duas espécies: os postulados hermenêuticos, que servem ao adequado entendimento do ordenamento, ou melhor constituem-se ‘condições de conhecimento’ como os postulados da coerência e hierarquia; e uma segunda espécie, chamada de postulados normativos aplicativos, pois viabilizam a solução de controvérsias que afloram no processo de aplicação do direito, como “a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excessos”. (ÁVILA, 2011, p. 145-146).

¹⁰² Vale a pena resgatar as palavras de Rawls (2004, p. 175-176) para o esclarecimento destes conceitos: “Os elementos constitucionais essenciais concernem a questões a respeito de quais direitos e liberdades políticas, digamos, podem ser incluídos razoavelmente em uma constituição escrita, quando se supõe que a constituição pode ser interpretada por um tribunal supremo ou algum corpo similar. Questões de justiça básica relacionam-se com a estrutura básica da sociedade e, portanto, diriam respeito a questões de economia básica, justiça social e outras coisas não abrangidas por uma constituição”

Seguindo esta classificação, seria possível o enquadramento, ao menos hipoteticamente¹⁰³, do uso público da razão rawlsiana na categoria dos postulados normativos de aplicativos, haja vista que impõe critérios de ordem interpretativa, a serem cumpridos pelos operadores do direito, para a resolução em concreto de conflitos que atinjam o núcleo normativo e de justiça do texto constitucional. Em suma, o uso público da razão não descreve propriamente um sentido normativo, mas torna controlável e racional o processo de aplicação das normas jurídicas.

Entretanto, essa formulação ainda não é totalmente acertada ao melhor tratamento das liberdades, em especial, de consciência e religião, em meio ao pluralismo corrente. O presente estudo demonstrou, em outros momentos, pormenores que devem ser apreciados no âmbito institucional e das relações jurídicas para o pleno e regular desenvolvimento dos indivíduos em condições de dignidade de sua existência. Por isso, a razão pública deve agregar outros critérios e variáveis almejando seu redimensionamento.

Quanto aos possíveis critérios ou regras a serem adotados para o melhor tratamento institucional das liberdades, destacam-se três exigências: (i) a autocontenção doutrinal; (ii) a adoção de neutralidade de meios e fins; e (iii) a constatação das possibilidades de conservação e estímulos de processos de reconhecimento.

Notoriamente, a razão pública, na qualidade de postulado hermenêutico, impõe ao intérprete elementos de vinculação interna e manifestação externa, como: a dispensabilidade das pretensões de verdade absoluta de sua própria razão e a autocontenção doutrinal. A primeira, já trazida implicitamente nas investigações rawlsianas, emerge de forma indisponível e, como já afirmado, estipula que as justificações prescindem de qualquer

¹⁰³ Afirma-se hipoteticamente pois Ávila (2011, p. 151-153) fixa outros critérios para que determinado preceito seja consagrado enquanto um postulado normativo aplicativo, dentre os quais: a realização de um levantamento jurisprudencial que demonstre a solução em concreto de casos a partir do referido postulado; (ii) o exame das decisões para que se verifique quais normas foram aplicadas e a forma de sua aplicação; (iii) o estudo da fundamentação de tais decisões e quais motivos levaram o intérprete a fazer recurso a tais elementos e relações; (iv) uma reconstrução argumentativo de confirmação que permita a descoberta estrutural do postulado. Neste último caso, seria realizado o percurso inverso até aqui descrito, com a análise de outros casos que poderiam ser decididos a partir deste mesmo postulado e reconstruir sua fundamentação almejando a confirmação de sua aplicabilidade.

Contudo, essa verificação empírica resta inviabilizada para o presente trabalho. Além disto, ainda que a prática judicial faça referência ao uso público da razão, não há uma indicação, expressa e pormenorizada, dos elementos estruturais de aplicação estabelecidos por Rawls e resgatados na presente e investigação. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 363889 / DF** - Distrito Federal. Reclamante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Diego Goiá Schmalz. Reclamado: Goiá Fonseca Rates. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 10 jun. 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça (RS). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022100416/2007/Cível**. Proponente: Prefeito Municipal de Gravataí. Requerida: Câmara De Vereadores do Município. Relator: Guinther Spode. Porto Alegre, 03 nov. 2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2018.

compromisso com a afirmação de verdades e conclusões imutáveis. Por consequência, em domínio interno, a intérprete deverá estar ciente de suas próprias limitações, bem como que a confiança inquestionável na definitividade da razão identificada em nada contribuirá à resolução da controvérsia pública se ausente do potencial de reciprocidade. Em foro externo, as justificações deverão ser expressas de maneira independente e com relativa abertura a identificação de possíveis raízes em outras cosmovisões. A autocontenção doutrinal, por sua vez, exige que o intérprete seja consciente dos limites de sua perspectiva de vida boa e sua falibilidade doutrinal. Por isso, a introdução de suas justificações na esfera pública deverá ocorrer sem culminar no esvaziamento das possibilidades de aperfeiçoamento pelos concidadãos. Trata-se de um elemento cambiante, dependente da comunidade democrática participante, do contexto de justificação e da flexibilidade ao reconhecimento.

Assim, uma variável deve ser considerada: o grau de pluralidade e proximidade entre as visões de mundo para a definição da “espécie” de razão pública a ser adotada e do nível de justificação a ser exigido. Em sociedades com um sistema constitucional bem ordenado, com uma relação de amizade cívica robustecida e com visões de mundo mais próximas umas das outras, a estrutura mais rígida e exigente da razão pública de viés exclusivista, que dispensa qualquer relação das construções argumentativas públicas em relação às concepções éticas, já seria suficiente, pois não existiria propriamente um desacordo insuperável pelas concepções de vida boa. Haveria neste caso, predominantemente, uma justificação considerada pública, com fundamentos políticos compartilhados pela respectiva comunidade, expressando uma concepção de justiça apta a receber o endosso mútuo das doutrinas abrangentes existentes e gozar da qualidade de uma cultura moral comum (RAWLS, 1995, p. 143-144).

Em sociedades relativamente bem-ordenadas e com graves divergências entre as cosmovisões e a aplicação de preceitos fundamentais de justiça, em consequência, um maior grau de desconfiança entre seus membros, a eficácia da razão pública estaria diretamente relacionada à possibilidade de identificação de eventuais raízes, ainda que primárias, das justificações públicas nas concepções abrangentes. Essa abordagem oportunizaria o cultivo de novas relações de confiança e um sentimento de igual consideração pela comunidade. Neste caso, a justificação seria qualificada como *pro tanto*, isto é, com a indicação de valores políticos, considerado razoáveis à resolução da controvérsia, embora passível de objeções.

Em sociedades que não possuem uma ordenação constitucional sólida e sofrem com profundas diferenças nas visões de mundo cultivadas por seus cidadãos, a visão ampla de cultura política pública, com um arcabouço inclusivo mais amplo e pela adoção do *provisio* poderia ser a mais eficiente. A justificação, neste caso, tenderia a ser plena, pois o sujeito

poderia vir a entender como completa a fundamentação, embora esta ainda não pudesse vir a ser totalmente aceita pelos demais concidadãos (RAWLS, 1995, p. 143).

Em outros termos, o “tipo” de razão pública, os graus de exigência e de justificação seriam diretamente dependentes da potencialidade de superação dos desacordos morais e éticos e dos níveis vigentes de tensão entre as cosmovisões cultivados na respectiva época. Esta primeira variável serve, tão somente, para a adoção de medidas estratégicas que viabilizem a transformação dos níveis de amizade cívica e de igual consideração a longo prazo, considerando as limitações sociais do momento.

Uma segunda exigência a ser considerada é a pretensão de neutralidade cultivada. Como já trabalhado anteriormente, a neutralidade de efeitos é um objetivo impraticável, visto que alguma consequência, em maior ou menor grau, sempre impactará sobre as vidas dos cidadãos e em suas perspectivas de mundo. A neutralidade baseada na justificação é ineficaz, pois negligencia quanto aos impactos decorrentes dos meios escolhidos, conquanto os fins obtidos sejam de menor impacto à coletividade em geral. Por isso, no processo decisório, o intérprete deverá avaliar e justificar, não somente os fins potenciais a serem atingidos, mas também os efeitos advindos dos meios adotados. A ideia de neutralidade, neste caso, não deverá ser entendida como aquela a ausência de efeitos, mas um tratamento sensível capaz de evidenciar a relevância social e o igual respeito pelos preceitos éticos mais fundamentais que dão sentido à vida de cada sujeito. Neste ponto emerge a liberdade de crença e religião como princípio norteador do uso público razão, porém enquanto espécie derivada do princípio matriz da independência ética

O último critério a ser considerado pelo intérprete em sua construção decisória será o impacto na esfera de reconhecimento. Neste momento, há a inclusão da variável da intersubjetividade, tendo em conta que o exercício e tutela dos direitos, especialmente das liberdades, não deverá ser avaliada em seu aspecto estático (quanto à natureza negativa ou positiva), mas sim a partir de sua faceta dinâmica ou social. Afinal, “o sujeito individual só pode produzir esforços reflexivos à autodeterminação se na interação com outros, numa instituição social, forem reciprocamente realizados esforços desse mesmo tipo” (HONNETH, 2015b, p. 81). Em outros termos, a autoridade que venha a apreciar a possibilidade a possível solução ao caso concreto deverá avaliar em qual medida a referida decisão servirá ao fortalecimento da autodeterminação do indivíduo ou representará uma medida de negação da condição de cidadão de igual consideração pelo estado e, como resultado, proporcionará um sentimento de menor imputabilidade moral ou insignificância jurídica.

Vale ressaltar ainda uma última observação: para que a autoridade pública não tenha sua identidade fracionada e suas convicções éticas sejam também protegidas, uma vez que compõem o núcleo de sua dignidade, é provável e frutífera a inserção de uma cláusula de reserva no processo decisório. Por meio desta, o intérprete poderá expressar elementos de sua crença, sua consciência ou sua religião, porém estando ciente que não poderá servir de fundamento à conclusão distinta daquela sustentada pelas justificações advindas do uso público da razão. Em suma, seria um dispositivo ou mecanismo com dupla função: (i) inicialmente, permitir que a autoridade manifeste sua opinião ou cosmovisão¹⁰⁴, mesmo que não consagrada como parte da concepção pública de justiça desta sociedade, sem qualquer efeito vinculante ou implicação, direta ou indireta, na definição da solução, embora importante à conservação da própria dignidade; (ii) em um segundo momento, permitir que a sociedade tenha acesso à outras visões de mundo e possam ampliar seu processo de aprendizagem complementar. No caso de um magistrado, tal manifestação poderia se dar no âmbito da *obter dictum*¹⁰⁵, sem implicações na modificação da *ratio decidendi*.

Assim, embora a presente investigação esteja direcionada à identificação do melhor modo ao tratamento institucional das liberdades de consciência e religião, a ideia de razão pública de John Rawls aplicada ao direito, na qualidade de postulado normativo aplicativo, lança as bases de uma teoria unitária da decisão de questões públicas, de cerne constitucional e de justiça básica, direcionada ao tratamento inclusivo da diversidade social em sua globalidade.

¹⁰⁴ Para Rawls (2000c, p. 155-156), eventualmente, seriam possíveis três formas de manifestação que não implicariam propriamente num raciocínio público: (i) a declaração (*declaration*): o sujeito informa seu entendimento abrangente, religioso ou não, e não espera necessariamente o endosso dos concidadãos, embora tal manifestação possa vir a confirmação de uma concepção política de justiça amplamente apoiada por essa sociedade; (ii) conjectura (*conjecture*): baseada na sinceridade, apresenta sua doutrina basilar para evidenciar argumento com eventual capacidade de endosso pelos demais cidadãos, mas também com o propósito de indicar intenções ou mesmo esclarecer dúvidas quanto ao modo que compreende determinada questão; (iii) testemunho (*witnessing*): sua manifestação serve para justificar as razões de posição divergente em relação à decisão legítima ou mesmo relativamente à política adotada. Neste último caso, o cidadão concorda em não violar a decisão ou tal disposição normativa específica, mas manifesta que discordância enquanto um ato de confirmação de fé, por isso, não se confunde com objeção de consciência ou desobediência civil.

¹⁰⁵ Como explica Didier Junior, Braga e Oliveira (2016, 458): “O *obter dictum* (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (‘prescindível para a deslinde da controvérsia’). Vale lembrar que esse mecanismo não serve de precedente, embora possa ser utilizado como indicativo de mudança futura de posicionamento de um órgão julgador. No presente caso, ele serve tão somente como “válvula de escape” decorre do ônus argumentativo e da carga mental e psicológica assumida pelo magistrado, garantido também uma expressividade a sua cosmovisão e da integridade de sua dignidade.

6 CONCLUSÃO

A complexidade e a dinamicidade da sociedade atual, bem como a crescente ampliação de demandas jurídicas e de justiça por respostas mais próximas da realidade, evidenciam alguns dos fatores que impedem o delineamento de mecanismos perenes de solução da controvérsia aqui investigada. E mesmo que distinto fosse, a presente pesquisa não objetivou o encerramento em absoluto das controvérsias ou a fixação de soluções últimas ao tratamento das liberdades, em especial, a religiosa, na esfera pública institucionalizada. A todo tempo, desenvolveu-se uma análise capaz de desnaturalizar e desmitificar conceitos e posições reproduzidos, acriticamente, pelos cidadãos, autoridades e em alguns momentos pela própria doutrina jurídica, para que fosse viabilizado o amoldamento de uma alternativa compatível às expectativas de uma ordem democrática inclusiva e coerente com o sistema normativo vigente.

Antes de perquirir alternativas de fortalecimento do potencial de efetivação das liberdades de consciência e de religião, viu-se por necessário conhecer e avaliar o entendimento usual vigorante e circunstâncias, algumas de natureza histórica, que influenciaram no desenvolvimento e na consagração destes direitos. No entanto, é preciso esclarecer, conforme permitiu o primeiro capítulo, que a secularização não foi um fenômeno global e uniforme de libertação das influências confessionais. Em verdade, indica um processo inacabado, no mundo ocidental, pelo qual competências, papéis, atribuições e institutos passaram do domínio e manejo eclesiástico para a esfera leiga. O próprio termo secular emerge do seio cristão, designando o tempo profano em contraposição à categoria do sagrado e do eterno. Taylor destaca ao menos três momentos relevantes para entender sua ocorrência: inicialmente, há uma singularização dos atributos do profano e do eclesiástico, permitindo também a diferenciação entre o Estado e a Igreja. Em seguida, observa-se um movimento de separação entre estes dois poderes e suas respectivas instituições (o poder eclesiástico da Igreja e civil do Estado). Em terceiro momento, constata-se uma reformulação das estruturas da ordem política e social, com a consolidação de uma concepção de vida pública independente das percepções transcendentais da religião que, ao mesmo tempo, passam a ser marginalizadas e vistas, em grande medida, como dispensáveis ou inconsistentes. Sincronicamente, em meio as lutas, há uma progressiva consolidação de direitos alicerçada em preceitos universalistas, na salvaguarda dos indivíduos contra as arbitrariedades no exercício do poder civil e em clara desconfiança com relação ao Estado. Consolidou-se paulatinamente um ideal de Estado de Direito, supostamente apto a sustentar-

se independentemente de qualquer visão de mundo. Em compensação a este fato neutralizante, teria sido instituído um sistema de garantias que almejam, dentre outras leituras, a partir do arcabouço das liberdades, a salvaguarda do tratamento simétrico dos sujeitos de direitos, bem como impedir qualquer interferência arbitrária no modo de se conceber a própria existência e as crenças cultivadas. Revelam-se aqui algumas raízes da tensão atual entre a esfera pública e privada, afinal, a neutralidade adotada pelo conjunto de garantias jurídicas favorece um viés ateísta e de desvalorização das profissões de fé.

Indubitavelmente, o direito de liberdade de consciência e religião floresceu e revigorou-se, gradualmente e sincronicamente, no cenário internacional e pátrio. Tais direitos se ampliaram-se a ponto de abarcar não só a livre escolha dos valores, das crenças e dos preceitos que mais importam para a vida individual, mas oportunizaram a sua troca ou mesmo o abandono, pelo desejo de não querer adotar qualquer visão confessional, sem o risco de sofrer sanções ou interferências. Muito mais que um indicativo de sua essencialidade, sua consolidação reforça seu caráter histórico e sua contínua atualização. A retomada da história brasileira da relação Igreja e Estado, bem como seus reflexos normativos, permitem algumas conclusões: (i) a indicação de uma religião oficial não implica, necessariamente, que esta gozará de maior liberdade, afinal, o período imperial torna patente que, na verdade, ampliou-se as possibilidades de esvaziamento da autonomia das instituições religiosas a partir do estabelecimento de prerrogativas ao Estado, por exemplo, da concessão ou não beneplácito aos atos de autoridade religiosa, por parte do poder civil; (ii) a suposta separação entre Igreja e Estado, até mesmo pela estruturação normativa do ordenamento, não impede a aproximação e a concessão de maiores benefícios no plano fático; (iii) a adoção de um caráter laico por parte do Estado não traz, como consequência lógica, um ganho de liberdade e reconhecimento para todas as confissões de fé, tendo em vista a invisibilidade e o abandono que assombram as religiões afro-brasileiras até a atualidade; (iv) a retomada histórica evidencia o confronto entre forças políticas e sociais, os interesses em disputas, as tensões e os seus resquícios que se mantêm latentes no tecido social.

Além destas decorrências mais imediatas, a reconstrução do tratamento normativo ao longo da história serve de estímulo à atualização dos ensinamentos jurídicos vigentes, considerando a unidade da constituição, a tutela de sua força normativa e da máxima efetividades dos direitos fundamentais. Serve também como diagnóstico parcial dos pontos fortes e das fragilidades à concretização destes direitos.

Embora divergências conceituais possam ser observadas nos diversos autores da doutrina jurídica, tem-se marcante alguns pontos de convergência: (i) a liberdade de

consciência e religião, incluindo, nesta última, a livre externalização dos ritos (culto), de estruturação de suas instituições (autonomia de livre organização institucional) e de difusão de sua crença para a ampliação de seus membros (proselitismo), são direitos autônomos e complementares, pois a primeira refere-se à adesão a preceitos mais profundos e fundamentais (religiosos ou não, admitindo-se visões políticas, filosóficas e ideológicas) ao indivíduo, enquanto a segunda vincula-se à crença em valores ou mesmo em uma doutrina de interesses existenciais e transcendentais; (ii) de certo modo, a liberdade de consciência poderia ser considerada matriz à liberdade de religião; (iv) ainda que seja possível a atribuição de uma natureza positiva, isto é, de ordem prestacional para que o Estado garanta condições estruturais ao incremento das confissões de fé, há uma primazia de seu caráter negativo, ou melhor, da qualidade defensiva que impede a adoção de práticas de intervenção ou coerção na esfera individual dos sujeitos de direito.

Por isso, deve-se reforçar o seguinte diagnóstico: a interpretação hegemônica da doutrina contemporânea quanto à liberdade de consciência e religião, englobando as diversas “subespécies” desta última, e o substrato jurídico existente favorecem a uma concepção redutora das liberdades à esfera privada e enquanto direito que impede qualquer tentativa de coerção ou interferência (natureza negativa). Os limites, muitas vezes, são os outros direitos fundamentais, corroborando uma análise estática destes direitos.

Contudo, é indispensável a tematização, como ocorre no segundo capítulo, das ideias de neutralidade e tolerância. A neutralidade não pode ser confundida com o isolamento do “mundo público” em relação às doutrinas confessionais. Não pode se reduzir este conceito na expectativa de absoluta separação e imunidade entre o Estado e as religiões. Os ganhos decorrentes desta separação (relativa) são recíprocos, mas não justificam a incomunicabilidade e a indiferença entre suas instituições e seus membros. Toda conduta estatal, omissiva ou comissiva, por mais secular que aparente ser, sempre impactará em diferentes graus nas cosmovisões. Por isso, a avaliação da suposta neutralidade não poderá se satisfazer da mera justificação, mas exigir uma análise cuidadosa das escolhas dos meios, bem como na seleção dos fins a serem atingidos. O tratamento a partir de uma igualdade formal será capaz, tão somente, de alargar o abismo simbólico entre crentes e não-religiosos. Por isso, a adoção de medidas particularizadas de acordo com as circunstâncias fáticas não pode ser designada como uma infringência à igualdade por meio de privilégios, pelo contrário, reflete um sistema de compensação para a atenuação do ônus existencial dos cidadãos, na medida imprescindível à preservação de sua dignidade, da mesma maneira que elimina as vantagens injustificadas geradas pelo cenário secular marginalizador.

A tolerância, por sua vez, é um conceito variável e não uniforme. Ela dependerá de inúmeras circunstâncias inerentes ao contexto do conflito e variará em virtude da ampliação ou redução dos limites de objeção ou aceitação. Em outros termos, no interstício entre o tolerado e o intolerável definir-se-á a concepção de tolerância adotada, podendo variar de uma mera permissão existencial e chegar até mesmo ao reconhecimento do valor ético de suas convicções e práticas culturais.

Seguindo a doutrina portuguesa de Adragão, a melhor abordagem a ser expressa na atualidade, certamente, não é da atitude indiferente do poder estatal para com as doutrinas confessionais. Longe disso, o Estado deve evidenciar uma postura que reconheça a relevância social e valorize as confissões religiosas pelas suas contribuições históricas e políticas. Aliás, como ensina Machado, a religião parte do elemento cultural e este é um importante componente da comunidade política. Além de tudo, os valores fundamentais do Estado Constitucional foram forjados no interior da doutrina judaico-cristã e isso não impediu a consolidação da ordem constitucional moderna aberta ao respeito e igual tratamento da diversidade.

A partir desta conjuntura, é indispensável a busca por outros referenciais para a reconstrução do potencial jurídico dos direitos de liberdade de consciência e religião na esfera pública institucionalizada, por exemplo, mediante o pensamento de autores da filosofia política e jurídica. A doutrina da razão pública de John Rawls serve como referencial primário neste percurso, uma vez que foi formulada enquanto instrumento apto à realização do dever cívico em meio ao pluralismo, imprescindível à legitimação das decisões no cenário democrático. Embora sua formulação inicial, a leitura exclusivista, seja questionável, por arquitetar uma proposta que pretende ser independente de toda doutrina abrangente e, simultaneamente, implica numa indiferença às cosmovisões, religiosas ou não, ao longo de sua obra o filósofo norte-americano aperfeiçoa sua visão a ponto de conceber uma versão inclusivista, autorizando o recurso a doutrinas abrangentes para a identificação das raízes de valores políticos públicos com potencial de anuência pelos concidadãos. Posteriormente, chegando à visão ampla de cultura política pública, em que se autoriza a inserção de argumentos de doutrinas abrangentes, por exemplo, de ordem religiosa, no fórum públicos, desde que sejam traduzidos em valores politicamente razoáveis no momento adequado.

Embora inúmeras críticas sejam direcionadas à Rawls, especialmente pela formulação da razão pública exclusivista, ele está ciente das fragilidades de sua teoria e tenta, por meio de suas reformulações, construir alternativas permissivas que consagrem algum valor às visões abrangentes, como as doutrinas religiosas, e ao mesmo tempo impulse o

cidadão a envolver-se no processo deliberativo público. Ressalta-se um aspecto importante: a razão pública dispensa a postura assertiva dos argumentos como se fossem verdades inabaláveis, pois o objetivo é a identificação de um ponto de justificação razoável de convergência que viabilize uma relação política estável entre os cidadãos em um regime democrático.

Complementarmente, vale a pena destacar contribuições são pontuais de Jurgen Habermas: (i) as comunidades religiosas exerceram um papel, ao longo da história, importante na defesa de segmentos sociais e, em muitos momentos na atualidade, suas instituições estão próximas das parcelas mais vulneráveis e marginalizadas. Assim, podem servir de canal para expressão destes segmentos e na luta por melhores condições às minorias e aos mais pobres; (ii) não devem ser criados obstáculos à participação, pois a sociedade seria privada de um arcabouço semântico importante às deliberações públicas, uma vez que é impossível antecipar quais seriam os recursos perdidos, além de que podem servir como agentes de fomento das discussões cívicas e no redimensionamento da agenda política, inclusive, em prol de medidas que venham a ser benéficas a frações sociais as quais presta alguma assistência; (iii) os ônus participativos devem ser repartidos no ambiente democrático. À vista disso, sugere que a cláusula de tradutibilidade rawlsiana seja compartilhada, isto é, a tradução deveria ser cooperativa entre os cidadãos para garantir uma distribuição dos ônus argumentativos, caso contrário, o religioso estaria desestimulado à participação diante da sobrecarga mental e psicológica da tradução individualizada de sua cosmovisão. Aliás, se há algum ganho à coletividade, os custos também devem ser distribuídos.

Para Habermas, o direito de liberdade de religião não pode ser constituído como “uma proteção cultural para espécies naturais em extinção” (HABERMAS, 2007a, p. 157), pois contemplaria um viés social segregacionista e secularista. A participação do religioso deve viabilização à ampliação do bojo semântico das relações comunicativas e permitir a ocorrência de um processo complementar de aprendizagem entre religiosos e não religiosos. Por este processo, seria possível os sujeitos reconhecerem-se mutuamente, aperfeiçoando as bases epistemológicas. Em função disto identifica uma perspectiva pós-secular de sociedade, fundada no reconhecimento recíproco e na primazia da tolerância quanto respeito.

Habermas, em posição compatível a Rawls, entende que só será admitida na esfera pública formal, ou melhor, no âmbito institucionalizado dos parlamentos, tribunais e da administração pública, a utilização de justificações seculares, embora ressalve que na esfera pública informal seja possível uma abertura comunicativa apta a permitir que religiosos expressem suas visões segundo sua própria linguagem. Apesar disto, salienta a necessidade de

serem instituídos filtros para a transposição dos argumentos da esfera informal “selvagem” para o âmbito institucionalizado, sem que sejam perdidos os conteúdos válidos das doutrinas religiosas.

De modo adicional, Dworkin traça diversas contribuições que percorrem as bases da teoria do direito e desembocam na temática da liberdade religiosa. Apesar disto, são suas as principais considerações que não podem ser ignoradas: (i) o direito trabalha com conceitos interpretativos e relaciona-se diretamente com a moralidade política, embora não se restrinja a esta. Em vista disso, “o argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo [...]” (DWORKIN, 2010, p. 205). Por esse motivo, o estabelecimento de uma teoria que garanta a integridade sistêmica torna-se tão relevante. (ii) não há motivos claros que justifiquem a tutela exclusiva da liberdade religiosa. Concomitantemente, em razão da ideia de igualdade e dignidade humana, o Estado deve demonstrar igual respeito pelos cidadãos, para que estes se desenvolvam em consonância às convicções mais profundas. Logo, mais adequado seria a afirmação de um direito à independência ética.

De alguma maneira, Dworkin permite reconhecer que nunca haverá um cenário pleno de neutralidade. No entanto, o direito de liberdade religiosa, abarcado pelo direito de independência ética, justifica ser garantido por efeito do dever do Estado de igual respeito por seus cidadãos e, particularmente, enquanto núcleo da dignidade.

Ainda que tais reflexões já tragam certas contribuições à temática, por exigirem uma revitalização das possibilidades participativas nas instituições democráticas e, conjuntamente, imponham condições ao exercício das liberdades religiosas para a conservação de um tratamento igualitário entre os cidadãos, tais construções não são suficientes, posto que carregam uma elaboração unilateral centrada no indivíduo deslocado da dinâmica social. Em função disto, o quarto capítulo introduziu novos referenciais que permitiram um aprimoramento da investigação.

Em suma, permitiu-se uma ampliação das variáveis da pesquisa e, como resultado, o dimensionamento diferenciado da resolução teórica:

(i) primeiro, deve-se admitir o conflito inerente das relações sociais e a lógica adversarial que não pode ser afastada do âmbito do político. Por isso, por mais que se exija uma relação de respeito e colaboração dos cidadãos, o debate político deverá permitir a mais abertura aos cidadãos, inclusive, na exposição de suas cosmovisões, ainda que religiosas,

estando tão somente limitas pelas diretrizes constitucionais, por exemplo, no caso brasileiro, a vedação ao anonimato e a não discriminação;

(ii) as instituições jurídicas não podem ser vistas como antecedentes e totalmente independentes das concepções éticas e de vida boa de uma determinada sociedade, mas sempre interpretadas de acordo com o contexto social, afinal, refletem o grau de desenvolvimento das instituições, o avanço cultural e resultados de deliberações comuns já consolidadas. Dessa forma, estariam corretas as teses de Machado e Adragão, ao exigirem que o Estado seja sensível com as doutrinas confessionais, afinal, elas são partes deste contexto, da sociedade e da própria cultura de um povo, com implicações diretas o sistema jurídico que foi instituído e aperfeiçoado ao longo da história;

(iii) sempre existiram certos níveis de exclusão e uma visão hegemônica na prática do poder. Em função disto, devem as teorias buscar meios de conciliar estes fatos com os valores mais fundamentais da ordem democrática, por exemplo, o igual respeito entre as diferentes confissões de fé.

(iv) a identidade individual não se desenvolve de modo isolado, mas é dependente do contato com o outro. Trata-se de um resultado de uma relação dialógica, sendo essencial deparar-se com o diferente para que tenha um aprendizado quanto a si e quanto à existência do outro. Neste sentido, a liberdade de consciência e religião não pode ser reduzida à esfera privada, caso contrário, a própria formação identitária será empobrecida.

(v) diante da dependência dialógica, as relações de reconhecimento são fundamentais para o desenvolvimento sadio da identidade e da personalidade individual. Como demonstra Taylor, o reconhecimento insuficiente, errôneo ou distorcido pode levar a uma construção redutora, desmerecedora e desprezível de si, cenário fértil à manutenção e reprodução dos mecanismos de subordinação e dominação. Por esse motivo, deve-se trabalhar um conceito amplo e emancipatório de liberdade de consciência e religiosa, sempre atenta à máxima expressão. Caso contrário, as comunidades de fé, especialmente as minoritárias, tornar-se-ão cada vez mais marginalizadas, dependentes e desprezadas, por si e pelos outros parceiros sociais.

(vi) a admissão da variável intersubjetiva impõe uma investigação mais preocupada com o dinamismo social. Por isso, o direito, enquanto esfera de reconhecimento, não pode reduzir as liberdades de consciência e religião em visões estáticas, isto é, analisando-as tão somente pela natureza negativa e positiva. Diversamente, deve-se trabalhar um conceito de liberdade social em que estimule a interação e o recíproco reconhecimento com seus pares, a

fim de interiorizar uma imagem fortalecida de si, enquanto sujeito moralmente imputável, capaz de participar e influenciar as decisões de impacto coletivo.

Não obstante, a investigação não se rendeu a tais resultados. É bem verdade que se deve autorizar a máxima expressividade do cidadão e de suas cosmovisões, desde que respeitados os alicerces constitucionais. É acertado também que a lógica conflituosa da política deva ser vista como uma alternativa de trocas recíprocas, na construção e nos aperfeiçoamento das identidades, na conquista de direitos e na ampliação da capacidade comunicativa e semântica. Nestes termos, emerge uma ideia de liberdade de consciência e religião desatada das amarras neutralizantes e, quem sabe, com o reconhecimento do mais amplo respeito à independência ética, em sentido dworkiano.

Não obstante, este tratamento permissivo garantido ao cidadão na esfera do político não deve ser dirigido à autoridade pública no exercício de suas funções e cargos, por exemplo, os magistrados. Em vista disso, na parte final desta investigação, entendeu-se como possível erigir uma versão reformulada da ideia de razão pública, enquanto postulado normativo aplicativo. Essa versão engloba boa parte da estrutura rawlsiana, mas impõe alguns deveres complementares às autoridades, por exemplo, a avaliação dos efeitos de suas decisões em dois níveis (quanto aos fins e aos meios escolhidos), a autocontenção doutrinal e seu impacto fortalecimento da autodeterminação do indivíduo. Afinal, o exercício de cargos e funções não pode ser visto como uma abertura ao agir discricionário, pois os indivíduos ingressam voluntariamente a tais carreiras e sua conduta deve indicar um agir moralmente responsável.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. O Direito da Religião é Direito Público? Revisitação. Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar na FDUP, a 26 e 27 de janeiro de 2018. In: ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Produção científica – Liberdade Religiosa [mensagem pessoal]**. Mensagem recebida por <j.ribeiroalera@gmail.com> em 08 jul. 2018.

_____. Liberdade de consciência, de religião e de culto, 2013. In: ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Produção científica – Liberdade Religiosa [mensagem pessoal]**. Mensagem recebida por <j.ribeiroalera@gmail.com> em 08 jul. 2018.

_____. Crucifixos e Minaretes: a Religião no Espaço Público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção de conflitos religiosos. Revista de Direito Público, Janeiro-Junho de 2010, n.º 03, pp. 463 – 473. In: ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Produção científica – Liberdade Religiosa [mensagem pessoal]**. Mensagem recebida por <j.ribeiroalera@gmail.com> em 08 jul. 2018.

_____. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9.a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AQUINO, Maurício de. A formação da laicidade do estado brasileiro no prelúdio da ordem republicana (1889-1930). In: BRITO, Jaime Domingues Brito; RIGOLDI, Vivianne; JANINI, Tiago Cappi (orgs.). **Responsabilidade do Estado**. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2014/responsabilidade-do-estado.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2018.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Pluralismo e Justiça: estudos sobre Habermas**. São Paulo: Loyola, 2010.

AUDI, Robert. **Liberal Democracy and the Place of Religion in Politics**. In: AUDI, Robert; WOLTERSTORFF, Nicholas. Religion in the Public Square: The Place of Religious Convictions in Political Debate. London: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALERA, José Eduardo Ribeiro. A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin. In: MAILLART, Adriana Silva; LIMA, Renata Albuquerque. **Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line]**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/mgg256zf/Q5r2ifFwrevYt5NG.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BARBOSA, Evandro; COSTA, Thaís Cristina Alves. A concepção de dignidade humana em Ronald Dworkin: um problema de ética prática. **Griot: Revista de Filosofia** v.13, n.1, junho/2016. Disponível em: <<https://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol13-n1/19.pdf>>. Acesso em 02 dez. 2017.

BARRETO, André Assi. A defesa do libertarianismo de Robert Nozick. In: **XVI Encontro Nacional da ANPOF**, 2014, Campos do Jordão. Disponível em: <http://www.encontro2014.anpof.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=2848>. Acesso em 03 jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BAXTER, Hugh. **Habermas: the discourse theory of law and democracy**. Stanford: Stanford University Press, 2011.

BECHI, Diego. Luta por reconhecimento e a formação da identidade na teoria crítica de Axel Honneth. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 165, fevereiro de 2015, ano XIV. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/25642/14372>>. Acesso em 02 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Desobediência Civil. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. 1 Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferraia; rev. geral João Ferraia e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 335-338.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Decreto nº 119-a, de 7 de janeiro de 1890**. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. DOU: 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10/11/2016.

_____. Justiça Federal do Rio de Janeiro - 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Decisão à Ação Civil Pública. **Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101** (2014.51.01.004747-2). Ministério Público Federal (autor) e Google Brasil Internet Ltda (réu). Juiz Federal Titular Eugênio Rosa de Araujo. Rio de Janeiro, 28 de abril de 2014. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=041FBBF10896B4F3DB48D277F4FD6410D&timeIni=10628,08&P1=69947497&P2=34&P3=&NPI=153&NPT=153&TI=1&NV=364902&MAR=S>>. Acesso em: 04 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.649**, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.076**, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, DJ de 8-8-2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no recurso ordinário em habeas corpus 134.682 Bahia**. Reclamante: Jonas Abib e Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em: 30 de maio de 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309727535&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 006 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 859.376**. Reclamante: União; Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 24 de junho de 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309818596&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança nº 37.070** - sp (2012/0020565-0). Recorrente: Mariane Vieira Moral. Recorrido: Danilo Vieiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgamento em: 25 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200205650&dt_publicacao=10/03/2014>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 363889 / DF** - Distrito Federal. Reclamante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Diego Goiá Schmaltz. Reclamado: Goiá Fonseca Rates. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 10 jun. 2018;

_____. Tribunal de Justiça (RS). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022100416/2007/Cível**. Proponente: Prefeito Municipal de Gravataí. Requerida: Câmara De Vereadores do Município. Relator: Guinther Spode. Porto Alegre, 03 nov. 2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2018.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. **Argumenta Journal Law**, n. 11, 2009, p. 75-94. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/144>>. Acesso em 04 mar. 2017.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. Ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DURÃO, Aylton Barbieri. **Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 32(1): 119-137, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/08.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.

_____. **Religion without God.** Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2013.

_____. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FELDHHAUS, Charles. Habermas e a desobediência civil. In: LIMA, Clovis Ricardo Montenegro de. **Anais do XI Colóquio Habermas e II Colóquio de Filosofia da Informação (22-24 set. 2015):** os limites para a liberdade comunicativa. Rio de Janeiro: Salute, 2016, p. 346 – 361. Disponível em: <<https://colouquiohabermas.wordpress.com/outras-edicoes/colouquio-habermas-2015/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPodivm, 2017.

FREEMAN, Samuel. **Rawls.** Routledge Philosophers. Abingdon, New York: Routledge, 2007.

FORST, Rainer. Toleration: concept and conceptions. In: _____. **Toleration in Conflict: Past and Present.** Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 17 – 35.

GARGARELLA, Roberto. **John Rawls, La Razón Pública y el Papel del Poder Judicial.** Trad. Leonardo García Jaramillo. In: Praxis Filosófica, Nueva Serie, N° 26, p. 287-296, Enero-Junio, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-46882008000100016&script=sci_arttext> Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. **Las teorías de la Justicia después de Rawls: Em breve manual de filosofía política.** Barcelona: Paidós, 1999.

GONDIM, Elnora; RODRIGUES, Osvaldino Marra. **Rawls: Justificação coerentista emergente. Nómadas.** Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. V. 27, nº 3, Madrid, 2010, p. 419-432. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA1010330419A/25832>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

GONÇALVES, Ricardo Juozepavicius. O direito em Axel Honneth: a luta por reconhecimento em desenvolvimento. **Revista Direito e Liberdade (RDL – ESMARN)**, v. 19, n. 2, p. 253-275, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1110/737>. Acesso em: 2 jun. 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Mundo de La vida, política y religión.** Traducción de Jorge Seca. Madrid, Trotta, 2015.

_____. **Israel o Atenas: ensayos sobre religión, teología y racionalidade.** Edición de Eduardo Mendieta. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. What is Meant by a ‘Post-Secular Society’? A Discussion on Islam in Europe. In: HABERMAS, Jürgen. **Europe: The Faltering Project.** Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 59 – 77.

_____. “The Political”: The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology. In: BUTLER, Judith; HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles; WEST, Cornel. **The power of religion in the public sphere.** New York: Columbia University Press, 2011, p. 15 – 33.

_____. **The inclusion of the other: studies in political Theory.** Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Greiff. Massachusetts: The Mit Press, 1998.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. Georđe Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Pre-political Foundations of the Democratic Constitutional State? In: HABERMAS, Jürgen; RAZTINGER, Joseph Cardinal. **Dialectics of Secularization: on reason and religion.** Translated by Mrian McNeil. Sam Francisco, Ignatius press, 2006.

_____. **Between Naturalism and Religion: Philosophical essays.** Translated by Ciaran Cronin. Cambridge, Malden: Polity Press, 2008.

_____. **Entre Naturalismo e religião: estudos filosóficos.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. trad. Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Vol. II. trad. Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático? In: HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização:** sobre a razão e a religião. Aparecida: Ideias & Letras, 2007c, p. 21 – 57.

_____. **O futuro da natureza humana.** Trad. Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviathan:** or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill. London: University Press, 1651.

HONNETH, Axel. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, no 33, mai./ago. 2013, p. 56-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/v15n33/v15n33a03.pdf>>. Acesso em: 2 jun 2018.

_____. **La sociedad del deprecio.** Edición e traducción de Francesc J. Hernández y Benno Herzog. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa; Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015a.

_____. **O direito da liberdade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins fontes, 2015b.

JESUS, Ivone Cirino de. Religião afro-brasileira no palco da ditadura: uma análise da peça sortilégio, de abdias nascimento (1979). In: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. **Os desafios da escola pública paranaense na perspectiva do professor PDE.** Versão Online. Cadernos PDE. Vol. 1. Curitiba: SEED-PR: 2013. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_uel_hist_artigo_ivone_cirino_de_jesus.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 9. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

KANT, Immanuel. An Answer to the Question: What is Enlightenment?. In: KANT, Immanuel. **Practical philosophy.** Trad. de Mary J. Gregor. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 11 – 22.

KRAMER, Matthew H. **Liberalism with Excellence.** Oxford: Oxford University Press, 2017.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William Soares. Religião sem Deus: uma questão de fé e valores. **Revista Direito e Práxis.** Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 319-342. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8349/6375>>. Acesso em 02 dez. 2017.

LANZA, Fabio. Igreja Católica e ditadura militar (1964-1985) no Brasil: a memória dos bispos paulistanos sobre o golpe militar. In: DONAT, Mirian; IVANO, Rogério (org.). **Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas. 7:** 2008: Londrina, PR. Anais do [7] seminário de pesquisa em ciências humanas de 17 à 19 de setembro de 2008. Londrina: Eduel, 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/sepech/sepech08/arqtxt/resumos-anais/FabioLanza.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

LARMORE, Charles. **The Autonomy of Morality.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado Constitucional e neutralidade religiosa:** entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional:** leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Rúrion. **O uso público da razão:** pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. reform., rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, n. 25, p. 11-23, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200003>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Sobre o político.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **Dimensiones de democracia radical:** pluralismo, ciudadanía, comunidad. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012.

_____. Globalização e cidadania democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** v. 36, 2001, p. 17-25. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1779>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. A cidadania democrática e a comunidade política. **Revista estudos de sociologia**. V. 2, n. 2, 1997. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/663>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política & Sociedade**, n. 3, outubro de 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **El retorno de lo político**. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. Religião, democracia liberal e cidadania. In: BURITY, Joanildo A.; MACHADO, Maria das Dores (org.). **Os votos de Deus: evangélicos, política e eleições no Brasil**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Ed. Massangana, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Nathália Fernandes de. **A repreensão policial às religiões de matriz afro-brasileiras no Estado Novo (1937-1945)**. Dissertação de Mestrado em História Social. Universidade Federal Fluminense. 173 fls. Niterói, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2017.

_____. **Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2018.
Disponível em:< http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em 01 jun. 2017.

_____. **Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf>. Acesso em 03 jun. 2017.

_____. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, pela Resolução 36/55. Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1981Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Intoler%C3%A2ncia%20e%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Baseadas%20em%20Religi%C3%A3o%20ou%20Cren%C3%A7a.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

_____. **El Análisis Económico del Derecho**. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

PINZANI, Alessandro. Fé e saber? Sobre alguns mal-entendidos relativos a Habermas e à religião. In: PINZANI, Alessandro; DE LIMA, Clóvis M.; DUTRA, Delamar V. **O pensamento vivo de Habermas: uma visão interdisciplinar**. V Colóquio Habermas, realizado na UFSC, Florianópolis, 8 a 11 de setembro de 2008. NEFIPO, Florianópolis: 2009a. Disponível em: <http://www.nefipo.ufsc.br/files/2011/12/Habermas_Anais2008-3.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013

RAWLS, John. **Political Liberalism**. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. 2. imp. São Paulo: Editora Ática, 2000a.

_____. Conferência IX. Resposta a Habermas. In: RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 440 – 515.

_____. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. **The idea of public reason revisited**. In: _____. **The law of peoples**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2000c.

_____. **A Idéia de Razão Pública Revista**. In: _____. **O direito dos Povos**. Trad. Luís Carlos Borges. 1.ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Justiça como Equidade: uma reformulação**. Organização: Erin Kelly; Tradução: Claudia Berliner; Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Lectures on the history of political philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Rev. tec. e trad. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Trad. Fabio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REIS, Junio Barreto; COSTA, Ilton Garcia . Diálogo Inter-Religioso: Cooperação entre as Religiões para a Busca do Bem Comum à Humanidade. In: Leonel Severo Rocha; Thais Janaina Wenczenovicz; Enzo Bello. (Org.). **Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas Conpedi UFSC**. 1ed.Florianópolis - SC: Conpedi, 2014a, v. 1, p. 246-260. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c058b3ed935f6561>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

REIS, Junio Barreto ; COSTA, Ilton Garcia . Os Limites da Intervenção do Poder Público nas Organizações Religiosas. In: Roberto Senise LISBOA; Elcio Nacur REZENDE; Ilton Garcia da COSTA.. (Org.). **Relações Privadas e Democracia - Conpedi UFSC**. 1ed.Florianópolis - SC: Conpedi, 2014b, v. 1, p. 100-119. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=035d4ef6feb5268>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

REIS, Junio Barreto dos. **Liberdade religiosa no ambiente de trabalho e o dever de acomodação**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 133 páginas, Jacarezinho, 2015.

ROCHLITZ, Rainer (coord.). **Habermas: o uso público da razão**. Trad. Léa Novaes. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2005.

SAFATLE, Vladimir. **Lógicas do Reconhecimento**. Curso Ministrado no Departamento de Filosofia. Universidade de São Paulo. Primeiro semestre de 2017. Disponível em:<https://www.academia.edu/33824744/Curso_integral_-_L%C3%B3gicas_do_reconhecimento_2017_>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. 2 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCALQUETTE. Rodrigo Arnoni. **História do Direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCAMPINI, José. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado – Primeira Parte. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar. 1974a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496774>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado – Segunda Parte. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 42, p. 369-430, abr./jun. 1974b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496775>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado – Terceira Parte. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 43, p. 162-267, jul./set. 1974c. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496776>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado – Quarta Parte. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 44, p. 161-203, out./dez. 1974d. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496777>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado – Quinta Parte. **Revista de informação legislativa**, v. 12, n. 45, p. 91-134, jan./mar. 1975. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496778>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Lucas Gustavo Teixeira da. Religião e política no Brasil. **Latinoamérica [online]**. 2017, n.64, pp.223-256. ISSN 2448-6914. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-85742017000100223&lng=es&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação**. Trans/Form/Ação [online]. 2009a, vol.32, n.1, pp. 139-157. ISSN 1980-539X. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/09.pdf>>. Acesso em: 03 FEV. 2017.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **O papel da Razão Pública na Teoria da Justiça de Rawls**. Filosofia Unisinos, 10(1):65-78, jan/abr 2009b. Disponível em: <<http://www.revistafilosofia.unisinos.br/pdf/143.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **A Justificação por Consenso Sobreposto em John Rawls**. Philosophos. 12 (1): 11-37, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/4764>> Acesso em: 15 jul. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.15, p. 207-227 - abril/junho 2005. Disponível

em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-15-2013-abril-junho-de-2005/ponderacao-de-principios-e-racionalidade-das-decisoes-judiciais-coerencia-razao-publica-decomposicao-analitica-e-standards-de-ponderacao>>. Acesso em: 20 maio 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. **Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth**. *Sociologias* [online]. 2013, vol.15, n.33, pp.142-168. ISSN 1517-4522. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222013000200006>>. Acesso: em 2 jun. 2018.

_____. Justificação, reconhecimento e justiça: Tecendo pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. *Civitas*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 126-144, jan.-abr. 2012. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8249/2/Justificacao_reconhecimento_e_justica_Tecendo_pontes_entre_Boltanski_Honneth_e_Walzer.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SOUZA, Fabíola Amaral Tomé de. Umbanda e Ditadura Civil-Militar: relações, legitimação e reconhecimento. *Revista Angelis Novus*. USP – Ano VII, n. 11, pp. 13-32, 2016. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/ran/article/download/96765/134005> >. Acesso em: 29 jun. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, v. 10, p. 17-47, 2009.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **La libertad de los modernos**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

_____. O que significa secularismo? In: ARAUJO, Luiz Bernardo Leite; MARTINEZ, Marcela Borges; PEREIRA, Taís Silva (org.). **Esfera pública e secularismo: ensaios de filosofia política**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

TORRE, Mariano C. Melero de la. **La razón jurídica como modelo de razón pública: Rawls, Dworkin y el Derecho**. *Enrahonar*, n. 43, p. 83-109, 2009. Disponível em <<http://ddd.uab.cat/pub/enrahonar/0211402Xn43p83.pdf>> Acesso em: 20 abr. de 2013.

_____. **Neutralidad política**. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. n. 3, septiembre 2012 – febrero 2013, p. 184-191. Disponível em: <http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/09/13-Eunomia3_Melero_corregido.pdf> Acesso em: 20 abr. 2013.

UNESCO. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Aprovada pela Conferência Geral em sua 28ª reunião, em 16 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. atualizado até a EC n. 90/2015. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educus, 2008.

ZAMBRANO, Pilar. **La Razón Pública em Rawls**. Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, n. 5, p. 871-883, 2001. Disponível em <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2133/1/AD-5-38.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2013.

ZANONE, Valério. Laicismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. 1 Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferraia; rev. geral João Ferraia e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasileira, 1998, p. 670-174.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e introdução de H. H. Gerth e C. Wright Mills. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

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

WEITHMAN, Paul J. **Religion and the obligations of citizenship**. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004.

WERLE, D. L. Tolerância, legitimação política e razão pública. **Dissertatio**, v. 34, p. 141-161, 2012b. Disponível em: <<http://www2.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/35/07.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.