

FICHAMENTO:

“Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.”, por **MARLI EULÁLIA PORT**¹

Autor: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes.



Em 1993 obteve o grau de Mestre com tese intitulada “Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.”. Em 2001 obteve o grau de Doutor com tese intitulada “Liberdade de Expressão: direitos constitucionais da esfera pública no sistema social.”. É autor de vários livros e artigos jurídicos, atualmente leciona Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Europeu e Direito Administrativo e Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal.

Título: Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.

Total de páginas: 426

ISBN: 972320729X

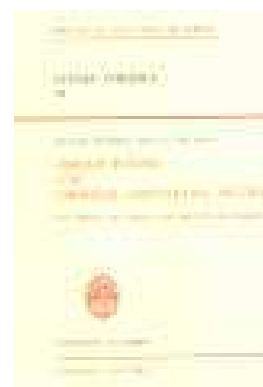
Edição | Volume: 0ª edição | 1 volume

Encadernação: brochura

Capítulos: I ao VI

Data de Lançamento: 02/06/2003

Impressão | Local |: Coimbra Editora Limitada. | Coimbra, Portugal



¹ Advogada em Florianópolis/SC, **Lovato e Port Advogados**. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (2001). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (2004). Egressa do Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul - AJURIS (2006).

NOTA PRÉVIA (p. 7)

A obra ora fichada foi resultado da pesquisa efetuada pelo autor para a conclusão de sua tese de mestrado, porém complementada com a introdução de nova sistematização e maior densificação dos temas.

INTRODUÇÃO (p. 9-12)

A religião, desde sempre, é tema que desperta o que de melhor ou pior existe na história da humanidade. As formas de religiosidade são diversas entre si, embora haja semelhanças entre muitas delas. A valorização cristã da personalidade individual e a afirmação “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus” condicionaram a reflexão sobre as relações entre o político e o religioso e entre o direito e a moral nos dois mil anos subseqüentes. Tais palavras propiciaram - com implicações revolucionárias - a base de um processo político e institucional, que evoluiu do momento hierocrático (afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado), passando pelo momento regalista (no qual se afirmam os direitos do Estado frente à Igreja) e culmina com o momento constitucional (que se traduz pela afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente à Igreja e ao Estado).

A Constituição portuguesa de 1976 consagra o direito fundamental à liberdade religiosa pelo princípio da separação das confissões² religiosas. O objetivo do autor, com a obra ora estudada, foi elaborar um estudo hermenêutico que clarifique aos operadores do direito o conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa e do princípio em causa e que justifique a sua centralidade no discurso jurídico-constitucional.

O autor buscou atentar para os perigos que resultam da leitura e interpretação dos conceitos constitucionais à luz das concepções religiosas, fazendo uma crítica,

² Confissões religiosas: seitas ou crenças religiosas.

no particular, à forma como a Igreja Católica mantém a sua supremacia em Portugal, “graças ao tratamento privilegiado que recebe dos poderes públicos, ao longo de séculos, quer positivamente através do apoio fático para a realização das suas finalidades especificamente religiosas, quer negativamente pelo apoio normativo da proscricção, perseguição e discriminação dos membros das diferentes confissões religiosas” ou seitas religiosas.

CAPÍTULO I - O DISCURSO TEOLÓGICO-CONFESSIONAL SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA (p. 13-52)

Este trabalho se baseia no espaço discursivo do direito constitucional, a fim de estabelecer as implicações do fenómeno religioso constitucionalizado, para o qual todos os cidadãos são livres e iguais. Mas há dois espaços de discursos nos quais se baseia a liberdade religiosa como direito fundamental: o de natureza teológica e o de natureza jurídico-constitucional.

Começa-se com o estudo do discurso de natureza teológica-confessional da liberdade religiosa por duas razões: por envolver as relações entre o político e o religioso durante a maior parte da história e porque o discurso jurídico-constitucional surge como superação do discurso confessional.

1. Antecedentes pré-cristãos: a tradição de unidade teológico-política (p. 14-17)

O ser humano sempre procurou desenvolver imagens, símbolos e modelos que pudessem ser aplicados de modo a desenvolver e conceituar a sua realidade. A religião, neste aspecto, desenvolveu-se em íntima relação entre o sagrado e o profano. O *eu* e o *grupo* não questionavam a sua identidade moral-prática, pois esta era transmitida pela autoridade e tradição, denotando o carácter íntimo nas relações entre o poder político e a função religiosa (a exemplo dos judeus, gregos e romanos). Para os judeus, a vida humana teve origem na vontade divina e todas as normas vigentes (poder político) deveriam refletir-se de acordo com as leis divinas (preceitos estabelecidos por Deus). Não havia espaço para a liberdade de consciência individual, sendo que a coerção e a perseguição por motivos religiosos era a regra. Na Grécia antiga, inicialmente, o poder político era atribuído ao rei que tinha acesso à religiosidade por via da mitologia. Com o advento do pensamento

filosófico-racional, as instituições de poder passaram a ser democratizadas. Platão e Aristóteles auxiliaram a vinculação do divino às idéias de razão e lei natural, mas prevaleceu a conformação do indivíduo aos interesses da coletividade.

Na *civitas* romana as funções políticas e sacerdotais estavam fortemente imbricadas, citando a máxima de Cícero: “uniquique civitate religio est, nostra nobis”³ e o politeísmo romano não era dogmático: a religião estava a serviço da eficácia do sistema jurídico que visava a regulação estável das relações humanas de acordo com a idéia de justiça. O *jus sacrum* é parte integrante do *jus publicum*, sendo aquele considerado um serviço público, mas não havia exclusão relativamente a todos quantos professassem outros cultos (regra do Panteão aberto).

2. A emergência histórica do Cristianismo (p. 17-20)

Os cristãos herdaram o monoteísmo judaico, somado aos atos de arrependimento (conversão espiritual ou metanóia) e fé na salvação pelo sofrimento de Jesus Cristo. Esse pensamento revolucionário ressalta a ênfase dada ao indivíduo frente ao coletivo. A crença do indivíduo em seu relacionamento pessoal com Deus traduz-se numa transformação espiritual individual, operada nos domínios da consciência, adequando a sua conduta à sua crença de salvação, acentuando as idéias de liberdade e responsabilidade do indivíduo.

Nas relações entre o religioso e o poder político destacam-se outras palavras revolucionárias de Cristo⁴ articulando mais a transformação espiritual das mentes do que a instrumentalização das estruturas do poder. Não se descarta, todavia, a relação da Igreja com os poderes estabelecidos, do que se deduz: a) da soberania de Deus resulta que o poder estabelecido está sob a Sua autoridade e Seus propósitos; b) o ideal divino é a prossecução do bem e da justiça; c) os crentes têm deveres morais de obediência, cooperação e não resistência às autoridades e; d) prevalência das normas divinas em caso de conflito com as normas dos poderes públicos.

³ “Cada cidade tem a sua religião, nós temos a nossa.”

⁴ “O meu Reino não é deste mundo [mas dos Céus]”.

3. A cristianização do Império (p. 20-24)

O fato de os primeiros cristãos devotarem a sua lealdade suprema a outro - que não o imperador romano - era motivo de sua perseguição e destruição de templos e livros, além da qualificação como ateus e condenação à morte se se recusassem a oferecer sacrifícios pagãos. Mas isso não impediu que até mesmo os membros da família imperial devotassem sua fé a Cristo.

A partir do Séc. VI, com a conversão de Constantino, passou-se à consagração do princípio de liberdade religiosa (de crença e de culto).⁵ Buscando evitar o declínio do império, o imperador usa o potencial socialmente integrador do cristianismo e se autoproclama o supremo moderador nas relações entre a Igreja e a *civitas*.

Destarte, o próprio imperador alicerçava a legitimidade do seu poder num princípio teológico-político, confundindo, cada vez mais, as funções políticas e religiosas⁶ e privilegiando membros do clero cristão, imunizando-os fiscal e juridicionalmente. Quanto aos não-cristãos, estes eram cercados de intolerância formal⁷ (confisco de bens), coação (destruição de locais e objetos pagãos) e exclusão, inclusive com pena capital. É a primazia da verdade objetiva sobre a noção da liberdade subjetiva.

Nesse ponto inicia a tradição, cujos efeitos ainda hoje se fazem sentir, de proteção à Igreja Cristã à custa do sacrifício da liberdade das crenças⁸. A partir do contexto teológico-político, a Igreja passa a imiscuir-se na política, no direito, na economia, na arte, na cultura, etc.

4. Da cidade dos homens à cidade de Deus (p. 24-26)

Agostinho de Hipona trata o declínio do império romano do ocidente como processo linear de automanifestação divina, apontando para a decadência natural da

⁵ De *religio licita*, o cristianismo passou a *religio ufficiale*, por Teodósio, em 380 d.C.

⁶ É a cristianização do Império, que acarreta uma alteração jurídica radical na situação dos cristãos: de perseguidos a político e juridicamente protegidos.

⁷ De natureza jurídico-política.

⁸ Advém daí - no futuro - o surgimento dos princípios constitucionais da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado como reação à tradição do poder político se imiscuir na vida interna das confissões religiosas e de perseguir outras crenças.

cidade dos homens, dominada pelo orgulho humano e desprezo de Deus, para a sua substituição pela cidade de Deus⁹, o mal cede ao bem assim como o pecado do homem cede à salvação por Deus. Rapidamente, fez-se a leitura político-institucional da obra de Agostinho.

5. O dualismo gelasiano (p. 26-27)

A obra de Agostinho e a queda do império romano do ocidente criaram condições para a afirmação gradual da aspiração de unidade político-espiritual de supremacia eclesiástica. Deve-se ao imperador Gelásio I a idéia de conformação do mundo em dois princípios: autoridade sagrada dos pontífices e a potestade real, numa clara tentativa de inverter a prevalência do político sobre o religioso. O ideal gelasiano era manter o equilíbrio instável entre Igreja e Estado sendo que a única constante seria a sobreposição dos discursos político e religioso.

Esse ideal não foi bem recebido pelo oriente e o poder político se viu forçado a interferir extensivamente em termos regalistas e jurisdicionalistas nos assuntos internos da Igreja, tal sucedendo-se, no ocidente, a partir da Reforma Protestante.

6. A cristandade (p. 27-30)

Só a Igreja Católica estava em condições de preencher o vazio político e cultural deixado pelo império romano, reconduzindo a pluralidade feudal a uma unidade de sentido. Surge, então, a gradual assimilação do natural pelo sobrenatural. Do ponto de vista jurídico, sustenta-se que o Papa é sucessor não apenas de Pedro, mas também de César, reclamando a suprema autoridade em questões políticas e subordinação de todos os monarcas. No plano teológico, é o poder do *summus pontifex* e a prevalência do poder da República Cristã.

Assim, cabia ao Papa a fixação das esferas de competência dos poderes espiritual e temporal. Só o Papa, na qualidade de chefe político do mundo cristão poderia decidir, em última instância, da guerra e da paz, da repartição das terras

⁹ Na *Civitas Dei*, Agostinho relaciona a cidade dos homens com Caim e a cidade de Deus com Abel.

descobertas e da disposição das pessoas e coisas de todo o mundo¹⁰. Quase não havia distinção entre uma assembleia política e um concílio, numa clara confusão entre a religião e o político.

7. *Libertas ecclesiae* (p. 30-36)

A noção da liberdade eclesiástica se reveste de uma natureza teológica, com importantes implicações na posição relativa de liberdade do indivíduo.

No discurso teológico de Agostinho, não há salvação fora da Igreja, numa clara evidência de intolerância material. Em um primeiro momento, defende ele a benevolência e a paciência para com os não-cristãos. Após, passa a defender o uso da força como meio de combate à heresia e integração dos hereges à Igreja, face aos seus conceitos de verdade absoluta.

A contribuição de Tomas de Aquino (com a devida ressalva à complexidade e genialidade do seu pensamento) deriva da influência aristotélica. Ele conceitua a liberdade eclesiástica com base na construção da sociedade em termos teocêntricos e unitários: a comunidade é concebida como um todo autônomo constituído por diferentes partes – os indivíduos – que podem ser sacrificados (através da pena de morte) frente aos interesses superiores da comunidade. O indivíduo é tido como um animal político inconcebível senão na sua inserção comunitária. Percebe-se, então, o direito natural e o direito divino, exigindo-se a subordinação da consciência individual à ordem social e moral objetiva.

Para Tomas de Aquino a verdadeira liberdade significa liberdade de toda a irracionalidade e do erro: uma comunidade política será verdadeiramente livre se não existir nenhum impedimento à fé e ao conhecimento de Deus. Os não-cristãos seriam coagidos ao arrependimento, pena de excomunhão ou, quando menos, apenas tolerados, já que o erro não pode ser titular, no plano jurídico, de qualquer liberdade. Sob este prisma, se legitimaria a Inquisição como elemento estrutural da concepção teológico-política dominante.

¹⁰ A regra é a submissão do príncipe à jurisdição da Igreja, de acordo com o postulado da derivação teológica do poder político.

A Igreja, ao reivindicar para si proteção jurídico-estatal de modo algum extensível às outras seitas ou confissões religiosas, confirma sua pretensão de superioridade teológica intrínseca¹¹. Todavia, esta retórica de liberdade eclesiástica deve ser abandonada para entender corretamente o direito fundamental da liberdade religiosa.

8. O Estado Cristão (p. 36-43)

O conceito da liberdade eclesiástica influencia os desenvolvimentos políticos posteriores, pois o Estado, em última instância, é instrumento para auxiliar a Igreja na realização das suas superiores finalidades sobrenaturais.

O Estado moderno surge na seqüência da Reforma Protestante e das guerras religiosas como solução política para os conflitos religiosos. Quando em maioria o catolicismo no Estado, a Igreja Católica luta para manter sua posição privilegiada junto das estruturas estatais que lhe permitem neutralizar as outras confissões. Quando em minoria, luta contra as discriminações de que é alvo e defende o direito à liberdade religiosa.

O conceito de *libertas ecclesiae* aponta para idéia de Estado Cristão (leia-se: teologicamente legitimado) que procura assegurar a sua *potestas indirecta in temporalibus*, face aos inevitáveis conflitos internos entre as pretensões teológico-políticas dos Estados soberanos e da Cúria Romana, dado aos caracteres absolutos de tais pretensões.

A doutrina canônica e curialista propõe a tese segundo a qual Igreja e Estado são *societas iuridice perfectae*, independentes e soberanas, divinamente estabelecidas para proverem, globalmente, as necessidades humanas, devendo estabelecer entre si uma relação de parceria espiritual.

Todavia, a Igreja Católica nunca abdicou de situar os discursos político e jurídico de forma teológica, onde a sua própria autodefinição a colocava numa posição de máxima preeminência. Com o advento da revolução francesa e do constitucionalismo liberal, o qual colocava em proeminência a idéia de liberdade e

¹¹ O silogismo aquiniano da doutrina da *libertas ecclesiae* é: só a verdade tem direitos; só a Igreja Católica tem a verdade; logo, só a Igreja Católica tem direitos.

dignidade de todos os cidadãos¹², a Igreja Católica sentiu-se ameaçada em suas pretensões teológico-políticas e atacou com o arsenal teológico da liberdade eclesial, condenando o liberalismo e o princípio da separação das confissões religiosas do Estado como um grave erro.

A Igreja defende, nesse passo, a esconjuração do aludido princípio, afirmando que o Estado deve se subordinar e reconhecer a positivação do direito divino, na sua versão católica, enfatizando o dever humano de prestação de culto a Deus conferindo-se-lhe relevo jurídico e político.

9. O Concílio Vaticano II e os desenvolvimentos posteriores (p. 43-50)

Para a Igreja Católica, o Concílio Vaticano II representa o acontecimento do século. É certo que o resultado extrapolou largamente o âmbito estritamente confessional, assumindo grande importância nos domínios da vida social. A mudança na atitude da Igreja, em claro esforço de renovação teológica e doutrinária, mostra-se pela adoção de um novo discurso, no tocante aos direitos fundamentais¹³: vincula o direito à liberdade religiosa com o princípio da dignidade da pessoa humana, depois de ter lutado contra a sua afirmação durante séculos. É a precedência da liberdade sobre a verdade, mais próxima às concepções de uma ordem fundamental livre e democrática.

A Igreja, ao relativizar os tempos de intolerância e obscurantismo, procurou, com o Concílio Vaticano II, recuperar para si o protagonismo na luta pelos ideais constitucionais, designadamente pelas idéias de liberdade, igualdade e fraternidade, fato reconhecido pelo Papa João Paulo II¹⁴.

Pela leitura dos textos do Concílio, fica-se com a sensação de que a Igreja apostou na ambigüidade ao trazer uma nova doutrina de liberdade religiosa e das relações entre Igreja e Estado. Por exemplo: na Declaração da Dignidade da Pessoa Humana consagrou-se de modo categórico e solene o reconhecimento da liberdade religiosa a todos os indivíduos, juntamente com o princípio da igualdade jurídica

¹² O constitucionalismo liberal apresenta a liberdade religiosa de todos os cidadãos num nível de generalidade mais elevado do que o da *libertas ecclesiae*, abarcando as diferentes crenças religiosas e trazendo associado o princípio da separação das confissões religiosas do Estado.

¹³ Exemplo: dignidade da pessoa humana, liberdade de consciência, etc.

¹⁴ V. nota 141 da obra original.

entre crentes e não crentes. A liberdade religiosa, fundada na dignidade humana, é compreendida como implicando que todos os homens devem estar livres de coação, quer por parte dos indivíduos, quer por parte dos grupos sociais ou de qualquer autoridade humana e, de tal modo que, em matéria religiosa, ninguém seja forçado a agir contra sua própria consciência nem impedido de proceder segundo a mesma, em privado ou em público, dentro dos devidos limites.

Ao estabelecer-se a igualdade jurídica, condenou-se a discriminação que alguns governantes introduzem entre crentes e não crentes, levando a crer no surgimento de igual liberdade religiosa.

Como ponto crucial está a afirmação da independência da comunidade política e da Igreja e, com relação aos privilégios concedidos pelas autoridades civis, afirmou-se que a Igreja não põe neles a sua esperança.

Abandonou-se o silogismo aquiniano? Operou-se uma adesão ao discurso constitucional da liberdade religiosa ou alargou-se o conceito de tolerância de Agostinho? Um jurista não poderia resolver tais questões com a autoridade que o faria um teólogo, mas o jurista pode iluminar as possíveis respostas. Assim, é necessário atentar para os seguintes dados: a) os termos empregados nos textos do Concílio, tais como direito natural, liberdade, consciência, cooperação, pode não ter o mesmo significado que teriam no discurso jurídico-constitucional; b) continuam, até hoje, sendo empregados termos com forte presença de significação teológica nos textos conciliares, tais como verdade, autêntica liberdade, liberdade da igreja, etc., afirmando a Igreja que a doutrina católica tradicional acerca do dever moral que os homens e as sociedades têm para com a verdadeira religião e única Igreja de Cristo é plenamente conciliável com a noção de liberdade religiosa...

Destacam-se os discursos recentes¹⁵ da Igreja Católica, que se autoproclama “perita em humanidade”, nos quais estão presentes as máximas de que “a verdade modela a liberdade”, “a liberdade depende da verdade”, então “é ilusória qualquer liberdade fora da própria verdade”, numa clara referência à teologia de Agostinho. Tais discursos evidenciam a mesma pretensão de sempre: que “à Igreja Católica seja reconhecida, por parte do Estado, uma posição política e juridicamente privilegiada, em detrimento das demais confissões religiosas”, dada a sua

¹⁵ Dados de 1993, nos discursos do então Papa João Paulo II.

“superioridade moral” frente ao Estado e ao indivíduo, dada a sua autocompreensão como “representante legal de Deus”.

Não pretende o discurso jurídico-constitucional resolver as máximas retro referidas, nem pretende desenvolver e legitimar as definições (corretas ou não) ou as concepções teológicas das demais crenças religiosas como igualmente *societas iuridice perfecta*, devido ao perigo de pretender se conferir um valor decisivo na disciplina jurídica da liberdade religiosa individual e coletiva.

O discurso jurídico-constitucional pretender alertar, isso sim, para o fato de que a Igreja Católica é a confissão religiosa dominante e goza de uma grande capacidade de pressionar o processo político-legislativo. Assim, é imprescindível alertar os operadores jurídicos para a possibilidade de, nos textos conciliares, estarem ocultas as pretensões exclusivistas e privilegiadoras¹⁶ da *libertas ecclesiae*, podendo as mesmas regressar a qualquer momento.

Não é necessário, contudo, a adoção de medidas de prevenção. Basta, apenas, não confundir o direito constitucional da religião, assente na consideração dos cidadãos como livres e iguais, com o *jus publicum ecclesiasticu*, entendido como a doutrina católica sobre as relações entre Igreja e Estado. É necessário, contudo, sempre dispensar uma atenção especial às minorias, porque mais vulneráveis e mais necessitadas de proteção jurídica, além de possuírem menores possibilidades de intervenção e pressão políticas.

10. A *libertas ecclesiae* e a liberdade individual (p. 50-52)

A liberdade eclesiástica, de natureza claramente institucional e exclusivista, não deixava nenhuma margem à liberdade religiosa na acepção jurídico-constitucional acerca do tema, esta era inexistente e era considerado impossível um reconhecimento subjetivo de liberdade de consciência individual.

A expressão da liberdade individual era relegada para o foro interno e a defesa do caráter público da crença dominante tinha como correlato a privatização

¹⁶ É que a Igreja Católica diz que não põe a sua esperança em privilégios, mas não diz que os recusa, pura e simplesmente...

das outras. A liberdade religiosa coletiva era proibida¹⁷, situação que não permitia aos católicos o conhecimento de outras religiões e, se por acaso o fizessem, sabiam dos riscos que a mudança de ideologia representava. É por tal motivo que muitos se assumem como católicos não praticantes, de modo a não sofrerem privações. Esta situação, ao menos estatisticamente, reserva à Igreja a manutenção de suas posições jurídicas de privilégio junto ao Estado.

Com o discurso jurídico-constitucional, que será visto no capítulo adiante, procura-se a consagração constitucional de uma igual liberdade religiosa, individual e coletiva, compatível com a exigência constitucional de tratar todos os cidadãos e todos os grupos de cidadãos com igual consideração e respeito.

CAPÍTULO II - O DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA (p. 53-101)

Para a Europa Ocidental a data que determina o fim da Idade Média é a Reforma Protestante, que ocorre cerca de cinquenta anos depois da queda do Império Romano do Ocidente. Começam a surgir fenômenos, tais como o advento do Estado soberano moderno como solução política para os conflitos teológicos, a questão da tolerância religiosa e da paridade constitucional, discursos jurídicos com base no jusnaturalismo e no contratualismo, a abertura à liberdade individual, etc., que culminam na consideração do indivíduo como livre e igual, com maior liberdade religiosa e separando a religião do Estado.

1. A quebra da unidade religiosa na cristandade (p. 53-60)

Com a Reforma Protestante - que surge como a expressão mais radical de um sentimento generalizado de insatisfação com o rumo que a Igreja Católica estava a levar -, ocorreu a quebra da unidade teológico-política da cristandade e advieram os pilares do constitucionalismo liberal. Com relação a essa quebra, Maquiavel - observador atento da Cúria - atribuía a esta toda a fonte de corrupção de uma comunidade.

¹⁷ Ou, quando muito, apenas tolerada em caráter excepcional, já que a regra era a perseguição e a discriminação jurídica e social.

O movimento cultural do Renascentismo, a ascensão da classe burguesa e valorização da atividade comercial e a necessidade de refrear a ameaça muçulmana, tudo isso contribuiu para que os reformadores Lutero, Zwinglio e Calvino criticassem a fundo a Igreja Católica, principalmente na sustentação da centralidade de Cristo e a rejeição ao culto mariano e à adoração aos santos. Para Lutero, a fé é um ato livre ao qual não se pode forçar ninguém, constituindo a heresia um problema espiritual que deve ser resolvido não através de meios físicos, mas pela ação do Espírito (afirmação que sugere uma postura de abertura religiosa).

A subjetivação da consciência e a desautorização da instituição eclesiástica minavam os alicerces que sustentavam a Igreja. Mas os reformadores defendiam a união entre a Igreja e o Estado, ainda que sob diferentes prismas. Lutero propõe a doutrina dos dois reinos, espiritual e temporal com especificidade e autonomia própria de cada um, desde que ambos fossem sujeitos à lei de Deus. Para que a Reforma fosse bem procedida, essencial seria o apoio dos Príncipes, os quais estavam particularmente desejosos de emancipação relativamente ao Papado e ao Império.

Destarte, embora a Reforma tenha acentuado os aspectos pessoais e interiores da religião, nem por isso se proclama um direito de liberdade religiosa e um princípio de separação da religião do Estado, numa clara referência à cultura católica dos reformadores.

Isso não impediu que grupos minoritários (Anabaptistas e Evangélicos racionalistas) propusessem uma reforma radical, afirmando a igualdade fundamental entre todos os crentes (muçulmanos, judeus, católicos e protestantes) e a livre adesão à comunidade cristã mediante decisão livre e esclarecida¹⁸, e aos poderes públicos caberia apenas o exercício de funções de ordenação social num mundo decaído. Essas concepções, seguramente, antecedem de forma direta os princípios de liberdade e igualdade religiosa que frutificaram com a emergência do constitucionalismo liberal.

¹⁸ Para os grupos mais radicais, rejeitavam-se o batismo infantil, e todas as formas de união entre as Igrejas e o Estado, porque a fé não pode ser coagida, se resguardando a pureza espiritual da religião.

2. O Estado soberano como solução política para as guerras religiosas (p. 60-64)

Com a quebra da unidade teológico-política da Cristandade, toda a Europa (Alemanha, França, Inglaterra) passou a sofrer graves conflitos religiosos armados e violentos, para ver reconhecida a sua crença como a crença estatal. Surge a necessidade de o Estado intervir através de soluções teoréticas e institucionais.

2.1 Confessionalidade do Estado

O Estado confessional define-se pela sua ligação a uma confissão religiosa, católica ou protestante, com base no territorialismo político, nos termos do qual o poder público é exercido dentro de determinado território. Ou seja: a escolha da religião é matéria da competência exclusiva do Príncipe.

2.2 Soberania absoluta

Os termos *Estado* e *soberania* assumem, a partir de Nicolau Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes, os contornos próximos aos usados atualmente, ao mesmo tempo em que o poder político procura a sua fonte de legitimidade no direito natural. Maquiavel sugere que a religião seja utilizada para efeitos de legitimação do exercício do poder político, chamando a atenção deste para o modo com a Igreja pode ser manipulada em ordem à realização das finalidades especificamente estaduais. Bodin apresenta o Estado como um poder soberano, de natureza política, acima das facções religiosas que deve sujeitar e pacificar, não lhe interessando a vitória deste ou daquele grupo religioso, mas sim a resolução do problema das guerras religiosas que afetava a comunidade política. O príncipe só responderia perante Deus pela maneira como exerce o poder. Para Hobbes, a centralização do poder político nas mãos do Monarca, legitimado pelo contrato, representará uma contribuição decisiva para o ulterior processo de secularização do discurso político.

3. “*Jus reformandi*” e “*Beneficium emigrandi*” (p. 64-66)

A partir de então, a soberania política estende-se pela totalidade do seu território e não conhece limites nas portas da Igreja, mas o poder eclesiástico é

entendido como parte integrante da soberania territorial, e o príncipe reformador é responsável pelo *jura in sacra*¹⁹. Nos estados em que predominava o catolicismo não havia uma concessão forma do *jura in sacra*, dado o caráter supra-estatal da Igreja Católica, que controlava a nomeação de titulares aos cargos eclesiásticos e fiscalizavam as atividades da Igreja²⁰.

Em que pese existisse alguma paridade religiosa, esse respeito à liberdade de consciência individual decorria apenas de razões pragmáticas, e não da idéia de princípio fundamental.

4. O contratualismo jusnaturalista (p. 67-70)

Visando estabelecer as premissas intersubjetivas válidas para a dedução do fundamento e da estrutura da institucionalização do exercício do poder político, a filosofia política buscou a justificação no plano natural, imanente, suscetível de captação e apreensão através da razão e da ciência: é o surgimento do programa do jusnaturalismo contratualista. Começa-se por idealizar um hipotético estado de natureza (com a máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem), pré-político (cujo direito é a lei do mais forte), em que os indivíduos lutam por autopreservação (no qual o estado de natureza é o da guerra de todos contra todos) e possuem direitos naturais concedidos pelo Criador (vida, liberdade, propriedade). Passa-se pelo otimismo do bom selvagem corrompido unicamente pela vida em sociedade (de Rosseau).

Dada a impossibilidade de o homem, individualmente, suprir as suas necessidades, ele celebra com outros indivíduos um contrato social que cria, fundamenta e estrutura a comunidade política, passando do estado de natureza para o estado civil.

Prevalece, nessa época, a doutrina de John Locke, segundo a qual o poder público legitima-se a partir da idéia de proteção dos direitos naturais dos indivíduos, que mantêm os seus direitos naturais, transferindo para o monarca tão somente o direito executivo desses direitos. Locke traz, ainda, a idéia de separação institucional

¹⁹ Composto pela defesa (*jus advocatie*), reforma (*jus reformandi*), direção (*jus nominandi*, *jus exclusivae*) e fiscalização (*jus appellationis*, *jus inspiciendi*) da Igreja.

²⁰ É o período do *absolutismo confessional*, no qual funcionava com plenitude o *silogismo aquiniano*.

dos poderes, que iria constituir pilar essencial e definitivo dos modernos estados constitucionais. Mais recentemente, Stephan Holmes interpreta a idéia lockeana (de que somente o consentimento voluntário entre iguais pode legitimar uma ordem de domínio) como sendo o impulso para a desestratificação social, pondo em cheque a escravidão, a segregação racial e a discriminação sexual, que se supunham apoiadas em verdades objetivas divinamente estabelecidas.

5. Absolutismo iluminista (p. 70-73)

Apoiado nas idéias retro demonstradas surge o absolutismo iluminista, coexistindo duas formas de justificação do poder político. Uma delas com base no caráter contratualista-voluntarista, na proteção do homem pelo Estado devido às ameaças que existem no estado de natureza. A outra, alicerça-se na autocompreensão do príncipe como responsável perante Deus, numa clara extensão das prerrogativas políticas como derivadas das prerrogativas religiosas (com a secularização²¹ dos fins do Estado, ou da *razão de Estado*, e a sua glorificação na pessoa do Monarca).

Do ponto de vista da liberdade religiosa coletiva, a teoria da corporação (identificada pela integração das Igrejas nos quadros jurídico-estatais como corporações de direito público, lhe reconhecendo alguma autonomia jurídica, institucional e teleológica) aponta ainda para uma clara subordinação das confissões religiosas a um sistemático controle estadual potencializador de conflitos, restringindo a admissibilidade de várias religiões no território estadual. Mas cumpre notificar a contribuição que a teoria da corporação conferiu aos indivíduos no que pertine a uma posição juridicamente relevante (ao considerar as Igrejas como associações públicas), pois se começou a esboçar a tutela da própria liberdade de consciência e de religião, enquanto direito negativo de defesa perante o Estado.

²¹ A secularização pode ser entendida como o fenômeno histórico dos últimos séculos, pelo qual as crenças e instituições religiosas se converteram em doutrinas filosóficas e instituições leigas; ou a transferência de um bem clerical a uma pessoa jurídica de direito público; ou ainda, a tomada de terras e bens da Igreja pelos nobres, ocorrida durante a Reforma Protestante.

6. Da tolerância à liberdade (p. 73-78)

O discurso contratualista-jusnaturalista procurou construir um discurso de legitimação jurídico-política num plano de racionalidade objeto de um assentimento consensual universal, para o direito à liberdade religiosa como direito subjetivo do seu titular, passando pela tolerância religiosa. Esta tolerância foi o momento de transição no processo que conduziu à consagração constitucional do direito à liberdade religiosa.

O monarca era o intérprete e guardião dos direitos espirituais e da religião, por isso a liberdade de opinião (e religiosa), era vista como uma ameaça ao monismo social hobbesiano. Ponto comum entre Hobbes e Spinoza era o dualismo na personalidade, ou seja: a distinção entre uma religião pública, assunto de toda a comunidade, e uma religião privada, íntima e pessoal. Diferentemente, Locke entendia que a política e a religião constituem espaços separados, mas ambos subordinados à autodeterminação individual (que sofria limitações em decorrência do perigo que as crenças religiosas representavam para a comunidade política estrutura a partir das idéias de reciprocidade e liberdade).

Pierre Bayle tinha uma concepção próxima à de Locke, privilegiando o caráter voluntário de adesão à Igreja. O francês mostrou-se particularmente sensível às minorias - pequenas crenças religiosas, muitas de natureza pacifista e inofensiva -, que sofriam na luta pela defesa e afirmação de suas concepções teológicas. Mas não concordava com Locke quanto à desqualificação moral dos ateus, pois havia vários outros qualificativos que demonstravam a conduta moral (cultura, ambição, ignorância, costumes, etc.), razão pela qual era possível a uma sociedade de ateus atingir níveis mais elevados de conduta moral do que uma sociedade composta só por cristãos.

Bayle e Locke concordavam que a perseguição dos hereges afrontava radicalmente o conceito cristão de pessoa, degradando a sua liberdade e racionalidade, pois o Estado não possuía qualquer critério imparcial para distinguir a verdade do erro num contexto em que existem várias pretensões igualmente sérias e honestas de verdade.

7. Fundamentalização e constitucionalização (p. 78-92)

O processo de fundamentalização do direito à liberdade religiosa iniciou-se com a Reforma Protestante, as guerras religiosas e o surgimento de pequenos grupos de puritanos evangélicos radicais. Estes acontecimentos estão na base do esforço teórico-político para a estruturação do discurso político em bases racionais, estabelecendo os alicerces, primeiramente da tolerância e depois da liberdade religiosa.

O salto qualitativo da fundamentalização para a constitucionalização da liberdade religiosa vai dar-se, pela primeira vez, em território americano, tendo em vista que boa parte dos puritanos perseguidos, calvinistas e congregacionalistas buscou nas colônias americanas do novo mundo um espaço de liberdade.

Às vésperas da revolução americana a maior parte das colônias mantinha uma religião oficial ou uma íntima relação substancial entre os planos político e religioso, jurídico e moral, as ainda se observava um discurso teológico-político exclusivista, que protegia e sustentava a confissão dominante, ao mesmo tempo que em discriminava católicos, judeus e grupos puritanos minoritários.

Uma alteração importante no plano dos princípios estruturantes da comunidade política foi a Constituição Americana de 1787, estabelecendo duas cláusulas sobre a religião muito mais fortes que a mera tolerância, a primeira garantindo o direito à liberdade religiosa e a segunda consagrando o princípio da separação das confissões religiosas do Estado²².

A separação entre as igrejas e o Estado insere-se perfeitamente numa difusão do próprio poder religioso que permite a livre competição entre seitas e impede o predomínio hegemônico de uma só (entendidas como seitas todas as confissões religiosas qualquer que seja sua dimensão ou organização institucional).

Cumprir trazer a idéia defendida por Thomas Jefferson: somente se justificaria a intervenção do estado como coerção naqueles casos em que se tratasse de tornar exeqüíveis os direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos ou de proteger os direitos de terceiros. Estas influências de liberdade religiosa fizeram-se sentir na Declaração de Direitos da Virgínia.

²² *Free exercise clause* e *establishment clause*, respectivamente.

Com relação à eficácia das duas cláusulas (v. nota 21), só muito gradualmente foram ganhando operatividade, face à ausência de uma interpretação unânime e inequívoca e face à existência de estados federalistas que uniam o religioso ao político. A esta luz, o princípio da separação constituía uma norma de competência negativa, colocando certas situações de fato e de direito fora do alcance da intervenção estatal.

Na Europa, o processo de constitucionalização da liberdade religiosa e o princípio de separação são retardados por disputas de teor clerical e anticlerical, entre católicos e maçons, não podendo deixar de referir os exemplos da França e da Alemanha.

O exemplo francês, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, procurando repor a religião católica como religião oficial do Estado com o constitucionalismo da restauração, enfrentando toda a sorte de conflitos entre a Igreja e o Estado e que culmina com a Lei de Separação, de 1905.

O exemplo alemão de afirmação da liberdade religiosa no direito constitucional não veio sem sobressaltos, pondo termo ao monopólio religioso com a secularização dos bispados, arcebispados e abadias. Tais atitudes estão ligados ao processo de desenvolvimento e densificação do princípio do Estado de Direito, com duas linhas de pensamento contraditórias: a kantiana - de autonomia subjetiva, racional e moral dos indivíduos e da sua dignidade como fins em si mesmos -, e a hegeliana - de autonomia ontológica do Estado enquanto elemento objetivo do processo de automanifestação da razão absoluta, ou seja: teologia política. A liberdade religiosa e a autodeterminação das confissões religiosas alemãs vieram a ser consagradas em 1919 na Constituição de Weimar, e na Lei Fundamental de Bona, com a obrigação de neutralidade e a proibição de discriminação. Pode-se dizer, ainda que a jurisprudência e a doutrina germânicas até hoje não resolvem definitivamente a questão, face ao advento do Nacional Socialismo e os resquícios do sistema tradicional, marcados pela disfunção sistêmica.

8. Secularização e modernidade (p. 92-101)

Os resquícios de séculos do discurso teológico-confessional estão presentes no nosso dia a dia, mesmo nas democracias liberais. Exemplos disso são a

realização de cerimônias religiosas ou da presença de autoridades eclesiásticas em eventos públicos, ou ainda a presença de símbolos religiosos em instituições públicas. A isso se agrega que a luta contra a intolerância religiosa e a afirmação de um discurso jurídico-constitucional inclusivo arraste consigo a secularização das esferas da vida social.

Nesse passo, ocorre a ruptura epistemológica, com a transição para um novo paradigma: a razão toma o lugar da revelação, a ciência o lugar da fé, a funcionalidade o lugar da moral (ou ainda: um desencantamento da religião).

A alteração na estrutura da religião, passando a ser um subsistema social e sendo relegada para os juridicamente insindicáveis domínios das preferências individuais, repercutiu também no direito, onde especificamente, ocorreu a afirmação da sua autonomia na certeza e neutralidade das formas geométricas (por exemplo: com o uso da pirâmide para afirmar a hierarquia e unidade do sistema jurídico), se contentando com a prossecução de um mínimo ético.

Parece, então, que o problema fundamental do séc. XX pode ser o de garantir a permanência de valores comuns, de manter a sociedade unida, face à ausência de uma ampla e firme base religiosa. Apela-se, então, para princípios de justiça e de reciprocidade, apoiados num constitucionalismo dialógico. São freqüentes as críticas a esse processo de secularização, pois para muitas religiões ele é considerado o responsável por males como o declínio moral da sociedade, o indiferentismo, etc.

Todavia, sob o ponto de vista do discurso jurídico-constitucional de liberdade religiosa, essas críticas não perduram porque a idéia de secularização pode e deve ser compatibilizada com as exigências constitucionais em matéria religiosa, acentuando a necessidade da laicização do Estado. Mesmo uma sociedade secularizada pode ser fortemente influenciada pelo fator religioso, desde que se atente para a necessidade de compatibilizar o fenômeno religioso com os direitos de igual liberdade de todos os cidadãos, independentemente de suas convicções religiosas. É que sem os valores da liberdade e da responsabilidade individual, a própria idéia de moralidade é impensável.

A contribuição da secularização é demonstrada, ainda, pela descentralização da autoridade para definir a felicidade individual, ressaltando que a proscricção da coação sobre a consciência individual, juntamente com a eliminação de privilégios, a

abolição da escravatura, a contestação do exercício arbitrário do poder e das discriminações racial e sexual representam um importante progresso moral. O mesmo se pode dizer da substituição da lei do mais forte pelo estabelecimento de um Estado de direito constitucionalmente conformado a partir das idéias de igual dignidade e liberdade a todos os cidadãos.

A ascensão burguesa e o advento da lógica capitalista comercial demonstram isso: deixou de fazer sentido a distinção entre cristão e judeu ou entre crente e ateu, porque todos negociam no mercado.

Também no terreno jurídico-constitucional é demonstrada a ilegitimidade de cláusulas que fizessem depender a titularidade dos cargos políticos da profissão a uma determinada crença religiosa, o que significa plenitude da cidadania.

A privatização da religião tem sentido libertador e inclusivo, evitando que a politização da religião a transforme em legitimadora de estruturas ideológicas, políticas e jurídicas de domínio.

Efetivamente no direito português, o que se busca não é a proibição de culto público nem a influência das confissões religiosas na esfera pública, mas apenas restringir o abuso privado das instituições públicas, assente nas liberdades religiosas individual e coletiva, incluindo todos os membros da comunidade política como cidadãos de pleno direito numa sociedade pluralista.

CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA: DO DISCURSO TEOLÓGICO AO DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL (p. 103-126)

A evolução da liberdade religiosa constitucional portuguesa partiu da superação do discurso teológico-confessional da *libertas ecclesiae* pelo discurso jurídico constitucional, mas ainda hoje se verificam conflitos entre esses dois *jogos de linguagem*, perturbando a atividade hermenêutica. Com o advento do constitucionalismo, o primeiro discurso cede lugar às exigências liberais de legitimação democrática do poder político e de proteção dos direitos individuais de liberdade e igualdade.

1. A liberdade da Igreja na história de Portugal (p. 104-107)

Na época do surgimento de Portugal a Santa Sé afirmava o seu domínio sobre as nações europeias e o Rei Dom Afonso Henriques, inseguro de sua independência, ofereceu Portugal à Igreja Romana, declarando-se vassalo de São Pedro e do Papa, razão pela qual o discurso religioso confundia-se com o discurso jurídico e político. A Portugal cabia financiar e promover a evangelização e os momentos mais importantes da história²³, incluindo as guerras, tinham um significado teológico e missionário.

A Igreja acumulava excessivamente os bens juridicamente protegidos e não queria se submeter à jurisdição civil, criando um Estado dentro de outro Estado, sendo que tais conflitos eram resolvidos mediante acordos e protocolos. Todavia, mais tarde, os reis de Portugal percebiam a Igreja e o Estado como sociedades perfeitas e soberanas, e a afirmação do monarca conduz à defesa das teorias do direito divino: os monarcas eram investidos no poder diretamente por Deus, sem necessidade de mediação, isto é, nem os reis discordavam da superioridade da concepção confessional, por isso a Igreja Católica sempre se achou legitimada a instrumentalizar as instituições políticas.

A fim de evitar a disseminação das idéias protestantes e iluministas em Portugal, a Igreja recorria ao Tribunal da Inquisição e a Companhia de Jesus, perseguindo infiéis, judeus e hereges, a fim de evitar contestações ao seu discurso. A defesa da liberdade da Igreja era conseguida mediante a supressão da liberdade de consciência de todos os indivíduos, católicos ou não. Em 1773 o Marquês de Pombal elimina a designação de *crístãos novos*, *abrindo aos judeus a carreira das honras e dos empregos públicos e punindo aqueles que os insultassem*.

2. O constitucionalismo liberal e a liberdade da Igreja (p. 107-115)

Em 1820²⁴ passam a ser afirmados os pensamentos liberais e republicanos, tais como: valorização das idéias de soberania democrática, proteção dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, separação de poderes, representação parlamentar, subordinação do legislador à Constituição, legalidade da administração,

²³ A reconquista, os descobrimentos, o tratado de Tordesilhas, etc.

²⁴ Ocorre a Revolução Liberal, apoiada nas idéias de Locke, Montesquieu, Rousseau, etc.

independência dos tribunais, numa visão diametralmente oposta ao discurso teológico-confessional tradicional de Portugal.

O constitucionalismo português do séc. XIX se caracteriza pela contradição substancial entre dois discursos distintos. A ilusória possibilidade de combinação do discurso teológico com as novas exigências liberais provoca muitas interferências. Suprimida a Inquisição, em 1821; em 1822, as Cortes Constituintes aprovavam a Constituição, tida por ambígua por não consagrar princípios inequivocamente liberais (democracia representativa, separação dos poderes, igualdade jurídica dos cidadãos, etc.)²⁵ e também por antinômica (v. arts. 6º e 7º). Assim, era a própria intencionalidade liberal que saía irremediavelmente comprometida numa Constituição dividida entre dois *jogos de linguagem* distintos e contraditórios.

A oficialização do catolicismo tinha múltiplas implicações: os titulares dos mais importantes cargos públicos tinham de jurar manter a Igreja Católica; as solenidades públicas revestiam o cerimonial religioso; as escolas públicas deveriam doutrinar o catolicismo; a veneração da religião católica constituía o primeiro dos deveres de cidadania, etc. Todas essas situações impediam o fluxo livre de circulação de idéias e de concepção de pensamentos livre.

Nem a Carta Constitucional de 1826, nem a Constituição de 1838 modificaram o estado de coisas retro descrito, agravando a situação a edição de leis ordinárias que promoviam e protegiam a Igreja e puniam os que a desacatavam, sob o regozijo da Igreja diante de tais normas. Mais grave ainda era a perseguição a que os não-católicos eram submetidos, considerados cidadãos de segunda classe na comunidade política. Os católicos também não tinham liberdade para o pensamento de liberdade, sem poder rever suas convicções e mudar de religião. A exceção que se põe, única, é aos estrangeiros, que eram tolerados no exercício de suas crenças e cultos, ainda que em só em particular.

Todavia, isso não significa dizer que os constitucionalistas não tenham se apercebido desses problemas. Cita-se como paradigma, Lopes Praça, que bem evidenciou, no particular, a inferioridade dos cidadãos portugueses frente aos estrangeiros. O constitucionalista asseverava que a disciplina constitucional do

²⁵ O art. 25º da Constituição de 1822 previa: A Religião da Nação Portuguesa é a Católica Apostólica Romana. No preâmbulo invocava-se a Santíssima e Indivisível Trindade, intentando legitimar a autoridade no direito divino dos povos.

fenômeno religioso padecia de grave patologia e que só teria cura com a completa separação entre a Igreja e o Estado. Ao fim e ao cabo, no séc. XIX, a situação de privilégio da Igreja foi acompanhada pelo exercício de um controle *jurisdicionalista* por parte do Estado, fator que esteve na base da conflitualidade que caracterizou as relações entre ela e o Estado no séc. XX.

3. Revolução republicana e afirmação do discurso jurídico-constitucional (p. 115-118)

A partir dos ideais republicanos, culminando na Constituição Republicana, de 1911, abriram-se as portas à liberdade de consciência e de religião e de separação das confissões religiosas do Estado: passa-se a permitir o culto público não católico com forma exterior de templo, aboliu-se o juramento religioso, são estabelecidos o registro civil obrigatório e a neutralidade religiosa do ensino público, e procede-se à secularização dos cemitérios.

Sob os auspícios republicanos, o Estado nada tem a ver com as idéias dos membros de uma sociedade, declarando-se incompetente sob o aspecto religioso, deixando à iniciativa dos cidadãos tudo o que diga respeito à sua religião. Segundo esse entendimento, as normas jurídicas devem inspirar-se unicamente nas exigências da vida social e não nos cânones de determinada religião. Surge o direito à liberdade religiosa estruturado exclusivamente em termos jurídico-civis²⁶. Evidentemente que a Igreja Católica reagiu a essa mudança de mentalidade trazida pelo pensamento republicano. Também os excessos do republicanismo não justificam a desvalorização às idéias de igual liberdade e separação das confissões religiosas do Estado defendidas pelos republicanos.

4. O Estado Novo e o Regresso da *Libertas Ecclesiae* (p. 118-123)

A revolução republicana trouxe o discurso jurídico-constitucional da igual liberdade religiosa. Todavia reputa-se difícil a justificação do acolhimento puro e simples de um discurso teológico-confessional, pois, com que base poderia o Estado

²⁶ Ou seja: o Estado deixa a teologia para os teólogos e preocupa-se com a garantia da igual dignidade de todos os cidadãos. A transição de paradigmas discursivos e epistemológicos é evidente.

admitir uma única confissão religiosa? A Constituição portuguesa de 1933 afirmou o culto inteiramente livre de todas as religiões, público ou particular, garantidos os direitos advindos do reconhecimento da personalidade jurídica civil. Essa Constituição, pela primeira vez previu expressamente o princípio jurídico-constitucional formal da separação das confissões religiosas do Estado. Mas em vários outros dispositivos são previstas normas²⁷ - relativamente à moral - que mitigam o aludido princípio, favorecendo o surgimento de um carácter acentuado de corporativismo e privilégios e criando uma metamorfose do direito à liberdade religiosa no sentido de aproximá-lo da liberdade eclesiástica.

Essa mutação – que também viabilizou a constituição de uma via intermediária entre o capitalismo e o socialismo – decorre do fato de a comunidade política e o próprio Estado assumirem-se como *morais*. Esse e vários outros fatos originaram a revisão constitucional de 1935, que excluiu do texto a promoção da unidade *moral* da Nação, mas incluiu a *moral cristã tradicional* no país. Assim, pela via constitucional e legal, o espaço público adquire uma nuance confessional (por exemplo: moral pública e bons costumes). Outro alicerce para a reconstrução do discurso teológico da *libertas ecclesiae* é a parceria espiritual e colaboração por parte do Estado favorecendo a Igreja, seja em forma de agradecimentos, como também em financiamento e organização da Igreja em escolas públicas, forças armadas, asilos, etc. A religião católica é formal e legalmente reconhecida como *tradicional da Nação Portuguesa*. Às demais religiões foi atribuída uma mera carta de tolerância, que não evitava a discriminação jurídica.

5. Refracções teórico-dogmáticas deste percurso histórico (p. 123-126)

A história constitucional portuguesa contada alhures não possuía intenção historiográfica, mas sim dogmática-constitucional, para descobrir os resultados substantivos operados. Pacífico que existem duas lógicas distintas, dois discursos construídos em relação à abordagem da liberdade religiosa e das relações de confissões religiosas do Estado: o teológico-confessional e o jurídico-constitucional (já vistos).

²⁷ Por exemplo: o art. 4º, da Constituição Portuguesa de 1933 previa que a soberania do Estado é limitada pela moral.

Nota-se uma tendência ao reavivamento do discurso exclusivista da *libertas ecclesiae*, razão pela qual o intérprete deve obrar com atenção redobrada, pois nem sempre é fácil descortinar quando é que se está perante um ou outro discurso. Em um primeiro momento, evoca-se o estudo da natureza e da intencionalidade dos *jogos de linguagem* questionando se as soluções a que concretamente se possa chegar favorecem, ou não, o reconhecimento da igual dignidade de todos os cidadãos. Em outras palavras: o critério decisivo é o teste *inclusão-exclusão*.

Em um segundo momento, o domínio de uma religião não é natural porque não resultou de um processo normal de tráfico de idéias, mas de coação do espaço público com a colaboração dos poderes estabelecidos. A Constituição deve se limitar a reconhecer e tutelar de forma neutra, sem privilegiar uma confissão dominante em detrimento outras, suprimindo-as ou neutralizando-as. Ao contrário, a legislação tem condições de diminuir o fosso existente entre as confissões²⁸. O sistema de igual liberdade possibilita que qualquer cidadão possa encarar seriamente as suas convicções religiosas, quaisquer que sejam, sem que isso repercuta no seu estado jurídico e social.

CAPÍTULO IV – A EDIFICAÇÃO DE UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL INCLUSIVA (p. 127-181)

Pelo discurso jurídico-constitucional alarga-se o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa em condições de igualdade de todos os cidadãos, possibilitando-lhes a inclusão como membros de pleno direito da comunidade política. Desmantela-se a hierarquia de dominação religiosa católica. Busca-se a inclusão de todos os grupos de pessoas que são, de alguma forma, excluídos ou secundarizados como cidadãos de segunda classe²⁹.

A medida da inclusividade de uma comunidade constitucional é dada pela defesa dos direitos de igual liberdade. Questões de fundo relativas à inclusividade da comunidade política serão tratadas nos pontos infra.

²⁸ O autor parafraseia *Cass Sunstein*: um sistema jurídico que produziu preferências através da limitação de oportunidades dificilmente se poderá justificar por simples referência às preferências existentes.

²⁹ Citam-se como exemplos as tutelas dos direitos das minorias, as correntes feministas e as afro-americanas.

1. Liberalismo, Neo-republicanismo e Comunitarismo (p. 128-141)

As confrontações entre valores e princípios característicos do constitucionalismo ocorrem, por exemplo, em torno do ensino da religião nas escolas públicas, e espalham refrações no domínio específico da liberdade religiosa.

1.1 Liberalismo (p. 129-132)

Parte-se do liberalismo ocidental, entendido como a linha de pensamento que pretende sublinhar a igualdade natural e originária de todos os indivíduos (e não as concepções desiguais de matriz aristotélica), afirmando a autonomia individual perante as estruturas de domínio de natureza política, religiosa ou ideológica³⁰. Forma-se, desde logo, através do pensamento liberal, uma sólida dimensão subjetiva-individual dos direitos fundamentais, pois a política apresentaria uma ameaça à liberdade individual, sob o manto legitimador de um discurso em torno do bem comum.

O princípio da igual liberdade religiosa é o meio constitucional mais adequado para regulamentar as pretensões que os indivíduos dirigem uns aos outros em nome de diferentes religiões. O pensamento liberal obsta o tratamento privilegiado de *uma* confissão religiosa, bem como a perseguição ou discriminação das religiões minoritárias, recentes ou inconventionais, impedindo-se que os ideais da confissão dominante sejam transformados em políticas públicas.

1.2 O pensamento comunitarista (p. 133-135)

O comunitarismo critica o iluminismo universalista e o liberalismo, pondo em dúvidas tais pretensões de neutralidade valorativa, por impossibilidade lógica. Enquanto o liberalismo defende a reciprocidade liberal, o comunitarismo vem com a idéia de mútua responsabilidade, garantindo a integridade do sujeito ao garantir a integridade da comunidade; em sede jurídico-constitucional o comunitarismo traz um

³⁰ Citando Nomi Stolzenberg: o pensamento liberal apóia-se nas dicotomias entre razão e afeto, escolha e coação, neutralidade valorativa e preferência por valores, defendendo a primazia dos primeiros termos em relação aos segundos; acentuando a importância dos direitos negativos, definidores de esferas jurídico-subjetivas limitadoras da ação estatal.

claro reforço dos direitos das formações sociais, com nítida desvalorização do individual. Mas afirma que os poderes públicos não podem isolar os cidadãos das comunidades a que pertencem³¹. Destaca o perigo que corre o cidadão perante as pretensões de uma confissão minoritária perante os *acessos súbitos de comunitarismo*³² por parte da confissão dominante.

O autor, outrossim, prefere o pensamento liberal ao pensamento comunitarista, sustentando que a insistência nos valores comunitários, em vez de parte da solução pode agravar o problema da exclusão.

1.3 O pensamento neo-republicano (p. 135-138)

Constitui uma variante do comunitarismo, sendo, por vezes, utilizado como sinônimo. Ambos criticam o liberalismo. O republicanismo preocupa-se com a realização do bem comum no seio da comunidade política globalmente considerada, colocando o interesse público sempre acima dos interesses individuais, como foi no contexto dos antifederalistas americanos³³. Nesse contexto, a religião é uma fonte de virtude e responsabilidade cívicas, ponderando os interesses públicos e particulares contra o individualismo e o materialismo.

Alerta o autor para o fato de o republicanismo - cívico - conter alguns perigos: basta citar as diferentes concepções extremamente divergentes entre si com relação ao termo. No entanto, a religião serve como instrumento de integração social e educação pública.

1.4 Paradoxos e pontos de contato: um comunitarismo qualificado (p. 138-141)

As linhas de pensamento comunitarismo, liberalismo e neo-republicanismo possuem pontos de contatos quando balizadas pelo constitucionalismo, como, por

³¹ Aqui o autor traz o exemplo das comunidades Amish, nos Estados Unidos (caso *Wisconsin v. Yoder*) quando a obrigatoriedade estatal do ensino deve ceder à liberdade religiosa da referida comunidade.

³² Cita o exemplo das Testemunhas de Jeová, particularmente no que toca à obtenção de uma concordância prática do direito à liberdade religiosa com os direitos à vida e à saúde. Convém lembrar que tal religião não permite a transfusão de sangue e/ou órgãos, mesmo com o paciente à beira da morte.

³³ O republicanismo acentua as liberdades políticas ou liberdades positivas. Nesse contexto, a religião é uma fonte de virtude e responsabilidade cívicas.

exemplo: a capacidade de pensar racional e criticamente, transcendendo os interesses particulares e buscando um interesse comum. Como paradoxo, critica-se o fato de o liberalismo falhar na sua pretensão de racionalidade, objetividade, neutralidade e tolerância; o comunitarismo rejeitar, por ideológica e totalitária, a cultura e a tradição liberal e a sua apropriação estadual nos termos republicanos; e para o republicanismo é necessária a complementação das liberdades positivas e negativas.

Os valores da diversidade, igualdade, liberdade, tolerância e razoabilidade, de cunho tipicamente liberal, revestem-se com a natureza de *metaprincípios*, enquanto elementos basilares de uma ordem de justiça e reciprocidade. Importante trazer o *comunitarismo qualificado*, que Gilman designa como sendo as ênfases comunitaristas no caráter sócio-constitutivo da inserção comunitária, na virtude, bem comum - desde que complementadas pelos princípios liberais de justiça.

2. Pluralismo de grupos de interesses e democracia deliberativa (p. 141-145)

Na superação do modelo liberal³⁴ e sua substituição por outro, que enfatize a deliberação racional para a realização do interesse público, surgem dois modos de compreensão da política (criados por Michael Perry). O **primeiro** é a política manipulativa, ou seja: a manipulação de grupos “inferiores” que divirjam dos interesses dos grupos que detêm o monopólio do discurso, que pressionam as atividades legislativas para curvá-las aos seus interesses e preferências. Sunstein chama o processo político, nesse modo, de *pluralismo de grupos de interesses* que visam à afirmação de *preferências brutas*. Nesse passo, as leis surgem como compromissos entre forças sociais, manipulativamente negociados pelos legisladores. Do ponto de vista religioso, significa dizer que quem tem poder tem direitos; quem não tem poder, não tem direitos. A conduta da política manipulativa no processo político é incompatível com os valores mais básicos do constitucionalismo.

O **segundo** é a política deliberativo-transformativa, que corresponde ao pensamento neo-republicano, onde as questões políticas surgem como questões

³⁴ O modelo liberal concebe o processo político como competição entre interesses particulares

abertas, solucionáveis por um processo estável de deliberação crítica e racional, transformando os interesses individuais num interesse comum que se aplique a toda a comunidade³⁵. Esse modo supõe a disciplina jurídica do fenômeno religioso, compatível com a afirmação de suas legítimas aspirações de desenvolvimento social e de participação no processo deliberativo-transformativo.

3. Uma república de razões (p. 145-153)

A teoria política e a doutrina constitucional da política deliberativo-transformativa leva à edificação de uma *república de razões*, onde as decisões dos poderes públicos sejam justificadas em valores e interesses públicos (ou ainda: razão pública que preserve a esfera de discurso público), e não pela afirmação de vontades de um monarca ou resultado de um jogo manipulador das preferências particulares.

3.1 Razão pública (p. 146-148)

Rawls analisa a forma como uma comunidade política elabora seus planos, hierarquiza seus fins e toma decisões sobre os meios para atingir esses fins. Tais atividades são a *razão* da comunidade, ou seja: uma competência intelectual e moral radicadas na razoabilidade e racionalidade de seus membros. Mas nem todas as razões podem ser designadas razões públicas, pois aquela supõe um ideal constitucional de cidadania, característica das sociedades democráticas onde seus cidadãos são livres e iguais.

Assim, no tema objeto do livro - a liberdade religiosa -, a razão pública não se vincula à reflexão sobre questões políticas dos membros das associações privadas, ou seja: confissões religiosas. A inserção de um discurso teológico-confessional no texto constitucional é viciada, então: o discurso público deve ser governado pela razão pública e não por uma razão confessional.

³⁵ Faz-se uma concessão ao pensamento liberal, pois os interesses individuais devem ser trazidos para um processo público de deliberação racional em que os mesmos são ponderados, denotando a existência do princípio da imparcialidade, segundo o qual os poderes públicos não podem ser motivados pelas pressões dos grupos majoritários. Aos tribunais cabe assegurar que os poderes públicos não utilizem preconceitos e estereótipos sobre grupos minoritários.

3.2 Linguagem acessível a todos (p.148-151)

É a adoção de um discurso legitimador do poder político e do seu exercício em termos confessionalmente neutros, pena de se desembocar no conflito sectário contrariando a dignidade e liberdade dos indivíduos – valor básico do constitucionalismo. Assim, as decisões políticas são justificadas a partir de premissas acessíveis a todos: uma linguagem intersubjetivamente válida. Uma comunidade política regida pelo liberalismo político se sustenta por um discurso específico: o da validade intersubjetiva, o diálogo baseado na ideia de justiça conversacional.

3.3 Esfera de discurso público (p. 151-153)

No discurso público se busca a concreta realização dos valores relacionais de intercompreensão e do respeito mútuo, entre as tradições específicas das comunidades morais, para além da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado, incluindo também a liberdade de expressão, a liberdade de ensino, etc.

O autor expressa que não se pretende excluir as confissões religiosas do espaço público, mas criar um ambiente que favoreça a discussão existencial e ética ao mesmo tempo em que obsta o exercício da coação na resolução das questões de íntima convicção religiosa.

4. Igual liberdade e religião civil (p. 153-161)

A ideia de religião civil, ou religiosidade civil, é recurso freqüente de tóricas e práticas políticas como reforço fácil de legitimidade política e instrumento de coesão social. A ligação entre moral, política e religião é utilizada desde a Grécia antiga, e persiste até os dias atuais com a união entre Igreja e Estado e países do norte da Europa.

4.1. Da religião civil rousseuniana ao «novo evangelho» socialista (p. 154-156)

O jusnaturalismo nacionalista modificou a acepção teológica tradicional, principalmente, com a obra Contrato Social, de Jean Jacques Rousseau, que separou o sistema religioso do sistema político. O abandono do reino espiritual utilizado por Jesus resultou num reino despótico cheio de conflitos, tornando impossível a boa política. Rousseau faz apologia a uma profissão de fé puramente civil, e a intolerância civil seria incindível da intolerância teológica.

Na raiz hegeliana, o Estado e o povo são pensados de acordo com categorias filosóficas e teológicas e dotados de uma substância espiritual transpessoal. A teologia política culmina na obra de Carl Schmitt, que defende a idéia de que conceitos políticos não são mais do que conceitos teológicos secularizados, e que existe uma teologia política entendida como um suporte simbólico-religioso necessário à legitimação e legitimidade do poder político.

Nem o marxismo é imune à religião civil, pois é conduzido por uma religião política, em suas aspirações de cientificidade e validade universal, bem como pelas suas necessidades de integração espiritual e simbólica. O socialismo é freqüentemente referido com termos importados do discurso religioso. O Marxismo apresenta uma humanidade caída e um plano de salvação. O capital é a eterna serpente.

4.2 Sociedade pluralista e religião civil (p. 156-161)

O pensamento republicano do constituinte americano também está ligado à idéia de religião civil. Defende, em nome do direito inalienável à liberdade de consciência, o livre exercício da religião e o princípio da separação das igrejas do Estado³⁶. O problema está associado à procura de instrumentos eficazes de integração, coesão e mobilização social, que evitem a pulverização dissolvente dos indivíduos e comunidades morais, ao discernimento de padrões, símbolos e ritos sociais, suficientemente inclusivos para poderem mobilizar o apoio da maioria dos cidadãos.

Em causa está a existência de uma religião civil enquanto realidade jurídica objeto da sanção dos poderes públicos. O pluralismo religioso impede uma

³⁶ V. a primeira emenda da Constituição americana.

identidade uniforme de todos os cidadãos em relação às crenças, em face de que cada grupo crê em Igrejas diferentes, faltando à comunidade política um mínimo de unidade transcendental de sentido e de envolvimento simbólico. Aqui, embora não se ponham em causa os princípios constitucionais em matéria de religião, advoga-se a sua coexistência com uma religiosidade pública ancorada num conjunto de valores, ritos e símbolos comuns.

O desenvolvimento dos direitos individuais surgiu como reação às atrocidades cometidas com base na idéia de que a religião deve, com o auxílio dos poderes públicos, permear todas as esferas da vida em sociedade. A primeira emenda estabeleceu os princípios de um Estado secular para abster o Estado de interferir no domínio da religião. Por isso, o conceito de religião civil é, no mínimo, problemático, pois, por um lado, promove uma politização da religião que conduz à sua estrita funcionalização político social, e, por outro, radica sua inclusividade e exclusividade, na medida em que define claramente quem são os *insiders* e os *outsiders*.

5. Direitos fundamentais, democracias monistas e dualistas (p. 161-171)

Refere-se às teses fundacionalistas de direitos fundamentais e as concepções monistas e dualistas da democracia.

5.1 Fundacionalismo de Direitos Fundamentais (p. 161-164)

Corresponde ao pensamento de Rawls, Dworkin, Richards etc., e, patindo de teses neo-contratualistas ou de um discurso filosófico político-moral, procuram identificar um conjunto de direitos fundamentais deduzidos a partir de princípios de justiça (*fairness*) ou de prerrogativas morais da personalidade, firmando a sua indisponibilidade por parte dos órgãos estaduais. Os cidadãos, livre e iguais, são dotados de competência e autonomia moral-prática, devendo a Constituição, para ser legítima, reconhecer esses direitos. A jurisdição constitucional é justificada exatamente com base na defesa dos direitos fundamentais, adotando-se uma metodologia hermenêutica que favoreça o aprofundamento dos valores e princípios constitucionais. Ao comprometer-se na defesa dos direitos morais dos indivíduos, a comunidade política renuncia aos *benefícios marginais* que poderia colher com a possibilidade de sua restrição indiscriminada.

Os representantes desta corrente colocam as suas idéias ao serviço do aprofundamento de uma democracia liberal, sublinhando a fundamentalidade de um conjunto de prerrogativas humanas da personalidade que se concebem como pré-requisitos da própria democracia.

5.2 Democracia monista (p. 164-165)

De inspiração britânica, a democracia monista critica o amplo espaço de manobra que o fundacionalismo concede aos órgãos jurisdicionais na fixação do catálogo dos direitos fundamentais. A legitimação do poder está na eleição livre e justa – base democrática imediata –, e atos que limitem o seu poder seriam considerados forças de bloqueio antidemocráticas.

Essa tese, porém, é compatível com os controles do poder pelo sistema de *checks and balances*, porém, com interpretação estrita da constituição. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis (*judicial review*) justificar-se-ia com base na necessidade de assegurar o bom funcionamento do processo político-democrático, de forma a tutelar o direito das minorias, mesmo a legitimação partindo da escolha das maiorias.

5.3 Democracia dualista (p. 165-171)

A Constituição Portuguesa tem essa concepção, a qual assenta a existência do poder constituinte e dos poderes constituídos, de normas constitucionais e normas ordinárias, de política constitucional e política normal, finalizando no chamado *sistema de duas bandas*. O dualismo tem três idéias-chave: a) soberania popular não se confunde com maioria política; b) as questões políticas se reconduzem a dois tipos básicos: questão de princípios e questões de preferência e c) a participação dos cidadãos na vida política variar conforme os interesses que as questões tratadas tiverem.

A política constitucional estrutura-se em moldes deliberativo-transformativos e resolve questões de ponderação de princípios, enquanto que a política normal resolve questões cotidianas da vida privada e pública.

A jurisdição constitucional se insere perfeitamente na concepção dualista de democracia, pois prevê a existência de um órgão de poder que assegure a preservação das decisões fundamentais globais dos cidadãos frente às ameaças manipulativas (protege a lei fundamental). A Constituição Portuguesa afirma a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, subtraindo-os à disponibilidade do processo legislativo; erige-os em limites materiais de revisão constitucional, o mesmo ocorrendo com o princípio da separação das confissões religiosas do Estado.³⁷

6. Democracia, empatia e minorias (p. 172-179)

Para a Constituição portuguesa, o princípio da soberania popular significa algo muito diferente do princípio democrático e da regra da maioria que lhe anda estruturalmente associada (soberania de uma maioria). Os direitos e interesses das minorias devem ser considerados e ponderados, por isso a necessidade de uma jurisdição constitucional que venha preservar a democracia dualista de direitos fundamentais consagrada na Lei Fundamental.

6.1 O processo político e o ciclo vicioso da discriminação (p. 172-174)

Os problemas fundamentais são da *política constitucional* (o direito à liberdade religiosa, etc.). Mas há um mínimo de prestações fáticas e normativas por parte da administração, que ficam ao alvedrio da *política normal*, ao jogo das forças sociais (*teoria de negociação das liberdades*). O resultado é: em diferenciações jurídicas de tratamento criam-se desigualdades fáticas, perpetuando e agravando situações de discriminação. Isso ocorre porque a jurisdição constitucional se contenta com a existência de um mínimo de razoabilidade (não raras vezes a da maioria) entre o meio utilizado e fim, em vez de avançar para um controle mais rigoroso.

³⁷ Quer dizer: os direitos, liberdades e garantias que resultam do princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos constituem um limite ao poder legislativo e também ao poder constituinte originário e derivado.

6.2 Empatia, processo político e discurso político (p. 174-178)

Para funcionar de modo justo, o processo político e o discurso jurídico devem ter certo grau de empatia entre os vários grupos sociais.³⁸ A racionalidade e a objetividade do sistema jurídico não podem voltar-se contra os indivíduos, negando as dimensões espirituais, emocionais, intelectuais e físicas de sua qualidade de “ser pessoa”. Mas não se pretende uma metodologia jurídica com bases impressionistas, intuitivas ou místicas, e sim que a legislação, jurisprudência e doutrina não interfiram na esfera jurídica dos sujeitos e tampouco afetem pessoas reais, causando-lhes sofrimento por angústia e exclusão.

A empatia é, portanto, uma relação de intersubjetividade emocional e as normas criadas pelo legislativo que venham incidir sobre os direitos de grupos minoritários não devem ceder a uma tirania da maioria religiosa.

6.3 A empatia na prática constitucional portuguesa (p. 178-179)

Existem normas que estabelecem disciplina jurídica entre confissões religiosas, suscetíveis de perpetuar e agravar as desigualdades na nação portuguesa. Todavia, pelo princípio da igualdade devem ser criadas regras gerais e abstratas que, sem deixarem de ter em conta o peso social diferenciado das diversas confissões, permitam o funcionamento, em critérios de justiça e razoabilidade, de um mercado livre de idéias religiosas, corrigido apenas para proteger os direitos das minorias e para a manutenção do espaço público aberto e pluralista.

7. O direito à liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva (p. 180-181)

O Estado de Direito sobrepõe-se aos diferentes poderes de fato e os princípios constitucionais são a base da sua razão pública, substituindo-se a irracionalidade das afirmações de preferências brutas por um sistema justo de cooperação entre cidadãos e grupos sociais. As confissões religiosas são

³⁸ Assim: *Dworkin, Hirsch e Tribe*.

construídas com base em seus próprios princípios fundacionais, de natureza religiosa e moral, e a sua razão interna tem natureza teológica.

A comunidade constitucional deve ser inclusiva, garantindo direitos subjetivos de igual liberdade a todos os cidadãos e respeitando o princípio da separação das confissões religiosas do Estado, suprimindo o discurso exclusivista teológico-confessional e substituindo-o pelo discurso jurídico-constitucional, por ser inclusivo e apoiado na dignidade da pessoa humana. Assim é a Constituição portuguesa, fiel aos princípios do Estado Constitucional. Nos próximos dois capítulos se explicitam as implicações teóricas e práticas que disso decorrem.