

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GUSTAVO CRISTÓVÃO DE OLIVEIRA BATISTA

**A (IN)COMPREENSÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISDIÇÃO
BRASILEIRA:
UMA NECESSÁRIA ABERTURA DO PROCESSO INTERPRETATIVO EM UMA
SOCIEDADE PÓS-METAFÍSICA**

SÃO LEOPOLDO

2010

GUSTAVO CRISTÓVÃO DE OLIVEIRA BATISTA

**A (IN)COMPREENSÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISDIÇÃO
BRASILEIRA:**

UMA NECESSÁRIA ABERTURA DO PROCESSO INTERPRETATIVO EM UMA
SOCIEDADE PÓS-METAFÍSICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

SÃO LEOPOLDO

2010

B333i BATISTA, Gustavo Cristóvão de Oliveira
A (in)compreensão da liberdade religiosa na jurisdição brasileira:
uma necessária abertura do processo interpretativo em uma sociedade
pós-metafísica / Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista. – 2010.
160 f. : 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2010.
Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

1. Jurisdição - Brasil. 2. Liberdade religiosa. 3. Pós-Metafísica.
I. Título. II. Saldanha, Jânia Maria Lopes.

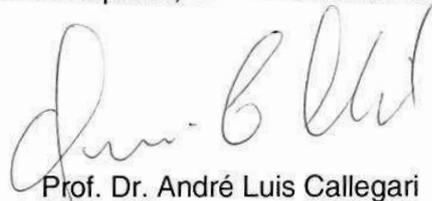
CDU 347.919.2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária Raquel Herbcz França – CRB 10/1795

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A (IN)COMPREENSÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: uma necessária abertura do processo interpretativo em uma sociedade pós-metafísica**”, elaborada pelo mestrando **Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de novembro de 2010.



Prof. Dr. André Luis Callegari

Coordenador Executivo

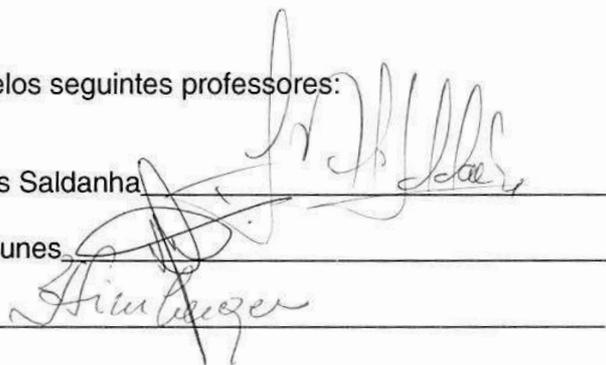
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Dierle José Coelho Nunes

Membro: Dra. Têmis Limberger



Dedico este trabalho a minha incansável esposa Elenice, que em todos os momentos esteve comigo, a minha filha Isabela, que apesar de chegar há pouco tempo em nossas vidas é como sempre estivesse junto de nós, aos meus pais, José e Débora, pelo incentivo, preocupações e, acima de tudo, por sempre inculcar em nossa formação a importância da educação, e a todos os meus familiares por me ensinarem a viver em comunidade.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho deste porte nunca é uma obra individual. É sempre produto de um esforço coletivo, direto ou indireto, que permite a realização de um projeto. Por isso que a lista de agradecimentos nem sempre faz justiça a todas as pessoas que permitiram a sua realização. Mesmo assim correrei este risco.

O primeiro agradecimento é a Deus, que por graça e misericórdia permitiu o ingresso, o transcurso e a finalização desta jornada.

Agradeço também a Professora Jânia Maria Lopes Saldanha, que com o brilhantismo do seu conhecimento e experiência de orientação, abriu-me mundos novos, espaços inexplorados, inspirando cada vez mais a aprofundar o conhecimento, sempre deixando de lado a vaidade e com lições diárias do exercício da alteridade.

Ao meu grande amigo Fausto Morais, um dos maiores responsáveis pelo ingresso neste programa de Pós-Graduação, fiel companheiro de viagens, estudos, seminários, e que com demonstrações de humildade soube sempre cativar quem quer que se aproximasse.

A outro grande amigo Rudi Aboy, que sempre quando solicitado de bom grado acompanhou-me e viu de perto todas as agruras de se escrever uma dissertação durante as madrugadas.

A Unisinos, pela bolsa de estudos, aos colegas da Unitec – Incubadora Tecnológica da Unisinos, pelo apoio e atenção, a todos os Professores, colegas e funcionários do PPG-Direito os meus sinceros agradecimentos, porque a nossa história pessoal tem sempre um pouco do entrecruzamento das pessoas que tivemos a honra de conhecer ao longo desta caminhada.

“Estudar seriamente outra forma de vida significa, necessariamente, procurar ampliar a nossa”. (Peter Winch)

“Com efeito, o que é a lide, senão uma pequena unidade da história vivida por seres reais?” (Ovídio A. Baptista da Silva)

RESUMO

O presente trabalho trata do tema jurisdição brasileira em conexão com a liberdade religiosa numa dimensão de liberdade própria da sociedade pós-metafísica. A superação dos paradigmas metafísicos objetivista, aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), a partir da viragem hermenêutico-ontológica são superados com a desconstrução das condições que moldaram o modelo que é exercido nos órgãos estatais e na sociedade de tradição monocultural. A (re)construção é apresentada em condições que permitam uma mentalidade alargada da jurisdição e um maior espaço para a participação da sociedade nas instâncias decisórias. A inclusão de todos os participantes da comunidade política é fundamental, como reflexo dos elementos democráticos que moldam a sociedade atual. Assim, apresenta-se uma compreensão a respeito do direito de crença e do livre exercício de culto compatível com um procedimento interpretativo aberto (intersubjetivo) e uma jurisdição que se coadune com uma sociedade pós-metafísica num contexto e condições que levem em conta a máxima efetividade destes direitos e que vincule potencialmente todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, num ambiente normativamente alargado em que os valores como diversidade e tolerância se apresentam como valores fundantes desta comunidade heterogênea. A ideia de uma construção coletiva de sentido que abarque uma concepção democrática do direito à liberdade religiosa, e um espaço de participação da sociedade nas decisões judiciais e uma nova redefinição da estrutura e função do Estado, acabam, conseqüentemente, por discutir o papel da jurisdição.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Tradição. Jurisdição. Sociedade pós-metafísica. Interpretação.

RESUMEN

Este trabajo aborda el tema de la jurisdicción brasileña en relación con la libertad religiosa en una dimensión de libertad de una sociedad postmetafísica. La superación de paradigmas objetivista y subjetivista (filosofía de la conciencia), desde el giro hermenéutico-ontológica se superan con la deconstrucción de las condiciones que dieron forma al modelo que se juega en los órganos del Estado y la sociedad de la tradición monocultural. La construcción se hace en condiciones que permitan una mentalidad ampliada de la jurisdicción y un espacio más grande para la participación de la sociedad en la toma de decisiones. La inclusión de todos los participantes en la comunidad política es fundamental, debido a los elementos democráticos que conforman la sociedad actual. Por lo tanto, presenta una comprensión del derecho de las creencias y el ejercicio libre de la religión de conformidad con un procedimiento de interpretación abierta (intersubjetivo) y una jurisdicción que es coherente con un contexto postmetafísico y condiciones que tengan en cuenta el máximo efectividad de estos derechos y que potencialmente se une a todos los órganos del Estado, todos los poderes de gobierno, todos los ciudadanos y grupos en un entorno normativamente extendido en un ambiente que valores como la tolerancia y la diversidad se presentan como valores fundamentales de esta comunidad heterogénea. La idea de una construcción colectiva de lo que significa que abarca una concepción democrática de la libertad religiosa, y un espacio para la participación de la sociedad en las decisiones judiciales y una nueva redefinición de la estructura y función del Estado le hace pensar que el papel de la jurisdicción.

Palabras Clave: Libertad religiosa. Tradición. Jurisdicción. Sociedad postmetafísica. Interpretación.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	Do jardim à praça.....	10
2	A TRADIÇÃO MONOCULTURAL RELIGIOSA COMO RESULTADO DE UMA (IN)COMPREENSÃO DOGMÁTICA E DE UM PROCESSO INTERPRETATIVO FECHADO NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.....	19
2.1	A experiência religiosa como resultante da experiência dogmática na história do indivíduo.....	20
2.2	O reflexo desta (in)compreensão dogmatizada da religião na normatividade e na atividade jurisdicional brasileira em matéria de liberdade religiosa	49
3	A NECESSÁRIA ABERTURA PLURAL DA JURISDIÇÃO: O RESPEITO À DIVERSIDADE E À TOLERÂNCIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA NOVA DIMENSÃO DE LIBERDADE	84
3.1	A tolerância e a diversidade como requisitos necessários para uma nova dimensão de liberdade neste novo tipo de sociedade.....	85
3.2	A sociedade pós-metafísica e a necessária abertura do processo compreensivo/interpretativo na jurisdição brasileira em matéria de liberdade religiosa... ..	116
4	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

1.1 Do jardim à praça

Em um excelente ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social intitulado O Jardim e a Praça, e com um texto até de certo modo poético, Nelson Saldanha escreve sobre a ocupação dos espaços públicos e privados ao longo da história usando a metáfora do jardim e da praça a fim de apresentar suas ideias e compreender o mundo.

O jardim, segundo ele, “é como que uma parte ou elemento da casa que não se inclui entre seus aposentos ou instalações, mas que não está propriamente fora dela: ele se inclui no conjunto”. A praça, por sua vez, “é como que uma porção da cidade que não constitui uma parte definida, mas que a integra organicamente”. A praça é quase uma espécie de “clareira” nas cidades, enquanto que o jardim trata-se de uma porção anexa à casa, seja no exterior ou no interior dela.

Como ele próprio diz, “em princípio o jardim se diz fechado, a praça aberta. No caso, seria lírico, a praça épica – no jardim a biografia, na praça a história”. De qualquer forma, a história dos indivíduos é reflexo dos desdobramentos destas duas dimensões da experiência do ser.

Giorgio Agamben, na obra Profanações, ao tratar do tema sobre a etimologia da palavra *genius*, como sendo o espírito “tutelar” de uma pessoa desde o seu nascimento até sua morte, ou até mesmo de uma *gens* inteira, cultuado na Roma antiga, discorre sobre o indeterminado e o indeterminável que o ser humano carrega consigo. Uma espécie de “cordão umbilical” que conecta a experiência do indivíduo com a narrativa do mundo onde se encontra inserido e que o “guia” nas escolhas e decisões. Lembra ainda que a celebração das festas de aniversário, hoje, são resquícios das antigas festas pagãs dedicada a *Genius*, e que eram comemoradas em sua homenagem. De certa forma, diz ele, *genius* era parte do indivíduo, e por isso que quando se menciona gênio referindo-se à pessoa, ainda se conserva a tradição de sua origem.

Genius é a nossa vida, enquanto não nos pertence, ou como o próprio autor afirma, a concepção de homem em Genius “equivale a compreender que o homem não é apenas Eu e consciência individual, mas que, desde o nascimento até à morte, ele convive com um elemento impessoal e pré-individual”. Este elemento pré-individual nada mais é que a cultura onde se é jogado, na qual a linguagem é elemento formador do espaço da coletividade e do indivíduo.

Tanto Giorgio Agamben quanto Nelson Saldanha, em seus paralelismos, nas suas metáforas, tratam de questões que envolvem a experiência singular em um inegável contexto universal. E se assim pode ser dito, também a experiência religiosa se forma do mesmo modo, ou até mesmo de modo inverso, transitando entre singular e o plural, o individual e o coletivo, entre o universal e o local, entre a unidade e a diversidade.

Ocorre que a experiência religiosa, assim como o exercício da atividade de jurisdição, por serem experiências ou ações humanas que se esforçam em vincular o individual com o coletivo, de tecer a unidade com a diversidade, apresenta relações de dogma (verdade) e de não liberdade muitas vezes não desveladas. Traz consigo, antes de qualquer coisa, a experiência histórica dos seus atores, condição de possibilidade na linguagem para compreender e para compreenderem-se, para interpretar e para interpretarem-se.

Portanto, a proposta do presente trabalho é transitar do “jardim à praça”, ou seja: do dogma à liberdade. É estudar a jurisdição brasileira para saber se esta tem contribuído para a concretização do direito de crença e do livre exercício de culto numa dimensão de liberdade própria da sociedade pós-metafísica, ou se ainda está sujeita aos dogmas da modernidade, como certeza e segurança.

E ao apresentar a compreensão da jurisdição brasileira a respeito do direito de crença e do livre exercício de culto também se estará compreendendo a própria instituição como aquilo de indeterminado e indeterminável, a nossa vida enquanto não nos pertence descrito por Giorgio Agamben, a fim de desvelá-la.

Mas por que desvelar aquilo de indeterminado e indeterminável? Rubem Alves, no seu livro *Religião e Repressão*, em seu prólogo, cita os *Irmãos Karamázov* de Dostoiévski e a figura do O Grande Inquisidor, observando que este conhecia o coração dos homens. Muito embora os homens dissessem amar a liberdade, quando se aproximavam dela eram tomados por um grande medo que os fazia fugir para abrigos seguros. “Sonhamos o vôo, mas tememos as alturas”, diz Rubem Alves, e acrescenta: “para voar é preciso amar o vazio. Porque o vôo só acontece se houver o vazio. O vazio é o espaço da liberdade, a ausência de certezas.” Ora, como falar de liberdade em campos que tão estreitamente ligados ao dogma como a religião, e ao formalismo e a estruturas rígidas como a jurisdição? Espécies de amálgama que ajudam o ser humano a sentir-se “seguro e protegido”. Não se trata de voar por espaços vazios?

Justamente, o presente trabalho possui uma singela pretensão de voar por espaços vazios e apresentar uma compreensão do direito à liberdade religiosa e o papel da jurisdição em ambiente de compreensão alargada e de liberdade próprios deste novo tipo de sociedade

que se está construindo, o que, na esteira do prefácio de Gianni Vattimo na obra *O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, comumente se chama de sociedade pós-metafísica.

As certezas ruíram e os dogmas não mais se sustentam. A pergunta que resta, portanto, é saber se a jurisdição, e mais precisamente a jurisdição brasileira, está em sintonia com estes novos ares. Será necessário saber se ela está contribuindo para uma experiência libertadora ou ainda está presa aos dogmas da modernidade. Se reflete o modelo do jardim, de perfil individualista, ou está livre para a vivência plural e coletiva da praça.

Para esta tarefa será necessário a superação dos paradigmas metafísicos objetivista, aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), a partir da viragem hermenêutico-ontológica produzida pelas obras de Martin Heidegger, *Ser e Tempo* (1927), e Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método* (1960). O primeiro passo será o desvelamento (desconstrução) das condições que moldaram o modelo que é exercido nos órgãos estatais. O segundo passo será a apresentação de condições que permitam uma mentalidade alargada da jurisdição e um maior espaço para a participação da sociedade nas instâncias decisórias – a construção. É a aplicação do método fenomenológico-hermenêutico com a desconstrução do que é transmitido pela tradição e pela dogmática jurídica e a exploração positiva destas possibilidades, denunciando suas razões ou pré-compreensões. É indiscutível o fato de que quando se denuncia algo, se apresenta uma possibilidade diferente. Quando a crítica é positiva, ela sempre implica em uma nova variável, uma nova perspectiva. É sempre um olhar diferente e diferenciador. E ao se estabelecer este novo olhar, desde que consciente de suas pré-compreensões e dos seus pré-juízos, o observador reconstrói o mundo a partir desta nova perspectiva, desde já e sempre no mundo da linguagem.

A escolha da temática religiosa para compreender este ambiente não se dá por acaso. A atividade jurisdicional tem as mesmas características da estrutura e função do ambiente religioso. Prestam-se, ambos, para os mesmos propósitos. A jurisdição, como um ato ou atividade que deve ser praticado por um órgão vinculado ao Estado no sentido de fazer valer a ordem institucionalizada nas lições antigas de Ovídio A. Baptista da Silva na obra *Teoria Geral do Processo*, é igual à determinação divina que orienta os devotos a depositarem suas expectativas, esperanças e desejos de justiça na ordem transcendente.

É claro que este papel desempenhado pelo Estado se justifica no âmbito da razão instrumental. Seria uma completa insanidade e um caos total se cada um dos indivíduos pertencentes à comunidade política, alicerçados tão somente no afã dos seus desejos e na

voluntariedade das suas paixões, e sem um acordo de vontades, se lançassem desenfreadamente na satisfação destas vicissitudes.

Porém, este arranjo político, este acordo de vontades – o contrato social, deve permitir a inclusão de todos os participantes da comunidade política, como reflexo dos elementos democráticos que moldam a sociedade atual. O acordo de vontades da comunidade política não deve favorecer apenas a uma comunidade moral, visto que a comunidade política é composta de muitas comunidades morais, especialmente as religiosas. Ao mesmo tempo, deve ser cumprido de forma que se reconheça a particularidade e a integralidade de cada uma destas comunidades morais. Dito de outro modo, deve ser estabelecido e realizado de forma que elimine todas as desigualdades, sejam elas sociais, políticas, morais ou legais.

A temática é tão candente no contexto das comunidades políticas mundiais, que a discussão na França sobre o véu islâmico, a *hijab*, tem se alastrado por toda a Europa. Nicolas Sarkozy, a despeito das críticas ao projeto de lei que visa estabelecer uma multa de 150 euros para a mulher que utilizar a burca em locais públicos, tem avançado no seu intento. E não somente a França, mas muitos outros países da Europa acenam com iniciativas parecidas. Trata-se de claro preconceito político e religioso contra os muçulmanos. Todos estes aspectos estão a demonstrar uma guerra do ocidente, cristianizado, contra a cultura islâmica. A guerra do Iraque e do Afeganistão, muito embora o nítido interesse pelo controle das reservas de petróleo no mundo, também demonstram esta faceta.

No Brasil há, hoje, uma guerra surda nos meios de comunicação pela alma e o bolso dos aderentes. Espetáculos de intolerância por todos os lados sem que qualquer iniciativa eficaz seja implementada. Inobstante à passividade do brasileiro, o mercado das almas tende a acirrar. O IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, nos últimos 40 anos tem registrado um aumento crescente da pluralidade religiosa no Brasil, e a população católica, que em 1991 registrava um percentual de 83,8% da população brasileira, registra declínio acentuado nas últimas 2 (duas) décadas. Como estratégia para ver estancar a perda acelerada de aderentes, a Igreja Católica tem estabelecido alianças estratégicas com o poder público instituído, e o Acordo-Brasil Vaticano está aí para comprovar esta assertiva, e também ocupado espaços televisivos para divulgar o seu discurso religioso.

Além destes aspectos, outras questões decorrentes da evolução técnico-científico têm estimulado a participação dos segmentos religiosos no espaço público-político, como a pesquisa biogenética, robótica e funcionamento do cérebro, sem contar os temas já tradicionais como eutanásia e aborto. No entanto, esta participação no espaço público-político

não ocorre sem neutralidade, especialmente por parte dos agentes públicos identificados com segmentos religiosos, quando assim não deveriam se portar.

Portanto, o objetivo deste trabalho é apresentar uma compreensão a respeito do direito de crença e do livre exercício de culto compatível com um procedimento interpretativo aberto (intersubjetivo) e uma jurisdição que se coadune com uma sociedade pós-metafísica num contexto e condições que levem em conta a máxima efetividade destes direitos e que vincule potencialmente todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, num ambiente normativamente alargado em que os valores como diversidade e tolerância se apresentem como valores fundantes desta comunidade social e política, mesmo que heterogênea. Ao mesmo tempo, como objetivos específicos, o trabalho pretende desvelar a compreensão, identificar e analisar as formas de intervenção estatal, judicial e normativa, a partir do estudo de situações selecionadas, no que se refira ao exercício da liberdade religiosa. Também contribuir para a adequada inserção das práticas religiosas no moderno conceito de estado democrático, na qual se compreende a tolerância e a diversidade, e delinear os limites e os fundamentos para uma construção coletiva de sentido para o tema, a partir de uma revisão crítica da doutrina e jurisprudência a partir da hermenêutica filosófica.

Ao final deste trabalho pretende-se verificar se as situações selecionadas refletem uma compreensão do direito à liberdade religiosa compatível com uma sociedade pós-metafísica. Outrossim, pretende-se examinar a posição da jurisdição brasileira a respeito do tema, e se ela compreende a liberdade religiosa como um dogma ou como liberdade pública, com a sacralização ou não da coisa pública, em detrimento da neutralidade axiológica que se exige dos entes públicos. Por fim, para a adequada compreensão do direito de crença e do livre exercício de culto em uma sociedade pós-metafísica é necessário um processo interpretativo aberto que faça convergir às experiências de conhecimento e reconhecimento, democracia e comunicação (diálogo), liberdade e tolerância, e identidade e diversidade. Para isso, será necessário averiguar se a estrutura estatal, hoje, como se apresenta, está apta para este novo ambiente social, e se a jurisdição, como parte integrante desta estrutura, está habilitada a resolver conflitos com este perfil.

Para isso, o trabalho divide-se em dois capítulos. No primeiro capítulo são expostas as condições pelas quais elementos políticos e religiosos se fundiram para a formação do Estado moderno, pois a ideia substancializada de mundo do pensamento religioso nutriu uma cultura monocórdica, especialmente na idade média. Tal pensamento, fundado em certezas de caráter precário, pretendeu estabelecer a sua autoridade quanto ao sentido e significado da vida em

sua totalidade, e que também refletiu no próprio exercício da jurisdição. No subcapítulo 2.1 a experiência religiosa é apresentada como uma resultante da experiência místico-dogmática da história do indivíduo, e onde, justamente, o Estado moderno vai se servir para justificar seus esquemas, mecanismos, fórmulas de controle e dominação. A junção das esferas secular e religiosa, do reino espiritual e do reino temporal, é que permite a transferência destes esquemas, fragilizando o poder religioso. Por sua vez, o poder secular, em face do caráter simbólico e da força imaginária do componente religioso, irá perpetuar o cerimonial e toda a liturgia, mesmo em dimensões seculares. Em termos racionais, guardada a proporção de cada discurso, a secularização corresponderá uma transferência ou substituição, pois o Estado Moderno continuará baseado em premissas sacrossantas.

O Direito será o maior responsável pela manutenção do sistema, sendo a função dos juristas e dos magistrados equivalentes à função dos profetas e sacerdotes na liturgia religiosa, pela defesa e construção discursiva e dogmática do modelo. A norma jurídica irá adquirir propriedades naturais de “verdade”, tais como o da lei divina.

Inevitavelmente, a normatividade e a própria atividade jurisdicional brasileira sofrerá o reflexo desta (in)compreensão dogmatizada, que é analisada no subcapítulo 2.2. Neste subcapítulo serão abordados os conflitos políticos que se seguiram à temática religiosa, a evolução dos textos constitucionais em matéria de liberdade religiosa no Brasil até a Constituição de 1988, o Acordo Brasil-Vaticano de 2008 e a decisão do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que em julgamento de Pedidos de Providência para a retirada de símbolos religiosos dos plenários e salas de audiência, entendeu que a manutenção dos mesmos não ofendia o princípio da neutralidade axiológica do Estado e que assim se garantiria “interesses individuais culturalmente solidificados”, além de decisões do STF – Supremo Tribunal Federal que tenham imbricações com o tema.

O que se observa da história constitucional brasileira é uma tradição monocultural ligada a uma cosmovisão católica de mundo, e por ser o Brasil o maior país católico do mundo e envolver a maioria da população, pelo menos no aspecto nominal, acaba se manifestando sem qualquer questionamento, gozando até de um estatuto privilegiado.

A partir da exposição e de um adequado entendimento da cláusula de separação Igreja-Estado, vê-se que tal instituto é mal compreendido no exercício das funções públicas, e que os valores da moralidade católica permeiam tanto a atividade político-normativa como a atividade jurisdicional, sem que seus agentes se deem conta das premissas que estabelecem o Estado Democrático de Direito, pois estão de tal forma envolvidos pela mundividência

religiosa que não separam de forma estrita razões seculares e razões religiosas. Tal separação é fundamental para o exercício da liberdade religiosa, pois do contrário se estará homogeneizando a comunidade política, e impingido às demais comunidades religiosas valores morais-éticos vinculados a apenas uma visão do mundo.

Há muito que a religião perdeu sua capacidade de fundação e estruturação da esfera público-política. Independentemente do seu papel contributivo para a construção evolutiva da identidade da comunidade política, as razões religiosas devem ser traduzidas, quando necessárias, em contextos de pluralidade, como algo a ser discutido e refletido por toda a comunidades política, e, se justificada sua pertinência, estabelecida no âmbito geral. A identidade constitucional não pode ser apropriada por dogmas fundamentais de qualquer religião.

E como a democracia não pode ser a síntese decorrente das maiorias totalizantes, com a necessária preservação das individualidades e das minorias, o capítulo 2 deste trabalho irá analisar os desafios para a integração, de maneira inclusiva, das diversas manifestações religiosas em uma sociedade pós-metasífica, caracterizada pela incerteza, niilismo, desesperança, risco, fragmentação e dissolução das categorias filosóficas. A tolerância e a diversidade, como conceitos político-jurídicos, é que farão a integração e o diálogo entre culturas diferentes. Trata-se da necessária abertura plural da jurisdição, que irá espelhar os valores inclusivos deste novo tipo de sociedade

Desta forma, no subcapítulo 3.1 se trabalha com o resgate da tolerância, de origem liberal, para uma dimensão que se compatibilize as novas e múltiplas possibilidades que o novo tipo de sociedade desencantada oferece. A comunidade religiosa é uma comunidade voluntária e apartada do poder político, e para a correta expansão da liberdade em condições multiculturais, a tolerância, a diversidade e o reconhecimento se tornam fatores importantes e distintivos.

Portanto, passando pelo desenvolvimento ajustado do conceito de religião nesta quadra da história, o chamado conceito tipológico de Jónatas Machado, de amplo espectro, e que permite transitar por diversos aspectos do terreno religioso, chega-se à questão fulcral da primeira parte do capítulo 3, que é compreender o real significado da tolerância e da coexistência mútua e pacífica no espaço público-político multipolar. Partindo de John Locke, e passando por Voltaire, Stuart Mill, atinge-se o novo verbete gestado no seio da comunidade latino-americana, baseado nos debates ocorridos no Encontro sobre a Tolerância na América Latina e no Caribe de 1994, Rio de Janeiro, traduzidos por Clodoaldo Meneguêlo Cardoso, e

que tem por pressuposto articular identidade e diversidade através do estabelecimento de pontos de contato entre as culturas, viabilizando assim o diálogo. A tensão entre particularismo e universalismo também é enfrentada, surgindo o multiculturalismo bem compreendido como o “entre-lugar”, como espaço de alteridade sempre em evolução. Identidade e diferença não são opostas, mas acréscimos de conhecimento, demonstrações conquistadas pelo saber, aprofundamentos do jogo da compreensão, onde a experiência vivida é régua para a apuração das diferenças e guia para as expectativas futuras, havendo sempre uma relação entre a identidade que se possui e a diferença que se quer compreender.

Outra questão examinada neste subcapítulo é a influência das ciências naturais nos ambientes sociais, e que em face da teoria da relatividade de Albert Einstein, da física quântica e do princípio da incerteza de Heisenberg estão mudando os seus fundamentos através da construção de novos paradigmas. Da mesma forma o Direito sofrerá este reflexo do desenvolvimento científico, e que na filosofia política deverá traduzir na rediscussão da ideia hobbesiana do pacto, pensado à maneira mecanicista de acordo com Axel Honneth. Todo o sistema moderno, e em especial a jurisdição estatal, é baseado no conflito e no aniquilamento. Estão baseados no que a teoria dos Jogos de John Von Neumann e John Nash chama de soma-zero, onde apenas uma das partes é declarada vencedora, recebendo a soma das parcelas do seu oponente. Por isso que a gramática moral dos conflitos exposta por Axel Honneth será importante para trabalhar o reconhecimento das expectativas dos indivíduos, a fim de que a experiência do viver em sociedade seja inclusiva, tolerante e sensível para as diferenças.

Finalmente, no subcapítulo 3.2, o assunto que será tratado refere-se à necessária abertura do processo compreensivo/interpretativo da jurisdição na sociedade pós-metafísica. A partir da reflexão e análise de decisões judiciais, marcos internacionais e decisões da corte europeia de direitos humanos em matéria de liberdade religiosa, postula-se a adoção no Brasil do que Manuel García-Pelayo chama de sistema de segundo círculo ou círculo periférico na participação do processo decisório.

A obra de Jacques Chevalier, e as transformações sentidas pelo Estado na sociedade contemporânea, também irão acrescentar questões para a redefinição das funções do Estado e da própria jurisdição. Em virtude do alargamento do campo de possibilidades, a supletividade, a proximidade e a proximidade serão características deste novo modelo de estruturação social, na medida em que Estado e Direito são realidades indissociáveis.

A ideia de uma construção coletiva de sentido que abarque uma concepção democrática do direito à liberdade religiosa será o objetivo geral desta lembrança, levando-

se em conta um processo interpretativo que favoreça uma mentalidade alargada da jurisdição, um espaço de participação da sociedade nas decisões judiciais e uma nova redefinição da estrutura e função do Estado, e conseqüentemente do papel da jurisdição.

É importante ainda destacar que na citação dos autores evocados, primou-se sempre por reproduzir o texto em sua originalidade, sem correções ou traduções, o que na vigência de um novo acordo ortográfico sempre é salutar referir. Do mesmo modo, a mixagem de vários autores de linhas de pesquisa variadas e diferentes não corresponde necessariamente uma contradição do trabalho. Está mais para uma demonstração de que o tema é abrangente e instiga uma reflexão aberta e sem preconceitos.

2 A TRADIÇÃO MONOCULTURAL RELIGIOSA COMO RESULTADO DE UMA (IN)COMPREENSÃO DOGMÁTICA E DE UM PROCESSO INTERPRETATIVO FECHADO NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que há uma baixa compreensão da liberdade pública do direito de crença e do livre exercício de culto na jurisdição brasileira. Observam-se, ainda, as razões pelas quais esta baixa compreensão vem sendo alimentada por um sistema que tende à monocultura religiosa, em detrimento da pluralidade religiosa e cultural estabelecida no texto constitucional.

No subcapítulo 2.1, é demonstrado que tanto na experiência religiosa, com seus fundamentos, esquemas e mecanismos, quanto na experiência moderna que originou o Estado liberal, estão presentes características místicas de origem comum. A forma como o ente Estado, forte e centralizador, mantém-se, imaginária e simbolicamente, é a mesma pela qual a religião conservou estruturas de dominação por séculos, sendo aquele ente herdeiro destas estruturas e características advindas do direito canônico que, posteriormente, foram formadoras da religiosidade civil. É a sacralização do Estado. No entanto, tudo isto advém de uma ideia substancializada do mundo e fundamentada em uma concepção estável de ser que, muito embora baseada em certezas precárias, a partir de metanarrativas do indeterminado, pretendeu dar explicações universais ou relatos quanto ao sentido e ao significado a respeito da vida, dos seres, do mundo, dogmatizando, assim, todas as coisas.

Proporcionalmente, esta visão dogmatizadora do mundo não se restringiu apenas à álea da esfera privada dos indivíduos, na medida em que se tornou menos transcendente¹ com a secularização da sociedade, mais se mostrou imanente no agir das instituições e nos hábitos dos seus agentes, como se demonstra no subcapítulo 2.2. Esta influência dá-se tanto normativa, quanto jurisdicionalmente. O processo, como reflexo cultural dos acontecimentos da vida dos indivíduos é subproduto desta baixa compreensão. Através da análise da evolução legislativa e de decisões do STF – Supremo Tribunal Federal e de outros órgãos jurisdicionais em matéria de liberdade religiosa pretende-se desvelar os caminhos trilhados pelos juristas na construção discursiva do modelo que sufocou a liberdade a pretexto de uma pseudo-tradição religiosa, favorecendo assim a dogmatização, e que é fruto de uma compreensão inautêntica, pois baseada em uma visão cheia de pré-juízos e preconceitos não denunciados, tarefa que este trabalho tem a pretensão de dar contribuição para o seu desvelamento.

¹ No sentido teológico da palavra em relação à divindade: transcendência/imanência. Na primeira, distingue-se perfeitamente criador da obra criada, pois subsistem separadamente, enquanto que na segunda, tanto criador e obra criada se confundem, pois o ser divino permeia todas as coisas que existem.

2.1 A experiência religiosa como resultante da experiência dogmática na história do indivíduo

Não há, na dimensão da existência humana, um fenômeno que impacte tão profundamente a identidade dos indivíduos e permeie de forma indelével as convicções filosófico-políticas de uma determinada sociedade tanto quanto o faz a religião. Por isso que, neste aspecto, distante de todos os outros sistemas sociais, ela é a que mais resiste a um modo de pensamento que reconheça a sua própria finitude e a parcialidade do seu relato.

Muito embora fundado em certezas precárias, o pensamento religioso é convicto de que, por si, responde a tudo. É o que demonstra Jürgen Habermas: toda religião é inicialmente “doutrina compreensiva” ou “imagem de mundo”. Decorre do fato e do “sentido de que ela pretende ter autoridade na configuração de uma forma de vida *em sua totalidade*”².

Contudo, Gianni Vattimo adverte que “a noção de fundamento, e de pensamento como fundação e acesso ao fundamento, é radicalmente posta em discussão por Nietzsche e Heidegger”³, e

grande parte da filosofia dos séculos XIX-XX, que representa a nossa herança mais próxima, é precisamente a negação de estruturas estáveis do ser, a que o pensamento deveria recorrer para ‘fundar-se’ em certezas não-precárias⁴,

ou seja: a partir do que se convencionou chamar de sociedade pós-metafísica⁵, passa-se a uma ruptura radical e uma profunda discussão sobre a estabilidade das estruturas do ser, baseados, anteriormente, na metafísica grega, que tinha por escopo uma humanidade

² HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 127.

³ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. VII.

⁴ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. VII.

⁵ Adota-se, no presente trabalho, como referencial de sociedade pós-metafísica, a dissolução da estabilidade do ser. Evita-se o termo pós-modernidade por não se tratar de uma superação da modernidade como assenta Gianni Vattimo nas razões apresentadas no prefácio do livro *O fim da modernidade*. Superação implicaria estar ainda preso à ideia da modernidade de iluminação progressiva, na reapropriação dos fundamentos, nos renascimentos e nos retornos. O pós-metafísico caracteriza-se “não apenas como novidade com relação ao moderno, mas também como dissolução da categoria do novo”. Diferente de um “fim de história” catastrófico, o que se caracteriza são as bases da construção de uma imagem da existência em novas condições de não-historicidade. Esta não-historicidade cerca-se de uma imobilidade de fundo do mundo técnico, do progresso como rotina, da virtualização das relações pela redução da experiência da realidade para uma experiência de imagens. (VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996.).

idealizada e homogeneizada e que se consubstanciou, a partir do século XVI, no projeto da modernidade.

Ainda assim, mesmo se admitindo, no estágio atual da humanidade, a multilateralidade dos relatos, a pluralização cultural, o contínuo progresso do conhecimento científico e o desenvolvimento de novas tecnologias, a intensidade da comunicação, os intercâmbios culturais, as novas relações de trabalho, enfim, um mar de contingências que tem apontado para um novo tipo de sociedade com características pós-industriais, há uma forte resistência daquele projeto, conforme ensina Boaventura de Sousa Santos, pois “o projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios”⁶, e que, segundo o qual, deve ser compreendido a partir da construção de dois pilares: regulação e emancipação.

Enquanto o pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, pelo princípio do mercado e pelo princípio da comunidade, o pilar da emancipação⁷ foi erigido no sentido de orientar a vida prática dos cidadãos através dos aparelhos repressores do Estado, “na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado de monopólio da produção e da distribuição do direito”⁸.

A combinação destes pilares construídos pela modernidade, vinculados com o sentido de se estabelecer uma “concretização de objetivos práticos de racionalização global da vida colectiva e da vida individual”⁹, e a aspiração de infinitude ou de maximização, tanto da regulação quanto da emancipação, acabaram por produzir tanto um excesso de promessas como também um déficit de cumprimento delas, colapsando, assim, o projeto da modernidade.

Porém, não é este o principal fundamento do seu colapso. Ocorre que o projeto da modernidade é, sobretudo, um projeto calcado em uma concepção estável e idealizada da vida humana, de um ser pensado de maneira objetiva, como essência substancializada e petrificada,

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 77.

⁷ Carrega consigo a chamada racionalidade estético-expressiva (ligada às artes e à literatura) que se articula com o princípio de comunidade, condensando, assim, ideias de identidade e de comunhão, a racionalidade cognitivo-instrumental (ligada à ciência e à técnica) que se corresponde com o princípio do mercado e agrega as ideias de individualidade e da concorrência, convertendo a ciência em uma força produtiva e a racionalidade moral-prática (ligada à ética e ao direito) que se vincula ao princípio do Estado, responsável pela produção do direito.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001. p.77.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001. p.78.

sem jamais se pensar o ser em sua proveniência¹⁰, em seu caráter dinâmico, verbal. É a *Idea* platônica, a *enérgeia* aristotélica, o *ente supremo* da teologia medieval ou o *subjectum* da filosofia moderna.

Enquanto o homem e o ser forem pensados, metafisicamente, platonicamente, em termos de estruturas estáveis que impõem ao pensamento e à existência a tarefa de ‘fundar-se’, de estabelecer-se (com a lógica, com a ética) no domínio do não-deveniente, refletindo-se em toda uma mitificação das estruturas fortes em qualquer campo da experiência, não será possível ao pensamento viver positivamente aquela verdadeira idade pós-metafísica que é a pós-modernidade. Não que nela tudo seja aceito como via de promoção do humano; mas a capacidade de escolher e discriminar entre as possibilidades que a condição pós-moderna nos coloca só se constrói com base numa análise dessa condição que apreenda em suas características próprias, que a reconheça como campo de possibilidade e não a pense apenas como o inferno da negação do humano¹¹.

Surge, desse modo, a seguinte questão: como o pensamento religioso contribui para uma ideia substancializada do mundo, especialmente a de mundo ocidental? Justamente, pela negação do humano, da negação do devir, é possível explicar e desvelar os caminhos que construíram uma tradição monocultural no âmbito da religião, na medida em que, mesmo em caráter precário, pretendeu o pensamento religioso, a partir do indeterminado, ter autoridade para estabelecer relatos quanto ao sentido e ao significado, apelando, essencialmente, ao que se convencionou chamar de pensamento mítico e interpretação moderna do mundo.

Ressalve-se que, sentido místico, aqui, é tratado como o fenômeno religioso¹², como o sagrado, ou seja: essa expressão natural de um universo simbólico pertencente e pertinente aos seres humanos, no qual se espelha uma dimensão da experiência não controlável ligada à perenidade e à satisfação espiritual, e que se distingue da vida secular - profana.

Neste sentido, é quase desnecessário afirmar que a humanidade sempre recorreu ao sobrenatural, ao divino, ao místico, para explicar e dar um sentido de unidade aos fenômenos que desconhecia ou que não sabia ou sabe explicar. A religião estaria umbilicalmente ligada

¹⁰ Sobre o ser e o ente, ver HEIDEGGER, Martin. **Que es metafísica?** Buenos Aires: Fausto, 1992; e HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1997. Ver também GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I e II: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008; e STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

¹¹ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. XVIII.

¹² As questões religiosas, tratadas no presente trabalho, sempre terão uma conotação ligada à tradição judaico-cristã, à formação e à experiência ocidental, muito embora se reconheça que o fenômeno religioso é uma experiência universal.

às razões e às bases pré-políticas de constituição do Estado e da Sociedade, na medida em que, como ensina Fábio Konder Comparato¹³, ao se estudar a compreensão do mundo antigo, se observa que a religião comandava a vida das pessoas, do nascimento à morte. Ela dominava a vida familiar, assim como a vida da cidade, fora do lar doméstico.

Fustel de Colanges, a este respeito, afirma que uma força mais poderosa que a força física e que o nascimento uniu os membros da família: “foi à religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”¹⁴, e não os sentimentos de afeição naturais. Se o integrante da família renunciasse o culto dos seus ancestrais automaticamente estava excluído da família e, da mesma forma, aquele, que assim o abraçasse, ingressava na família pela comunhão do culto. É interessante notar que a religião do mundo antigo, muito embora politeísta, apresentava práticas fundamentalistas quanto ao governo da vida por parte da religião.

No medievo, ao contrário da perspectiva politeísta do mundo antigo, o que se encontra é a supremacia da doutrina cristã, sobretudo em decorrência de uma dogmática teológica substancializada e da universalização do cristianismo. Além disso, outro fator que contribuiu para esta homogeneização é a “interpenetração recíproca entre cristianismo e metafísica grega”, que, nas palavras de Jürgen Habermas, promoveu uma apropriação da filosofia, de conteúdos genuinamente cristãos:

Tal trabalho de apropriação solidificou-se em redes conceituais carregadas normativamente, tal como, por exemplo: responsabilidade, autonomia e justificação; história, recordação e recomeço; inovação e retorno; emancipação e completude; renúncia, incorporação, internalização, individualidade e comunidade. Ela também transformou, originariamente, o sentido, porém, não o consumiu inteiramente nem o deflacionou de um modo esvaziador. A tradução da idéia de que o homem é semelhante a Deus para a idéia da ‘dignidade do homem’, de todos os homens, a ser respeitada de modo igual e incondicionado, constitui uma destas traduções salvadoras. Ela expõe o conteúdo de conceitos bíblicos para um público geral de crentes de outras confissões e para não-crentes, ultrapassando, por conseguinte, os limites de uma comunidade religiosa particular¹⁵.

Ao ingressar a humanidade na idade moderna, o que se observa é o surgimento do fenômeno que relaciona a sociedade à secularização, surgimento da religião civil e o

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 50.

¹⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga, o estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 40.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 125.

descrédito da cultura do domínio religioso, segundo Fernando Catroga¹⁶, originado a partir de teorias formuladas por Durkheim, Troeltsch e Weber. Nelson Lehmann da Silva¹⁷ discorda, pois assegura que a proposição de uma “teologia civil” foi inaugurada por Thomas Hobbes, representando uma quebra na tradição cristã¹⁸.

No entanto, algumas questões relativas à Reforma Religiosa¹⁹ que influenciaram a criação do Estado Liberal precisam ser tratadas, na medida em que é a cisão entre mundo temporal e domínio religioso que permite a instalação do poder civil, formando as bases pré-políticas do Estado Constitucional.

O grande idealizador e expoente da Reforma foi Martinho Lutero²⁰, que desenvolvendo a ideia de Santo Agostinho, das duas cidades, sustentava que existiam “dois grupos de filhos de Adão, um no reino de Deus sob Cristo, o outro do mundo sob a autoridade; têm dois tipos de lei. Pois todo o reino deve ter suas próprias leis e direitos, e sem lei não pode existir regime algum [...]”. A tese de Martinho Lutero sustentava-se na crença de que a autoridade secular deveria se comportar de acordo com a “maneira cristã”, não podendo interferir no reino divino e, de modo algum, atrever-se a “impor uma lei à alma”.

E mais do que isso, Martinho Lutero²¹ pregava obediência e amor às autoridades, pois, invocando textos do apóstolo Paulo, argumentava que a autoridade é “servidora de Deus” para todos os seres humanos e que se poderia também servi-Lo, através do uso dela.

Desse modo, como reconhece Max Weber, o cristianismo, em seu período mais expansivo, interna e externamente, foi uma religião de características urbana e, sobretudo, cívica. O sociólogo admite essa característica proveniente da tradição judaica, em que ela foi

¹⁶ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 16.

¹⁷ LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno**. Brasília: Thesaurus, 1985.

¹⁸ Não se pretende ingressar no debate sobre a reivindicação das origens da secularização e porque isto não ocorreu, por exemplo, no pensamento greco-romano. Contudo, é importante destacar que a tradição religiosa judaico-cristã sempre distinguiu o Criador da obra criada, relativizando o mundo temporal, a pretexto de valorizar o mundo espiritual – o porvir, estático; tratando assim de capitanear as almas, determinando-lhes observações morais rígidas e fazendo do dever uma profissão. Sobre criação *ex nihilo* e criação sem início ver FLECK, Fernando Pio de Almeida. Pseudoproblemas na filosofia medieval. In: STEIN, Ernildo (org.). **A cidade de Deus e a cidade dos homens: de Agostinho a Vico**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 19-31; e CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 18-35.

¹⁹ Amplo movimento de reforma religiosa que se iniciou no século XVI responsável pela quebra do monopólio da Igreja Católica sobre o mundo cristão ocidental, tendo como principais precursores John Wycliffe, Jan Huss e mais tarde, Martinho Lutero.

²⁰ LUTERO, Martinho; MÜNTZER, Tomás; CALVINO, João. **Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 102.

²¹ LUTERO, Martinho; MÜNTZER, Tomás; CALVINO, João. **Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 97-98.

mais intensa, como também resultado de um fenômeno que observou em todos os povos primitivos: “o fenômeno de a formação de uma associação política estar condicionada à subordinação a um deus especial desta associação²²”.

E não somente os reformadores propagaram tal concertação, mas também a própria Igreja Católica advogava tal postulado - a não interferência do poder secular na esfera de competência religiosa -, no entanto, com interesse diverso: o domínio do poder secular pelo poder religioso, conforme apontam Bertrand Badie e Guy Hermet²³. Entretanto, a estratégia não deu certo, segundo os autores citados, eis que “[...] *por uma ironía de la história, las complejas estrategias que concibe con este fin se vulven en su contra, suscitando la política laica que precisamente le interesaba evitar*”²⁴. Referem que as estratégias do papado, a partir do século XII, como a diferenciação entre o profano e o sagrado²⁵ com clara intenção de recuperar o monopólio do sagrado, submetendo, dessa forma, o poder temporal às determinações daquele, assim como a tática de dividir para reinar, acabaram por concentrar o poder secular nas mãos dos príncipes e eles, com isso, passaram a controlar politicamente os Estados.

Essa disputa de poder entre as autoridades religiosas e seculares pela governança dos homens persiste por toda a idade média, conforme demonstra Quentin Skinner²⁶, mas é a partir da Reforma que cada vez mais o poder religioso vai perdendo terreno para o poder do príncipe. Este poder, porém, era frágil, na medida em que não mais se fundamentava em valores transcendentais e nem poderia reivindicar a autoridade divina.

Thomas Hobbes²⁷, detectando esta fragilidade dos governantes para justificarem o seu poder e observando os “frutos da religião” que se encontrava no homem, reconheceu que “os primeiros fundadores e legisladores de Estados” tiveram o cuidado de incutir nas mentes dos homens a crença de que as regras estabelecidas não eram suas próprias, mas derivadas ou

²² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 287.

²³ BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 106-108. O papado também aspirava “[...] al poder supremo, a la vez espiritual y temporal”.

²⁴ BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 106. [Grifo nosso].

²⁵ “Dai a César o que é de César, e dai a Deus o que é de Deus”.

²⁶ SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 70.

reveladas por um deus, ou, de outro modo, “de que eles próprios eram de natureza superior à dos simples mortais, a fim de que suas leis fossem mais facilmente aceites”.

Aliado a isto, estes governantes sempre se preocuparam em manter um ritual simbólico com claro escopo de atizar e alimentar o misticismo, porque, através destes mecanismos, mantinham o povo a serviço dos seus objetivos e, da mesma maneira, menos capazes de se rebelarem.

Até mesmo a Revolução Francesa, que pretendeu estabelecer um novo paradigma de racionalidade, tratou de produzir suas liturgias próprias. Nelson Lehmann da Silva²⁸ traz exemplos dos cultos cívicos que ocorreram na França, na época da revolução, tais como o batismo cívico, o ritual de apresentação do livro da constituição que se designava “escritura sagrada”, o culto à “Santa Igualdade” e o culto da deusa “Razão”. Fernando Catroga²⁹ confirma a informação de Nelson Lehmann, acrescentando que se tratava de uma “herança da religião civil de Rousseau” e que este “desenvolveu todas as suas potencialidades para se transformar numa estrita religião política”.

No Brasil, Thales de Azevedo³⁰ abordou o tema religião civil brasileira e a questão dos ritos simbólicos, atentando para o fato de que, confirmando uma velha tradição, o Estado sempre prestigiou celebrações litúrgicas da Igreja e esta, por sua vez, solenizava os atos oficiais com os seus ritos. Registra ele: “mais que meios para recíproca legitimação, essas trocas configuram laços de mútua dependência moral e política [...]” e que, depois, ao longo da nossa história, estendeu-se para outras religiões populares. O estudioso cita ainda os crucifixos apostos nas salas dos tribunais, comandos militares, escolas públicas etc., dissociados de qualquer culto, como símbolos das relações formais entre as duas esferas de poder: o sacro e o profano, o eclesial e secular. “Traduzem o mundo de cooptação, antes política do que religiosa, entre religião e poder”³¹.

O que há, portanto, no fundo deste amálgama, são aspectos de caráter simbólico e imaginário, que Cornelius Castoriadis³² acredita estarem ligados às “visões antigas sobre a origem ‘divina’ das instituições”. As citações do apedrejamento narrado no Livro de Números, do antigo testamento, por exemplo, destoando ofensa e imposição da sanção – pelo

²⁸ LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno**. Brasília: Thesaurus, 1985. p. 25.

²⁹ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 235.

³⁰ AZEVEDO, Thales de. **A Religião Civil Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 1981. p. 113-127.

³¹ AZEVEDO, Thales de. **A Religião Civil Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 1981. p. 121.

³² CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 154-159.

trabalhar no sabá, representa, segundo ele, que, por trás da Lei, que é “real”, se mantém uma instituição social efetiva. No caso, o Senhor apresenta-se como fonte e sanção final. No caso, o Senhor apresenta-se como fonte e sanção final. Do mesmo modo ocorrem os mecanismos de controle social do Estado quando se apoia em todo o aparato jurídico-estatal como forma de legitimar suas ações.

Porém, Thomas Hobbes foi o primeiro a reduzir *ecclesia et imperium* a uma só cidadania. Trata-se do primeiro pensador moderno a afirmar categoricamente que “no reino de Deus a política e as leis civis fazem parte da religião, não tendo, portanto, lugar a distinção entre dominação temporal e a espiritual”³³.

É justamente a partir da junção destas duas esferas que há a transferência das expectativas, sejam elas escatológicas ou messiânicas, para uma ordem ou um poder secular. Em certo sentido, todas as metateorias formuladas, posteriormente, assumem um caráter substitutivo de uma crença universal.

Tanto os discursos liberal-nacionalista e o internacional-socialista, afirma Nelson Lehmann³⁴, ofereceram “soluções científicas para antinomia humana entre autorrealização e coesão social, liberdade e racionalidade, homem e natureza”, em fórmulas de messianismo político, o que não deixaria de ser uma espécie de substitutividade da religião.

Para isso, Nelson Lehmann,

a secularização da Era Moderna nunca significou uma mudança fundamental, mas apenas uma transferência ou substituição. O Estado Moderno, produto das revoluções, continuou baseado em premissas sacrosantas.³⁵

Neste aspecto, o uso instrumental da religião surge como um fator assegurador de unidade e de identidade de grupos nacionais, e que, mesmo em tempos recentes, se demonstra eficaz, com uma tênue fronteira entre motivação política e motivação religiosa, assevera Nelson Lehmann³⁶. Discorrendo mais adiante, o autor não deixa de comparar o utopismo político, o totalitarismo e até as revoluções mundiais como fundamentadas em uma mecânica de caráter religioso. Registre-se que ele não deixa de ter sua razão. Todas as revoluções e seus revolucionários parecem ter presente uma mensagem salvífica que será alcançada após o

³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 71.

³⁴ LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno**. Brasília: Thesaurus, 1985. p. 32.

³⁵ LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno**. Brasília: Thesaurus, 1985. p. 44.

³⁶ LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno**. Brasília: Thesaurus, 1985. p. 26.

estabelecimento da ordem proposta. O pensador menciona, ainda, as grandes revoluções modernas que moldaram o pensamento ocidental³⁷ e o fato de que todas tiveram os seus prosélitos ou missionários, tentando “converter” os “pagãos” para a sua causa. Para Harold J. Berman³⁸, todas estas revoluções foram marcadas por uma mudança fundamental, rápida, violenta, duradoura e no sistema social como um todo. Cada uma delas buscou legitimidade em um direito fundamental, em um passado remoto e em um futuro apocalíptico. Por fim, elas, a seu tempo, produziram um novo sistema jurídico que incorporou os propósitos principais da revolução, mudando a tradição jurídica ocidental, “mas que, em última análise, permanecia com a tradição”³⁹.

A realização da justiça foi proclamada como o ideal messiânico do próprio Direito, que foi originalmente associado (na Revolução Papal) com o Julgamento Final e o Reino de Deus, depois (na Revolução Germânica) com a consciência cristã; mais tarde (na Revolução Inglesa) com o espírito público, a consonância com ele e as tradições do passado; ainda mais tarde (na Revolução Americana e na Revolução Francesa) com a opinião pública, a razão e os direitos do homem, e mais recentemente (na Revolução Russa) com o coletivismo, a economia planejada e a igualdade social. Foi o ideal messiânico de justiça que encontrou, acima de todos os outros, expressão nas revoluções. A substituição do Direito anterior era justificada como o restabelecimento de um direito como justiça, mais fundamental. Foi a crença de que o Direito estava traindo os seus propósitos e finalidades que levou às grandes revoluções.⁴⁰

E o que é o Estado senão um ente imaginário e simbólico? E o que ocorre quando um cidadão transgredir a lei produzida por este ente? Não é justamente a execução da sanção exercida por seus agentes, não em nome pessoal, mas em nome do Estado? Assim sendo: que mística é esta que faz com que o cidadão e toda a sociedade acreditem ou creiam que os referidos agentes estão investidos de tal poder? Não é de fato uma crença propagada e

³⁷ A Reforma (1517), a Revolução Inglesa (1688), a Revolução Americana (1776), a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Russa (1917). Harold J. Berman acrescenta ainda a Revolução Papal de 1075-1122 – a *Reformatio* do papa Gregório VII, normalmente traduzida como Reforma Gregoriana, ocultando, assim, o seu caráter revolucionário. (Ver BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 31).

³⁸ BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 31-32.

³⁹ BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 32.

⁴⁰ BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.p. 34.

generalizada? No fundo, tanto o agente acredita na investidura⁴¹, quanto o cidadão crê que o referido agente detém tal poder. São características místicas de natureza comum⁴².

À parte da questão moral no homem, à parte das questões investigativas pertinentes à existência humana, que não são objeto de estudo no presente momento, foi a modernidade que nos brindou com a secularização, como também apresentou esta concepção de Estado Moderno⁴³ que, hoje, se conhece. Entretanto, a história ocidental nunca se alijou completamente da sacralização do poder político; e o ideal de bem comum, buscado pelos entes políticos, sempre se traduziu em uma paz universal similar à conquista do paraíso ou a salvação no reino dos céus.

Fernando Catroga⁴⁴ aponta duas interpretações a respeito deste fenômeno: a primeira, de que este se constituiu a partir da “saída de sectores da sociedade e da cultura do domínio do religioso [...] em consequência da irradiação de princípios enformadores da mundividência moderna”. Tais princípios seriam o “crescimento da consciência do eu”, como também “uma nova experiência de tempo e da certeza de que os homens seriam capazes, cada vez mais, de ‘fazer’ a história”⁴⁵; e a segunda, pela “transferência do conteúdo, dos esquemas e dos modelos elaborados no campo religioso, para o campo profano”, sendo a dimensão secular herdeira desta tradição. Inobstante a essa conformação, entende que elas se condicionam reciprocamente.

Neste aspecto, é importante destacar o pensamento de Charles Taylor⁴⁶, que aponta, como um dos fatores da construção do individualismo, o *self*, a própria teologia de Santo Agostinho, na qual a razão é pressuposto para a própria existência do indivíduo. Portanto, por trás desta construção do *self*, está também um fator religioso que se desdobra em múltiplas consequências, conforme postula Taylor. Através da reflexão radical, Santo Agostinho traz para o primeiro plano o ponto de vista do indivíduo e a experiência pessoal é transformada em

⁴¹ A investidura também é um ato ritualizado, simbólico, precedido de um cerimonial, com profundas características religiosas.

⁴² Ver BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996. p. 113.

⁴³ Sobre a questão da continuidade ou descontinuidade do Estado ver STREK, Lenio Luiz; BOLSAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39-44.

⁴⁴ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: Secularização, Laicidade e Religião Civil. Coimbra: Almedina, 2006. p. 16-18.

⁴⁵ Sobre o tempo e o direito ver SEVERO ROCHA, Leonel. Tempo e Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLSAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁶ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. “*In interiore homine*”.

objeto do pensamento. Passa-se, então, ao reconhecimento de universo interior – o plano subjetivo, individual -, que tem a tendência de querer estabelecer-se como “centro de nosso mundo” e de possuir e dominar as coisas que nos rodeiam, fascinado pelo sensível. Com isso, a espiritualidade agostiniana influencia o Iluminismo, como argumenta Charles Taylor⁴⁷, produzindo impacto na identidade dos modernos.

Por fim, cabe discorrer brevemente sobre a questão do “regresso do religioso”, muito em voga ultimamente, pois, segundo aponta Fernando Catroga⁴⁸, aqueles que defendiam a “morte de Deus” tinham plena certeza que a humanidade se emanciparia completamente pelo progresso científico e pelo progresso da sociedade.

Contudo, o que se vê, na verdade, é que a religiosidade mantém-se na sociedade atual, se não direcionada aos ritos simbólicos das organizações religiosas, o crente atual deposita suas convicções, expectativas e esperanças na ciência, no progresso e no Estado, este último como interventor e responsável pelo resgate e pelo cumprimento das promessas sociais, da mesma forma que o direito como instrumento de transformação social. Se antes se esperava pelo divino, pelo transcendente, hoje, a fé é direcionada ao Estado. Se antes se confiava nas escrituras sagradas, hoje, esperam-se leis. Antes se acreditava nos sacerdotes e nos profetas, hoje, nos legisladores e juízes. De qualquer sorte, é uma crença do homem no homem ou, em última análise, em si próprio, o que, sob certo aspecto, repercute na grande discussão do meio acadêmico, a saber: a crise do próprio Estado e a crise de representatividade dos seus agentes⁴⁹.

Nesta lógica, e sob a ótica aqui tratada, Thomas Hobbes⁵⁰ é atualíssimo, por exemplo, quando afirma que aqueles que possuem o poder de dominação e governo da religião, conforme assinala o filósofo político,

se tornam suspeitos [...] ou quando se mostram incapazes de apresentar qualquer sinal provável da revelação divina, [...] a religião que eles desejam manter se torna igualmente suspeita e (sem o medo da espada civil) contradita e rejeitada.

⁴⁷ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 169-187.

⁴⁸ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: Secularização, Laicidade e Religião Civil. Coimbra: Almedina, 2006. p. 447-472.

⁴⁹ Muito embora não seja essa a discussão do presente trabalho, é importante destacar que muito da crise sistêmica que assola, hoje, o Estado relaciona-se ao descrédito dos seus agentes e à incapacidade de cumprimento das referidas promessas sociais, o que, em certo ponto, reflete uma “crise de fé”.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 71-73.

Mais adiante, no mesmo capítulo, finaliza: “de modo que posso atribuir todas as mudanças de religião do mundo a uma mesma e à mesma causa, isto é, sacerdotes desprezíveis [...]”⁵¹.

Estas decepções, todavia, segundo Max Weber, não são “suficientes para deixar o templo vazio para sempre”, pois os sacerdotes “têm a vantagem de poder passar de si próprios para seu deus a responsabilidade pelo fracasso”, ou para “o comportamento dos seus adoradores”⁵².

Por estas evidências, o que se pretende demonstrar é que há uma equivalência entre o dogma⁵³ religioso e as convicções políticas conservadoras do poder, e que também se refletem no exercício do poder jurisdicional. Se, no campo religioso, o dogma afirma-se como algo legítimo e imprescindível para a própria perpetuação do sistema ao qual está ligado, por seu turno, no campo jurídico esta caracterização é quase sempre mascarada ou sublimada.

Examinando deste modo, Norberto Bobbio⁵⁴, ao analisar a legitimidade do soberano para assunção do poder em Thomas Hobbes, conclui que a teoria hobbesiana não faz distinção entre tiranos e legítimos. A legitimação é *post factum*, e, segundo ele, se assemelharia, hoje, ao princípio da efetividade dos juristas. Mantendo o raciocínio, pontua: o que legitima a manutenção daquele que detém o poder, além da força, é o reconhecimento. A legitimação advém do consentimento de quem se submete, de acordo com Norberto Bobbio⁵⁵.

Para Michel Foucault, haveria duas hipóteses conciliáveis para justificar o poder: a primeira é de contrato-opressão, o poder “como direito originário que se cede, constitutivo da soberania, tendo o contrato como matriz do poder”⁵⁶, e a outra, o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão, onde a relação não é de legítimo-ilegítimo, mas “entre luta e submissão”. Michel Foucault faz, ainda, perguntas pertinentes a respeito do poder, mais precisamente para o modo como se estabeleceu através do triângulo poder, direito e verdade, a saber: “que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de

⁵¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁵² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 296.

⁵³ Dogma é utilizado no sentido de se estabelecer um ponto fundamental e indiscutível de uma doutrina religiosa, e de qualquer doutrina ou sistema.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 109-110.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p.111.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 177.

verdade? Em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos?”⁵⁷ A resposta, para ele, vincula-se à economia⁵⁸ dos discursos, tanto da confessionalidade quanto à submissão do comportamento à lei, pois somos “julgados, condenados, classificados e obrigados a desempenhar tarefas”⁵⁹ de acordo com uma ordem pré-estabelecida cravejada de ‘efeitos específicos de poder’”. Lembra que todo este “edifício jurídico ocidental”, a partir do direito romano, foi erigido para instrumentalização e justificação do poder do monarca e que, mais tarde, acabou por voltar-se contra ele, com uma mudança: passa-se a questionar “os limites deste poder e seus privilégios” sem que o edifício fosse desconstruído. Para isso, assim como os juristas eram servidores do rei, o direito e “o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos”⁶⁰. Nesta ótica, o poder “deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. [...] O poder funciona e se exerce em rede”⁶¹, onde os indivíduos circulam em suas malhas sofrendo ou exercendo a sua ação.

Tais ponderações convergem para o ponto em que se construiu o consentido e o efetivo no Estado, herdeiro daquele edifício jurídico, e que, desde logo, afirmou-se como legítimo a partir de teorias contratualistas, que justificaram a soberania, apoiadas essencialmente em discursos jurídicos modelados pelo sistema mercantilista, ou, de acordo com Michel Foucault, modelados “pela mercadoria, por algo que se possui, se adquire, se cede por contrato ou por força, que se aliena e se recupera, que circula, que herda esta ou aquela região”⁶², enfim, como elemento e com finalidade de servir à economia.

E persistindo na abordagem de aspectos econômicos, tem-se que o acúmulo de saberes dos juristas, a partir do exercício de suas atividades discursivas, produz e protagoniza função essencial nesta delicada equação – o de aferrolhar o sistema. Para isso, Lenio Luiz Streck⁶³, tratando o que chama de “sentido comum teórico dos juristas”, afirma que o direito produz e “se sustenta em um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas [...] que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais”. Este emaranhado

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 179.

⁵⁸ No sentido de produção, acumulação, circulação e funcionamento.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 180.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 182.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 183.

⁶² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 175.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

constituiria um conjunto de saberes acumulados, o que, por sua vez, representaria o que se denomina dogmática jurídica⁶⁴.

O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma ‘para-linguagem’, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a realidade jurídica dominante. *É o local “dos segredos”*. [Grifo do autor].⁶⁵

O sentido comum teórico, segundo Lenio Luiz Streck, serviria aos seguintes propósitos: normativo, ideológico, retórico e político. Tais propósitos se prestariam para adestramento, homogeneização e manutenção das relações de poder, através de “um conjunto unívoco e bem ordenado aos fins propostos”⁶⁶.

Apropriando-se da ideia de sentido comum teórico, um dos mais correntes e mais bem estabelecidos, além de tantos outros que existem no estudo do Direito, é o de que o Estado exerce a finalidade de assegurar aos cidadãos a paz, a segurança⁶⁷ e o bem

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 67.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 67.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 68.

⁶⁷ A Anistia Internacional divulgou, em 27 de maio, o seu informe anual, referente o ano de 2010, sobre o Brasil. Há uma explícita denúncia da negligência na segurança pública por parte das autoridades públicas no Brasil, onde agentes policiais continuam a usar força excessiva e a praticar execuções extrajudiciais e torturas com impunidade. Relata um estudo do Instituto de Segurança Pública, ligado à Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, que constatou, entre janeiro de 1998 e setembro de 2009, que 10.216 pessoas foram mortas no estado em incidentes registrados como “autos de resistência”. No estado do Rio de Janeiro, a polícia matou 1.048 pessoas em supostos “autos de resistência” durante 2009. No estado de São Paulo, o número correspondente foi de 543, um aumento de 36 por cento com relação ao ano de 2008, sendo que as mortes cometidas por policiais militares tiveram um aumento de 41 por cento. A disseminação das milícias – grupos armados parapoliciais formados, na maior parte, por policiais fora de serviço – foi tamanha que um estudo acadêmico afirmou que, no Rio de Janeiro, elas controlavam mais favelas do que as facções do tráfico. Os detentos continuam sendo mantidos em condições cruéis, desumanas ou degradantes. A tortura é utilizada regularmente como método de interrogatório, de punição, de controle, de humilhação e de extorsão. Os conflitos por terras continuam a provocar violações de direitos humanos cometidas tanto por policiais quanto por pistoleiros contratados por fazendeiros. Segundo a Comissão Pastoral da Terra (CPT), entre janeiro e meados de novembro de 2009, 20 pessoas foram assassinadas em conflitos fundiários no Brasil. (ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe anual 2010**: íntegra do capítulo sobre o Brasil. 2010. Disponível em: <<http://www.br.amnesty.org/?q=node/697>>. Acesso em: 03 jun. 2010).

comum⁶⁸. Em uma proposta mais contemporânea, Lenio Luiz Streck atribui ao Estado, agora adjetivado com a expressão “Democrático de Direito”, a função de transformador social⁶⁹ e sustenta ainda que o intervencionismo estatal ou o comumente chamado Estado Social são subterfúgios da sociedade capitalista para aplacar a rebeldia e para “compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista”⁷⁰.

Embora rompendo com o sentido comum teórico, as expectativas de transformação social, atualmente, continuam sendo depositadas, conforme ensina Pierre Bourdieu, no mesmo tipo de modelo como estrutura estruturante dos séculos anteriores, ou seja: sobre uma cultura com sistemas simbólicos empregados como “um instrumento de poder, isto é, de legitimação da ordem vigente”⁷¹.

A fim de se fazer um paralelo comparativo, é importante destacar que, na liturgia religiosa, existem as chamadas orações de súplica e oração imprecatória⁷². Na primeira, a intervenção divina é no sentido de auxiliar/ajudar o crente ou devoto nas suas dificuldades pessoais (dimensão interna), e, na segunda, denota-se um pedido de intervenção que visa a uma ajuda com o fito de remover a dificuldade gerada por aspectos exteriores (dimensão externa). A oração imprecatória atende o que está escrito no Livro de Romanos, capítulo 12 e versículo 19, que assim estabelece: “Não vingueis a vós mesmos, amados, mas dai lugar à ira

⁶⁸ Boaventura de Sousa Santos, analisando os Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), afirma que as “sociedades contemporâneas são cada vez mais desiguais e, em cada ano, as desigualdades assumem novas facetas e dimensões”. Declara ser chocante “que quinhentos indivíduos mais ricos do mundo tenham tanto rendimento quanto o dos 40 países mais pobres com 416 milhões de habitantes, ou que, no Zimbabué, 1 a 2% da população (brancos) ocupe 90% da terra agrícola e 4000 agricultores (brancos) consumam 90% da água disponível para o regadio”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 10). No Brasil, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA publicou, em 2008, o Retrato das desigualdades de gênero e raça, em sua terceira edição, com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e aponta que o “Brasil é um país marcado por desigualdades: sociais, econômicas, regionais, etárias, educacionais. Transversalmente a estas, permeando e potencializando os seus mecanismos de exclusão, estão as desigualdades de gênero e de raça. A pregnância do legado cultural escravocrata e patriarcal é, ainda, de tal forma profunda que, persistentemente, homens e mulheres, brancos e negros continuam a ser tratados desigualmente. Um e outro grupo têm oportunidades desiguais e acesso assimétrico aos serviços públicos, aos postos de trabalho, às instâncias de poder e decisão e às riquezas de nosso país”. Outro dado importante apresentado é que 10% da população mais rica do Brasil detêm 75,4% de todas as riquezas do país. (PINHEIRO, Luana et al. **Retratos das desigualdades de gênero e raça**. 3ª. Ed. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/081216_retrato_3_edicao.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2010.).

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 33.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 22.

⁷¹ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. VIII.

⁷² Sobre o assunto ver FEE, Gordon D.; STUART, Douglas. **Entendes o que lêes?** 4ª. Ed. São Paulo: Vida Nova, 1997. p. 191.

de Deus, porque está escrito: Minha é a vingança, eu retribuirei, diz o Senhor.” Assim sendo, aquele que retribui e distribui e faz a Justiça é o poder divino, sendo vedado ao devoto fazer justiça com as mãos próprias.

Os mecanismos do Estado, em uma dimensão material ou secular, também acabam por fazer às vezes do poder divino, especialmente quando aquele veda aos seus cidadãos a possibilidade de autotutela. É o proibir. O não deixar fazer. Ao assim agir, o Estado direciona para os seus agentes todas as expectativas e as esperanças, através de promessas de paz, segurança e justiça, pois, desse modo, seus cidadãos estariam protegidos contra a barbárie. Pierre Legendre afirma que esta censura possui duplo interesse: aparentemente enterra o conflito, mas sua função vital é mascarar a verdade⁷³.

A lei produzida pelo Estado, como instituição legitimada a adestrar comportamentos, não se configura “um lugar tópico de aprisionamento do desejo, mas como ideia da felicidade”, conforme assinala Pierre Legendre⁷⁴.

E isso não é muito diferente daquele que invoca o poder divino pretendendo que este, a fim de que se estabeleça a “justiça”, inflija ao seu oponente as pragas ou as recompensas do seu caminhar desordenado ou reto.

Na dimensão religiosa, as regras são reveladas pelos profetas e administradas pelos sacerdotes. Na dimensão material ou secular, são os legisladores que farão a produção de regras, e os juízes que aplicarão e interpretarão tais regras, os “separados”, os “iluminados” e os “vocacionados” para tal atividade, assim como o são os profetas e os sacerdotes no âmbito religioso.

O exercício dos sacerdotes, para Max Weber⁷⁵, estava muito ligado à “formação e disciplina racionais”, “desenvolvimento do pensamento” e “desenvolvimento de uma ‘ética’ sistematizada”. Quanto ao profeta, considerava-o ser “portador de um carisma pessoal” que anunciava uma doutrina religiosa ou um mandado divino. Historicamente, seria fluida a transição entre “o profeta” e o “legislador, ademais que as profecias significavam sempre uma “tentativa de sistematização de todas as manifestações da vida, portanto, de coordenação de um comportamento prático num modo de viver”.

⁷³ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 18.

⁷⁴ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 26.

⁷⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 294-310.

Evidentemente, Max Weber aprofunda bastante o seu estudo fazendo constatações depois de acuradas observações e imbricamento destes comportamentos em uma dada tessitura social.

Contudo, estas analogias entre o exercício dos agentes religiosos e o exercício dos agentes estatais ficam mais evidentes. É, porém, a similaridade entre estas atividades, e como discursivamente mantém-se o exercício do poder através da manutenção da crença, que poder religioso e o Estado se combinam.

Mas estes, os legisladores e os juízes, por si só não alimentam e justificam tal crença. O papel dos juristas também é fundamental. Nos primórdios da religião cristã, os apologetas⁷⁶ exerceram um papel importante racionalizando a fé cristã, que, mais tarde, seria exercida pelos escolásticos⁷⁷, especialmente no sentido de justificar às autoridades romanas e à elite intelectual que tal movimento cumpria o papel de “revelar” toda a verdade a partir de textos e argumentos filosóficos, e que, por justificadas razões, no seu agir e crer, não ameaçavam o *stabilishment*. Eles, os apologetas, eram os propagandistas da fé.

De certo modo, os juristas, hoje, articulam os mesmos mecanismos e prestam-se para as mesmas funções, pois assim como os apologetas e, mais tarde, os escolásticos, cumpre-lhes a tarefa de defender e construir discursiva e dogmaticamente a reprodução deste modelo. Não só para defendê-lo, mas para assegurar a sua expansão e a sua perpetuação.

Os juristas, para Pierre Legendre⁷⁸, “ocupam um lugar forte, exercem uma função estratégica que consiste em aferrolhar cada sistema”. E mais adiante, anota que possuem o poder de “fabricar o invólucro de um dogmatismo”. Por detrás desta máscara, estaria inevitavelmente um jogo para mascarar a censura. Ainda para ele, é atribuição do jurista “a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política

⁷⁶ Os principais apologetas foram Justino e Tertuliano. Justino é escritor da língua grega, que, após converter-se ao cristianismo, passou a expor a verdade cristã, servindo-se de ideias helênicas. Tertuliano, da língua latina, foi inimigo ardente do gnosticismo e de toda cultura da gentildade. (MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p. 123-124).

⁷⁷ Após uma lacuna de IV séculos sem filosofia, surgiram, na Europa, diversos movimentos como consequência do renascimento carolíngio, uma vida, primeiro, da escola e, depois, Universidades, que se debruçaram sobre problemas teológicos, de formulação e interpretação de dogma, e que se transformam em questões filosóficas. (MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p.137-141).

⁷⁸ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 19.

coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais”⁷⁹. Este trabalho não estaria muito longe do “fazedor de feitiços”⁸⁰.

Adverte ainda que, por trás do discurso do direito, há um discurso canônico, instaurado para ajudar

a obscurecer a verdade do desejo, para ajustar o texto segundo as necessidades lógicas de um adestramento e preservar sua narrativa bíblica, exatamente à maneira eficaz dos antigos canonistas da Igreja Romana, que foram na Europa os grandes modelos⁸¹.

De fato, Pierre Legendre parece estar coberto de razão quando assim afirma. John Henry Merryman⁸², estudando as origens do direito civil e da tradição jurídica no ocidente, apontou que o direito civil sofreu forte influência do direito canônico, posto que, nas universidades italianas, o estudo do direito canônico era feito juntamente com o do direito civil e ao aluno, assim graduado, era conferido o título de *Juris Utriusque Doctor*, Doutor em Ambos Direitos⁸³. Mesmo depois de se privar os tribunais eclesiásticos da jurisdição civil, afirma o autor, muitos dos princípios que lá haviam sido desenvolvidos foram adotados pelos próprios tribunais civis.

Paolo Prodi⁸⁴, a este respeito, reconhece que houve uma tentativa de se criar um sistema jurídico unitário, mas que fracassaria a partir da metade do século XIII, porque a tentativa da Igreja Católica de afirmar seu poder “nas coisas temporais ‘*ratione peccati*’ leva paradoxalmente a uma secularização do direito canônico [...] e a uma separação gradual entre o *fórum internum* e o foro contencioso, tanto civil quanto canônico”⁸⁵. Mesmo nesta divisão de ordenamentos, “o tema do pecado permanece dominante tanto na legislação eclesiástica

⁷⁹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 24.

⁸⁰ No texto, há uma nota do tradutor referindo ter sido a palavra fetiche traduzida como feitiço em função da língua portuguesa.

⁸¹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 33.

⁸² MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

⁸³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 33.

⁸⁴ PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 111-164.

⁸⁵ PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 111. [Grifo do autor].

quanto na secular”⁸⁶. Contudo, observa que, inclusive na Idade Média, haveria um pluralismo “pela presença simultânea de sistemas diferentes em concorrência e em dialética entre si”⁸⁷, fruto da tensão entre o sagrado e o secular, em contraposição à modernidade, em que o Estado moderno territorial é a única fonte, forte e centralizador. O direito canônico teria sido um dos guias do direito secular no caminho da racionalidade.

E com relação à tensão entre o profano e o sagrado, Harold J. Berman⁸⁸ traz importante contribuição para este debate, e de como a dimensão religiosa estabeleceu profundas influências teológicas nas bases da tradição jurídica ocidental. O sistema de regras e padrões de condutas nada mais é que a gradação e sopesamento de pecados individuais distribuídos de acordo com sua gravidade e na forma como apresentados pelo direito canônico. O estabelecimento da medida de segurança, por exemplo, em relação aos insanos, deve-se ao fato de que, enquanto naquele estado, não era possível confessar o pecado e receber o sacramento da sagrada comunhão, a fim de que sua alma não fosse condenada ao fogo eterno. Da mesma forma, a doutrina da expiação implicará na exigência da reparação ou do castigo, pois, da mesma maneira que Deus apresenta-se em misericórdia, esta “está sujeita à sua justiça, assim como a justiça está sujeita à sua *rectitudo*, à sua ‘ordem correta’”⁸⁹.

Biondo Biondi⁹⁰, em sua profunda pesquisa sobre o assunto, na obra *Il Diritto Romano Cristiano*, narra bem a influência recíproca que se exerceram, tanto a influência do cristianismo nos institutos de direito romano, e tanto do direito romano em relação à Igreja, pois “*La Chiesa continua la tradizione romana nei suoi molteplici aspetti, come riconoscono anche gli stessi ecclesiastici*”, e mais adiante,

*la Chiesa continuatrice ed erede dell'impero romano i quanto fu essa che ne conservò e difese dalle distruzioni barbariche e tramandò alla posterità quello che in esso fu di vera civiltà, lettere ed arti e soprattutto il diritto e la sapienza di governo.*⁹¹

⁸⁶ PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 112.

⁸⁷ PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113.

⁸⁸ BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 212-255.

⁸⁹ BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 228. [Grifo do autor].

⁹⁰ BIONDI, Biondo. **Il diritto romano Cristiano**. Vol. I. Milano: A. Giuffrè, 1952.

⁹¹ BIONDI, Biondo. **Il diritto romano Cristiano**. Vol. I. Milano: A. Giuffrè, 1952. p. 43.

Observa-se, portanto, que não somente os discursos, mas também o conteúdo deles está engastado por uma ordem de valores trazidos do âmbito religioso para o profano, gestados de forma lenta e gradual ao longo de séculos e que resistiram ferozmente à mudança, pois comprometidos com forças e estruturas conservadoras de poder que alija do horizonte qualquer novidade que lhes ameace.

Pelo mesmo raciocínio, partindo da ideia das estruturas estruturantes⁹² de Pierre Bourdieu, ainda se trabalha com este mesmo modelo refletido a partir da narrativa canônica e que se revela como um sentido comum teórico sem qualquer questionamento. E não somente isto, pois quando submetido ao questionamento, sufoca, em conformidade com Lenio Luiz Streck, outras possibilidades. “Quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica”⁹³.

Na verdade, este fenômeno não é novo e, segundo Max Weber, na sua sociologia da religião, segue o padrão da sacralidade, pois “toda a ação com efeito mágico provado, [...] é repetida rigorosamente da mesma forma. Isso se estende, agora, a toda área dos significados simbólicos. O menor desvio do provado pode torná-los ineficientes”.⁹⁴ Por isso, inovações no simbolismo não são toleradas, pois podem comprometer o “efeito mágico” das ações ou despertar a ira divina.

De certo modo, a repulsa e a resistência à mudança por parte dos juristas estão fundamentadas em dogmas de caráter religioso, que se tocados, se alterados, podem refletir em ações que configurem uma perda da “magia”. Já Lenio Luiz Streck entende que isso é produto de uma racionalidade positivista, “que atua como fetiche de sua razão cotidiana”⁹⁵. Por causa disso, os juristas não se dão conta do caráter ideológico e porque, inseridos no *habitus* daquele campo, acabam por reproduzir os mesmos discursos.

E mais adiante, ao definir o que entende por “fetichização do discurso jurídico”, Lenio Luiz Streck assevera que, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como

⁹² “Princípio de geração e de estruturação de práticas e de representações que podem ser objetivamente ‘reguladas’ e ‘regulares’ sem que, por isso, sejam o produto da obediência a regras, objetivamente adaptadas a seu objetivo sem supor a visada consciente dos fins e o domínio expresso das operações necessárias para atingi-las e, por serem tudo isso, coletivamente orquestradas sem serem o produto da ação combinada de um maestro”. (BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. XL).

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 68.

⁹⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 282.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 69.

sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’⁹⁶. E não é essa, justamente, a principal características da lei divina?

Na perspectiva da hermenêutica filosófica, a lei⁹⁷ acabou sendo utilizada como *expressão*, assim como toda a linguagem concebida na tradição cultural ocidental, pois elaborada dentro da esfera da metafísica clássica e nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira, “trata-se da efetivação de uma essência ideal (razão, sentido), que ocorre na medida em que razão humana se utiliza de uma matéria e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação”⁹⁸. É a concepção tecnocientífica. Com isso, prossegue, ocorre um grave problema em nosso processo civilizatório – “o processo de massificação do homem: os conteúdos mais profundos são afastados da linguagem para facilitar seu manuseio, mas também porque o homem inautêntico não tem acesso à profundidade de sua vida”⁹⁹. Justamente, a linguagem que deveria descobrir, na verdade encobre, porque está profundamente enraizada no esquema sujeito-objeto e no paradigma da subjetividade, fazendo com que se lhe atribua qualidades atemporais e, aos juristas, a tarefa “reveladora” da verdade contida no dispositivo legal – “a vontade da lei”¹⁰⁰.

Para isto, conforme assenta Castanheira Neves, o direito, como instrumento de regulação social, tornou-se “funcional”, passou a ser “um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”¹⁰¹. Muito embora o autor proponha uma revisão desta concepção e deste sentido, explicita como ocorreu esta funcionalização, não reconhece o papel dos agentes na própria funcionalização deste sentido.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 93.

⁹⁷ Não só a lei, mas o direito, assim como ocorreu com a teologia a partir de Santo Anselmo (1033-1109), pode ser estudado como produto racional, independentemente da revelação. Como um produto da razão, capaz de funcionar como um instrumento do poder secular. (BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 249).

⁹⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 202.

⁹⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 204.

¹⁰⁰ Como se a lei por si só apresentasse vontade própria, quando, na verdade, é o intérprete que atribui sentido ao texto na perspectiva de sua consciência histórica (ideia assente não só na construção narrativa, não fragmentada, do passado como também na interpretação de uma multiplicidade de fontes), e o faz sempre a partir da linguagem.

¹⁰¹ NEVES, Antônio Castanheira. **O Direito hoje e com Que sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 30-31.

Outro aspecto que demonstra esta funcionalização do direito é a cisão entre a normatividade e a faticidade, ambas decorrentes da afirmação das teorias jurídicas tradicionais, de matriz positivo-normativa, que foram moldadas de acordo com as necessidades de uma sociedade pré-industrial, do início do século XIX. Tais teorias sempre trabalharam com dimensões espaciais e temporais de forma linear, possuindo, por formação, a ideia de completude de seu sistema.

Ocorre que a normatividade é fruto de um modelo racionalista que estabeleceu sua dominação política através do Direito, sob o argumento de que a norma jurídica, como uma ciência “pura”, garantiria segurança e previsibilidade. Este modelo, de inspiração cartesiana, teve como seu principal preceptor Hans Kelsen¹⁰², o grande mentor do positivismo, apresentando a normatividade como característica fundamental da ordem jurídica. Ele sustentava que esta é o resultado do cruzamento do presente (estática jurídica) e da história (dinâmica jurídica). Assim, a normatividade seria a capacidade do Direito em constituir o tempo. A constituição, respaldada por uma norma fundamental, legitimaria e permitiria a atuação do Estado de Direito, conforme assinala Leonel Severo Rocha¹⁰³.

Como tem por base critérios de hierarquia para legitimação da ordem jurídica, o Estado, a partir da constituição, limitado por características temporais e territoriais, torna-se o seu referencial político e legitimador, conforme ensina Leonel Severo Rocha:

Deste modo, a teoria jurídica normativista, que ainda é a base da racionalidade do Direito, deriva de um contexto histórico bem preciso. É uma teoria que se origina e fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade. É uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de um período, de uma fase, em que há uma grande crença numa certa ideia de racionalidade, e essa racionalidade, no Direito, para simplificar, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo.¹⁰⁴

Ao prescrever a norma jurídica reguladora dos comportamentos sociais, o Estado-legislador está arbitrando o futuro, ou seja: prescrevendo antecipadamente qual o único tipo de comportamento possível ou aceitável. Dessa forma, cristaliza-se o futuro e congela-se

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

¹⁰³ SEVERO ROCHA, Leonel. Tempo e Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLSAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰⁴ SEVERO ROCHA, Leonel. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

qualquer característica de mudança que não for efetivada através da alteração da norma jurídica, pois esta, em si mesma, possui uma propriedade valorativa natural e imanente.

Neste estado de coisas, o papel do jurista e do processo é a busca pela “verdade”. Como o sentido da lei sempre foi pensado de forma unívoco, segundo Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰⁵ caberia à sentença “revelar” essa verdade e prolatá-la. Para isso, em conformidade com o citado autor, o racionalismo contribuiu fortemente para vincular a impossibilidade de estabelecer critérios valorativos a partir de realidades fáticas diferentes, pois, na Lei, estaria, segundo a lógica das ciências explicativas, toda a medida da necessidade.

A norma jurídica, ainda, seria um pressuposto “tão evidente como qualquer operação matemática”¹⁰⁶. O juiz e as partes saberiam, antecipadamente, o resultado do cálculo, o que justificaria “a responsabilidade do sucumbente pelas despesas processuais”, segundo Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰⁷, pois resistiu a um “direito sempre evidente”.

Esta concepção, acentua o mestre, de um direito racional e de um processo racionalizado, “foi a resposta do platonismo moderno contra a filosofia aristotélica que dominara na Idade Média”¹⁰⁸. Para Ovídio A. Baptista da Silva, a partir do Renascimento, o homem passa a se reconhecer como um ser individual e autônomo, e o humanismo da filosofia renascentista é transformado, posteriormente, no Individualismo que, como epocal, simboliza bem a ideologia da idade moderna. Antes desta transformação o homem reconhecia-se “apenas enquanto raça, partido, corporação, família, em qualquer caso como integrante de uma organização coletiva”¹⁰⁹. Refere que este individualismo, produto cultural moderno, tem suas origens no cristianismo, confirmando o que, aqui, já se referiu. Para Julián Marías, no mundo renascentista, “não só haverá uma ciência natural, mas um direito natural, uma religião natural, uma moral natural, um naturalismo humano.”¹¹⁰ E prossegue: “que quer dizer ‘religião natural’? É o que fica da religião depois de se lhe tirar todo o sobrenatural: revelação, dogma, história, etc.”. Exatamente: tudo se resume ao que compete ao homem, enquanto homem.

¹⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 99.

¹⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 116.

¹⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 116.

¹⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 58.

¹⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 61.

¹¹⁰ MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p. 194.

Mais tarde, Descartes, ao estabelecer o Cogito, segundo Julián Marías¹¹¹, tem de renunciar ao mundo, porque a natureza gozada pelos renascentistas de acordo com os sentidos mostra-se não confiável, já que os sentidos enganam-se com frequência e há ainda os sonhos e a alucinação. Decartes deduz que a única coisa que não pode falsear é a sua existência: “penso, logo existo”, e com a qual os cétricos não podem contrapor. A filosofia, a partir desta nova perspectiva, e que transforma Descartes no primeiro homem moderno, funda-se como consciência e como razão, e, nas palavras de Julián Marías, “desde aí e durante séculos vai ser *idealismo* – a grande descoberta e o grande erro de Descartes”¹¹². Na oposição entre o eu cartesiano e o mundo, este não resiste, florescendo a evidência como critério de certeza em decorrência da sua absoluta clareza e distinção, e o cogito converte-se em dogma, condição de verdade, de onde é possível reconquistar o mundo. A evidência é a da razão, não mais dos sentidos, e o método cartesiano transforma-se em racionalismo, onde é o lugar comum de todos. O eu fundamenta as coisas e o mundo visível é uma simples extensão, algo quieto, estático, apresentado de modo geométrico. Dessa forma, o mundo explica-se através de processos mecânicos que se conservam continuamente, sem a intervenção externa.

É justamente a partir desta geometrização do mundo, inaugurada por Descartes, e de uma razão que o organiza na forma das ciências naturais, que o direito vai se apropriar para apresentar a sua versão de uma sociedade racional e idealizada. Escolhem-se as certezas matemáticas a fim de se eliminar a retórica e, com isso, é implantada as bases do dogmatismo jurídico como consequência do racionalismo. Por tal paradoxo, as instituições, especialmente às ligadas ao processo, percorrem um caminho que abandona a retórica forense, ambiente de compreensão hermenêutica, “em favor da racionalidade das ‘verdades claras e distintas’ de Descartes”, conforme descreve Ovídio A. Baptista da Silva¹¹³.

O eminente processualista não chega a dizer, muito embora reconheça a “ridícula demonstração de anacronismo epistemológico”¹¹⁴ desta resposta do direito ao individualismo da idade moderna, que este é o fator que leva à sacralização do Estado como organização social. Ele refere, porém, que muito disto decorre da elevação do direito natural por Grotius¹¹⁵

¹¹¹ MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p. 211-231.

¹¹² MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p. 218. [Grifo do autor].

¹¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69.

¹¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69.

¹¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 70.

a uma base imutável, de acordo com as proposições matemáticas e com a filosofia platônica, ao se imitar o mundo criado e sempre existente, e assim modelar a sociedade.

Julián Marías caracteriza o período de Descartes até Leibniz, em relação à divindade afastada da teologia, que esta “deixa de ser o horizonte visível para converter-se no solo intelectual da mente europeia do séc. XVIII”, dando-lhe unidade profunda por sua filiação semelhante e que, mais tarde, aparecerão “juntos, como contrapostos a outro grupo de altos edifícios metafísicos: o chamado idealismo alemão que parte de Kant para culminar em Hegel”¹¹⁶.

Tudo isso tem raízes, segundo Habermas, na época em que se opera “a passagem cognitiva das explicitações narrativas do mito para um logos que discrimina a essência e aparência de modo semelhante ao que ocorreu com a filosofia grega”. E prossegue, afirmando que “desde o Concílio de Nicéia, a filosofia também passou a se apropriar, pelo caminho de uma ‘helenização do cristianismo’ de muitos conceitos e motivos histórico-salvíficos da tradição monoteísta”¹¹⁷.

Não se pode ignorar, portanto, todos estes elementos erigidos ao longo de séculos e que se imbricam na própria construção de um modelo estrutural que combina argumentos racionais e religiosos, validados em fundamentados metafísicos. Por isso que Pierre Legendre, percorrendo a respeito do lugar do direito canônico, na sua própria topologia medieval, pondera que este se apresentava “como um saber sagrado, privilegiado e separado dos outros, em relação com o Pra-cima onde reside a Potência; só nesse lugar aí é que se denomina afinal e se justifica a Natureza”¹¹⁸.

E o “Pra-cima”, hoje, é o Estado, pois Legendre, estabelecendo a relação com o Sumo Pontífice, trata das formas simbólicas pelas quais ele se institucionalizou e se tornou o “genitor da palavra”¹¹⁹. Um dos vetores fundamentais para essa afirmação é a monopolização do dizer o direito e de arrogar para si, exclusivamente, determinados símbolos.

¹¹⁶ MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987. p. 246.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 160-161.

¹¹⁸ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 56.

¹¹⁹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 59.

No mesmo passo, o Estado detém o monopólio da produção legislativa, as decisões proferidas não devem ser contestadas¹²⁰, o Estado pode tudo e sua ação justifica-se porque age no interesse da “coletividade”. O Estado “cria” estado de coisas, pois ele detém “um poder criador” e estabelece a verdade (veredito), como ensina Bourdieu, com autoridade. O juízo do Estado, cita Pierre Bourdieu, invocando Hegel, “é o juízo final”¹²¹.

Assim como o Sumo Pontífice¹²² significava a resposta para tudo, Pierre Legendre afirma que, no Direito, o discurso jurídico ou as leis são a Palavra escrita do Pai imaginário:

A representação procurada pelo juiz no processo mostra bem que a última palavra é tarefa do Poder, de uma relação entre a lógica e seu mito de apoio. O juiz porta a máscara sacerdotal, ele toma o lugar sagrado do intocável, ele representa o Outro, o onipotente e o ausente com que se mistifica a instituição medieval para viver e fazer viver. Quando ele pronuncia a sentença, ele diz o Direito, e a sua consciência própria desaparece [...]; quando ele julgou, não é ele que fala, mas a Verdade da Lei [...].¹²³

O Estado, nesta concepção, não deixa de ser uma organização imaginária e simbólica cuja função ideológica e política é legitimar uma ordem arbitrária e vigente de um sistema de dominação, mascarado através de discursos, mensagens e representações alegóricas que não passam de simulações¹²⁴. O papel dos agentes é legitimar essa função e o direito é o meio adequado para essa legitimação.

Conforme expresso anteriormente, ainda se trabalha com uma estrutura estruturante ou, na esteira de François Ost,

o direito não se contenta em defender posições instituídas, mas exerce igualmente funções instituintes – o que supõe criação imaginária de significações sociais-históricas novas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem¹²⁵.

¹²⁰ Recentemente, por ocasião da prisão e da soltura do banqueiro Daniel Dantas em HC direcionado ao STF, perguntaram ao então presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, sobre a anormalidade de um deferimento de *Habeas Corpus* a favor do referido banqueiro, ao que respondeu: “o que o Supremo decide, está decidido!”

¹²¹ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papius, 1996. p. 114.

¹²² LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 67.

¹²³ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 101.

¹²⁴ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. XIV.

¹²⁵ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 19.

Tais práticas, legitimação e instrumentação adequada, resultam da relação entre estrutura e *habitus*. Os *habitus* são “princípios geradores de práticas distintas e distintivas” e também “esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e de divisão e gostos diferentes”¹²⁶. Constituem, pois, um esquema durável, mas que permite flexibilizações e tendem a

reproduzir as regularidades inscritas nas condições objetivas e estruturais que presidem o seu princípio gerador, e a permitir ajustamentos e inovações às exigências postas pelas situações concretas que põem à prova sua eficácia¹²⁷.

Discorrendo de outra forma, os *habitus* dos juristas, ou seja: esta fala regular, constante, afirmativa e reivindicativa da sua posição social e domínio dos seus saberes. O conhecimento e a operação das leis, dos processos, da regulação, da interpretação e do conhecimento jurídico, enfim, daquilo que eles dizem, produzem e reproduzem, alimentam esta crença. E por serem “profissionais” e dominarem um discurso altamente especializado, constituem-se de um capital simbólico justamente através deste poder¹²⁸, fazendo com que seus interlocutores, não especializados, ou não iniciados – profanos, reconheçam sua legitimação pelo uso e pelo domínio da técnica e lhes deem crédito.

Tal crença só é justificada neste estado de coisas, neste estado do mundo, onde o Estado é a estrutura estruturante nos mesmos moldes das metanarrativas religiosas. Inexistindo este ente, somem suas forças, seus discursos, seus saberes - o seu poder.

Enfim, o que se denota em todas estas questões é que tanto Estado e poder religioso combinam-se e relacionam-se, produzindo um discurso apassivador que visa estritamente à dominação. A cultura, a arte, a música e a literatura, por suas vias, vão expressar o quadro geral desta compreensão estigmatizada, como a música *Madalena* do Gilberto Gil, que, na sua narrativa, apresenta como solução à fome e ao abandono político e social o recurso divino – fazer arder uma vela na capela¹²⁹.

E ao se fazer referência à cultura, à arte e à literatura, com razão François Ost, quando assinala que há uma tensão constante entre direito e narrativa e que, por vezes, abalam as

¹²⁶ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996. p. 22.

¹²⁷ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. XLI.

¹²⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10ª. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

¹²⁹ Na simbologia católico-cristã, associa-se a vela à luz, e a luz a Cristo, luz do mundo. Um símbolo da fé. Além desse, existem outros significados: a vela acesa significa o desejo de estar sempre cintilando, como uma consagração, uma promessa ou um voto de fidelidade.

certezas dogmáticas do direito, reconduzindo-o às interrogações essenciais. Por isso, afirma o escritor, que, para Platão, “o mais seguro será ainda banir os poetas da Cidade: sua arte corruptora, que mistura o verdadeiro e o falso”¹³⁰. E mais do que isso, pois Platão, por exemplo, quando afirma, no Livro VII, na obra inacabada *As Leis*, refere que há fatores importantes e decisivos para determinar se uma lei promulgada será permanente ou não, como o trabalho com o imaginário das crianças e os jogos infantis, e a necessidade, segundo ele, de se manter sempre os mesmos tipos de estilo de jogos e ritos, pois isso afetaria diretamente um comportamento adestrado. Não haveria, segundo Platão, maior flagelo para um Estado que o comportamento inovador que desprezasse a tradição¹³¹. Entretanto, François Ost postula que o próprio filósofo ateniense

se arriscará a redigir alguns Prelúdios em alternância com os códigos de leis: mitos, fábulas, fórmulas cantadas, provérbios e ditados são sucessivamente mobilizados em poderosos encantamentos destinados a fazer a Cidade respirar em uníssono¹³².

Num deles, Platão assim se coloca: como promulgar essas regras [que as melodias populares e as canções sagradas tenham a mesma condição de lei] sem se tornar ridículo? Ao que responde: “o método mais seguro consiste em começar por moldar em nosso discurso alguns casos”¹³³, no que invoca o trabalho dos magistrados para se construir, ao lado de um ritual simbólico, uma produção de sentido coerente com objetivo proposto e que deverá ser repetido sistematicamente.

Por isso que o controle da cultura, através da censura, em um Estado autoritário, é o viés reflexivo da antidemocracia, porquanto há uma diferença essencial entre direito e literatura: “enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições”¹³⁴. Segundo François Ost, é exatamente este o trabalho da literatura: desobstruir espaços, por em desordem as convenções, suspender nossas certezas, liberar os espaços das utopias criadores, liberar os possíveis. Outra diferença significativa trazida por Ost é que,

¹³⁰ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 10.

¹³¹ PLATÃO. **As Leis**. Livro VII. São Paulo: Edipro, 1999. p. 286-289.

¹³² OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 12.

¹³³ PLATÃO. **As Leis**. Livro VII. São Paulo: Edipro, 1999. p. 290-293.

¹³⁴ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 13.

enquanto o direito “se declina no registro da generalidade e da abstração (a lei, dizem, é geral e abstrata), esta [literatura] se desdobra no particular e no concreto”¹³⁵.

Ainda em consonância com Ost, o que se propõe, aqui, é um retorno dialético, a partir de modelos jurídicos e de religiosidade alternativos que alimentem um imaginário jurídico mais plural, porque, como reconhece o jurista belga, “o imaginário jurídico alimenta um ‘infra-direito’, gerador das mais diversas formas de costumes, hábitos, práticas e discursos que não cessam de agir, de dentro, sobre os modelos oficiais do direito instituído”¹³⁶.

Dessa forma, a produção literária ou da obra artística e até a produção da crítica jurídica são uma forma de “governar”, posto que a pena do escritor pode estar a serviço do príncipe, inculcando o vocabulário das representações jurídicas e políticas essenciais, ou estabelecendo uma subversão crítica, assim como fez a peça teatral de Arthur Miller de 1953, adaptada por ele mesmo para o cinema em 1996, *The Crucible* (As bruxas de Salem), baseado em fatos reais acontecidos nos Estados Unidos, em Salem¹³⁷, povoado de Massachussets, no ano de 1692. Nela, é contada a história de um vilarejo que foi tomado por uma onda de intolerância e fanatismo religioso que vitimou mais de 20 pessoas depois que algumas jovens foram tomadas por um “mal súbito” e que, rapidamente, se diagnosticou como bruxaria. Baseado apenas em depoimentos das crianças tidas como vítimas, passou-se a acusar diversas pessoas participantes da comunidade pelo “crime” de bruxaria.

Na versão de Artur Miller para a história, a jovem Abigail Williams, movida por ódio, lidera o grupo que visava a livrar Salem de pessoas indesejadas, inclusive a esposa de John Proctor, único empecilho para que Abigail ficasse com o fazendeiro. Começa com uma “inocente” brincadeira, cresce com interesses casuais e termina com desejo de vingança, com acusações por motivos torpes, como terras, vingança ou simplesmente antipatia. A obra, à época de seu lançamento, fazia referências ao macarthismo, doutrina do Senador norte-americano Joseph Raymond McCarthy, no período de 1950 a 1956, que desencadeou um processo de perseguição a políticos, artistas e cidadãos acusados de comunismo e que só caiu em descrédito quando passou a mirar militares do próprio Pentágono, assim como, na obra de Arthur Miller, quando as acusações passaram a recair sobre pessoas influentes da comunidade de Salem, sobretudo os clérigos. Da mesma forma, não há como não deixar de se estabelecer

¹³⁵ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 18.

¹³⁶ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 20.

¹³⁷ Material disponível no sítio da University of Virginia, USA (UNIVERSITY OF VIRGINIA. **Teaching the Salem witch trials**. Disponível em: <http://cti.itc.virginia.edu/~bcr/relg415_02/teachingswt_ch02.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2010).

um paralelo crítico entre o que houve naquele período do macarthismo com o que sucede nos Estados Unidos, hoje, a partir de 11 de setembro de 2001, com a interdição de direito dos estrangeiros, a instituição de Guantánamo e outros recuos nas liberdades públicas, em uma verdadeira guerra entre o ocidente, cristianizado, e o oriente, muçulmano.

E é exatamente nesta condição, sob o viés crítico, como acentua François Ost, a função de rememoração por parte da literatura e da arte, e porque também não dizer, da própria crítica jurídica, “fornece então o melhor dela mesma: produz efeitos instituintes de mobilização de significações novas”, são ressignificações a partir dos horizontes destes novos intérpretes, já que o “o texto existe e só vive através dessas retomadas coletivas”¹³⁸, o que acentua um depósito sempre recorrente de significações e reservas de narrativas destinadas à coletividade, ou como descreve Ost, pertencentes a uma “comunidade narrativa”.

É deste modo que se deve observar as cartas políticas fundamentais, eis serem elas as mitologias¹³⁹ das sociedades atuais que fazem integrar a comunidade política e encerram, em seu bojo, os conteúdos constitutivos da identidade, da memória e da liberdade dos indivíduos que lhe pertencem, em oposição aos dogmas conservadores que impedem nossas almas de voar pelos espaços vazios, onde há ausência de certezas.

2.2 O reflexo desta (in)compreensão dogmatizada da religião na normatividade e na atividade jurisdicional brasileira em matéria de liberdade religiosa

A religiosidade, ao longo da história da humanidade, sempre produziu conflitos políticos ideológicos, sobretudo, em função da mundividência dos seus adeptos e dos dogmas propostos pela base religiosa acolhida como regra fundamental. Pode-se mencionar, por exemplo, a esse pretexto, no período de 1562 a 1599¹⁴⁰, na França, católicos e protestantes devastaram aquele país na disputa pelo poder político e eclesiástico. O choque palestino-israelense, que é fruto de uma disputa político-jurídica há décadas, também se fundamenta no caráter religioso insuflado pela disputa de regiões consideradas sagradas, apoiadas por um testamento bíblico.

¹³⁸ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 23.

¹³⁹ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 29

¹⁴⁰ Período denominado de “Guerras Religiosas” na França. Oito conflitos que ocorreram entre 1562 e a promulgação do Édito de Nantes (1599), entrecortados por curtos períodos de paz. Houve prolongamentos desses conflitos, ao longo dos séculos XVII (Cerco de La Rochelle, entre 1627 e 1628, e novas perseguições aos protestantes, após a revogação do Édito de Nantes, em 1685) e XVIII (Guerra dos *Les Camisards*), até o Édito de Tolerância (1787). O Édito de Tolerância, de 29 de novembro de 1787, também chamado Édito de Versalhes, foi um ato de Luís XVI que concedia aos protestantes o direito ao registro civil. Marcou o fim das perseguições aos huguenotes na França.

E não somente estes conflitos. Atualmente, chamam a atenção os recentes conflitos ocorridos na Irlanda do Norte¹⁴¹, onde protestantes e católicos, há alguns anos, disputam o poder político e religioso. Na Índia e no Paquistão, após a ocupação inglesa, os dois países passaram a disputar a posse da Caxemira, região de maioria muçulmana, mas sob administração da Índia, onde os oponentes são descritos como “hindus”, de um lado, e “muçulmanos”, do outro. Na ex-Iugoslávia (1918-1992), a “limpeza étnica”, ali, praticada uns contra os outros, com o propósito de criar territórios etnicamente homogêneos, também apresentava características religiosas em seu conflito, pois os sérvios eram identificados como “ortodoxos”, os croatas como “católicos” e os kosovares e a maioria dos bósnios como “muçulmanos”.

Há, ainda, conflitos no Sri Lanka, onde os choques são atribuídos a “budistas” e “hindus”; na Indonésia, pelo confronto entre “muçulmanos” e “católicos”; no Sudão, onde se confrontam “muçulmanos” e “cristãos”; na Nigéria¹⁴², onde explodiram conflitos entre a maioria muçulmana e as minorias cristãs, dentre outros embates, como no Congo, em Ruanda, em Burundi, que vêm sendo descritos, ora como conflitos étnicos, ora como conflitos religiosos.

Paul Marshall¹⁴³, ao fazer um mapa sobre a perseguição religiosa no mundo, refere que “a liberdade religiosa está em deterioração” e cita a perseguição ideológica por parte dos Estados Religiosos, como a Índia, e não religiosos, como a China, que sempre reprimiu a religião, e aumentou tal repressão religiosa após o surgimento da Falun Gong¹⁴⁴, em 1998, proibindo tal prática até os dias de hoje. O autor considera que, hoje, os cristãos sofrem violências ligadas à fé em mais de trinta países, com trinta outras nações praticando discriminação expressa contra eles. Estabelece, ainda, quatro categorias gerais dos países em que há perseguição religiosa: países comunistas remanescentes, nacionalismo religioso

¹⁴¹ IRLANDA do Norte enfrenta segunda noite de conflitos religiosos. **Folha Online**, São Paulo, 22 jun. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u2723.shtml>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

¹⁴² Dois dias de conflitos étnicos e religiosos no final do mês de Novembro de 2008, entre muçulmanos e grupos cristãos, na cidade nigeriana de Jos, no centro da Nigéria, causaram um total de 400 mortos. Grupos rivais étnicos e religiosos queimaram casas, lojas, mesquitas e igrejas. Foram detidas 523 pessoas. (NIGÉRIA: 400 mortos em conflitos religiosos. **IOL Diário de Portugal**. Lisboa, 30 nov. 2008. Disponível em: <<http://diario.iol.pt/internacional/nigeria-religiao-conflitos-conflitos-religiosos/1018906-4073.html>>. Acesso em: 05 jun. 2010).

¹⁴³ MARSHALL, Paul. Perseguições religiosas no mundo. In: MARSHALL, Paul. **Liberdade religiosa em questão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. (Cadernos Adenauer; ano 5, n. 4, 2004). p. 13-25.

¹⁴⁴ Falun Gong é uma prática cuja essência é o cultivo da Verdade, Bondade e Tolerância. É uma prática completa e de alto nível. Falun Gong é mais conhecido no ocidente como Falun Dafa. Está em mais de 114 países. (FALUN DAFA. **Uma poderosa prática para o cultivo do corpo e da mente**. Disponível em: <<http://www.falungongbrasil.net/>>. Acesso em: 05 jun. 2010).

(especialmente no sul da Ásia), ataques intra-religiosos e islamismo radical. No Brasil, muito embora uma decantada cultura plural, também se conviveu com registros de conflitos¹⁴⁵, especialmente pela perseguição dos católicos aos protestantes que chegaram ao final do século XIX, início do século XX, com destruição de igrejas protestantes e espancamento dos seus membros.

Mesmo em lugares onde não ocorre um enfrentamento físico, há um embate ocorrendo nas dimensões internas dos mecanismos de controle do poder estatal. Na França, na atualidade, a grande discussão é sobre a proibição da burca¹⁴⁶ – o véu islâmico: o governo de Nicolas Sarkozy tem envidado todos os esforços para proibir a utilização do véu em qualquer espaço público¹⁴⁷. Segundo o *El País*¹⁴⁸, a polêmica sobre o véu estende-se por toda a Europa, como uma questão de integração e de discriminação. Mesmo a Comissão Europeia e o Conselho da Europa pronunciando-se contra o uso de restrições à vestimenta, por atentar contra a liberdade religiosa, há iniciativas em muitos países, como a Bélgica, Holanda, Dinamarca e Itália, no sentido de se vetar a utilização da burca.

O recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510, referente à lei de biossegurança, colocando em pauta a questão relativa a células-tronco embrionárias e da pretensa violação do direito à vida, além de inovar ao introduzir, no debate, daquela corte constitucional, a voz da sociedade através da realização de audiência pública para discutir o tema, trouxe também ao palco organismos sociais com grande expressividade, como a CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, admitida como *amici curiae*, que, engrossando a corrente de opinião contrária a pesquisas com células-tronco, evidenciou o quanto os valores religiosos permeiam a

¹⁴⁵ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa:** Uma proposta para debate. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002. p. 99-123.

¹⁴⁶ Ou Hijab, do árabe “cobertura”, e que significa o conjunto de vestimentas que a mulher deve utilizar pela doutrina Islâmica.

¹⁴⁷ A Assembleia Francesa aprovou, com 335 votos a favor, e 1 contra, o projeto de lei que proíbe a utilização integral do véu. Deve-se registrar que os socialistas negaram-se a participar da votação. Após a aprovação, o projeto foi remetido ao Senado, onde também será votado. A remessa do projeto à Assembleia pelo Governo contraria a manifestação do Conselho de Estado da França, órgão consultivo naquele país, que tinha vetado a lei que prevê uma multa de 150 euros para quem ande pelas ruas com o rosto coberto, por entender que a lei é inconstitucional. (LA ASANBLEA francesa aprueba la ley de Sarkozy contra el velo integral: la norma sale adelante en primera lectura em una votación en la que no han participado los socialistas. **El País**, 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Asamblea/francesa/aprueba/ley/Sarkozy/velo/integral/elpepusoc/20100713elpepusoc_6/Tes>. Acesso em: 14 jul. 2010).

¹⁴⁸ VARO, Laura J.. Cómo legisla Europa sobre el velo: los países proponen distintas normativas para adaptarse al uso de las diferentes vestimentas islámicas.- Además de Francia, Dinamarca, Italia, Holanda y Bélgica quieren prohibir el 'burka'. **El País**, 20 abr. 2010. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/espana/legisla/Europa/velo/elpepuesp/20100420elpepunac_22/Tes>. Acesso em: 05 jun. 2010.

sociedade e a singularidade dos indivíduos. Pasmem quem acredita que somente o discurso religioso apresentou interpretações salvíficas quanto ao início e ao fim da vida para rechaçar a pesquisa com células-tronco. Também o discurso científico e o jurídico apresentaram razões deste caráter, moral-ético, o que salienta a riqueza da experiência humana no viver, muito embora o evidente avanço que as pesquisas com esse material possam proporcionar quanto à qualidade de vida e à longevidade dos seres humanos.

Assim, de uma forma ou outra, por ser cada vez mais multicultural, a sociedade atual, questões relativas à liberdade de crença e que dizem respeito à ciência, à religião e à política serão objeto constante de disputa de espaço e de aceitação social. Habermas¹⁴⁹, a este respeito, reconhece haver, atualmente, uma disputa entre naturalistas, baseados no progresso da biogenética, nas pesquisas sobre o cérebro e na robótica, e ortodoxias religiosas, com uma revitalização de tradições religiosas e uma politização das comunidades de fé, que coloca em risco “a coesão da comunidade política”¹⁵⁰.

No Brasil, se até agora este risco não vem sendo sentido, logo adiante se demonstrará real. De acordo com os dados do IBGE, no Censo 2000¹⁵¹, assim como vem ocorrendo desde a década de 50, paulatinamente, cai o percentual da população brasileira que se autodeclara católica (de 83,8% em 1991 para 73,8% em 2000), com aumento da população evangélica (de 9,05% em 1991 para 15,45% em 2000), o crescimento dos que se declararam sem religião (de 4,8% em 1991 para 7,3% em 2000), sem se contar outras minorias religiosas¹⁵².

Esta disputa é visível, por exemplo, nos espaços televisivos, com a compra cada vez maior de programas para exibição de discursos com conteúdo religioso. Assiste-se a todo o tipo de ataques, em um espetáculo de intolerância que incita à homofobia, ofensa a outros grupos religiosos e minorias étnicas, especialmente durante a madrugada. Ora, com esses discursos no “mercado das almas” o que esses religiosos almejam? Aumentar o seu capital simbólico, no caso o espiritual, evidentemente, o que configura uma guerra declarada e que é absurdamente ignorada em face do nosso contexto cultural. Por sua vez, a Igreja Católica,

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 8.

¹⁵¹ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Revista do Censo**. Censo e Sociedade: estatísticas para a cidadania. 10ª. ed. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/censo/>>. Acesso em: 31 mai. 2010.

¹⁵² Estes dados também podem ser observados na obra de Jose Carlos Pereira, onde um quadro geral é apresentado (PEREIRA, Jose Carlos. **Sincretismo religioso e ritos sacrificiais**: Influencias das religiões afro no catolicismo popular brasileiro. São Paulo: Zouk, 2004, p. 18).

além de usar os mesmos instrumentos, e como sendo o organismo religioso com “mais prestígio” e que mais tem perdido fiéis nas últimas décadas para os novos segmentos religiosos, principalmente o evangélico, articula-se com o poder público instituído a fim de dar uma resposta satisfatória e estancar a perda de almas.

Com o acirramento dos discursos, que podem levar a um enfrentamento real, como se deverá agir? Naturalmente, como vem ocorrendo com a judicialização de outros setores da sociedade, o *locus* de discussão será, como vem sendo, o poder judiciário. No entanto, este poder não se encontra hermeneuticamente preparado para solução deste tipo de litígio. O judiciário, como espaço público e como órgão institucional designado pelo Estado para solução de controvérsias, ainda se recente tanto da falta de instrumentos como de uma compreensão adequada destes conflitos decorrentes da pluralização religiosa e da secularização da sociedade, bases do Estado Constitucional Democrático.

O que se nota, muito embora uma pluralidade cultural crescente que cada vez mais aflora e se observa na sociedade brasileira, é que o país ainda caminha sob o ritmo da monocultura religiosa, calcada especialmente na tradição dos ritos e dos símbolos católicos, como os feriados religiosos, o uso de símbolos religiosos em salas de audiências e nos tribunais, e os flertes entre o poder secular e o poder religioso. E pior do que isso: o Estado brasileiro, que deveria manter-se neutro, sinaliza incorretamente neste sentido. O recente Acordo Brasil-Vaticano, firmado em novembro de 2008, e a decisão do CNJ em manter os símbolos católicos em sala de audiência, como mais adiante serão abordados, estão a evidenciar este fato.

Mas antes de se avançar nesta questão, e para melhor compreender o tema no âmbito interno da sociedade brasileira, é necessário realizar uma pequena digressão a respeito do desenvolvimento desta matéria no cenário jurídico-constitucional brasileiro e como a comunidade jurídica tem negligenciado um tema tão delicado.

É inegável reconhecer “a trajetória da Igreja em terras de Santa Cruz desde o importante ato de celebração da Primeira Missa”¹⁵³. E, depois disso, a história registrou incursões Jesuítas na história colonial brasileira, iniciadas em 1549, até serem expulsos pelo Marquês de Pombal, em 1760.

Portanto, desde sua gênese, o Estado brasileiro, neste particular, nasce sob os auspícios da Igreja Católica que, historicamente, sempre reivindicou para si tanto o governo divino,

¹⁵³ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**: Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 16.

quanto o poder temporal. Assim sendo, não é de se estranhar que o Estado brasileiro, nos seus primeiros passos, tivesse adotado uma postura que albergasse o estabelecimento de uma única religião oficial – a católica, muito embora a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, no cenário mundial, apontassem para a formação de estados laicos.

Acontece que o fenômeno relacionado à secularização, no Brasil, ocorre tardiamente. Para os países que aderiram ao Movimento da Reforma, como a Inglaterra e a Alemanha, a cisão entre o mundo temporal e o mundo espiritual deu-se muito antes.

Neste contexto, ao se observar a história constitucional brasileira e a atividade jurisdicional em matéria de liberdade religiosa, constata-se uma tradição monocultural, ligada, e até de certa forma extremada, a uma cosmo visão católica de mundo. A tradição brasileira tem um viés de concepção única, conservadora, e socialmente estruturada em uma semântica não inclusiva. Na verdade, excludente. Isto é explicável, por exemplo, quando se observa, na história constitucional brasileira, os reflexos culturais desta tradição e como isto afeta profundamente a atividade jurisdicional.

A começar pela primeira constituição brasileira, vê-se que a Constituição do Império, de 1824, continha, descrito em seu preâmbulo, gozar das graças de Deus e era estabelecida, segundo seu texto, em nome da “Santíssima Trindade”. Tal Constituição, em seu artigo 5º, preconizava a religião católica apostólica romana como religião do Império, sendo apenas permitido o culto doméstico ou particular de outros credos ou expressões religiosas.

Não se viveu, no Brasil, um momento hierocrático (com afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado), onde “o direito está subordinado a concepções teológicas específicas”¹⁵⁴, conforme leciona Jaime Weingartner Neto. Entretanto, a Constituição do Império, por seus aspectos, confirma o momento regalista, com a supremacia dos direitos do Estado sobre a Igreja¹⁵⁵.

Na verdade, como afirma Milton Ribeiro¹⁵⁶, apesar da liberdade de crença constitucionalmente prevista, não havia garantias constitucionais para uma liberdade religiosa¹⁵⁷, pois, na prática, somente a liberdade de crença não era um fator viabilizador de

¹⁵⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 28.

¹⁵⁵ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**: Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 78.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 38.

¹⁵⁷ Liberdade religiosa, para a maior parte da doutrina, não assiste tão somente o direito de liberdade de crença, mas é um feixe mais denso, envolvendo a liberdade de consciência, liberdade de culto, liberdade de expressão, auto-organização, liberdade de comunicação.

sua eficácia, na medida em que não havia liberdade de culto – expressão prática das convicções religiosas. Somente os que professassem a fé católica podiam-na expressar publicamente, sendo que, no texto da própria constituição, se restringiam os direitos políticos daqueles que não professassem a religião do Estado. Aqueles que não eram católicos não possuíam ou não dispunham integralmente da sua cidadania.

Era um Estado monocórdico voltado exclusivamente para satisfazer uma única expressão religiosa, o que bem demonstra as duas veias ideológicas que permearam aquela Constituição: o liberalismo e o absolutismo, conforme lecionam Paulo Bonavides e Paes de Andrade¹⁵⁸. De um lado, com a permissão ao culto doméstico ou particular, o tom liberal, e de outro, com a declaração da religião oficial e as restrições políticas àqueles que professassem publicamente outras crenças, o seu caráter absolutista. Apontam ainda, como características absolutistas, a faculdade do Poder Executivo nomear bispos, pois competia ao Imperador manter a religião católica e o instituto do beneplácito ou *exequatur*, que consistia no assentimento estatal de atos de autoridades eclesiásticas para que pudessem vigorar¹⁵⁹. Jose Scampini, um clérigo, faz uma crítica contundente ao texto da Constituição de 1824, pois entende que também a Igreja Católica estava à mercê do Imperador, o que, de fato, era uma realidade, mas se esquece das regalias que esta gozava perante o Império, especialmente por este prover os seus orçamentos.

A laicidade só ingressa na ordem jurídica brasileira em 1890, com o Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, do Governo Provisório da República, ainda que uma lei de 11 de setembro de 1861 já permitisse parcialmente o casamento civil de não-católicos¹⁶⁰.

É interessante destacar que a liberdade religiosa sempre foi “um elemento central na conquista das liberdades políticas e da construção do Estado moderno”¹⁶¹, pois, como assenta Roberto Blancarte, o “Estado laico construiu-se em garantia de muitas liberdades que antes não existiam”¹⁶². No Brasil, com a proclamação da República, o poder deixa de ser legitimado pelo religioso e passa a ser justificado a partir da soberania popular.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 95.

¹⁵⁹ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras: Estudo filosófico-jurídico comparado**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 26.

¹⁶⁰ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras: Estudo filosófico-jurídico comparado**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 34.

¹⁶¹ MARSHALL, Paul. **Liberdade religiosa em questão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 9. (Cadernos Adenauer; ano 5, n. 4, 2004).

¹⁶² LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Org.) et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

Mas isso não quer dizer que essas relações se romperam totalmente. O mesmo decreto que faz a separação entre Igreja e Estado, ao contrário do que ocorre na França com a Revolução Burguesa, onde a ruptura é radical, é aquele que assegura a propriedade dos imóveis que a Igreja Católica possuía em seu domínio, que assegura o provimento financeiro por parte do Governo Federal a Igreja Católica, sustentando os serventúrios católicos e subvencionando por um ano as cadeiras dos seminários. Milton Ribeiro considera ser um escândalo as benesses concedidas a Igreja em função das enormes somas de dinheiro que lesavam os cofres públicos¹⁶³. A Igreja Católica, como afirma José Scampini¹⁶⁴, não desejava a separação, mas tão somente a independência.

Sob a ótica do Direito Constitucional, é a Constituição de 1891 que inaugura, no cenário brasileiro, no artigo 72, Parágrafos 3 (três) a 7 (sete), a Liberdade Religiosa. Inova o texto constitucional em relação ao Decreto do Governo Provisório, pois não somente a liberdade de crença é admitida, mas, junto com ela, a possibilidade de brasileiros e estrangeiros exercerem publicamente seus cultos e suas convicções religiosas.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade¹⁶⁵ destacam o fato de que, antes do texto da Constituição de 1891 ser promulgado, houve intenso acirramento entre os positivistas, que gozavam de bastante prestígio à época, como Benjamin Constant, Miguel Lemos e R. Teixeira Mendes, e a Igreja Católica que, naquele momento, se prestava ao papel de albergar as forças conservadoras e tradicionalistas da sociedade brasileira, e que levou através do Arcebispo da Bahia, D. Antônio, o seu pensamento a Constituinte, basicamente criticando a separação entre o Estado e a religião, o casamento civil, o ensino leigo e a secularização dos cemitérios.

Inobstante às reações conservadoras, foi inaugurado, no Brasil, o momento constitucional da afirmação do indivíduo ou do cidadão sobre o Estado e a Igreja, com a Constituição de 1891. Há, com ela, por sua inspiração no liberalismo norte-americano, o reconhecimento das liberdades públicas e o Estado constitucional de direito, respeitando-se a inviolabilidade da consciência e reconhecendo o papel do indivíduo como formador e detentor

¹⁶³ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 86.

¹⁶⁴ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**: Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 83.

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 228-231.

da soberania popular. Alija-se do cenário político, mas não do simbólico¹⁶⁶, qualquer legitimação que fosse fundada em aspectos teológico-confessionais.

Não se pode concordar com José Scampini, quando afirma “que o Estado laicista é contra a Religião e antidemocrático”¹⁶⁷, quando critica tal separação, até porque advoga referenciais absolutos ou verdades absolutas em prol da legitimação da Igreja Católica. Jaime Weingartner Neto consigna o contrário, porque “a partir de premissas indiscutíveis de verdade material absoluta, chegar-se-ia à desqualificação da consciência individual”¹⁶⁸, o que é muito mais gravoso. Neste aspecto, a própria Igreja Católica chega à modernidade com o Concílio Vaticano II¹⁶⁹, no qual passa a reconhecer, com base em um discurso na dignidade da pessoa humana, a liberdade de consciência e a liberdade religiosa¹⁷⁰, contrariando assim a afirmação de José Scampini.

Nas constituições pátrias seguintes, de 1934 a 1967, incluindo a Emenda nº1 de 1969, mantém-se o mesmo tom inicial inspirado no liberalismo constitucional, no que concerne à temática sobre a liberdade religiosa, mas há um acréscimo no texto do dispositivo, que acabava por permitir a interferência do Estado na prática religiosa quando esta ofendesse a ordem pública e os bons costumes. Isto revela uma das características deste período – conciliar uma menor centralidade no indivíduo com interesse majoritário ou dominante.

Evidentemente, em uma população de maioria expressivamente católica, a tradição jurídica brasileira adotou a moralidade católica como referencial de ordem e bons costumes, como bem parece admitir o clérigo José Scampini, afirmando que a Igreja Católica, neste

¹⁶⁶ Ver BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.; BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10ª. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007; CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982; LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

¹⁶⁷ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras: Estudo filosófico-jurídico comparado**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. 94.

¹⁶⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.p. 28.

¹⁶⁹ Concílio Ecumênico da Igreja Católica aberto sob o papado de João XXIII no dia 11 de outubro de 1962 e terminado sob o papado de Paulo VI em 8 de dezembro de 1965, e que pronunciou a *Dignitatis Humanae* (dignidade humana), uma declaração sobre a liberdade religiosa, promulgada pelo Papa Paulo VI no dia 7 de Dezembro de 1965. (VATICANO. **Declaração Dignitatis Humanae sobre a liberdade religiosa**. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html>. Acesso em: 14 jul. 2010).

¹⁷⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 30.

período, chega a um “reconhecimento especial implícito”, pela progressiva e marcante aproximação entre Estado e Igreja¹⁷¹.

Não se pode afirmar plural o Estado brasileiro sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais, visto que os valores morais agregados ao texto constitucional, ou da construção da tradição jurídica ao aplicá-los, refletia sempre os valores tradicionais da Igreja Católica. Neste período, as Constituições ou estavam à frente do seu tempo, como a de 1934, ou engessavam a realidade, como as de 1937 e 1967, por movimentos de centralização política antidemocráticos.

A questão do divórcio no cenário constitucional brasileiro bem demonstra esta influencia cotidiana, tanto na normatividade quanto na atividade jurisdicional. O casamento, instituição genuinamente de características religiosas, pelos seus rituais litúrgicos e simbólicos, sempre foi tratado pela Igreja Católica como um dos sete sacramentos, e, portanto, indissolúvel. Noutras culturas religiosas, como a cultura protestante, por exemplo, sempre se admitiu o divórcio.

Pois bem: a possibilidade do divórcio só ingressou na ordem jurídica brasileira em 1977, a partir da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, nascida com o advento da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, quando se passou a admitir o divórcio e, assim, regularizar uma série de questões jurídicas relativas ao patrimônio e aos filhos gerados por relações extraconjugais que não eram contempladas em função da adoção dos valores morais e sociais tipicamente defendidos pela Igreja Católica, sem se contar os nefastos efeitos e dramas psicossociais gerados pela alta discriminação exercidas neste período, com reflexos culturais até hoje sentidos.

Como se mencionou: não só a normatividade é afetada ou “colonizada” por estes valores, mas também a atividade jurisdicional reproduzia de forma incensada estes dogmas. Para tanto, basta analisar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal deste período e suas razões de decidir.

Não é difícil encontrar expressões como “nossos bons costumes e de nossa moralidade, funcionando como lei limite” nos julgamentos do STF, ou decisões que, mesmo de acordo com a lei, produziam sujeitos esquizóides. Por exemplo: na homologação de uma sentença estrangeira de divórcio do casamento de uma brasileira com um americano, com núpcias contraídas no Brasil, mas com divórcio requerido nos Estados Unidos, o STF, em

¹⁷¹ SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**: Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978. p. 100.

relação à brasileira, acolheu a decisão da corte americana apenas quanto aos efeitos patrimoniais. Desse modo, ainda que faticamente divorciada, a brasileira, sob a ótica da legislação e do poder judiciário brasileiro, ainda continuava casada. Casada e sem marido. Casamento de uma pessoa só, pois quanto ao americano, o STF reconheceu o seu *status* de divorciado.

Porém, o tratamento era diferenciado quando a Santa Sé se manifestava favoravelmente à ruptura da relação. O acórdão referente à homologação de Sentença Estrangeira - SE nº 2.004, julgado em 15/09/1974, disponível no sítio do STF, está a demonstrar bem isso. Em voto de lavra do Min. Carlos Thompson Flores, o STF homologou a anulação de casamento entre uma brasileira e um italiano ocorrido na Itália, porque a Santa Sé, através do seu Tribunal da “Sacra Romana Rota”, havia se pronunciado favoravelmente. Em um longo arrazoado para a época, com extensas citações de direito canônico, sustenta-se como razão de decidir que a Santa Sé não podia ser tratada do mesmo modo que outros

em causas do gênero desta, como um juízo facilitatório de dissoluções de casamento, quando é notório que a realidade mostra que a Igreja, no mundo inteiro, é o maior baluarte do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

E prossegue: “em nosso país, a regra ainda vige talvez apenas por obra e graça da resistência da maioria católica do povo”. Neste caso específico, porque a Igreja Católica havia se pronunciado favoravelmente, não somente se reconheceu os efeitos civis da sentença, pois, em 1963, o casal obtivera a separação judicial perante o Tribunal de Gênova - Itália, como também, em face do pronunciamento do Tribunal religioso, considerou o pedido como legítima anulação de casamento. E mais do que isso, o Ministro Thompson Flores admitiu que não somente a maneira de decidir, como a própria normatividade da época era fruto de uma reação conservadora do povo de maioria católica, o que bem revela e expressa as fórmulas de dominação apresentadas no subcapítulo anterior.

Sendo assim, mesmo se admitindo nos textos constitucionais deste período uma “liberdade religiosa”, o exercício e a compreensão por parte dos poderes públicos desta liberdade pública circunscrevia-se a práticas reprodutivas do modelo majoritário, o que, por sua vez, explica o intenso fenômeno do sincretismo religioso ocorrido no Brasil, especialmente em relação à cultura dos negros. Estes, por imposição da aculturação, eram obrigados a reproduzirem, nos seus orixás, os modelos com base em santos católicos e adaptar suas crenças aos rituais da fé Católica, religião predominante no Brasil.

Esta fusão de diferentes cultos, com a reinterpretação dos seus elementos, característica do sincretismo religioso, observa-se no paralelismo sincrético vivido no Brasil e descrito por José Carlos Pereira, onde o catolicismo popular brasileiro albergou nos seus rituais

os orixás das religiões afro. Temos assim, uma das características fundamentais da religiosidade popular brasileira: o paralelismo sincrético, ou seja, para cada santo da devoção católica, há um correspondente nos orixás¹⁷².

Aponta, ainda, que, pelo fato da planilha do IBGE, o indivíduo não poder declarar-se membro de mais de uma religião, muitos adeptos dos cultos afro-brasileiros intitulam-se católicos por circunstâncias históricas¹⁷³. Além disso, cita inúmeros exemplos de festas católicas, como a de Nossa Senhora dos Navegantes, em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, onde se percebe muitos elementos da religião afro, como rituais do candomblé e da umbanda e até a concorrida procissão de barcos pelo Guaíba, que lembra o culto à deusa dos mares e dos oceanos – Iemanjá, da cultura afro. Por fim, por meio da rememoração da obra cinematográfica *O pagador de promessas*¹⁷⁴, José Carlos Pereira, demonstra que, mesmo em face de um sistema estruturador, houve uma resistência cultural popular à ortodoxia oficial católica representada no filme pela figura do Padre Olavo, que, sabendo das origens da promessa de Zé do Burro (religiosidade popular), não aceita que o cumprimento da promessa aconteça no interior da sua igreja.

A religiosidade oficial é apresentada pelo imponente prédio no centro histórico de Salvador, deixando “claro o poder da Instituição eclesial e sua relação de “superioridade” frente às manifestações religiosas laicais”¹⁷⁵, e no diálogo com o Zé do Burro, tentando movê-lo a mudar a sua promessa e cumpri-la de acordo com os valores religiosos oficiais.

¹⁷² PEREIRA, Jose Carlos. **Sincretismo religioso e ritos sacrificais**: Influencias das religiões afro no catolicismo popular brasileiro. São Paulo: Zouk, 2004. p. 21.

¹⁷³ PEREIRA, Jose Carlos. **Sincretismo religioso e ritos sacrificais**: Influencias das religiões afro no catolicismo popular brasileiro. São Paulo: Zouk, 2004. p. 8.

¹⁷⁴ Filme brasileiro escrito e dirigido por Anselmo Duarte, de 1962, que narra a trajetória de Zé do Burro de suas terras até a Igreja de Santa Bárbara, em Salvador, e que foi baseado na peça teatral homônima de Dias Gomes.

¹⁷⁵ PEREIRA, Jose Carlos. **Sincretismo religioso e ritos sacrificais**: Influencias das religiões afro no catolicismo popular brasileiro. São Paulo: Zouk, 2004. p. 91.

Milton Ribeiro, embora de origem protestante, adota o mesmo parecer e salienta o fato “de possuímos em nosso país uma cultura pacífica e tolerante”, o que, por sua vez, incorre em favorecimento explícito à religião dominante, e que configura, assim, “um nítido desrespeito às normas vigentes”¹⁷⁶.

No mesmo passo, estas características são reveladoras ou quase uma fotografia em preto e branco do período histórico em que, no Brasil, se vivenciou marcado principalmente por governos totalitários e ditatoriais, como a era Vargas, 1937-1945, e a ditadura militar, de 1964-1987, com pouca ou quase nenhuma margem de participação democrática, fazendo sufocar qualquer florescimento plural.

O Brasil só ingressaria definitivamente em um período de liberdade religiosa e de pluralidade democrática, sob a ótica do direito constitucional, a partir da Constituição de 1988. A partir do referido marco constitucional, o direito de crença e do exercício de culto, por se tratar de um direito complexo, um “*cluster right*”, como afirma Jayme Weingartner Neto¹⁷⁷, ou um direito de amplo espectro, como sustenta Milton Ribeiro¹⁷⁸, passando a suscitar outras implicações, especialmente no contexto da sociedade atual, muito em função de uma demanda por aspirações de perspectivas plurais e por ter se tornado, a sociedade, como centro de observação sociológica, mais complexa.

Assim posto, o primeiro desafio que deveria mover o jurista, sob o novo estatuto constitucional, seria o de vencer esta pluralidade sem se lançar em um comportamento de produção em série ou em massa, mas correspondente à história vivida por seres reais, e que permitisse “com base num repertório plural de possibilidades, como é próprio da consciência histórica e de quem está inserido numa tradição e tem consciência do fenômeno do velamento/desvelamento a que todo ser-no-mundo está reduzido”¹⁷⁹, decidir responsabilmente e sem qualquer pretensão de totalidade.

Contudo, como se firmou no início deste subcapítulo, assim não vem ocorrendo. O Brasil, ao assinar um acordo com o Vaticano em 13/11/2008, com posterior aprovação da

¹⁷⁶ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 98.

¹⁷⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 61.

¹⁷⁸ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 125.

¹⁷⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). **Teoria do Processo**: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007. p. 410.

Comissão de Relações Exteriores da Câmara Federal em 12/08/2009¹⁸⁰, e o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle do poder judiciário no Brasil, ao julgar os Pedidos de Providências n° 1344, 1345, 1246 e 1362, em 06 de junho de 2007¹⁸¹, mantendo os símbolos religiosos católicos nos tribunais e nas salas de audiência, está a demonstrar, por parte dos poderes públicos, baixa compreensão a respeito da cláusula de separação Igreja-Estado, especialmente por explicitar uma posição por determinada opção religiosa em detrimento das demais.

Embora estabelecida cláusula de separação Igreja-Estado no Brasil, no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988, impondo como vedação ao poder público

estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.¹⁸²

Opta-se, a pretexto de uma tradição cultural, e que se revela, na verdade, uma compreensão inautêntica, em se manter o mesmo ambiente de exclusão de valores plurais, inadmitindo-se e se rejeitando o florescimento das multiplicidades culturais.

O acordo aprovado pela Comissão de Relações Exteriores, em que pese expressa vedação do texto constitucional, que proíbe o estabelecimento de aliança com igrejas, continua a reproduzir o que já foi referido por Thales Azevedo um “mundo de cooptação, antes política do que religiosa, entre religião e poder”¹⁸³.

Referido acordo recebeu críticas de vários segmentos da sociedade, bem como de parlamentares que representam as minorias religiosas e que foram suplantados pela grande

¹⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo (SF) n° 716 de 2009**. Aprova o texto do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, assinado na Cidade-Estado do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92932>. Acesso em: 21 jun. 2010.

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedidos de providência n°s 1344, 1345, 1246 e 1362. Relator: Cons. Oscar Argollo. 14ª Sessão Extraordinária. 06 jun. 2007. **Diário da Justiça da União**, 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/Infojuris/JurisprudenciaListSearch.seam?sort=dtData&dir=asc&logi c=and&cid=2810>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

¹⁸² BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2010.

¹⁸³ AZEVEDO, Thales de. **A Religião Civil Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 1981. p. 121.

maioria dos identificados com a religiosidade católica¹⁸⁴.

A primazia de uma opção religiosa implica em regulação parcial e interferência no plano religioso, ofendendo a neutralidade axiológica que se impõe ao Estado, que se diz laico. Como adverte Jaime Weingartner Neto, “o discurso público requer do Estado que permaneça neutro (*remain neutral*) no mercado das comunidades (já que há uma diferença entre a comunidade constitucional e as várias comunidades morais que coexistem dentro dela)”¹⁸⁵. Mais adiante aduz que o princípio da separação deve assegurar “a possibilidade de que novas crenças e comunidades religiosas surjam, desafiando as existentes”¹⁸⁶. Garantiriam-se, assim, as escolhas religiosas tanto do presente quanto do futuro.

Em uma lógica completamente contrária, marcadamente o Estado brasileiro fez opção preferencial por um segmento religioso em detrimento dos demais, sinalizando tanto para comunidade atual, como para a futura, o tipo de comportamento religioso que espera dos seus concidadãos, o que, de certo modo, neste Estado do mundo, é inaceitável.

¹⁸⁴ Segundo reportagem da Folha de São Paulo, publicada em 13/08/2009 “houve acordo entre os líderes da Casa para que o texto fosse apreciado no plenário assim que passasse pela Comissão de Relações Exteriores. O texto precisa passar pelo Senado. O documento levou mais de um ano para ser costurado. Ele trata de assuntos jurídicos e outros temas, como ensino religioso público e casamento. Segundo a CNBB, o acordo reconhece a personalidade jurídica da Igreja Católica no país. Deputados da bancada evangélica dizem que é difícil evitar a aprovação. “A Igreja Católica tem muita força no Congresso e toda a tramitação ocorre de forma quase secreta. Estamos indignados”, disse o deputado e pastor Pedro Ribeiro (PMDB-GO), da Assembleia de Deus. Em março, o Colégio Episcopal da Igreja Metodista fez uma declaração pública pela não aprovação, por considerar que o acordo fere o artigo 19 da Constituição -que veda relações de dependência ou aliança entre a União e igrejas. Outras denominações citam o privilégio dado à Igreja Católica, já que a Constituição garante que não pode haver “distinção ou preferência entre brasileiros”. Entre os deputados contrários ao acordo, o principal argumento é a manutenção do Estado laico. “O Estado brasileiro é democrático e fomenta a liberdade religiosa, inclusive no que se refere ao direito de crer ou de não crer”, disse Ivan Valente (PSOL-SP), que votou contra. Segundo o presidente da Atea (Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos), Daniel Sottomaior, a concordata é “um instrumento de evangelização às custas do Estado e de todos os cidadãos brasileiros”. Para ele, o texto traz uma “linguagem confusa proposital”, que dá impressão de que não há mudanças. Sottomaior cita o artigo sobre o casamento, que abriria espaço para que a Justiça brasileira passe a ser obrigada a aceitar sentenças de anulação matrimonial do Vaticano. Outro artigo polêmico, levantado pelo antropólogo e professor da UFRJ Emerson Giumbelli, trata do ensino religioso público, e insinuaria maior pertinência de uma religião, a católica. Para a Igreja Católica, o acordo organiza questões trabalhistas, como o vínculo empregatício de ministros ordenados -há casos de padres que, ao deixar o sacerdócio, buscam indenização. O mesmo ocorre com fiéis voluntários. Em defesa do acordo, Francisco Borba Ribeiro Neto, do Núcleo Fé e Cultura da PUC-SP, diz que o acordo “é até tímido, genérico demais”. (FLOR, Ana. Comissão aprova acordo de Brasil e Vaticano. **Folha de São Paulo**, 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1308200922.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2009). A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB firmou nota, por seu presidente Mozart Valadares Pires, censurando a aprovação do acordo, pois segundo a mesma “implicará em grave retrocesso ao exercício das liberdades e à efetividade da pluralidade enquanto princípio fundamental do Estado”. (NOTA pública. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 14 ago. 2009. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=18456>. Acesso em: 01 jun. 2010).

¹⁸⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 173.

¹⁸⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 173.

O plano do acordo firmado pelo Estado brasileiro com o Vaticano estabelece normas sobre ensino religioso, casamento, imunidade tributária para as entidades eclesiais, prestação de assistência espiritual em presídios e hospitais, garantia do sigilo de ofício dos sacerdotes e visto para estrangeiros que venham ao Brasil realizar atividade pastoral. Tais matérias são extremamente sensíveis no plano das liberdades individuais, fazendo com que se concedam explícitos privilégios não contemplados a outras opções religiosas, o que não se coaduna com a pluralidade social e religiosa que, cada vez mais, se observa na sociedade brasileira conforme informado anteriormente no Censo 2000 do IBGE.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, em resposta aos pedidos de providências citados, também enveredou pelo mesmo caminho ao assim se pronunciar:

CRUCIFIXO

Pedido para que se determine aos tribunais a retiradas de crucifixos dos plenários e salas.

Pedido de Providências. Pretensão de que se determine aos Tribunais de Justiça a retirada de crucifixos afixados nos Plenários e salas. Alegação de que a aposição de símbolos fere o art. 19, inciso I da CF/88. – ‘Manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, inciso I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade. Por outro lado, não há, data vênua, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de Órgão do Poder Judiciário, sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável’ (CNJ – PP 1344, PP 1345, PP 1346 e PP 1362 – Rel. Cons. Oscar Argollo – 14ª Sessão Extraordinária – j. 06.06.2007 – DJU 21.06.2007 – Excerto do voto do relator). [Grifos nosso].

Há alguns equívocos cruciais na manifestação do CNJ, assim como ocorre no chamado Acordo Brasil-Vaticano. Mas é importante firmar que o relator inicialmente designado no CNJ para a relatoria do processo referente à remoção dos crucifixos era o Conselheiro Paulo Lôbo e ele se manifestou no sentido de que se fizesse audiência pública para tratar da matéria, no que foi vencido em seu desiderato. Estariam os demais conselheiros receosos com a repercussão ou com as consequências de uma decisão desta ordem? Não se sabe dizer.

Como referido, a tradição constitucional brasileira nunca compreendeu satisfatoriamente a cláusula de separação Igreja-Estado e jamais discerniu um ambiente

favorável ao pluralismo religioso. Dessa forma, invocar “interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional” como fundamentação para manutenção de símbolos religiosos em salas de audiências ou afirmar que “não há no ordenamento jurídico pátrio, qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de Órgão do Poder Judiciário” é restringir a reflexão e solidificar dogmas contrários à liberdade religiosa e à neutralidade axiológica que o Estado deve manter. É necessário romper com esta tradição monocultural por sua incompatibilidade com o texto constitucional e com o novo tipo de sociedade, plural, que se está vivenciando. Assim posto, através de uma hermenêutica constitucional adequada é possível suplantar esta mentalidade positivista dogmático conservadora.

Mas antes de se abordar este ponto, que será apresentado no próximo capítulo, isto é, como superar uma compreensão distorcida a respeito da neutralidade axiológica do Estado e do direito à liberdade religiosa, convém, necessariamente, compreender como se desenvolveu a cláusula de separação Igreja-Estado no constitucionalismo e suas origens liberais.

Paulo Pulido Adragão, ao indagar sobre como o liberalismo continental europeu pode transformar-se em uma ideologia negadora da liberdade religiosa em contraposição ao liberalismo anglo-saxão, discorre que tal paradoxo tem raízes filosóficas, pois a tese fundamental do

iluminismo resumia-se em considerar a luz da razão como única fonte de conhecimento, o que levava a rejeitar toda a autoridade, fosse eclesiástica ou política, que se não pudesse justificar perante o senso comum do pensador individual¹⁸⁷.

Contrariamente, ocorre um inverso no continente americano, que inspirado “nos elementos liberal e cristão conjugados, reflecte uma consideração positiva da religião”. Afirma ainda que este “insere-se no avanço prático no sentido do “livre exercício da religião”¹⁸⁸.

Tais considerações são importantes para diferenciar o que a doutrina europeia distingue como laicismo e laicidade. Fernando Catroga sustenta a pertinência da hipótese, aplicável, segundo ele, “em particular, aos países católicos”, e que é a seguinte: “se toda a

¹⁸⁷ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Livraria Almedina, Setembro, 2002. p. 75.

¹⁸⁸ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Livraria Almedina, Setembro, 2002. p. 74.

laicidade é uma secularização, nem toda a secularização é (ou foi) uma laicidade e, sobretudo, um laicismo”¹⁸⁹. Mas afinal: qual a diferença semântica entre estes dois vocábulos?

O laicismo, que tem sido a perspectiva francesa, de acordo com Catroga, “implicaria tanto um intervencionismo mais directo do Estado na instituição da liberdade de consciência, como a neutralização do religioso na vida pública”¹⁹⁰. Vide o exemplo já citado referente a iniciativas do governo francês em banir a burca da esfera público política. Tal fenómeno também é chamado de laicização ativa ou confessionalidade negativa. A respeito do tema, Jaime Wiengartner Neto diferencia:

a distinção usual na doutrina europeia, que distingue ‘laicismo’ de ‘laicidade’, esta última vista como ‘atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso’, em que o Estado se abstém de ‘tomar posição sobre o problema da verdade religiosa’, ao passo que a primeira pode definir-se como filosofia global, de exasperado racionalismo antropológico que ‘exclui qualquer referência a uma verdade transcendentais alicerçadas na revelação’ – radicado no republicanismo europeu, o laicismo pretendia um corte revolucionário com o antigo regime, a superar não só a tradição política como também o quadro epistemológico, num programa de dismantelar os alicerces da unidade político-religiosa e substituí-los por ‘estruturas emancipatórias’. A ‘verdade que liberta’, agora, é antimetafísica e positivista e gira em torno de um “quase metafísico princípio da verificação – o que se traduz numa atitude de ‘relativa hostilidade perante a religião’, confinada do espaço público, a par da promoção deliberada de uma mentalidade secularizada e indiferente ‘à religião’”¹⁹¹.

Para Fernando Catroga, esta distinção ocorre a partir da metade do século XX, quando o termo “*laïcisme*” passa a ganhar autonomia e começa a servir como arma em “oposição a clerical e a clericalismo e depois, de modo mais geral, a oposição a todo universo de referência confessional ou simplesmente religiosa”¹⁹².

¹⁸⁹ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 273-315.

¹⁹⁰ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 274.

¹⁹¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.p. 147.

¹⁹² CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 285.

Trata-se de uma batalha que se inicia com a questão do ensino¹⁹³ e que alcança a desconfessionalização do poder político, pois se reivindica a neutralidade do Estado. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro posiciona-se:

Como consequência dessa maior amplitude conferida à cláusula da separação (voltada, unicamente, à conferência de uma proteção mais intensa ao princípio da liberdade religiosa), muitos Estados, ainda que não-confessionais, poderão não se encaixar nesse conceito mais dilargado de separação, seja por manterem um regime de religiões privilegiadas – em regra, em favor daquelas que são mais tradicionais, em detrimento dos novos movimentos religiosos –, seja por transmitirem mensagens aos seus cidadãos no sentido da preferência estatal por uma determinada crença, seja por discriminarem ateus e agnósticos a partir da premissa de que a religião, enquanto elemento moral, revela-se indispensável à coesão social e à difusão de determinados valores tidos por essenciais à vida coletiva, seja, ainda, por hostilizarem a religião enquanto tal – o que ocorre nos Estados ateus ou laicistas ou de confessionalidade negativa – ou alguns específicos agrupamentos religiosos¹⁹⁴.

Contudo, diferentemente do que ocorre na França, não se observa, no Brasil, o fenômeno do laicismo nos textos constitucionais, mas tão somente o da secularização, ou, ainda, o da laicidade. Na verdade, a doutrina em geral prefere chamar de neutralidade, ao contrário de Jaime Weingartner Neto¹⁹⁵, que opta por chamá-lo de não-confessionalidade, a saber: a separação total entre a Igreja e o Estado e a igualdade absoluta das confissões religiosas.

¹⁹³ A respeito do tema ver a obra de Maria José Garcia Werebe, **A laicidade do ensino público na França**. Sustenta a autora que o “a laicização do ensino foi mais uma etapa desse movimento de independência do poder público, e só ocorreu nos anos de 1880, quando Jules Ferry organizou a educação primária, tornando-a pública, gratuita e obrigatória. Os crucifixos foram retirados das salas de aula, os professores se tornaram leigos (lei de 1886), assim como os programas. [...] Membros da Igreja católica acusaram Jules Ferry de anti-religioso, ao que ele respondeu: “Não sou contra a religião, mas contra os clérigos que procuram dominar o ensino”. Em 1905, uma lei especial determinou a separação entre a Igreja e o Estado, considerando o Estado neutro em relação a todas as religiões, não tendo mais o direito de assalariar ou subvencionar qualquer culto. Esta lei pôs fim à dominação do Estado pelos religiosos e da sociedade civil pelo catolicismo. A Igreja católica sentiu que a separação não lhe permitiria mais se conciliar com o laicismo. Os católicos viram nesta lei mais uma perseguição. A República foi assim considerada a “filha mais velha de Satã”, e o papa Pio X, referindo-se à lei de 1905, decidiu excomungar solenemente todos os parlamentares que haviam votado a favor dela.” (WEREBE, Maria José Garcia. **A laicidade do ensino público na França**. **Revista Brasileira de Educação**, n. 27, set.-dez./2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n27/n27a13.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2010).

¹⁹⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

¹⁹⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 150.

Como sustenta Ricardo Mariano¹⁹⁶, fundamentado em pesquisas e trabalhos que vêm polarizando o debate acadêmico na sociologia da religião norte-americana,

a ‘desregulação estatal da religião’, seja nos Estados Unidos ou noutros países, favoreceu a expansão do pluralismo religioso e resultou em maior mobilização religiosa dos agentes religiosos e, por consequência, da população.

Prossegue registrando que “a secularização do Estado contribui para a diversificação institucional do campo religioso ao pôr fim ao monopólio religioso, às perseguições religiosas e aos privilégios legais de determinadas religiões”. Tais aspectos assegurariam, ainda, a ampla liberdade religiosa dos indivíduos, dos agentes e dos grupos religiosos.

No referido trabalho, o autor não descarta a separação entre Igreja-Estado, posto que, para ele, “resulta na garantia legal de liberdade religiosa, na defesa da tolerância religiosa e na proteção do pluralismo religioso”. Ademais, sustenta que o Estado, a partir de tal instituto, “passa a garantir legalmente a liberdade dos indivíduos para escolherem voluntariamente que fé professar e o livre exercício dos grupos religiosos, concedendo-lhes, pelo menos no plano jurídico, tratamento isonômico”. E finaliza, considerando que “com isso, os cultos, doutrinas e liturgias das diferentes religiões adquirem o mesmo estatuto legal perante o Estado”¹⁹⁷.

Mas porque é necessário revisitar um dispositivo tal antigo, que desencadeou, inclusive, a própria construção de identidade do Estado Liberal? Habermas¹⁹⁸, em parte, responde a pergunta. Para o filósofo alemão, ao contrário do que ocorreu na Europa secularizada, no restante do mundo, houve a renovação de movimentos religiosos e, de forma mais proeminente, no seio da maior potência bélica do planeta, pioneira no exercício da liberdade de religião, e que abriga em sua cultura orientações valorativas conflitantes. Nesta ordem, a importância da religião passou a ter reflexos no contexto político, como evidenciou, por exemplo, a eleição do Presidente Bush, em 2004, que contou, segundo Habermas, com uma coalizão de eleitores por motivos religiosos, inclusive daqueles que votavam tradicionalmente nos democratas, como os católicos. Richard Dawkins¹⁹⁹, a este respeito, tratando do ambiente político religioso nos Estados Unidos da América, afirma que o *status*

¹⁹⁶ MARIANO, Ricardo. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religioso sobre as igrejas pentecostais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 3, vol. 3, n. 1, p. 113, 2003.

¹⁹⁷ MARIANO, Ricardo. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religioso sobre as igrejas pentecostais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 3, vol. 3, n. 1, p. 111-125, 2003.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p.129-167.

¹⁹⁹ DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 27.

dos ateus na América de hoje é o mesmo dos homossexuais há cinquenta anos e aponta uma pesquisa do Instituto Gallup, realizada em 1999, demonstrando a baixa probabilidade de eleição de um político que se declare ateu.

No Brasil, é fácil lembrar o episódio envolvendo o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso e seu suposto ateísmo, que o obrigou a vir a público negar a afirmação em face da repercussão eleitoral da notícia, especialmente por ser um país marcadamente religioso. O atual presidente, Luiz Inácio “Lula” da Silva, também foi inquirido sobre o tema. A este respeito, é importante destacar a pesquisa apresentada por Fernando Catroga²⁰⁰, que fez um comparativo sobre o crescimento ou não da crença na existência de Deus, no período de 1947 a 2001 em nível mundial.

Mesmo que globalmente a crença em Deus tenha decrescido, no Brasil, particularmente, apresentou crescimento. Do mesmo modo, Rubem Alves, ao tratar da temática protestante no Brasil²⁰¹, refere que os protestantes, na sua ética social, acreditam que a sociedade é transformada a partir da conversão do indivíduo pela mediação da verdadeira religião, sendo a causa real das crises sociais os problemas de índole moral e espiritual. O progresso é uma benção e o atraso uma maldição e os Estados Unidos da América apresentam-se como uma utopia social no imaginário protestante brasileiro. A ética social protestante, para ele, estabelece uma conexão entre protestantismo, democracia, liberdade e progresso. Se, de fato, é assim, não é difícil compreender o porquê do protestantismo brasileiro ligar-se tradicional e historicamente ao conservadorismo em matéria política, a ideologias liberais e à aversão a ideologias de esquerda ou comunista.

Em que pese os argumentos religiosos no espaço público, para Habermas, a razão humana constitui base epistêmica suficiente “para justificação de um poder do Estado secular”²⁰², independentemente de legitimações religiosas, permitindo-se construir a separação entre Igreja-Estado. Dessa forma, ainda que não considere suficiente, pois pressupõe que os participantes da comunidade política devam aprender a assumir as perspectivas uns dos outros, “o direito fundamental da liberdade de consciência e de religião constitui a resposta política adequada aos desafios do pluralismo religioso”²⁰³. Além disso, entende que “o

²⁰⁰ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 387-399.

²⁰¹ ALVES, Rubem. **Religião e Repressão**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 257-283.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 135.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 136.

princípio de separação entre Igreja e Estado exige das instituições estatais rigor extremo no trato com as comunidades religiosas”, e prossegue esclarecendo que “parlamentos e tribunais, governo e administração ferem o mandamento da neutralidade a ser mantida quanto a visões de mundo quando privilegiam um dos lados em detrimento de um outro”²⁰⁴. Mais adiante, na medida em que compreende que os religiosos, em sua maioria, justificam suas posições, fazem escolhas e encaram suas existências a partir da fé que abraçam, nas escolhas políticas não são obrigados a discernir entre razões seculares e razões, porque tais convicções estão protegidas pela garantia de liberdade de religião. Entretanto, há uma exigência estrita que deve ser dirigida aos políticos que assumem mandatos públicos ou se candidatam a eles e que, “por esse fato, são obrigados a adotar a neutralidade no que tange às visões de mundo”²⁰⁵, pois constitui pressuposto institucional necessário da garantia da liberdade religiosa. E não somente para aquele que assume mandatos públicos ou se candidata a eles, mas a todos os agentes públicos no exercício de atividade pública.

E isto ocorre porque o indivíduo ou o cidadão, seja religioso ou não, está inserido em uma ordem política que assegura e protege exatamente as manifestações destas singularidades, sem espaços para concepções fundamentalistas, totalizadoras ou arbitrárias. Argumenta Habermas, “ele não vive mais, enquanto membro de uma população religiosamente homogênea”, e porque “as certezas de fé estão expostas, na estrutura diferenciada da sociedade moderna, a uma pressão crescente de reflexão”²⁰⁶.

É exatamente neste ponto, o da exigência estrita em relação aos agentes públicos e da ausência de uma reflexão profunda sobre o papel da religiosidade na esfera público política, que, historicamente, se manifesta o mundo de cooptação, entre religião e poder, admitido implicitamente nos julgados mencionados e explicitamente na assinatura do Acordo Brasil-Vaticano e no julgamento do CNJ. Como referido no subcapítulo anterior, os agentes públicos não somente reproduzem este modelo como também o nutrem a pretexto de uma propalada “tradição cultural”, impingindo às demais comunidades religiosas da comunidade política, valores morais-éticos essencialmente vinculados a apenas uma visão do mundo – homogênea, quando assim estão vedados a proceder.

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 140.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 145.

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 146.

Há de se fazer, aqui, uma distinção: a liberdade fundamental do direito de crença e de culto é protegida pela liberdade de consciência e, assim como todas as liberdades públicas, significa um poder de autodeterminação, constituem poderes de escolha²⁰⁷, como bem definem Jean Rivero e Hugues Moutouh. Nesta ótica, sustenta Habermas que o Estado não pode obrigar, em função da separação Igreja-Estado, a uma “sobrecarga mental e psicológica insuportável para os seus cidadãos religiosos”²⁰⁸, o que, na prática, quer dizer que “não pode obrigar os cidadãos religiosos a levarem a cabo, na esfera pública política, um separação estrita entre os argumentos religiosos e não-religiosos quando, aos olhos deles, esta tarefa constituir uma ataque à sua identidade pessoal”, tendo em vista que os participantes das diversas comunidades religiosas que comungam da mesma comunidade política não devem, necessariamente, “dividir sua identidade em partes privadas e públicas”, podendo expressarem-se e fundamentar suas manifestações “em uma linguagem religiosa mesmo quando não encontram para tal uma tradução secular”²⁰⁹.

O Estado liberal possui, evidentemente, um interesse na liberação de vozes religiosas no âmbito da esfera pública política, bem como na participação política de organizações religiosas. Ele não pode desencorajar os crentes nem as comunidades religiosas de se manifestarem também, enquanto tal, de forma política, porque ele não pode saber de antemão se a proibição de tais manifestações não estaria privando, ao mesmo tempo, a sociedade de recursos importantes para a criação de sentido. Os próprios cidadãos seculares como também os crentes de outras denominações podem, sob certas condições, aprender algo das contribuições religiosas, tal como acontece, por exemplo, quando eles conseguem reconhecer, nos conteúdos normativos de uma determinada exteriorização religiosa, certas instituições que eles mesmos compartilham [...]. As tradições religiosas possuem poder de aglutinação especial no trato de instituições morais, principalmente no que tange a formas sensíveis de uma convivência humana. Tal potencial faz do discurso religioso que vem à tona em questões políticas referentes à religião um candidato sério a possíveis conteúdos de verdade, os quais podem ser, então, tomados do vocabulário de uma determinada comunidade religiosa e traduzidos para uma linguagem acessível geral²¹⁰.

Para melhor compreensão deste aspecto, Luiz Bernardo Leite Araújo faz importante contribuição a respeito do pensamento de Habermas com relação à religião. Na obra *Religião e Modernidade em Habermas*, Luiz Bernardo L. Araújo afirma que “os sistemas religiosos de

²⁰⁷ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 147.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 147.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 148-149.

interpretação contêm um potencial cognitivo não desprezível, a ponto de Habermas conceber a religião como dimensão imprescindível do aprendizado evolutivo”, e prossegue assinalando que “na lógica da evolução social, a religião aparece como expressão da racionalidade, e, portanto, como mecanismo vital no desenvolvimento da capacidade humana de conhecimento, de linguagem e ação”²¹¹. Isto fica evidente, por exemplo, no estudo das metanarrativas religiosas, em especial, a do cristianismo e seus reflexos na cultura universal. Por isso que, mais adiante, vai afirmar que “a despeito da secularização do mundo moderno ser analisada sob vários ângulos, o fio condutor da racionalização interna das religiões universais é vital para a compreensão da emergência da modernidade”²¹². Por fim, na teoria evolutiva da sociedade produzida por Habermas, “os conteúdos religiosos universais sofrem uma ‘liquefação’ comunicativa”²¹³, visto que, na modernidade, “a religião perde seu significado estrutural na sociedade”²¹⁴. Muito embora não representando mais essas características fundamentadoras, a religião ainda vai desenvolver um aspecto consolador importante para Habermas, bem como a de fornecer sentido, embora acentue a impossibilidade de universalização de seus traços particulares, pois “no contexto pós-convencional da linguagem qualquer conteúdo, mesmo aqueles veiculados pela linguagem religiosa, tem de ser submetido a uma comprovação intersubjetiva no âmbito do discurso argumentativo”²¹⁵.

Portanto, a despeito do papel contributivo da religião no estabelecimento da esfera público-política, aquela não deve desempenhar função essencial, fundamentadora, pois há muito já perdeu seu papel estruturador. As razões religiosas, embora não se possa descurar do seu papel na construção evolutiva da própria identidade da comunidade política, devem ser traduzidas, quando necessárias, e demonstradas a sua utilidade através de uma razão argumentativa que justifique adequadamente a pertinência de sua ação. Providências de caráter humanitário, reflexões éticas, doações de sentido que se coadunem com a ordem política e o caráter pluralista da sociedade, medidas de preservação da vida e do meio-ambiente, conforto, consolação etc., são todas questões que o discurso religioso pode contribuir para a construção de uma sociedade igualitária e socialmente mais justa, mas sem qualquer pretensão de erigir “novos edifícios” ou estabelecer “verdades” fundamentais.

²¹¹ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 50.

²¹² ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 51.

²¹³ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 193.

²¹⁴ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 200.

²¹⁵ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 196.

Porém, como consignado anteriormente, a necessidade de rememoração da cláusula separação Igreja-Estado e do direito à liberdade religiosa não é suficientemente respondida por Habermas no que concerne à realidade brasileira, muito embora, e naquilo que se propôs, o faça de forma bastante pertinente. Para responder plenamente à pergunta sobre a necessidade de se revisitar tais institutos é necessário também desvelar a baixa compreensão dos textos constitucionais por parte dos juristas, dos agentes políticos e dos órgãos jurisdicionais encarregados de atuarem no cenário político constitucional. Para isso, além de um discurso público neutro, torna-se igualmente premente não se descurar das origens da secularização conforme tratado anteriormente. No mesmo passo, é preciso estabelecer um processo interpretativo em condições de, com bases compreensivamente alargadas, fazer convergir às experiências do reconhecimento, da democracia, do diálogo, da liberdade, da tolerância e da diversidade. Mas, para que haja esta expansão de horizontes, é significativo, primeiro, posicionar adequadamente os textos constitucionais a respeito da neutralidade axiológica e do direito à liberdade religiosa, o que, noutras palavras, pode ser convalidado com a importante lição de Lenio Luiz Streck, quanto à efetividade do texto constitucional: “a Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isto dependerá da pré-compreensão do interprete”²¹⁶. Ou ainda, a constituição constitui.

Justamente, a liberdade religiosa caracteriza-se como um princípio constitucional que é erigido a partir da cláusula da separação entre Igreja-Estado, consubstanciando uma garantia de direito fundamental, conforme já abordado. Tal cláusula exige dos poderes públicos um comportamento “estatal essencialmente fundado na neutralidade axiológica em matéria religiosa e na não-ingerência institucional ou dogmática em relação às Igrejas”²¹⁷.

Robert Alexy, discorrendo a respeito das liberdades fundamentais, afirma que

toda a liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre.²¹⁸

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLSAN DE MORAIS, Jose Luis et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Anuário 2004. p. 164.

²¹⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa**: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 234.

É o que se chama de ação negativa. É a primeira dimensão ou geração dos direitos fundamentais defendida por Norberto Bobbio²¹⁹, ou direitos históricos, que demonstram as lutas travadas pela humanidade contra a opressão religiosa, política e econômica.

Levando-se em conta estes aspectos, se poderia inferir a existência de uma proteção pela qual as liberdades fundamentais também são envolvidas: uma proteção positiva ou um *status* positivo em sentido amplo²²⁰, que, segundo Alexy, surge da “combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva”²²¹. Tal posição é que viabiliza ou torna possível o real exercício daquilo que é assegurado no texto constitucional como sendo uma liberdade pública. Por exemplo: a inviolabilidade do direito à vida. Não somente se tem a proteção constitucional contra o Estado para que ele não extermine os seus cidadãos, mas também que este estabeleça a segurança pública, o sistema de saúde público, o sistema de seguridade social e uma série ações positivas que garantam que o núcleo essencial do direito à vida não seja atingido. Pergunta-se, então: o direito à liberdade religiosa também produz uma ação positiva por parte do Estado? Ou, ainda, construindo-se de outra forma: o Estado pode, a pretexto de interesses culturalmente solidificados, estabelecer acordos político-religiosos ou promover símbolos religiosos em locais públicos?

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro²²² sustenta que não, uma vez que

a cláusula da separação, em vez de declarar direitos aos cidadãos, esgota-se no estabelecimento, contra os poderes públicos, de regras de conduta voltadas à imposição de um comportamento estatal essencialmente fundado na neutralidade axiológica em matéria religiosa e na não-ingerência institucional ou dogmática em relação às Igrejas. Cuida-se, portanto, de norma veiculadora da exigência de um determinado tipo de organização estrutural do Estado, para que o indivíduo possa efetivamente exercer um outro bem jurídico que lhe é reconhecido pelo ordenamento jurídico, elemento individualizador das garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de veículo normativo que impõe ao Estado a adoção um único posicionamento (e não de uma faculdade dúplice), outro elemento caracterizador das normas-tutela ou garantias fundamentais ou, ainda, dos direito-garantias.

Ademais, prossegue, tal separação “não se reveste do requisito da autonomia existencial”, pois exige “para sua integral concreção, um regime no qual ente estatal e

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

²²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 267.

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 234.

²²² PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

movimentos religiosos mantêm uma postura de neutralidade entre si”. A separação Igreja-Estado, então, nada mais seria “do que uma garantia fundamental (direito-garantia), voltada especificamente à proteção dos direitos integrantes do conceito maior de liberdade religiosa”, evitando a reprodução dos horrores perpetrados pela conjugação de fatores políticos e religiosos, conforme a história já demonstrou, com o aniquilamento de liberdades e a promoção de “intolerância e perseguições”.²²³

Jaime Weingartner Neto²²⁴, abordando a questão, cita vários constitucionalistas a respeito da matéria, aceitando a posição de Jónatas Machado, segundo o qual a compreensão da cláusula de separação Igreja-Estado “deve criar condições para acomodar a liberdade religiosa da maioria e da minoria e equilibrar as ligações entre religiões majoritárias e culturas nacionais”, sem deixar de mencionar que “o alargamento do poder estatal amplia as oportunidades do poder público restringir a liberdade religiosa, violar o princípio da igualdade e distorcer o livre fluxo de ideias religiosas”²²⁵.

O Estado, neste contexto, deve se comprometer constitucionalmente a manter uma “identidade constitucional”, como sustenta Michel Rosenfeld, “não somente a discernir de qualquer identidade religiosa, mas deve colocar uma barreira contra a possibilidade de a identidade constitucional tornar-se subserviente aos dogmas fundamentais de qualquer religião”²²⁶. A identidade constitucional, para o citado autor, seria o processo de fabricação, através dos tempos, de uma “tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”²²⁷.

Todas estas exigências, conforme adverte Maria Cláudia Bucchineri Pinheiro, e que se afiguram como requisito de neutralidade axiológica, apoiam-se

na absoluta necessidade de se preservar o voluntarismo em matéria de fé, através da imposição, ao ente estatal, de uma postura neutra, incapaz de

²²³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

²²⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 174-181.

²²⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 174.

²²⁶ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 21.

²²⁷ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17.

exercer indevidas influências no livre mercado de ideias religiosas e no dissenso interconfessional.²²⁸

Dessa forma, compreender a cláusula de separação Igreja-Estado e o direito fundamental à liberdade religiosa assegurado na Constituição de 1988 no art. 5º, inciso VI, quando assevera ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, é tarefa que deve levar em conta a sua máxima efetividade e um processo interpretativo que, nas palavras de Peter Häberle, vincule potencialmente “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”²²⁹. É o que o citado autor chama de “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, porque, neste tempo, os “critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista forma a sociedade”²³⁰.

Mas por que ainda não se desenvolveu na comunidade jurídica brasileira uma adequada compreensão a respeito da cláusula de separação Igreja-Estado que assegure a neutralidade axiológica, a tolerância e o pluralismo? Heidegger e Gadamer podem auxiliar na resposta, a partir do que, comumente, se designa como viragem hermenêutico-ontológica²³¹, tendo presente que o ser-aí constitui uma compreensão “existencial fundamental”, o que, nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira, significa dizer que o “eis-aí-ser sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser e dos outros seres”²³².

Nas palavras de Gadamer, referindo-se a Heidegger, o ser é “determinado a partir do horizonte do tempo”²³³. Dentre as possibilidades interpretativas que se desvelam, o compreender é o que Gadamer designa como a “forma originária de realização da pre-sença,

²²⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos.** 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

²²⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

²³⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

²³¹ A viragem hermenêutico-ontológica é provocada por *Sein Und Zeit* (1927), de Martin Heidegger, e a publicação de *Wahrheit Und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, que trouxeram uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista, aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje, têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica. BARRETTO, Vicente de Paulo – coord. **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 430-434.

²³² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 210.

²³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 345.

que é ser-no-mundo”, e a compreensão “é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e possibilidade”²³⁴.

Do mesmo modo que o conhecimento carece de uma especificidade que, no dizer de Gadamer, é a

característica consistente em que nem o conhecedor nem o conhecido estão simplesmente dados ‘onticamente’, é incontornável traduzir os eventos e os textos apresentados, no sentido de se afastar uma compreensão inautêntica, mas reconhecer que estes, textos e eventos, se dão ‘historicamente’, isto é, possuem o modo de ser da historicidade²³⁵.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck assevera:

Desse modo, aquele que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que, como projetos, são antecipações que devem confirmar-se nas coisas, é a tarefa constante da compreensão. A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrarias.²³⁶

No aspecto da compreensão, no que diz respeito à tradição compreensiva dos textos constitucionais, Gisele Cittadino, ao tratar do assunto, afirma a ausência de um constitucionalismo comunitário no Brasil, sustentando peremptoriamente que, ressaltando as raras exceções, “o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos”²³⁷.

As lições de Fábio Konder Comparato, inspirado em Hegel, continuam atuais, na medida em que conclui que “a separação entre Igreja e o Estado é um imperativo da razão”²³⁸, assim como “a Constituição não pode ser tida como algo artificial e, portanto, suscetível de ser feita e desfeita à vontade”²³⁹.

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 347.

²³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 350.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 208.

²³⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 14.

²³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 318.

²³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 319.

Neste aspecto, merece transcrição a lição de Ronald Dworkin:

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania [...].²⁴⁰

A igualdade²⁴¹ também é um ponto nevrálgico neste processo e que permite abrir mais um leque de considerações, vez que é umbilicalmente vinculada ao tema da liberdade. Contudo, descabe no presente momento, já que o que se propõe é tratar o tema da neutralidade axiológica do Estado e suas implicações com o tema da liberdade religiosa. No entanto, se as opções religiosas e suas comunidades estão no mesmo plano, e se a elas deve-se aderir voluntariamente, o argumento que traz à tona o tema da tradição católica no Brasil é suficiente para silenciar a discussão como fez o CNJ? Entende-se que não. Todavia, o CNJ assim se pronunciou. A forma como foi aprovado o acordo Brasil-Vaticano no Congresso Nacional parece estar inserida na mesma lógica: a tradição convalidaria tal posição, pois é predominante a participação de católicos na comunidade política brasileira.

Convém lembrar, primeiro, como já referiu José Carlos Pereira, que o Censo do IBGE não permite a escolha de mais de uma opção religiosa. Segundo, não se pode ignorar o crescimento da comunidade protestante e daqueles que se declaram sem religião. Terceiro, que mesmo entre aqueles que se declaram católicos, não significa dizer que abracem o catolicismo oficial, na medida em que, conforme abordado no filme de Anselmo Duarte, existe um contingente muito grande, no Brasil, daqueles que adotam tão somente o catolicismo popular e que misturam elementos diversos da religiosidade.

Outra questão importante, no que se refere à submissão da maioria aos direitos fundamentais da minoria, é destacar que a cláusula de não supressão das minorias é de interesse da maioria também. Tomando-se como exemplo o galopante crescimento da parcela populacional de evangélicos, se não houver alteração do quadro, pode-se afirmar que, em determinado momento, haverá mais evangélicos do que católicos no Brasil. É de interesse dos católicos verem os seus direitos fundamentais suprimidos? Seria do interesse dos católicos

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

²⁴¹ Existem muitas teorias e teóricos da igualdade. Dworkin trabalha essencialmente com duas formas de igualdade distributiva: igualdade de bem-estar e igualdade de recursos. Entretanto, não esquece de mencionar que tratar igualmente as pessoas é diferente de tratá-las como iguais. Na medida em que o Estado brasileiro faz um acordo político somente com uma opção religiosa, ele também estaria assim ofendendo o princípio da igualdade, além dos outros já mencionados.

que os evangélicos possuíssem primazia política nos seus interesses? Evidente que não. Esta é a base, portanto, do Estado Democrático de Direito - a não supressão dos direitos fundamentais, muito de acordo com o ensinamento de John Stuart Mill: “se todos os homens menos um fossem de certa opinião, e um único de opinião contrária, a humanidade não teria mais direito de impor silêncio a esse um do que ele a fazer calar a humanidade, se tivesse esse poder”²⁴².

Por outro aspecto, vale à pena trazer algumas considerações de Sérgio Buarque de Holanda²⁴³ que aponta haver, no Brasil, um modelo de sociedade patrimonialista. A partir de uma descrição de círculos evolutivos, o historiador aponta uma tendência de que, no Brasil, o Estado, através dos seus agentes, sempre se portou como uma extensão do círculo familiar, quando assim não deveria ocorrer. No Brasil, segundo ele, imperou sempre “o tipo primitivo da família patriarcal” e, por isso, a incapacidade dos detentores de posições públicas distinguirem esfera pública da esfera privada. O Estado é o “grande pai”, ou a extensão de uma grande família, e constituída de “homens cordiais”. Pare este tipo de homem, a vida em sociedade é “uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência”²⁴⁴. Daí decorre a necessidade de “uma ética de fundo emotivo”, como assinala Buarque de Holanda e que se apresenta como uma aversão ao ritualismo. Além disso, argumenta precisamente que, pela falta de uma religiosidade, ou pela presença de um sentimento religioso corrompido, somos frouxos. Relata, ademais, a observação por parte de estrangeiros em relação a pouca devoção dos brasileiros e, especialmente, a falta de comprometimento e seriedade nos eventos solenes.

Quanto ao aspecto patrimonialista, de se fazer do Estado a extensão da vida privada do indivíduo, Buarque de Holanda explica bem o porquê dos agentes públicos não sentirem qualquer objeção em trazer suas convicções religiosas para a esfera público-política. Tais considerações não se restringem somente ao círculo religioso: os casos de nepotismo encontrados no poder judiciário²⁴⁵ e nos outros poderes da República levaram o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 12 – DF e do RE nº 579.951/RN a dizer o óbvio: a vedação ao nepotismo não exige lei formal, pois decorre diretamente dos princípios contidos

²⁴² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes. 1991. p. 60.

²⁴³ HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141.

²⁴⁴ HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 147.

²⁴⁵ Sobre o nepotismo no judiciário gaúcho ver Álvaro F. O. da Rocha, em sua obra *Sociologia do Direito: magistratura no espelho*, onde o autor reitera este caráter personalizado da visão do Estado advindo de uma cultura patrimonialista (ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. p. 87-118).

no art. 37 da Constituição Federal – moralidade e impessoalidade. Contudo, foi necessária a manifestação inobtusada por parte do STF para que ficasse claro que os valores apresentados no texto fundamental da república não albergavam práticas de interesses exclusivamente pessoais. Na fundamentação exarada pelo relator do Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, encontra-se a afirmação de que “tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios [...] não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária”. Quanto às razões de sua inexata compreensão, aduz tratar-se de condição “que lamentavelmente resiste incólume em alguns ‘bolsões’ de atraso institucional que ainda existem no País”. Invoca ainda as constatações do Sergio Buarque de Holanda sobre as origens da dificuldade na separação entre público e privado pelo funcionário “patrimonial” que, quanto à gestão da coisa pública, “apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos”²⁴⁶, como deveria suceder no Estado.

Pelo visto, não somente as funções, os cargos, as rendas do Estado são equivocadamente compreendidos como uma extensão familiar. O agente “patrimonial” também impõe, na esfera público-política, a sua religião particular, faz, dos órgãos estatais, a sua capela, e da atividade estatal, os seus rituais de libação.

De outra banda, o argumento que apresenta a tradição religiosa como sustentáculo de práticas conservadoras não resiste a considerações pertinentes quanto ao passado vivido e a história vivenciada, na medida em que o tempo flui e não para. De acordo com Gadamer, apesar de toda transitoriedade, “todo o passar implica necessariamente um devir”²⁴⁷. A mudança constante, o fluxo do rio de Hieráclito, que continua o mesmo, mas já suas águas não. Observa ainda que “a verdade da consciência histórica parece alcançar sua perfeição quando percebe o devir no passar e o passar no devir e quando extrai do fluir incessante das transformações a continuidade de um nexos histórico”²⁴⁸. Estes seccionamentos, ensina o mestre, que “congelam” as manifestações da realidade, “são seccionamentos de nossa consciência que atingem nossas decisões de sentido. Sendo no fundo arbitrárias, elas não

²⁴⁶ HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

²⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 162.

²⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 162.

possuem nenhuma realidade verdadeiramente histórica”²⁴⁹. Portanto, mesmo que, em algum instante histórico, tal manifestação fosse legítima, hoje, não o seria, pelo simples fato de que a “tradição” não pode suplantar os constantes fluxos e contingências do Estado Democrático de Direito.

Para facilitar a compreensão, não é fácil esquecer a história da escravidão neste país. O Brasil, até 1888, manteve, pelo menos nos textos jurídicos, a escravidão. É sabido, no entanto, que, com a abolição, não houve, de fato, melhoria na condição do escravo. Apesar da liberdade, os escravos continuaram a viver sem qualquer condição social, na pobreza, sem escolaridade e altamente discriminados. Tal condição permitiu que se passasse a explorar a sua mão de obra no Brasil e fez com que, até hoje, se mantenha um explícito sistema de desigualdades sociais. De 1500, ano do descobrimento, até 1888, foram 388 anos de tradição escravocrata que ainda continua a repercutir em nosso sistema. A escravidão estava de tal maneira “culturalmente solidificada” no Brasil que muitos dos críticos sustentavam que, com a sua abolição, o Brasil sucumbiria ao desastre econômico, já que toda a produção de riquezas estava vinculada ao sistema escravocrata. Passados 122 anos, tempo relativamente pequeno em relação ao período que se admitiu a escravatura, vê-se que não se cumpriu o desastre propalado, pelo contrário: cada vez mais, prova-se que a redução de desigualdades sociais - igualdade de recursos – contribuiu para o desenvolvimento econômico²⁵⁰. Ainda considerando-se que o Brasil apresente reflexos desta cultura²⁵¹, tal tradição tem sido arduamente combatida pela ofensa aos textos constitucionais, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e por ser causa de graves malefícios sociais.

Com isso, não se quer desvalorizar totalmente a autoridade da tradição, pois, como salienta Antonio Nedel, apoiado em Gadamer, “na medida em que a aceitação dos seus princípios normativos se dá por uma livre adesão consuetudinária, temos aí um legítimo e ontológico fundamento de validade”²⁵². Mais adiante, prossegue:

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 162-163.

²⁵⁰ Os economistas utilizam o índice de GINI ou coeficiente de GINI, desenvolvido pelo italiano Corrado Gini, em sua obra "Variabilità e mutabilità", de 1912, para calcular a desigualdade na distribuição de renda. Quanto menor o índice, maior a igualdade e maior desenvolvimento humano e econômico do país.

²⁵¹ Segundo o Instituto Observatório Social, se não há aquele modelo clássico de escravo do período colonial, há um modelo que, mesmo sem grilhões, alicia, explora e descarta. (OBSERVATÓRIO SOCIAL em Revista. Trabalho escravo no Brasil: o drama dos carvoeiros, a responsabilidade das siderúrgicas, a campanha para a erradicação. **Observatório Social em Revista**, nº 6, jun. 2004. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/escravos_aco.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2010).

²⁵² NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica**: Clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 246.

o *Dasein* é seu passado no modo de seu ser, pois na medida em que ele nasceu e se desenvolveu envolvido com uma interpretação de si mesmo, herdada do contexto da sua tradição, é natural que sua autocompreensão existencial seja um produto dela²⁵³. [Grifo do autor].

Contudo, adverte:

com grande lucidez, Heidegger alerta para o perigo tendencial que o *Dasein* tem de decair no mundo da sua tradição, pois enquanto imerso na sua metafísica normatividade, ele, sem saber, abdica da possibilidade de uma crítica autodeterminação existencial que traduz, materialmente, uma queda no universo da inautenticidade. Isso explica porque “A tradição assim predominantemente tende a tornar tão pouco acessível o que ela ‘lega’ que, na maioria das vezes e em primeira aproximação, o encobre e esconde”, ou seja, inicialmente para o *Dasein*, jogado no caudal da sua historicidade cultural, a tradição entrega apenas o que paira na superficialidade da evidência, ocultando o sentido ontológico da sua verdade mais profunda e, em razão disso, gerando um senso comum desarraigado das fontes da sua própria origem.²⁵⁴ [Grifo do autor].

É justamente aqui que os defensores da “tradição” religiosa do Brasil tropeçam, visto que exercem suas compreensões em um ambiente de superficialidade e de tradição inautêntica. Tropeçam porque, em conformidade com Antonio Nedel, operam “uma convalidação acrítica dos pressupostos da tradição”. Tropeçam porque legitimam “inconscientemente os aspectos negativos que também se fazem presentes no seu legado histórico”. Finalmente, citando Gadamer, pode-se asseverar: “*La comprensión solo alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias*”²⁵⁵.

Por isso, a rememoração da história constitucional brasileira, sob o viés crítico, contribuiu - em muito - para que não se paire na superficialidade, no aparente, da presente discussão. Compreendendo as razões pelas quais os agentes públicos “patrimonializam” suas convicções religiosas, estendendo-os da esfera privada para a esfera pública, coopera para a reconstrução de um sentido adequado que faça valer o direito-garantia da neutralidade axiológica do Estado Democrático de Direito. Tal direito-garantia é que assegura o contexto da pluralidade e de onde deriva o direito fundamental à liberdade religiosa.

²⁵³ NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica**: Clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 247.

²⁵⁴ NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica**: Clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 247.

²⁵⁵ NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica**: Clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 248.

Do mesmo modo, não se pode ignorar os movimentos antitéticos²⁵⁶ sobre os quais a democracia repousa. Não se pode também ignorar, ou tratar de modo indiferente, a constante tensão entre as diversas comunidades morais participantes da comunidade política. A democracia não pode ser uma síntese ordenadora gerada por maiorias totalizantes. O espaço da minoria e da individuação deve ser, portanto, preservado.

O próximo capítulo abordará justamente destes desafios, o de como integrar, de maneira inclusiva, e não exclusiva, as diversas manifestações religiosas em uma sociedade pós-metafísica, sem que isso signifique sectarização, irracionalidade ou oposição. A tolerância, como um conceito político-jurídico, será o elemento de unidade, a base de cimentação, que facilitará e possibilitará o diálogo entre as culturas diferentes.

²⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina. 2006. p. 174.

3 A NECESSÁRIA ABERTURA PLURAL DA JURISDIÇÃO: O RESPEITO À DIVERSIDADE E À TOLERÂNCIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA NOVA DIMENSÃO DE LIBERDADE

Se no capítulo anterior demonstrou-se a baixa compreensão do direito de crença e do livre exercício de culto na jurisdição brasileira, apresentando os modos, as fórmulas, os esquemas e as características de como o sistema formatou um ambiente de monocultura religiosa, no presente capítulo pretende-se uma saída para aquele modelo. Uma alternativa à sacralização do Estado e da Jurisdição que se coadune a um contexto pós-metafísico.

Tal exigência é uma decorrência da transformação por que passa a sociedade atual, não sendo mais possível a aplicação do positivismo jurídico idealizado para a sociedade do século XIX, precipuamente em ambientes de multiplicidade cultural, de fenômenos comunicativos e do alto desenvolvimento tecnológico.

Assim como a religião vê desintegrar-se os dogmas e perde sua “autoridade” na fundamentação de metarrelatos, o Direito também sofre o reflexo da ausência de certezas agonizando em profunda crise. Porém, este novo ambiente se traduz em uma oportunidade para reflexão profunda sobre liberdade com responsabilidade, não mais fundado em certezas precárias, mas com base na intersubjetividade, onde a comunicação, a linguagem, se apresentará como condição de possibilidade.

Desta forma, no subcapítulo 3.1 é apresentado um sentido de tolerância e de diversidade que, muito embora reconheça as suas origens, pretende ver-se liberto do liberalismo político sob o qual ascendeu, para transformar-se em fundamento político-jurídico de uma ordem plural inclusiva e humanitária. Trata-se de uma resignificação de acordo com os valores desenvolvidos em sociedades democráticas, a saber, identidade, diversidade e desigualdade social, que visa favorecer o reconhecimento e a distinção individual, sem descurar-se da vida em comunidade, coletiva. O espaço público, de convivência multicultural, é ambiente de preservação e de diálogo, e deve ser preservado da secessão, função esta exercida pela jurisdição.

No subcapítulo 3.2 o tema é enfrentado sob esta perspectiva – preservação por parte da jurisdição da unidade da comunidade política, e do desenvolvimento de um modelo que permita a absorção dos novos elementos sociais e que se abra democraticamente para a sociedade pós-metafísica. Deve ocorrer um rearranjo democrático do ambiente jurisdicional, especialmente em relação às formas de decidir. Uma mentalidade alargada da jurisdição é imperativo democrático, assim como uma maior abertura do círculo decisório.

3.1 A tolerância e a diversidade como requisitos necessários para uma nova dimensão de liberdade neste novo tipo de sociedade

A sociedade como centro de observação sociológica tornou-se mais complexa e contingente. O progresso do conhecimento científico, o desenvolvimento de novas tecnologias, a intervenção aguda por parte do homem no meio ambiente em busca de recursos cada vez mais escassos, a intensidade das inter-relações, os intercâmbios culturais, as novas relações de trabalho, enfim, esse mar de contingências e incertezas tem apontado para um novo tipo de sociedade. Vive-se em um tempo em que as relações são plúrimas, não sendo mais possível a ordinaryidade como regra absoluta, como acentua Jânia Maria Lopes Saldanha²⁵⁷, haja vista que

em razão do aumento da complexidade das relações da vida em sociedade, da intensificação da troca de comunicações, de consumo e, com essas, das promessas de implementação dos direitos sociais [...] exasperaram-se as buscas por procedimentos mais eficazes.

Esta pluralidade, encontrada nas condutas sociais, na multiplicidade dos fenômenos comunicativos e organizacionais, reflete-se, também, nas múltiplas interpretações plausíveis que de um texto se pode obter, o que é incompreensível para as matrizes de caráter kelseniano ou positivo-normativas conformadoras das posições demonstradas no capítulo anterior e que contribuíram para a dogmatização e a sacralização do Estado e até, porque não dizer, do próprio direito. Com o estabelecimento deste novo tipo de sociedade – sociedade pós-metafísica conforme se reportou anteriormente, e que alguns se aventuram em chamar de pós-modernidade²⁵⁸, outros uma hipermodernidade, como Gilles

²⁵⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Podium, 2007. p. 404.

²⁵⁸ O emprego da expressão é polissêmico, conforme assenta Antonio Carlos Diniz. Pode ser utilizado como designação da sociedade pós-industrial ou como niilismo reinante na cultura ocidental do século XX, na expressão do Rudolf Pannwitz. Também usado por Arnold Toynbee como período histórico subsequente à guerra franco-prussiana (1870-1871). O crítico literário Ihab Hassan, na década de 70 do século XX, empregou a expressão pós-moderno para indicar indeterminação, rebeldia, aleatoriedade, fragmentação e pluralismo. Na mesma época, Jean François Lyotard publicou *A condição pós-moderna*, onde apresenta, como centro da discussão, a incredulidade em relação aos metarrelatos herdados da filosofia iluminista. Diferencia-se do período precedente pelo ceticismo, pelo resgate da paralogia dos inventores, em contraposição à homologia dos *experts*, pela busca da heurística, e que foge das tendências unificadoras, generalizáveis e controláveis da ciência moderna. Na dimensão jurídica, caracteriza-se pela fragmentação do Direito monolítico da modernidade em vários direitos infra e supra-estatais, alternativos, por assim dizer, ao Direito oficial. (BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 647-650).

Lipovetsky²⁵⁹, modernidade líquida para Zygmunt Bauman²⁶⁰, modernidade reflexiva para Anthony Giddens²⁶¹ ou, ainda, como Ulrich Beck²⁶², que refere se tratar de uma segunda modernidade, o futuro é incerto, há a decepção ou a desesperança, o risco, a fragmentação, a dissolução das categorias, havendo como única certeza as incertezas recorrentes. Como acentua Gianni Vattimo, o niilismo (como desvalorização e a morte do sentido, e a ausência de finalidade) tornou-se um destino: em função da crítica e do desvelamento da ausência de cada fundamento, como as categorias de verdade, critério absoluto e universal não mais sustentados por dogmas. Contudo, a liquefação destes elementos não é um convite à irresponsabilidade ou ao sufocamento das liberdades como caminho inverso. Este ambiente de novas e múltiplas possibilidades convoca para uma reflexão profunda sobre a liberdade e o destino de cada um e da própria sociedade.

Neste novo contexto, sem espaço para visões cristalizadas, mas que exige sempre uma constante indagação, que demanda uma reflexão constante das razões argumentativas, colocando-as sempre em discussão e testando ao máximo um ambiente de máximas possibilidades, é que deve inserir-se a discussão sobre liberdade religiosa. Não mais livre da crítica e nem sob o manto do dogma, o argumento religioso é contemporâneo da esfera público-política, não podendo arvorar-se como verdade absoluta. Para isso, deve-se aprender a conviver em um ambiente de diversidade, em que a tolerância, não somente a religiosa, torna-se fator de extraordinária importância para o assentamento da liberdade. Além do mais, com o estabelecimento de um novo tipo de sociedade, há a instituição de um novo tipo de compreensão do homem, da humanidade e das relações humanas. Logo, diferentemente da abordagem anterior, que construiu o mundo a partir da experiência religiosa, e a partir desta experiência erigiu suas bases, sua fundamentação, a nova abordagem provém da intersubjetividade, em que a comunicação, a linguagem, exercerá papel fundamental, conforme assenta Luiz Bernardo Leite Araújo, ao comentar o tema a partir da compreensão de Habermas sobre a religião:

[...] Habermas sabe que a linguagem, como meio de intercompreensão, se sobrecarrega de tarefas no âmbito das sociedades modernas desencantadas, resultado da mudança progressiva do agir ritual pelo agir comunicativo nas funções de reprodução simbólica do mundo vivido. Neste quadro, a

²⁵⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2007.

²⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

²⁶¹ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

²⁶² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

linguagem já não serve apenas para transmitir e atualizar um consenso assegurado pré-linguisticamente, mas, cada vez mais também, para produzir um consenso racionalmente motivado – e isso tanto nos domínios das experiências prático-morais e expressivas quanto ao domínio cognitivo da relação com a realidade objetiva.²⁶³

Com o advento ou a transição para o pluralismo ideológico na sociedade contemporânea, Habermas declara que “a religião e o *ethos* nela enraizado se decompõem enquanto fundamento público de validação de uma moral partilhada por todos”²⁶⁴. E vai mais adiante, quando afirma que, sob a ótica secularista, “é possível prever que as visões de mundo religiosas dissolver-se-ão à luz da crítica científica e que as comunidades religiosas sucumbirão às pressões de uma modernização social e cultural, a qual é cada vez mais intensa”²⁶⁵. Entretanto, ressalva que, sob as premissas do Estado constitucional e de um etos de cidadãos do Estado democrático, deve haver respeito e compreensão mútua na esfera público-política entre cidadãos seculares e comunidades religiosas, posto que, para se viver numa sociedade pós-secular, há de se ter uma sintonia epistêmica com vistas à sobrevivência de comunidades religiosas e uma mudança de mentalidade que se adapte aos desafios do seu entorno. Igualmente, com este deslocamento da autoridade epistêmica, a filosofia moral passa a depender de uma fundamentação pós-metafísica que justifique a validação dos julgamentos sem a necessidade de se recorrer aos mesmos amuletos do passado.

Fábio Konder Comparato, ao tratar do tema, reconhece que a visão moderna rechaçou qualquer fundamento absoluto ou transcendental para a vida ética triplamente fragmentada em religião, moral e direito. Por sua vez, a escola positivista do direito, segundo o autor, “retomou por inteiro o relativismo ético de Hobbes, ao sustentar que o direito não deve ser confundido com a moral, menos ainda com a religião, e que toda norma jurídica [...] deve ser tida como lídima expressão da justiça”²⁶⁶. Mais adiante critica: “o positivismo jurídico, como foi salientado, pela sua recusa definitiva em fundar o direito numa autoridade superior ao Estado, preparou de certa forma o caminho para explosão da experiência totalitária do século XX”. Para Fábio K. Comparato²⁶⁷, a dignidade da pessoa humana será o supremo modelo

²⁶³ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 159.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 21. [Grifo do autor].

²⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 157.

²⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 444-445.

²⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 437-483.

ético, sem deixar de referir que a excelência do homem no mundo é justificada a partir de três perspectivas: a religiosa, a filosófica e a científica. A expressão “pessoa humana”, refere o autor, recebeu enorme contribuição do cristianismo, pois foi onde adquiriu seus contornos como substância. Da mesma forma, da ciência recebeu aspectos da consciência individual, e da filosofia, contornos do homem como ser racional e histórico.

Habermas chama esta conjunção de elementos de “reservas cognitivas de um estoque de argumentos, o qual não depende de tradições religiosas nem metafísicas”²⁶⁸, defendendo um liberalismo político na forma de um republicanismo kantiano que se “auto-interpreta como uma justificação pós-metafísica e não-religiosa dos fundamentos normativos do Estado de direito democrático”.

Segundo Zigmunt Bauman, em sua análise sobre a modernidade caracterizada pelo “derretimento dos sólidos” erigidos ao longo do medievo, acrescenta também um redirecionamento deste processo, agora, tendo como alvo a própria modernidade, a modernidade fluida por assim dizer. Para ele, “os poderes que liquefazem passaram do ‘sistema’ para a ‘sociedade’, da ‘política’ para as ‘políticas da vida’ – ou desceram do nível ‘macro’ para o nível ‘micro’ do convívio social”²⁶⁹. Em continuidade, arremata que se deve abandonar toda a esperança de totalidade “vós que entráis no mundo da modernidade fluida”²⁷⁰ e, como um novo evangelho, proclama o fim “da definição do ser humano como um ser social, definido por seu lugar na sociedade”²⁷¹. A partir de agora o homem é definido por suas estratégias de ação social não orientada por normas sociais e pela defesa de sua especificidade cultural e psicológica encontrada dentro do indivíduo – não é mais onde se está, mas o como se age. Ao contrário de Vattimo, entende que a vida ainda não atingiu os extremos que a fariam sem sentido, contudo, admite que muito dano já tenha sido causado.

À medida do progresso da modernidade entabulou-se um processo de individualização e não um processo de socialização ou comunitário, pois, segundo sustenta Bauman, “a modernidade substitui a determinação heterônoma da posição social pela autodeterminação compulsiva e obrigatória”²⁷², o que não significou ou se assentou como capacidade realista e prática de autoafirmação genuínas. Está mais para uma fatalidade, posto que não se tem

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 118-119.

²⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 14.

²⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 29.

²⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 29.

²⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 41.

capacidade escolha, mas a obrigação de agir. Viver é produzir desempenho. Com isso, os espaços públicos foram colonizados pelo privado, conforme lição de Hannah Arendt²⁷³, não sendo concebidos mais como espaços de diálogo, de encontro e de discussão. O espaço público tornou-se, conforme Bauman, não

mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas²⁷⁴.

Estabelecido o contexto, cumpre analisar o papel da liberdade religiosa e como deve ser exercida na sociedade pós-metafísica.

A conformação do exercício da liberdade de crença e de culto, mesmo que, em sua gênese, se apresente como um direito fundamental, é exercido e insere-se no âmbito do espaço público, tendo em vista que as práticas cultuais e todo o proselitismo decorrente são postos em ação neste espaço de convivência mútua, que tem por dever apresentar-se de forma solidária e tolerante. Evidentemente, que esta obrigação decorrente é uma antecipação da conclusão sem justificativa, e que carece de demonstração. Mas o adiantamento da conclusão dá-se por razões óbvias e que, de certa forma, já foram apresentadas pelas próprias bases racionais da constituição deste novo tipo de sociedade e do papel da religião. Entretanto, a tarefa não se esgota na apresentação destes argumentos. É preciso avançar mais.

Neste aspecto, portanto, a solidariedade é um fator importante, mesmo que o contratualismo hobbesiano²⁷⁵ deixe de lado qualquer característica neste nível. Em face do esfacelamento das comunidades étnicas e com a presença cada vez maior do “estrangeiro” e do “diferente” na sociedade, a solidariedade, como um cimento de coesão social entre os membros da comunidade política, torna-se bastante relevante. Entretanto, como bem sustenta Habermas, em sociedades altamente complexas “os sentimentos constituem uma base estreita demais para solidariedade entre seus membros”²⁷⁶.

Por isso, para a correta expansão da liberdade em contextos multiculturais, a tolerância e o reconhecimento da diversidade cultural e religiosa tornam-se fatores importantes e

²⁷³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

²⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 49.

²⁷⁵ A filosofia política em Hobbes não comporta sentimentos morais. A escolha pelo pacto dá-se pela decisão útil: produzir a autoconservação, como assenta Cecília Pires. (PIRES, Cecília Maria Pinto. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. **Perspectiva Filosófica**, vol. I, n. 25, p. 13-27, 2006).

²⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 27.

distintivos. Na verdade, pode-se até considerar que são faces da mesma moeda. Mas antes de se avançar no que diz respeito à tolerância e que também implicará em uma abordagem da questão identidade e diferença, cumpre estabelecer um conceito sobre o que se pode entender como religião neste novo tipo de sociedade. Mesmo que já tenha sido mencionado que a religião não exerce mais seu papel fundamentador na sociedade, compete analisar a religião sob o ponto de vista estrito. Verificar de maneira mais próxima o que se pode conceber como exercício da liberdade religiosa em seu sentido prático e os aspectos principais da formação deste tipo de identidade. Além disso, convém assinalar que a religiosidade é uma motriz importante, pois decorre diretamente da liberdade de pensamento e de consciência, estabelecendo uma relação de visão ou concepção do mundo.

Registre-se, primeiramente, que a comunidade religiosa é uma comunidade voluntária e apartada do poder político, como há séculos preconiza John Locke²⁷⁷. Assim, esta comunidade voluntária tem a faculdade primeira de criar-se, fundar-se, estabelecer-se, como religião e, a partir disso, determinar os seus ritos, objetivos, cerimoniais, forma de ordenação etc.. Qualquer tentativa de se imiscuir nesta seara implica em objeção ao direito de liberdade de consciência e o sufocamento de qualquer individualidade. Como, então, se pode desenvolver um conceito prático de religião?

Jacques Lacan, por exemplo, adota como sendo a “verdadeira religião” a romana²⁷⁸, e entende não ser possível “colocar todas as religiões no mesmo saco”, pois a religião romana cumpriria o papel de “secretar sentido de forma a que efetivamente nele nos afogemos”. Contudo, esta é uma posição particular de um psicanalista francês que não tem como objetivo responder aos fenômenos sociais.

Porém, a maioria dos autores²⁷⁹ consultados tem adotado como base a posição de Jónatas Machado²⁸⁰, que agrupa os conceitos em três vertentes: a) substancial-objetiva; b) funcional-subjetiva; e c) tipológica, em que ele se insere e que, segundo Jayme Weingartner

²⁷⁷ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Editora Hedra, 2007.

²⁷⁸ LACAN, Jacques. **O Triunfo da Religião**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p. 67.

²⁷⁹ Quase todos os autores consultados utilizam a classificação de Jónatas Machado, que é um conceito tipológico aberto, variando em pequenos aspectos. Ver em: GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 31-43; ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Livraria Almedina, Setembro, 2002. p. 405-409; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 96-112.

²⁸⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 208-220.

Neto,²⁸¹ abarca duas necessidades: “obter-se um conceito amplo e expansivo de religião” e “conservar operacionalidade prática e torná-lo menos vulnerável a utilização abusiva”.

Sara Guerreiro, a respeito da segunda necessidade listada, considera que ela serve para bloquear “um indesejável e incerto princípio de autodefinição, que implicaria um descrédito jurídico-dogmático e uma desvalorização social do fenômeno religioso”, pois se reconhece a experiência religiosa como “um fenômeno *sui generis*”, e que não é, em respostas às questões da pluralidade e da diversidade, “um privilégio relativamente a mundividades diferentes: estas são protegidas através de outros direitos fundamentais”²⁸².

A fim de não se cair em uma armadilha de um conceito substancial-objetivo ou funcional-objetivo, adota-se, neste trabalho, aquilo que Jayme Weingartner Neto argumenta e que se revela com o

caráter meramente indicativo, não decisivo, dos critérios dicotômicos tradicionais (imanente/transcendente, natural/sobrenatural, sagrado/profano, razão/revelação – como a referência à visão global do mundo pode ceder, nalguns casos, à referência a aspectos parcelares da vida), bem como de elementos externos ao fenômeno religioso (idade da crença, aparente valor social, números de aderentes, grau de institucionalização, forma coletiva de organização, existência de clero ou classe sacerdotal, as exigências éticas e morais que encerra, a consistência da conduta de seus aderentes, a existência de escritos sagrados, dogmas e funções cerimoniais etc.).²⁸³

Portanto, o conceito tipológico de religião se configura, para os fins propostos, em um conceito de amplo espectro, não se restringindo a conceitos monoteístas ou politeístas, em maior ou menor quantidade de aderentes ou manifestações regionais ou globais. Em face do caráter multifacetário do fenômeno religioso, é permitido, na concepção tipológica de Jonatas Machado, transitar por diversas questões evolutivas trazidas por Gérard Donnadieu²⁸⁴ a respeito da genealogia da religião. É possível abordar desde o xamanismo, ou a religião dos caçadores/coletores do paleolítico, onde o homem apresenta-se completamente desprovido de poder sobre uma natureza opressiva, passando pelas religiões agrárias que, mesmo evoluindo nas representações religiosas, tem um modelo sacral calcado em tipos como o espírito da

²⁸¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 101.

²⁸² GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 408.

²⁸³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 103.

²⁸⁴ DONNADIEU, Gérard. Genealogia da religião: ensaio de leitura sistêmica de Marcel Gauchet. Aplicação à situação atual no mundo. **Cadernos IHU Idéias**, Ano 3, nº 44, 2005.

floresta e o gênio do rio, que se juntam aos deuses e deusas da fecundidade, e dos quais se espera benefícios em matéria de fertilidade dos campos, do gado e das mulheres, misturados a divindades zoomorfas e antropomorfas, ingressa no período associativo ou vivido em comunidade, onde há o nascimento do politeísmo e o aparecimento da noção de panteão e a hierarquia dos deuses, ficando a divindade cada vez mais próxima à figura humana, de modo que até os monarcas eram considerados semideuses, e chega-se até o período axial e as religiões de salvação, onde, finalmente, o transcendente emerge como realidade específica e autônoma na dimensão simbólica, observando-se a consciência individual de um sujeito comprometido com este local. Este período, que se situa do século VII a.C. ao século I d.C., conheceu Confúncio, Lao-Tse, Buda, Zoroastro, Sócrates, dos grandes profetas judeus e Jesus Cristo.

Quanto ao papel da religião na democracia, Gerárd Donnadiou²⁸⁵ sustenta, assim como Habermas, que a religião deixa de exercer seu papel normativo de origem das organizações e que tal transmutação deve-se ao cristianismo. Na sociedade pluralista, pode-se pensar que Deus existe ou não existe, porque o mundo moderno é neutro. No entanto, quando o Estado assume uma laicização ativa ou uma antiteologia, assim como ocorre na França, mostra-se mais contestado e desestabilizado do que as igrejas. Por isso que, na sociedade laica, há espaço para o discurso espiritual, na medida em que as pessoas buscam fortemente um sentido. Antes, porém, é necessário que as igrejas rompam com os hábitos adquiridos ao longo de quinze séculos e abstenham-se de uma normatividade religiosa que diga as pessoas como se comportarem ou pensarem. É preciso uma nova proposição para a fé na sociedade atual.

Mais do que uma nova proposição para a fé, é fundamental compreender o real significado da tolerância e da coexistência mútua e pacífica em um ambiente de pluralidade. Esta lição não é nova. François-Marie Arouet, conhecido pelo pseudônimo de Voltaire (1694-1778), ao tratar da tolerância universal, é categórico:

não é preciso ter grande arte nem dispor de eloquência bem elaborada para provar que os cristãos devem tolerar uns aos outros. Mas eu vou mais longe:

²⁸⁵ DONNADIEU, Gérard. Genealogia da religião: ensaio de leitura sistêmica de Marcel Gauchet. Aplicação à situação atual no mundo. **Cadernos IHU Idéias**, Ano 3, nº 44, p. 20-21, 2005.

eu lhes digo que é necessário considerar todos os homens como nossos irmãos.²⁸⁶

Ao propor tal afirmação, Voltaire antecipa em quase 250 anos o que, mais tarde, Michel Maffesoli²⁸⁷ aborda na sua proximia: a comunidade de destino. Para Voltaire, no seu hipotético diálogo com um monge budista, “este pequeno globo, que não é mais do que um ponto, rola através do espaço, assim como tantos outros globos: estamos perdidos nesta imensidão”²⁸⁸. Mais adiante, ao se manifestar sobre os horrores da “santa inquisição”, questiona se “cabe aos átomos de um momento, tais como somos nós”²⁸⁹ estabelecer o que é verdadeiro, na forma de “sentenças do Criador”. O que, na verdade, Voltaire questiona, em relação às autoridades eclesiásticas, é a usurpação do divino por parte daquelas autoridades. Questiona a autoridade delas em relação à sorte eterna de todos os homens. No fundo, deseja, através da argumentação, demonstrar que há somente o governo de homens e que as suas condições são iguais a todos os demais. Ao se referir à paz de Vestfália²⁹⁰, por exemplo, refere que

a Alemanha seria hoje um deserto coberto pelas ossadas de católicos, evangélicos, reformados e anabatistas, assassinados uns pelos outros, se a paz de Vestfália não tivesse finalmente produzido a liberdade de consciência²⁹¹.

E prossegue:

²⁸⁶ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 109.

²⁸⁷ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

²⁸⁸ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 109.

²⁸⁹ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 111.

²⁹⁰ Paz de Vestfália ou Tratados de Münster e Osnabrück, assinados em 30 de janeiro de 1646 (Espanha e Países Baixos) e 24 de outubro de 1648 (Sacro Império Romano-Germânico), e depois reunidos no Ato Geral de Vestfália em Münster em 24 de outubro de 1648. Este conjunto de diplomas foi negociado durante três anos pelos representantes dos católicos e protestantes, que eram basicamente as duas partes envolvidas no conflito que se encerra a partir do mesmo: a Guerra dos Trinta Anos. É considerado como aquele que inaugura o moderno sistema de relações internacionais: relativiza o poder papal, reconhece aos príncipes o poder de então escolher livremente um sistema religioso para o seu Estado, reconhece a soberania interna dos Estados e projeta o surgimento do equilíbrio de forças. No âmbito do reconhecimento das liberdades individuais possibilita, finalmente, a liberdade de consciência. Ver: MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. Coimbra: Almedina, 1996; MARIA DE OLIVEIRA, Odete. **Relações internacionais: breves apontamentos e contextualizações**. VIEIRA, Carlos Alberto Adi. **Relações internacionais e globalização: grandes desafios**. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

²⁹¹ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 35.

temos judeus em Bordeaux, em Metz e na Alsácia; temos luteranos, molinistas e jansenistas; não podemos aceitar e conter os calvinistas mais ou menos nas mesmas condições com que católicos são tolerados em Londres?²⁹²

E finaliza:

quanto mais seitas houver, menos cada uma delas será perigosa; a multiplicidade as enfraquece; todas são reprimidas por leis justas que proíbem as assembleias tumultuosas, as injúrias e as sedições, e que são sempre mantidas em vigor pela força coercitiva²⁹³.

Voltaire, fundamentalmente, quer demonstrar que a pluralidade de visões, especialmente às religiosas, e o reconhecimento desta pluralidade em termos de visão do mundo favorecem sensivelmente a diversidade e contribuem para a construção de uma sociedade pacífica. De outro lado, não se pode ignorar o fato de que a tolerância pregada por Voltaire, assim como a de John Locke, estava rigorosamente circunscrita à identidade do próprio cristianismo, e não a ultrapassava. Contudo, de acordo com o que afirma Clodoaldo Meneguello Cardoso²⁹⁴, se o pensamento de Locke alicerça-se no princípio da diversidade e a tolerância surge da tensão entre identidade e diversidade, para Voltaire, a justificação da tolerância dá-se

na identidade ontológica do ser humano e num imperativo social. Na imensidão do tempo e do espaço, nossas diferenças culturais, étnicas ou raciais tornam-se insignificantes diante de nossa identidade humana como seres ínfimos e efêmeros²⁹⁵.

Porém, a utilização do vocábulo ou da expressão “tolerância” tem sido muito criticada e contestada em face de sua origem, pois provém do latim *tolerare* - que significa suportar, sustentar. É como se aquele que é tolerante ou exercesse a tolerância estivesse em uma posição superior e apenas por condescendência reconhecesse a existência e a dimensão de

²⁹² VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância:** por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 35.

²⁹³ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância:** por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008. p. 35.

²⁹⁴ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

²⁹⁵ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

liberdade do outro. É a permissão para a existência com contornos de arrogância, eis que tal permissão se perfaz oriunda da liberalidade do outro e não expressa uma relação de igualdade.

Tal derivação é decorrente dos sentidos de tolerância predominantes nos dicionários latinos, como acentua Clodoaldo Meneguello Cardoso, e que expressam “a ideologia da cultura europeia em seu projeto de universalidade e homogeneidade pela dominação das outras culturas”²⁹⁶. Os povos europeus, conquistadores, suportavam a cultura colonizada como forma de preservar a ordem universal, e esta “tolerância” não era decorrente da prática de alteridade.

Mas não é assim. O exercício da tolerância é muito mais que isso. Assim como a lição dos acontecimentos históricos são reservas cognitivas da sociedade, as lutas travadas pelo homem em direção a sua emancipação e os valores conquistados ao longo desta trajetória constituem patrimônio imemorial. Dentre esses valores, está a tolerância, que, primeiramente, restou consagrada na célebre obra de John Locke – *Epistola de tolerantia*²⁹⁷, escrita no inverno de 1685-1686, e depois traduzida para o inglês por seu amigo William Popple, sob o título *A letter concerning toleration*, e que também foi publicada anonimamente. Os primeiros ensaios sobre um estado laico são apresentados para o mundo pela pena de John Locke, quando ele defende a separação entre comunidade natural: a comunidade religiosa, e a comunidade política, baseada no contratualismo: a comunidade constituída a partir do pacto; quando argumenta que as regras da comunidade religiosa não podem interferir nos direitos e deveres políticos; quando sustenta que as opiniões religiosas são de caráter privado ou particular, pois se há extensão destas opiniões pelo poder civil a toda comunidade, o que se vê são massacres, perseguições e intolerância; e, por fim, o exercício positivo da indiferença conforme adiante se verá.

No primeiro aspecto defendido por Locke, nos dizeres de Ari Ricardo Tank Brito, em sua introdução à referida obra, “ao propor como essencial para uma comunidade que os poderes político e religioso fossem totalmente separados um do outro, Locke estava sendo ainda mais radical do que seu amigo Popple”²⁹⁸. Lembra ainda que “as perseguições por motivos religiosos, as guerras, torturas e execuções, muitas vezes na fogueira, era afinal

²⁹⁶ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

²⁹⁷ Na língua portuguesa, a obra recebe o nome **Carta sobre a tolerância**, e a tradução que é utilizada neste trabalho é a de Ari Ricardo Tank Brito.

²⁹⁸ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Editora Hedra, 2007. p. 10.

acontecimentos cotidianos em sua época”²⁹⁹. Este fato não pode ser ignorado. Em uma época em que qualquer menção contra a concepção religiosa do Estado ou contra a justificação divina dos soberanos implicava em severos castigos físicos que culminavam com a perda da vida, não causa estranheza o fato de a carta ter sido publicada anonimamente, especialmente por trazer, em seu conteúdo, a discussão de um tema muito sensível para aquele período. Para John Locke, além de apartada do poder político, a comunidade religiosa seria uma sociedade livre e voluntária:

É nisso que reside a questão. Ninguém está por natureza ligado a nenhuma igreja ou seita, mas cada um entra voluntariamente naquela sociedade em que acredita ter achado uma profissão de fé e um culto que seja verdadeiramente aceitável a Deus. As esperanças de salvação, tendo sido a única causa para entrada de uma pessoa naquela comunhão, só podem ser a única razão para permanecer nela. Porque, se descobrir depois que há algo errôneo na doutrina ou é incongruente o culto daquela sociedade à qual se juntou, por que não seria ela tão livre para sair dela quanto o foi para entrar? Nenhum membro de uma sociedade religiosa pode estar ligado por qualquer outro laço além daqueles que procedem da expectativa da vida eterna. Uma igreja, portanto, é uma sociedade de membros voluntariamente ligados para este fim.³⁰⁰

Evidentemente, pelo contexto em que estava inserido, John Locke trabalha a dimensão religiosa apenas sob aspectos de uma manifestação: a cristã. Não há o reconhecimento dos direitos civis dos ateus por Locke, e ele prega a total intolerância com os intolerantes à tolerância, tendo como alvo, basicamente, a Igreja Católica.

A este respeito, Daniel Lins³⁰¹ estabelece uma crítica profunda, pois entende que o termo apresentado por Locke substituiu furtivamente o conceito de liberalismo por apoiar-se em uma referência, em uma verdade ou em uma certeza que procura impor-se. Entendendo pela necessidade da ruptura do pensamento pela opinião, e de acordo com as “imagens do pensamento” de Deleuze³⁰², haveria uma domesticação do pensamento ocidental para consagrar valores estabelecidos. Para ele, “a tolerância idealizada é por definição uma ideia-limite, esbarrando muitas vezes numa espécie de preconceito intramuros, calcinado numa metafísica da ordem em detrimento de uma metafísica do caos”³⁰³, mas reconhece que é, a

²⁹⁹ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Editora Hedra, 2007. p. 12.

³⁰⁰ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Editora Hedra, 2007. p. 42-43.

³⁰¹ LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 19-33.

³⁰² DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

³⁰³ LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 22.

partir da evolução histórica, na luta pela tolerância que a humanidade chegou a Declaração dos Direitos Humanos, do cidadão e da democracia liberal. Segundo Daniel Lins, a cartografia da tolerância demonstra que ela se apresentou “territorializada”, confiscando assim o direito ao pensamento³⁰⁴, conforme ele mesmo assenta. Contudo, esquece que quando se refere ao “direito ao pensamento”, também recorre a uma imagem do que foi erigido em algum lugar e, mais especificamente, na histórica luta pela tolerância que culminou na liberdade de consciência, para sustentar o “não-lugar”. Defende, por fim, a tolerância como “uma força que permite não se deixar fechar numa verdade, mas a partir duma visão rizomática, múltipla da própria tolerância, inventá-la sem confiscá-la”³⁰⁵.

Por sua vez, Miguel Chaia³⁰⁶, após uma lúcida contextualização da tolerância e de sua proximidade com a religião e a política, conclui que a tolerância floresceu dos embates religiosos vinculados à origem da ideia de liberdade que nasce com o liberalismo. Por isso que “o exercício do poder solicita a tolerância juntamente com a liberdade, equação que resulta na aceitação de um contrato de obediência dos governados”³⁰⁷. Sendo assim, “a liberdade e a tolerância podem ser pensadas como facilitadores da relação de dominação”³⁰⁸, apresentando variações polissêmicas, visto que, sob a ótica do poder, pode significar contrato e obediência, e vincular intolerância à violência, à coação e à servidão. Em relação à ótica do dominado, pode ligar-se à obediência e à interiorização da necessidade de governo e à intolerância com o desejo de não servidão.

Tanto a crítica de Daniel Lins quanto a de Miguel Chaia são procedentes, se for posta a questão em termos lineares e em um tempo em que o poder apresenta-se totalmente centralizado. Com isso, não se está esquecendo-se do caráter hegemônico da globalização econômica³⁰⁹ e de suas implicações nos demais segmentos sociais. Porém, no contexto de uma

³⁰⁴ LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 26.

³⁰⁵ LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 28.

³⁰⁶ CHAIA, Miguel. Tolerância e liberdade – aforismo intempestivos. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 35-44.

³⁰⁷ CHAIA, Miguel. Tolerância e liberdade – aforismo intempestivos. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 43.

³⁰⁸ CHAIA, Miguel. Tolerância e liberdade – aforismo intempestivos. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.p. 43.

³⁰⁹ Na perspectiva de Jacques Chevallier, a internacionalização não teve apenas uma dimensão econômica, com a homogeneização progressiva dos estilos de vida, dos modelos de consumo, dos padrões culturais e etc., mas também permitiu a difusão de valores humanitários – uma base de valores comuns para além da diversidade dos regimes políticos. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33).

sociedade pós-metafísica, o Estado não mais se apresenta como centro de gestão da vida a exigir uniformidade. Como bem acentua Jacques Chevallier³¹⁰, há, hoje, uma reavaliação do lugar do Estado afetado em pelo menos quatro pontos: a) relação de interdependência estrutural, tornando obsoleta a concepção de soberania; b) perda do comando sobre uma série de variáveis essenciais, acarretando uma redefinição de funções; c) atenuação das fronteiras entre o público e o privado; e d) um movimento de fragmentação e degeneração do modelo unitário, onde se apresenta, convergindo para formas heterogêneas. O autor refere, ainda, que o triunfo do unilateralismo, que se sucedeu de 2000 a 2006, em contraposição a bipolaridade de 1945 a 1991, foi breve. Fechado os parênteses do superpoderio americano, tem prevalecido a ideia de um mundo multipolar em formação, pois

a lógica que comanda a ordem internacional permanece, então, uma lógica pluralista, excludente de toda ideia de dominação sem compartilhamento por uma potência, mesmo hegemônica, e implicando negociação permanente de compromissos³¹¹.

Neste aspecto, é importante a contribuição de Clodoaldo Meneguello Cardoso³¹², que, claramente, associa a liberdade de consciência à tolerância religiosa e à tolerância política, pois igualmente fundamentadora de ambas. Afirma o filósofo que o “sentido do conceito de tolerância foi construído no início da modernidade a partir da consciência da diversidade humana”³¹³, tendo como ponto central a liberdade de pensamento e expressão. A expressão nasce com John Locke, vinculado a um conceito liberal, passa por Voltaire, que combate o obscurantismo em nome da racionalidade e da liberdade, mas é com John Stuart Mill que o conceito liberal de tolerância tem seu acabamento teórico. A partir de Stuart Mill, sustenta Clodoaldo Meneguello Cardoso, “a questão ética da liberdade é tratada como liberdade civil e não como livre-arbítrio”³¹⁴, afastando-se definitivamente dos argumentos metafísicos, mas fundada nas necessidades humanas de ordem prática e social.

No entanto, o componente mais importante trazido por Clodoaldo Meneguello Cardoso, referindo-se a Stuart Mill, é que a ideia de opinião pode ser comparada ao problema

³¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37

³¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.

³¹² CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 45-57.

³¹³ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 49.

³¹⁴ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 50.

da “verdade” na sociedade pós-metafísica, tendo em vista que, “como na esfera da opinião não se pode ter certeza absoluta, a característica básica do mundo do pensamento é a pluralidade”³¹⁵, o que não implica necessariamente dizer que não se pode presumir a verdade de uma opinião. Constituiria uma verdadeira intolerância “não aceitar a possibilidade de uma opinião ser refutada”. Nesta esfera, o tolerante “possui um espírito aberto às críticas de suas opiniões; pode ter convicções e estar seguro de uma determinada doutrina, porém não se arroga [de] infalibilidade”³¹⁶.

Por fim, Cardoso entende que a tolerância não se vincula somente à diversidade, mas também à igualdade social, visto que a cultura tem seus significados construídos, igualmente, “nas condições materiais e sociais de sua história, ou seja, na condição de oprimidos ou de homens livres; de privilegiados ou de excluídos”³¹⁷, pois não pode haver aceitação das desigualdades sociais como acontecimentos naturais. Assim, os diálogos sobre a tolerância devem expor, com clareza, as situações sobre cada grupo religioso, no sentido de ajudar a construir um novo sentido. Um sentido que não aborde somente diversidade, mas que encare “a necessidade de identificar, na pluralidade das culturas, as humanizadoras e as desumanizadoras, diante das quais não pode ser tolerante”³¹⁸, pois quanto a este aspecto, a tolerância deve se constituir ativa, significando dizer que, além da disposição com o diferente, deverá demonstrar uma superação de todas as formas de pensamento único em qualquer regime político que se apresente e assim construir um sociedade humanitária e igualitária.

Explorando o tema da tolerância sob o olhar latino-americano e baseado nos debates ocorridos no *Encontro sobre a Tolerância na América Latina e no Caribe* de 1994, no Rio de Janeiro, Clodoaldo Meneguello Cardoso forja uma nova cartografia da tolerância, não mais aquela baseada no ideário iluminista, onde “a pluralidade humana tinha como modelo (eidos) de realização (télós) a identidade do homem europeu”³¹⁹, e que deram origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde se proclama direitos iguais, mas entre semelhantes: os europeus. O novo sentido é concebido “a partir das culturas dos povos latino-

³¹⁵ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Saete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005. p. 51.

³¹⁶ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Saete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.p. 51.

³¹⁷ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Saete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.p. 55.

³¹⁸ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Saete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.p. 56.

³¹⁹ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

americanos e caribenhos, conscientes da exploração e da marginalização sofridas nos últimos 500 anos de sua história, e também da riqueza de sua grande diversidade cultural”³²⁰.

O valor ético da tolerância residiria em aspectos de uma cultura humanizadora, tendo uma dimensão política na esfera pública, pois a autêntica tolerância é libertadora da violência e da opressão e não se apresenta como passividade. Dessa forma, em seu sentido mais profundo, a tolerância está intensamente enraizada no valor supremo do respeito aos direitos inalienáveis da pessoa humana, quando há o seu reconhecimento teórico e prático.

Há uma explícita denúncia contra a intolerância da razão instrumental que apresenta modelos de desenvolvimento que priorizam o capital em detrimento das relações de trabalho, da cultura e da natureza, modelos impostos por países industrializados que, em face de uma ideologia neoliberal, acentuam uma “diferenciação social, a discriminação e a marginalização étnico-linguística como a dos povos andinos, dos nativos amazônicos e dos negros”³²¹, e que se consubstancia, finalmente, em intolerância cultural.

Necessariamente, estas fórmulas de exclusão social, acabam por atingir, igualmente, os aspectos culturais dos modelos contramajoritários. Em decorrência de fórmulas excludentes que assolaram a América Latina, que registra um histórico de intolerâncias, “de negação do outro com base nos sistemas de dominação econômica e cultural, num primeiro momento do europeu e depois do norte-americano”³²², desenvolve novos fundamentos para tolerância levando em conta dois aspectos: a diversidade cultural e a desigualdade social, porque não é possível haver tolerância quando há desigualdade, dominação e desrespeito aos direitos humanos. Tolerância não é convivência com o intolerável.

De outra banda, o sentido de tolerância deve articular, de forma equilibrada, a identidade de cada indivíduo e a diversidade encontrada na sociedade. Isto pressupõe, como ensina Clodoaldo Meneguello Cardoso, a comunicação intercultural e o estabelecimento de

³²⁰ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

³²¹ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

³²² CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

pontos de contato entre as culturas que viabiliza o diálogo³²³ e, com ele, “a possibilidade de compreensão e do respeito mútuo”³²⁴. Após estas considerações, apresenta um novo verbete para o termo tolerância sob tal perspectiva:

Tolerância, *s. f.* Atitude de reconhecimento, na teoria e na prática, do outro como outro e de respeito mútuo às diferenças; - capacidade de diálogo, de compreensão e de respeito mútuo entre posições tolerantes com ideias e valores diferentes; - respeito aos direitos universais inalienáveis da pessoa humana; - reconhecimento da diversidade cultural, contrapondo-se à hegemonia de uma cultura que domina e marginaliza as outras; - resistência a tudo aquilo que provoca opressões e desigualdades sociais; - ação solidária na superação das desigualdades sociais; - valorização da diversidade cultural a partir da consciência clara do valor da própria identidade e de seus limites; - capacidade de cooperação para alcançar objetivos comuns; - atitude de solidariedade entre indivíduos, grupos, povos, nações e, também, dos seres humanos para com a natureza em geral.³²⁵

A ideia principal de Clodoaldo Meneguello Cardoso, ao apresentar uma nova perspectiva para a palavra tolerância é o combate ao que denomina “o reino da relativização das culturas, denominado multiculturalismo”³²⁶. Porém, a compreensão de multiculturalismo do citado autor está adstrita à ideia do *relativismo*, quando assim não deveria ocorrer. Conforme apresenta Ana Leticia Barauna Duarte Medeiros³²⁷, um multiculturalismo bem compreendido “surge como possibilidade de reação à mundialização e ao processo de individualização desmensurada dos sujeitos”³²⁸ e também como um novo olhar sobre o outro, “com a aceitação de características culturais particulares” que trabalha com o propósito de

³²³ Existe, na Unisinos, a experiência de um grupo de diálogo inter-religioso: O Gidirec - programa Gestando o Diálogo Inter-Religioso e o Ecumenismo. O programa visa a manter um diálogo permanente entre as diversas crenças religiosas presentes na comunidade acadêmica permanente da Unisinos. Ao mesmo tempo, presta apoio às lideranças religiosas na consecução de suas práticas sociais. (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS. **Programa Gestando o diálogo inter-religioso e o ecumenismo – Gdirec**. São Leopoldo. Disponível em: <http://www.unisinos.br/projetos_sociais/gdirec/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=156&menu_ativo=active_menu_sub&marcador=156>. Acesso em: 10 ago. 2010).

³²⁴ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

³²⁵ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

³²⁶ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

³²⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 588-592.

³²⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 588.

garantir a heterogeneidade das culturas contra a ideia de uma uniformização globalizante. Na tensão entre *particularismo (comunitarismo)* e *universalismo (liberalismo)*, sustenta Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros que o *particularismo* não deve ser confundido com o *relativismo*, pois *relativismo* é muito diferente de *relatividade*, característica do *particularismo*. O termo *relatividade* significa, conforme Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros, “que tudo e todos estão em constante inter-relação, que não existe objeto sem sujeito e que, portanto, não existe nem objetividade, nem a subjetividade puras”³²⁹, ao contrário de *relativismo*, que não conduz a lugar algum pela ausência de diferenças. No entanto, o *particularismo* ao reivindicar a valorização das tradições e da autoridade da cultura coloca-se de maneira atemporal, negando assim a constante mutação da sociedade. Ademais, como assevera Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros, embora o *particularismo* seja uma opção atraente, permitindo a manifestação das identidades culturais, da mesma forma possibilita, em alguns momentos, “a emergência, de forma insidiosa e anônima, do racismo, da xenofobia e de outras formas de discriminação racial, em decorrência da ausência do caráter dialógico (intersubjetivo) em seu substrato”³³⁰. Sendo assim, *multiculturalismo* também não se confunde com o *particularismo*, pois o *multiculturalismo* produz “um entre-lugar, situado entre passado e futuro, em constante mutação por obra da necessária tradução provocada pela renovação hermenêutica da simbologia cultural no espaço e no tempo”³³¹.

Portanto, como se afirmou anteriormente, um multiculturalismo bem estabelecido se coaduna com a ideia de Clodoaldo Meneguello Cardoso, de comunicação e diálogo entre as culturas, preservando, assim, o espaço da alteridade. Desse modo, não há a absolutização da identidade, que pode levar a posturas fundamentalistas, e nem a priorização da diversidade, que pode relativizar os valores culturais. O caráter evolutivo, que se apresenta como algo não estático, pronto ou acabado, demonstra que tanto a identidade como a diversidade estão em constante mutação ou evolução, ou, na perspectiva heideggeriana, como aplica Gianni Vattimo ao explicar as palavras *Andenken*³³² e *Verwindung*³³³ na obra de Heidegger, como “re-

³²⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.p. 590.

³³⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.p. 590.

³³¹ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.p. 590.

³³² Lembrança, recordação, rememoração.

³³³ Para Gianni Vattimo, *Verwindung* indica um ultrapassamento que tem em si as características da aceitação e do aprofundamento. (VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 179).

memoração, ou, antes, a fruição (o reviver), também em sentido “estético”, das formas espirituais do passado não tem a função de preparar alguma coisa, mas tem um efeito emancipador em si mesma”³³⁴. Sim, a tradição dialogada com outras culturas, ou a identidade em contato com a diversidade, produz o “repensamento”, a reflexão do próprio estado, conduzindo necessariamente, desde que efetuado de modo não superficial, para um novo lugar. Trata-se da aceitação (re)signada e convalescente, como afirma Vattimo, marcada por um novo signo.

Gisele Cittadino³³⁵ também compreende que a visão *particularista* e a visão *universalista* partem de premissas diferentes. Enquanto a ótica *universalista* impõe-se pela existência da diversidade das concepções individuais que dizem respeito à vida digna, por sua vez o modo *particularista* opta pelo compartilhamento cultural (valores, costumes e tradição) como elemento fundador de um consenso ético. A pesquisadora cita ainda que Habermas “inclui não apenas as subjetividades das concepções individuais acerca da vida digna, mas também as intra-subjetividades das identidades sociais e culturais”, pretendendo demonstrar que não há ordem de hierarquia entre autodeterminação moral e auto-realização ética. Pelo contrário, “pretende demonstrar que a autonomia privada vinculada à autodeterminação moral — e a autonomia pública, associada à auto-realização ética, pressupõem-se mutuamente”³³⁶.

Exatamente sobre este tema, identidade/diferença, Enrico Rambaldi demonstra, de forma convincente, “que o conceito unitário de homem é compatível com a multiplicidade das realizações históricas dos homens, com as suas diferenciações sociais, biológicas, etc.”³³⁷. Mais adiante, assegura que, mesmo na matemática, as demonstrações analíticas, que resultam em diferenças, constituem um aprofundamento morfológico do conteúdo dos axiomas, das inter-relações entre teoremas, levando à descoberta progressiva “de conexões sempre mais determinadas com outras proposições aritméticas”³³⁸. Haveria com as demonstrações um enriquecimento do patrimônio cognitivo que estabelece uma relação entre identidade e diferença. Utilizando o exemplo de uma equação que perquire sobre a igualdade, o estudioso

³³⁴ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 185.

³³⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 4-10.

³³⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 6.

³³⁷ ROMANO, Ruggiero; GIL, Fernando (Coord.). **Enciclopédia Einaudi**. Porto: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984-1996. Vol. 10: Dialética. p. 13.

³³⁸ ROMANO, Ruggiero; GIL, Fernando (Coord.). **Enciclopédia Einaudi**. Porto: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984-1996. Vol. 10: Dialética. p. 21.

sustenta que mesmo durante as transformações desta igualdade, e que não implica que sejam todas idênticas, vão surgindo proposições (diferenças) que estabelecem uma unidade com esta relação de identidade. Através da demonstração, a igualdade é conquistada pelo saber, e tal verificação para atingi-la,

não é uma operação repetitiva, mas um acréscimo de conhecimento, quer quando fundamentamos de acordo com a verdade proposições já certas (demonstrando que $5+7=12$), quer quando através delas escancaramos portas para vastos e insuspeitos campos do saber³³⁹.

É justamente a partir de tal raciocínio que é possível, por exemplo, abordar-se direitos humanos e também o princípio da tolerância em matéria de liberdade religiosa. Esta é a base para a universalização dos direitos do homem e do cidadão: a partir da estreita relação entre identidade e diferença, e que, como afirma Habermas, se pressupõe mutuamente. Por mais que algo possa ser individualizado, sustenta Enrico Rambaldi, conserva sempre em si a mesma identidade e as diferenciações daí decorrentes não são neutras. São, na verdade, aprofundamentos, “explicitação da sua morfologia numa multiplicidade crescente de relações”, isso, porém, não se trata de uma perspectiva relativista, mas dialética, “em que o desenvolvimento está estreitamente ligado ao movimento real das coisas”³⁴⁰, pois toda a individuação está ligada ao desenvolvimento fenomenológico ou histórico.

Recuperando-se os postulados de Gadamer, nesta discussão, é importante apresentar a ideia de construção do mundo histórico que o maior expoente da hermenêutica filosófica desenvolve e que, de certa forma, possui afinidade com a questão da identidade e da diferença. Para Gadamer, a construção do mundo histórico não se dá pela extração, apreensão e organização dos fatos, segundo uma estrutura axiomática, mas “o fato de que a sua base, é antes, a historicidade interna, própria da mesma experiência”. Continua a afirmação:

trata-se de um processo de uma história de vida, e cujo modelo não está na constatação dos fatos, mas na peculiar fusão de recordação e expectativa num todo que chamamos experiência e que adquirimos na medida em que fazemos experiências³⁴¹.

³³⁹ ROMANO, Ruggiero; GIL, Fernando (Coord.). **Enciclopédia Einaudi**. Porto: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984-1996. Vol. 10: Dialética.p. 21 - 22.

³⁴⁰ ROMANO, Ruggiero; GIL, Fernando (Coord.). **Enciclopédia Einaudi**. Porto: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984-1996. Vol. 10: Dialética.p. 40.

³⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.p. 300.

Em continuidade, declara que “um pensamento histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar”. Uma real reflexão se compromete com o verdadeiro compreender e não pode omitir sua própria historicidade. Conhecer o objeto historicamente é buscar compreender e apreender o diferente que se encontra nele, pois “o verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro, uma relação na qual permanece tanto a realidade da história como a realidade do compreender histórico”³⁴². Por fim, sentencia: “uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão”³⁴³. Tal exigência denomina de “história efetual”. Assim, como sintetiza Lenio Luiz Streck, a consciência da história efetual é “consciência da situação hermenêutica em que está o intérprete”³⁴⁴.

Observando-se as lições gadamerianas é fácil notar que a noção de historicidade trazida como experiência do viver para o desabrochar da compreensão também possui uma relação estreita entre identidade e diferença. Neste jogo da compreensão, a experiência vivida é régua para a apuração das diferenças e guia para as expectativas futuras. É a partir da compreensão de homem que se possui, que se “humaniza” tudo que passa pelos sentidos. A compreensão do externo implica em compreensão de nós mesmos, e vice-versa. Logo, há sempre uma relação entre a identidade que se possui e a diferença que se quer compreender, quer para integrá-la, quer para rechaçá-la. Michel Maffesoli descreve bem esta situação quando afirma que “a hermenêutica supõe ser quem descreve da mesma substância que aquilo que descreve. Ela requer uma certa comunidade de perspectiva”³⁴⁵, ou aquilo que a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann denomina de observador de segunda ordem, na medida em que o observador está inserido no sistema, nunca fora dele, e a única questão que lhe cabe observar são as diferenciações que o próprio sistema faz e como acessa os fatos do seu entorno, de acordo com sua estrutura. Identidade e diferença, por assim dizer, seriam variações do mesmo tema.

Por tudo isto, ao tratar da experiência religiosa, Michel Maffesoli produz uma importante afirmação:

³⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 396.

³⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.p. 396.

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.p. 360.

³⁴⁵ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 29.

é a partir de um imaginário vivido em comum que se inauguram as histórias humanas. Mesmo que a etimologia esteja sujeita à caução, a religião (religare), a ‘re-liança’ é uma maneira pertinente de compreender o laço social.³⁴⁶

Tal constatação é decorrente das análises que faz das obra de Durkheim, Weber e Freud. Em continuação, faz uma diferenciação entre tipo-igreja e tipo-seita, referindo que o último é caracterizado pelo seu aspecto constituinte, “a força sempre renovada do estar-junto, e, por outro, a relativização do futuro, a importância dada ao presente na tríade temporal”³⁴⁷. A religiosidade “tipo-seita” estaria muito mais próxima do conceito sociabilidade³⁴⁸ que desenvolve para caracterizar a sociedade atual. Como sociabilidade entende que o indivíduo se caracterizaria não por sua função na sociedade, mas a pessoa pela representação de papéis, de acordo com o local onde se encontra. É como se as pessoas se utilizassem de uma máscara (*persona*) ou de um figurino para cada ocasião de suas vidas. Michel Maffesoli entende ainda que as comunidades em geral partilham de uma “memória coletiva”, expressão que adota para descrever o sistema simbólico e o mecanismo de participação que ligam o indivíduo à massa, ao povo ou ao grupo.

Nesta “memória” entram em composição os arquétipos e as diversas intencionalidades, de modo que estabelecem uma relação essencial “onde a experiência biográfica pessoal se corrige e se alarga na experiência biográfica geral”, resultando na vida cotidiana. Referida memória é “uma esfera de comunicação, causa e efeito da comunidade. Assim, o que parece mais particularizado, o pensamento, é apenas um dos elementos de um sistema simbólico que está na base de toda a agregação social”³⁴⁹. Desse modo, a sociedade é organizada e vivida

através de reencontros, das situações, das experiências no seio de diversos grupos a que pertence cada indivíduo. Esses grupos se entrecruzam uns com os outros e constituem, ao mesmo tempo, uma massa diferenciada e polaridades muito diversificadas³⁵⁰.

³⁴⁶ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 142.

³⁴⁷ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 144.

³⁴⁸ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p. 133.

³⁴⁹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p. 123.

³⁵⁰ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p. 151.

Percebe-se, pela narrativa dos autores citados, que não há como cindir a relação de similaridade entre a história pessoal do indivíduo e a história de seu grupo, bem como a história do grupo com a história dos outros grupos com que se relaciona, e assim por diante. Estão todos conectados por “redes” cognitivas de experiências. Referidas histórias relacionam-se, cruzam-se e descruzam-se, combinam-se e descombinam-se, atraem-se e afastam-se, enfim, em fluxos e refluxos constantes que resultam na experiência vivida por toda a sociedade.

Mas no aspecto religioso, onde se pode encontrar o elemento que caracterizaria esta relação identidade /diferença como mera variante? Michel Maffesoli também fornece este elemento³⁵¹. Para ele, este pluralismo crescente não causa espanto. Pelo contrário: há muita similaridade entre o político e o ambiente religioso e refere que, nas manifestações religiosas populares, existem fatos dispositivos que conservam a alteridade, o estranho ou o estrangeiro. O êxtase das festas permite exprimir o idêntico e o diferente. A comunhão e a efervescência popular remetem, conforme ele, a um estar-junto, à construção do diverso e polifônico. Nesta ordem, ao analisar o monoteísmo cristão reconhece uma característica comum existente neste “estranho *phylum*³⁵²”, muito embora a pluralidade das maneiras de pensar, dos modos de ser, das revoluções e das democracias, que é a ideia de “povo de Deus”³⁵³, ligando coexistência estrutural ao pensamento contraditorial. No politeísmo, por sua vez, assim como no cristianismo plural, há sempre um *modus vivendi* para integrar “o outro”. Mesmo que antagônico, a disfunção, o contraditório, no politeísmo, tem lugar na estruturação do real³⁵⁴, e a ideia de dependência, seja do Deus, do divino ou do espiritual, também se demonstra como característica, assim como em todo movimento religioso. Por isso que, na complexidade das megalópoles, inobstante à realidade do racismo, da multiplicação dos grupos religiosos e do pluriculturalismo, as redes afetivas ocupam cada vez mais espaço. Tudo está cheio de vitalidade, desordenada, e “a polifonia contemporânea dá conta de uma pluralidade de deuses em ação no construir de uma nova ‘cultura’”³⁵⁵, afirma Michel Maffesoli.

³⁵¹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 171-197.

³⁵² Remete à ideia de uma unidade taxonômica da classificação dos seres vivos.

³⁵³ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 183.

³⁵⁴ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 184.

³⁵⁵ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 187.

Quanto à universalidade do fenômeno religioso, já i referido no primeiro capítulo deste trabalho, neste momento, quer ressaltar-se que: o fenômeno religioso, por ser universal, por se observável na dimensão humana, além de outros elementos que caracterizam uma identidade comum entre os seres humanos, estabelece aquela relação já mencionada entre identidade e diferença. Ademais, articula com aspectos da tolerância, pois, na medida em que se observa esta relação, na medida em que se reconhece esta identidade comum, é possível estabelecer a comunicação entre as culturas, trabalhar pontos de contato que viabilizem o diálogo e, com isso, abrir-se à possibilidade de compreensão e do mútuo respeito. Como lembra Michel Maffesoli, é possível “postular um equilíbrio capaz de fundamentar no heterogêneo”³⁵⁶ ou construir sobre a coexistência das diferenças sem que isso elimine a individualidade, o que ele chama de equilíbrio orgânico.

Para a construção desta igualdade, em nível constitucional, Michel Rosenfeld apresenta, também, um caminho que designa “discurso constitucional reconstrutivo e a relação entre a negação, a metáfora e a metonímia”³⁵⁷. Por enquanto basta apontar a existência de possibilidades e que esta igualdade constitucional buscada por Michel Rosenfeld “requer que as identidades e as diferenças relevantes sejam adequadamente levadas em conta”³⁵⁸, buscando integrá-las em ótimo nível.

O problema é que, a partir de uma mentalidade hegemônica ou de uma razão metonímica, conforme lição de Boaventura de Sousa Santos³⁵⁹, “a cultura ocidental arvorou-se a si própria como a única racionalidade possível” construindo aquele tipo de construção de Estado forte e centralizador mencionado no subcapítulo 2.1 com toda a sua força simbólica e com características de religiosidade civil, traços que, mesmo na cultura moderna, nunca conseguiu afastar-se. Assim, a quebra do modelo propiciado pela modernidade passa, necessariamente, pela quebra daquilo que se tornou obsolecente, ou, como, no paradigma dos espelhos, que se transformaram em estátuas nas sociedades modernas utilizado por Boaventura de Sousa Santos³⁶⁰, pela quebra de modelos ultrapassados da ciência e do direito.

³⁵⁶ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p. 188.

³⁵⁷ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 49-80.

³⁵⁸ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 86.

³⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 93-135

³⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

Quanto à ciência, com a teoria da relatividade de Albert Einstein e a física quântica, esta transição demonstrou-se mais prática. No entanto, as camadas conservadoras do direito ainda resistem à mudança, conforme já se ressaltou.

O direito ainda carece de um horizonte de possibilidades alternativas, e a melhor compreensão do direito à liberdade religiosa baseada em valores desenvolvidos em sociedades democráticas, como a tolerância e a diversidade, pode propiciar o aparecimento destes novos horizontes, que não são afetas somente ao pronunciamento estatal. Como bem acentua Boaventura de Sousa Santos, “o entrelaçar do projecto sócio-cultural da modernidade com o desenvolvimento capitalista no século XIX conferiu ao capitalismo uma densidade social e cultural que ultrapassou largamente as relações econômicas de produção”³⁶¹ refletindo em todos os espectros sociais e é por isso que defende que a transição paradigmática deste tempo não se dá somente entre os modos de produção, mas entre as formas de sociabilidade em seu amplo sentido. Não há mais um processo evolutivo linear e nem mesmo o dualismo natureza/sociedade da ciência moderna, na medida em que o que ocorre em uma tem reflexo na outra, pois são igualmente integradas e convergentes.

Do mesmo modo esta transição paradigmática deve se refletir no direito, assim como vem ocorrendo nas ciências, pois “a autonomia entre direito e ciência é fruto de uma transformação isomórfica do primeiro num *alter ego* da segunda”, explicando assim “a facilidade de se passar da ciência para o direito, e vice-versa”³⁶², e de certa forma demonstrada no subcapítulo 2.1.

Não é possível mais, portanto, sustentar a “centralidade da ciência na gestão” da vida, assim como a tolerância não pode ser um mero exercício de condescendência praticado pelos cristãos ou por quem quer que seja em relação aos demais, ou vice-versa. Pode parecer desconexo, mas há uma profunda relação entre ambos, eis que igualmente baseados em pensamentos hegemônicos. Ciência e fé, de certo modo, não são discursos excludentes. Ocorre que toda ciência moderna é refém do arbítrio dos seus próprios produtores ou, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “todo o conhecimento é autoconhecimento”³⁶³, pois

³⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 168

³⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.p. 53. [Grifo do autor].

³⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.p. 81.

com base no princípio da incerteza de Heisenberg,³⁶⁴ o sociólogo português propala “a idéia de que não conhecemos do real senão o que nele introduzimos, ou seja, que não conhecemos do real senão a nossa intervenção nele”³⁶⁵.

Mesmo aqueles que creem na emancipação do homem pela ciência, do mesmo modo que agem os religiosos que eles criticam, nada mais fazem do que uma profissão de fé na ciência, ou seja: exercício da crença subjetiva em um futuro alentador a ser “descoberto”. Tornam-se igualmente cegos e articulam com os mesmos mecanismos³⁶⁶. Com isso, não se quer refutar, qualquer que sejam as descobertas científicas que sustentaram a evolução até o presente momento. Porém, toda a espécie de preconceito, todos os valores e crenças, conscientes ou não, correm “subterrânea e clandestinamente, nos pressupostos não-ditos do nosso discurso científico”³⁶⁷. Para Boaventura de Sousa Santos, a ciência moderna é ocidental, capitalista e sexista, salientando que a “matriz de privilégio da produção científica moderna combina o racismo com o classismo e o sexismo”³⁶⁸.

Richard Dawkins³⁶⁹, por exemplo, declara veemente que, em nome da religião, já se praticou inúmeras barbáries, sendo a mesma responsável pela maioria dos males do mundo. Entretanto, mesmo que se concorde com a integralidade da afirmação, pois não se pode desconsiderar as inúmeras guerras em nome da religião, aqui, já referidas, também é igualmente verdade que devemos a ela grande parcela de própria evolução social. Para Habermas, sem a religião não se poderia ter aprendido o que, hoje, se concebe como mundo racional, conforme já mencionado. A existência de um estado constitucional democrático é

³⁶⁴ Werner Karl Heisenberg (Würzburg, 5 de Dezembro de 1901 — Munique, 1 de Fevereiro de 1976) foi um físico alemão, laureado com o Nobel de Física e um dos fundadores da Mecânica Quântica.

³⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.p. 69.

³⁶⁶ Um exemplo pertinente é o do Richard Dawkins, que inobstante ao seu ateísmo ativo ou radical, e sobre o qual tem todo o direito de sustentar e propalar, argumenta com base em fundamentos do método científico. Estabelece uma fé acrítica nos postulados científicos. O método, como bem explicitou Gadamer, é refém do arbítrio, e sempre chega depois da compreensão, “porque pressupõe saberes separados da realidade”. (BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 434).

³⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 84.

³⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 185.

³⁶⁹ DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

fruto da luta pelo pluralismo religioso³⁷⁰. O direito de expressar as razões e a subjetividade também deriva desta luta. Porém, com o desencantamento do mundo não houve de fato uma real emancipação do homem, porque apenas se deslocou o foco das expectativas, do divino para o racional. Se antes era tributário do divino, na contemporaneidade, o é da ciência, sem que isso tenha trazido de fato mais luzes ao comportamento moral da humanidade³⁷¹.

Estes aspectos do desenvolvimento científico refletem em todos os ambientes da cultura, uma vez que, como afirma Boaventura de Sousa Santos³⁷², esta distinção entre natureza e cultura é consequência da esquematização metafísica entre sujeito e objeto. Não há mais, hoje, porque manter esta distinção, até porque, “a cultura passou de artefacto intrometido num mundo de natureza à expressão da conversão da natureza em artefacto total”³⁷³.

Alguns exemplos são trazidos por Boaventura de Sousa Santos³⁷⁴ para demonstrar tal afirmação. O primeiro deles é que, em que pese a genialidade de Charles Darwin no que tange à origem das espécies, as ideias evolucionistas são frutos de uma profunda relação com o ambiente intelectual do seu tempo. Muito do que é apresentado por Darwin está calcado nas ideias de Thomas Malthus, em que a escassez e a concorrência, premissas da teoria econômica malthusiana, explicavam o motivo das variações das espécies, e que, depois, inspirou Herbert Spencer a cunhar a expressão “sobrevivência dos mais aptos”, fundando assim o darwinismo social. O outro exemplo é baseado nos estudos de Danna Haraway sobre a primatologia ocidental, japonesa, africana e indiana. Boaventura de Sousa Santos conclui que, no que diz respeito à teoria da evolução, cada uma dessas culturas desenvolveu aspectos

³⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 285.

³⁷¹ A racionalidade também é culpada por barbáries. Observe-se a Alemanha, por exemplo, que trouxe ao mundo filósofos do porte de Kant e Heidegger, fundamentais para o pensamento dos séculos XIX e XX, e que brindou o mundo com o nazismo. O próprio Martin Heidegger empunhou a carteirinha do partido nazista depois que Hitler ascendeu a Chanceler em 1933. Na segunda edição do *Ser e Tempo*, retirou a homenagem que tinha feito a Husserl, seu mestre, por ser de ascendência judia. A Alemanha que, em tantos aspectos, demonstrou sua cultura e sua filosofia para o mundo, ao render-se ao nazismo, evidenciou o quão cega também pode ser a razão. Em contrapartida, se há muitas guerras que podem ser depositadas sobre os ombros da religião, tem-se exemplos de religiosos que trabalharam por um mundo melhor, como Martin Luther King, Madre Teresa e Ghandi, e que se apresentaram como grandes humanistas.

³⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.p. 85.

³⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.85.

³⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.86.

diferentes. Ao contrário da “rigidez” que deveria se esperar do método científico, as conclusões convergem para afirmação de que “a primatologia é um campo multicultural, influenciado por uma biopolítica que, em diferentes culturas, estabelece diferentes redes de significação entre seres humanos e primatas, entre cultura e natureza”³⁷⁵.

O direito, assim como os demais segmentos sociais, reflete este *zeitgeist*, este espírito do tempo ou da época. A ideia hobbesiana do pacto emerge, por exemplo, para aplacar o medo da condição do estado de natureza. Como bem assenta Cecília Pires, “em Hobbes o abuso do poder é um mal menor do que ausência deste poder”³⁷⁶, pois o pacto representa a razão que combate a barbárie. Por isso que, na concepção de Hobbes, a soberania é oblíqua, na medida em que pertence a um e não a todos. Para a filósofa, não há em Hobbes “uma unidade entre indivíduo e espécie [...] sua reflexão incide sobre a questão da governabilidade, tendo a segurança dos acordos individuais, não societários”³⁷⁷. Não que se queria justificar o absolutismo hobbesiano, mas as suas preocupações eram reais e refletiam a experiência e o espírito da sua época. Axel Honneth³⁷⁸ expõe este ambiente em que a filosofia social adquire tais contornos depois que os componentes políticos da idade média perdem o seu papel estrutural. Até Hobbes, a política clássica aristotélica era o fundamento para descrever a natureza política do homem em sua interação necessária com a comunidade e a realização deste homem se dava plenamente no âmbito da cidade. A comunidade era o bem mais elevado, precedendo o indivíduo e sem espaços para a individualidade. Como assevera Axel Honnet, com a mudança estrutural da sociedade (introduções de novos métodos do comércio, constituição da imprensa e da manufatura e a autonomização dos principados) e o florescimento do Renascimento, a doutrina da vida boa e justa e o estudo das instituições e das leis adequadas perdem sua força intelectual, na medida em que o homem é cada vez mais descrito como um ser egoísta em busca da autoconservação. São as incontroláveis paixões que movem o homem e ele, no seu estado de natureza, tem todo o direito de satisfazê-las segundo o limiar das suas forças. A filosofia política de Hobbes, depois desenvolvida por Maquiavel e que, segundo Axel Honneth, com a intenção de tão somente concentrar o poder na mão dos

³⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.85.

³⁷⁶ PIRES, Cecília Maria Pinto. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. **Perspectiva Filosófica**, vol. I, n. 25, 2006. p. 17.

³⁷⁷ PIRES, Cecília Maria Pinto. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. **Perspectiva Filosófica**, vol. I, n. 25, 2006. p. 20.

³⁷⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 31-36.

príncipes, fundamentará o individualismo e a soberania do Estado nacional. Este paradoxo, individualidade e soberania estatal, é que justifica o poder supremo sem qualquer limitação jurídico-positiva³⁷⁹, que, depois, de institucionalizado, importará na dominação racional pelo direito.

É claro que, com o Estado Democrático de Direito, este conceito moderniza-se, surgindo a figura do poder constituinte e o assentamento do poder na soberania popular. Todavia, conforme discorre Marcelo Neves, “essa reorientação para um ‘portador impessoal’ da soberania não significa convergência teórica no âmbito da Teoria do Estado”³⁸⁰. As mesmas bases do contratualismo hobbesiano continuam a justificar a centralização do poder político.

A base contratualista hobbesiana, conforme Axel Honneth, compreende o homem de modo mecanicista, que antecipadamente vê o outro como inimigo na disputa dos bens:

[...] para Hobbes a essência humana, que ele pensa à maneira mecanicista como uma espécie de autômato movendo-se por si próprio, destaca-se primeiramente pela capacidade especial de empenhar-se com providência para o seu bem-estar futuro. Esse comportamento por antecipação se exacerba, porém, no momento em que o ser humano depara com um próximo, tornando-se uma forma de intensificação preventiva do poder que nasce da suspeita; uma vez que os dois sujeitos mantêm-se reciprocamente estranhos e impenetráveis no que concerne aos propósitos de sua ação, cada um é forçado a ampliar prospectivamente seu potencial de poder a fim de evitar também no futuro o ataque possível do outro.³⁸¹

O aniquilamento do outro, para Hobbes, é a única saída para a sobrevivência, visto que, no futuro, se não empreendido de modo efetivo, aquele que não se estabeleceu pela força poderá ser objeto de tal aniquilação. É a guerra de todos contra todos. Pergunta-se: em tempos de uma sociedade pós-metafísica é possível fundamentar a regulação da gestão da vida com base em tal filosofia política?

Para Habermas, no decorrer dos séculos XVI e XVII, a tolerância religiosa passa a ser um conceito do direito³⁸² e, em um Estado democrático, é preciso precaver-se contra os inimigos da constituição. Evita-se, assim, a própria dissolução deste Estado, justificando a

³⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 156-157.

³⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.p. 157.

³⁸¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 34.

³⁸² HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 279.

intolerância contra os intolerantes³⁸³. Contudo, uma constituição democrática é um projeto de realização de iguais, em que deve ser tolerada a resistência de dissidentes, desde que essa “desobediência civil” possa ser justificada por princípios estabelecidos na constituição e seja efetuada por meios não-violentos³⁸⁴, pois é possível o encurtamento de liberdades, mesmo em democracias³⁸⁵.

Desse modo, a tolerância só tem início após ou além do preconceito ou da discriminação que possibilite ou permita a opressão de minorias, pois, como sustenta Habermas,

após a superação dos preconceitos contra as pessoas de cor, homossexuais ou mulheres, não restariam mais nenhum componente do estranho ou do ‘heterogêneo’ sobre o qual uma rejeição fundamentada e reconhecida em geral como legítima pudesse apoiar-se³⁸⁶.

Por isso que Hegel, segundo Axel Honneth, procurando os traços gerais de uma coletividade ideal, vale-se da analogia orgânica para apresentar a unidade viva da liberdade universal e individual. Esta unidade se apoiaria no fato de

que a vida pública teria de ser considerada não o resultado de uma restrição recíproca dos espaços privados da liberdade, mas, inversamente, a possibilidade de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular³⁸⁷.

O entrelaçamento de socialização e de individuação seria o resultado de “uma forma de sociedade que encontraria sua coesão orgânica no reconhecimento intersubjetivo da particularidade de todos os indivíduos”³⁸⁸. Como e por que se formam hiatos ou espaços de

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 283.

³⁸⁴ O princípio da não-violência pode ser bem compreendido na história da independência da Índia, liderada por Mohandas Karamchand Gandhi, ou Mahatma Gandhi – a grande alma. Este princípio influencia Martin Luther King, na marcha pelos direitos civis nos Estados Unidos, e Nelson Mandela, na luta contra o *apartheid* – a política de segregação racial da África do Sul.

³⁸⁵ A história está cheia de exemplos deste tipo, sendo o mais recente o chamado “USA Patriot Act”, promulgado pelo Senado dos Estados Unidos em 26 de outubro de 2001, que permite, dentre outras coisas, a invasão de lares, espionagem de cidadãos, interrogações e torturas de possíveis suspeitos de espionagem ou terrorismo, sem direito a defesa ou julgamento. Há, com isso, a interdição de direitos e das liberdades públicas, ironicamente no país que aparentemente sempre “lutou” por estas garantias.

³⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 287.

³⁸⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 41.

³⁸⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 45.

não-liberdade? De conflito? Primeiramente, conforme já se referiu, parte-se de um pressuposto ou de uma premissa de que os homens estão permanentemente em conflito, quando deveriam estar permanentemente em estado de solidariedade ou, no mínimo, de respeito mútuo, e, neste aspecto, a tolerância como um conceito político-jurídico pode em muito contribuir.

Neste estado de coisas, o Estado, ou o “Soberano”, não emerge do pacto simplesmente para suspender a guerra. Como regulador da gestão da vida, deve, primeiro, ocupar-se com a inclusão, com a conciliação, e não com a “promoção” do conflito. A jurisdição ou o Estado-juíz, neste aspecto, produz um arquétipo marcante: o sistema moderno todo é baseado no conflito. Quando diz o direito a um, não diz a outro, apenas suspendendo o conflito. Não gera ou estimula a (re)conciliação na verdadeira acepção do termo, não há o estímulo do exercício de alteridade.

Isto é melhor compreendido com a gramática moral dos conflitos, de Axel Honneth, pois o reconhecimento ou o não-reconhecimento forma-se, principalmente pelo e/ou através do desrespeito moral. Há uma estreita relação entre desrespeito moral e luta social. As lutas por reconhecimento e suas expectativas advêm, ou se iniciam, quando se experimenta o desrespeito que impede a formação da identidade pessoal. Trata-se de “uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais”³⁸⁹. E isto se dá em três dimensões: na dimensão emotiva, na dimensão da estima social e na dimensão jurídico-moral.

Axel Honneth defende que os motivos da resistência e da rebelião “se formam no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas”³⁹⁰. Referidas expectativas ligam-se às condições da formação da identidade pessoal, retendo padrões de reconhecimento nos quais o sujeito vê-se respeitado na comunidade “como um ser ao mesmo tempo autônomo e individualizado”³⁹¹, ao que refere:

[...] se essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, isso desencadeia exatamente o tipo de experiência moral que expressa no sentimento de desrespeito. Sentimentos de lesão dessa espécie só podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo inteiro; nesse sentido, o surgimento de

³⁸⁹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 18.

³⁹⁰ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 258.

³⁹¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 258.

movimentos sociais depende da existência de uma semântica coletiva que permite interpretar as experiências de desapontamento pessoal como algo que afeta não só o individual, mas também um círculo de muitos sujeitos.³⁹²

Exatamente por estes motivos que a experiência do viver em sociedade deve ser uma experiência inclusiva e tolerante, sensível para as diferenças. Inclusiva porque deve ser dirigida pelo acolhimento e não pela exclusão, pelo conflito. Tolerante, pelas razões já elencadas. E sensível para diferenças porque, neste ponto, o princípio majoritário das democracias deve ser relativizado pelo poder contramajoritário ou por caminhos ou ações que restabeleçam a igualdade³⁹³. Como afirma Habermas, o processo discursivo, que, aqui, pode ser traduzido como processo deliberativo, “não foi moldado no sentido de mobilização dos motivos melhores, mas pela capacidade de contágio das expressões mais impressionantes”³⁹⁴, razão porque não podem se constituir como fundamento absoluto. Este problema das comunidades minoritárias, ou minorias “inatas”³⁹⁵, portanto, muito comum no ambiente multicultural religioso, deve levar em conta que, em uma comunidade política, as pessoas mantêm uma relação de identificação com as suas tradições, naquilo que é relevante para o seu caráter e para a sua identidade. Preservando a comunidade política da secessão, um modo de inclusão com reconhecimento para as diferenças apresenta-se como caminho plausível no qual a tolerância é seu elemento fundamental para aceitar a diversidade e a diferença. A coexistência com igualdade de diferentes, conforme Habermas, diferenças étnicas, linguísticas, confissões religiosas etc., “não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade”³⁹⁶. O espaço de convivência multicultural é um ambiente de preservação, de formação, de re-conhecimento e de diálogo. Até porque o sujeito é constituído pelo discurso do outro, e sem o outro não se pode compreender a experiência da existência.

3.2 A sociedade pós-metafísica e a necessária abertura do processo compreensivo/interpretativo na jurisdição brasileira em matéria de liberdade religiosa

No capítulo 2 deste trabalho, foi tratado o tema da liberdade religiosa sob os aspectos de sua formação e a construção de um modelo que sempre favoreceu à tradição monocultural.

³⁹² HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 258.

³⁹³ As ações afirmativas são um bom exemplo.

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 33.

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 170-173.

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 172.

A sacralização do Estado e do direito também cooperaram neste sentido. Além disso, foi referido que a cultura jurídica nacional retrata, nas manifestações dos seus agentes, seja político ou judicial, o reflexo de uma tradição religiosa comprometida profundamente com a moralidade católica – a religião dominante. Isto restou demonstrado, especialmente, no Acordo Brasil-Vaticano e no julgamento por parte do CNJ sobre as questões relativas aos símbolos religiosos em tribunais e salas de audiência.

Entretanto, conforme salientado, não é mais possível conceber-se na sociedade pós-metafísica, a qual agora se vive, que as razões religiosas arroguem-se como fundamentos estruturantes. Igualmente, não se pode admitir dos agentes públicos, e dos quais se espera neutralidade em relação às visões do mundo, que se percebam ou que não tenham consciência das suas pré-compreensões a fim de suspendê-las, de modo que não venham orientar os discursos e as ações, principalmente daqueles encarregados de exercerem a jurisdição.

Como relatado no início do subcapítulo 2.2, se não há um embate físico em matéria de liberdade religiosa no Brasil, esta “batalha” ocorre nas dimensões internas dos mecanismos de controle estatal ou nas trincheiras midiáticas através de discursos que visam a angariar aderentes à causa religiosa. O IBGE, nos últimos recenseamentos da população brasileira, tem apontado para um ambiente de crescente pluralização religiosa, sem que, de fato, isto se reflita nas manifestações normativas e jurisdicionais do Estado brasileiro. Do mesmo modo, não há como ignorar o fato de que, nas últimas décadas, com o extremo desenvolvimento da ciência em campos como a biogenética, dentre outros, o discurso religioso politizou-se, o que, de certa forma, demonstra uma revitalização das tradições religiosas. O julgamento da ADI nº 3510 por parte do STF referente à lei de biossegurança, também já referido, está a revelar esta faceta.

O judiciário, espaço “natural” de resolução de conflitos, apresenta-se, hoje, como única possibilidade de apaziguamento social. Pergunta-se: estruturado em um modelo advindo do medo, do aniquilamento, da luta pela autoconservação e apoiado em sínteses homogeneizadoras, o Poder Judiciário está apto para enfrentar os desafios de uma sociedade plural, especialmente aqueles decorrentes da liberdade religiosa? E em não estando apto, já que tal premissa mostrou-se coerente, ao longo da presente argumentação, revelando a baixa compreensão do aparato jurisdicional, que instrumentos e possibilidades devem ser descortinados para que o cumprimento da tarefa esteja à altura do desafio?

Cabe antes referir, conforme já se demonstrou, que a tradição jurídica brasileira apresenta uma compreensão distorcida a respeito da neutralidade axiológica do Estado e que,

por sua vez, reflete na incompreensão do próprio exercício da liberdade religiosa. Além das situações já mencionadas, basta realizar uma pesquisa, sem muita pretensão, pelos sítios dos Tribunais pátrios para verificar, por exemplo, que o judiciário não hesita em mandar suspender cerimônias religiosas da cultura afro-brasileira³⁹⁷ ou de segmentos protestantes no que concerne à poluição sonora ou à preservação do sossego público³⁹⁸. Por outro lado, salvo raríssimas exceções³⁹⁹, não se encontram determinações que enfoquem a poluição sonora dos sinos das igrejas católicas, suspensões de procissões ou qualquer manifestação ritual da religião dominante, que, se analisados pelo mesmo parâmetro, produzem os mesmos incômodos.

Emerson Giumbelli, ao tratar do tema da presença do religioso no espaço público brasileiro, também corrobora com assertivas já aludidas, afirmando que, em relação à “Igreja Católica, isso ocorreu inicialmente por meio de uma aliança simbólica e material e com a ajuda de um regime jurídico de baixo controle estatal”⁴⁰⁰. Para demonstrar o quanto as instituições político-jurídicas estavam comprometidas com a religião dominante, cita a luta por reconhecimento, por exemplo, das religiões afro e do espiritismo kardecista, ao que refere:

³⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível Nº 598353316**. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 18/11/1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2010; e RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível Nº 70019696335**. Terceira Câmara Cível. Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 21/06/2007 Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2010; dentre outros precedentes.

³⁹⁸ Um dos casos encontrados é o do Agravo de Instrumento Nº 70023036379, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 15/05/2008. Neste julgado, a partir de um abaixo-assinado da vizinhança queixando-se da perturbação do sossego em virtude da poluição sonora, o TJRS manteve decisão de primeiro grau que coibiu a utilização de equipamentos sonoros. A organização religiosa objeto da medida judicial, em razões recursais, alegou que se estabelecia em zona não residencial e que o motivo da comunidade requerer a medida judicial era pelo fato de que o município concentrava o maior número de católicos praticantes no Estado, e que seus cultos já tinham sofrido retaliações e perturbações da vizinhança. Relataram que, muito embora as igrejas católicas do município também possuíssem um sistema externo de som, isto não motivou o Ministério Público a tomar qualquer providência, como tinha tomado naquele processo. Noticiou ter celebrado acordo com o *Parquet*, tendo cumprido fielmente as suas cláusulas e, desta forma, não se justificava a interferência judicial. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento Nº 70023036379**. Terceira Câmara Cível. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 15/05/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 ago. 2010).

³⁹⁹ Uma dessas raras exceções refere-se a uma interdição não realizada pelo Judiciário, mas pelo Instituto Brasília Ambiental (Ibram) que, em Brasília/DF, autuou e proibiu as badaladas da Igreja São Pedro de Alcântara, na Quadra sete, por infração ambiental. O Ibram sofreu severas críticas por parte da opinião pública por ter autuado a Igreja Católica. (IGREJA de Brasília é proibida de tocar sinos por emitir barulho acima do permitido. **O Globo online**, Rio de Janeiro, 31 mai. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/05/31/igreja-de-brasilia-proibida-de-tocar-sinos-por-emitir-barulho-acima-do-permitido-916736962.asp>>. Acesso em 05 ago. 2010).

⁴⁰⁰ GIUMBELLI, Emerson. **A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_abstract>. Acesso em: 06 ago. 2010.

O Código Penal, juntamente com regulamentações sanitárias e policiais, fundamentou ações que atingiram sobretudo cultos que, por suas referências africanas, eram identificados como claramente ‘mágicos’, em um sentido que se traduzia em ‘selvageria’ e ‘feitiçaria’. Mas, ao menos na capital da República, foram os espíritas, cujas práticas mediúnicas estavam orientadas pelas obras de Allan Kardec, os que se destacaram na reação ao que viam como uma contradição entre o Código Penal de 1890 e a Constituição de 1891. Sua reação foi também motivada por incursões policiais e judiciárias ao seu universo institucional. Essas incursões interpelavam as práticas terapêuticas que se desenvolveram com bastante força no espiritismo, desde seu ingresso no Brasil em meados do século XIX. A resposta dos porta-vozes espíritas aos ataques – em defesas judiciais, em manifestações na imprensa – enfatizou o enquadramento de suas práticas à noção de ‘religião’. Para tanto, a categoria ‘caridade’ foi crucial.⁴⁰¹

Para que os espíritas pudessem ser reconhecidos no Brasil parametrizaram suas práticas com os conceitos cristãos. A religião afro, por sua vez, recorreu ao expediente da cultura⁴⁰². De certo modo, argumenta Emerson Giumbelli, o ponto de vista da Igreja Católica em relação ao Acordo Brasil-Vaticano não deixa de ter a sua relevância, pois o novo Código Civil produziu um vácuo jurídico⁴⁰³ em relação às organizações religiosas, expressão criada pela Lei 10.825/2003, e que é preenchido pelo “acordo”. No Brasil, os campos culturais e religiosos estão sempre sendo atravessados por movimentos incertos, não havendo uma fronteira definida entre Estado e religião que reconheça a identidade destes movimentos religiosos⁴⁰⁴. Ocorre do mesmo modo nas intervenções judiciais, pela falta de depuração entre argumentos seculares e religiosos que se justifiquem em contextos pós-metafísicos.

Com isto não se quer dizer que o exercício da liberdade religiosa não deva sofrer limitações. Muito pelo contrário. A liberdade religiosa, em um contexto de tolerância e coexistência pacífica, está exposta à crítica e à reflexão, na medida em que não se esconde mais sob o manto do dogma. Para o aderente de determinada religião ou prática religiosa exige-se o agir solidário e tolerante. Tal exigência não ofende os ditames da liberdade de

⁴⁰¹ GIUMBELLI, Emerson. **A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil**. 2008. p. 84. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_abstract>. Acesso em: 06 ago. 2010.

⁴⁰² GIUMBELLI, Emerson. **A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil**. 2008. p. 89. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_abstract>. Acesso em: 06 ago. 2010.

⁴⁰³ Este vácuo jurídico dá-se, especialmente, em função da pressão que exerceram as próprias organizações religiosas para que a Lei 10.406/2002 – novo Código Civil, não fosse aplicada aos seus estatutos, o que gerou a Lei 10.825/2003, que alterou os artigos 44 e 2.031, assegurando assim, a autodeterminação destas organizações.

⁴⁰⁴ GIUMBELLI, Emerson. **A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil**. 2008. p. 95. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_abstract>. Acesso em: 06 ago. 2010.

consciência, pois não implica, para o aderente, separação estrita de argumentos religiosos e não-religiosos e porque, em uma sociedade democrática, a tolerância inicia-se além do preconceito.

Mas para que a interpretação fundamente-se em bases compreensivamente alargadas, as experiências do reconhecimento, da democracia, do diálogo, da liberdade e da diversidade devem convergir para “um derradeiro esforço de reconstrução holístico-estatal”⁴⁰⁵, articulando as ideias do Estado Constitucional Democrático e da dignidade da pessoa humana - princípio fundamental para estruturar um sistema de valores revelados pela experiência histórica que assegurem as condições políticas de paz, liberdade e igualdade⁴⁰⁶.

Neste passo, o papel do Estado, sua forma de atuação, sua estrutura e seus instrumentos precisam ser revisitados. Jose Luis Bolzan de Moraes afirma que, muito embora a profunda crise que assola o Estado, a partir dele é que poderão surgir respostas suficientes para o retorno à Constituição⁴⁰⁷. Para tal, seria necessário um rearranjo do seu organograma funcional, em que desapareceriam as atribuições clássicas e exclusivas, principalmente pela “hipervalorização do ambiente jurisdicional”⁴⁰⁸. Assim,

a alternativa que se põe é um rearranjo democrático das mesmas, não apenas uma redefinição de nomenclatura – funções de governo e função de garantia – mas com novas formas de decidir acerca da implementação da Constituição⁴⁰⁹.

De fato, Manuel García-Pelayo confirma a assertiva e postula que se vive em um momento histórico marcado por fundamentais transformações das quais o Estado não tem escapado⁴¹⁰. Existe, hoje, não só uma tendência à estatização da sociedade, pois esta é incapaz de se auto-regular e resolver por sua conta seus conflitos existenciais, como também uma

⁴⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina. 2006. p. 175.

⁴⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina. 2006. p. 175-181.

⁴⁰⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **Afinal: quem é o Estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLZAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 166.

⁴⁰⁸ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **Afinal: quem é o Estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLZAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 167.

⁴⁰⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **Afinal: quem é o Estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLZAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 167.

⁴¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.

sociação do Estado, que se encontra vinculado “ao influxo dos grandes grupos de interesse ou das grandes organizações destinadas à defesa de interesses parciais ou setoriais no sistema político.”⁴¹¹ A crise econômica mundial, que assola desde 2008 por obra e graça da especulação imobiliária nos Estados Unidos, demonstra o quanto se necessita desta ação reguladora do Estado e o quanto perniciososa se mostra a sua ausência.

Outro fator de responsabilidade do Estado, segundo Manuel García-Pelayo, é a “procura existencial”, que significa dizer que o homem depende, para se desenvolver e subsistir, de determinadas circunstâncias e condições. Este espaço vital efetivo é “constituído pelo conjunto de coisas e possibilidades das quais o homem se serve, mas sobre as quais não tem controle ou domínio”⁴¹². A civilização tecnológica tem aumentado o espaço vital efetivo, em detrimento do espaço vital dominado – espaço controlável pelo indivíduo – porque há cada vez menos controle sobre a estrutura e sobre os meios de existência por parte do indivíduo. Na medida em que se carece de bens e serviços, e a disposição sobre eles, de modo análogo produz-se a necessidade de regulação. Assim, cabe ao Estado “desenvolver medidas que garantam aos homens as possibilidades de existência que ele não pode assegurar por si mesmo”⁴¹³, tarefa que ultrapassa as noções de serviço público e de política social no seu sentido estrito.

O direito constitucional clássico, cujas premissas ainda se vive, sempre fez distinção entre sociedade e Estado, como sistemas separados, argumenta Manuel García-Pelayo⁴¹⁴. Porém, atualmente, não é mais possível fazer tal diferenciação em virtude da crescente interdependência, o que revela uma “tendência ao desaparecimento dos limites que existem entre ambos os sistemas”⁴¹⁵. Nesse estágio, o Estado deixa de considerar a sociedade como um sistema estático para entendê-la como um sistema dinâmico “que mantém seu equilíbrio precisamente através de mudanças de valores e situações, realidade que exige uma constante e complexa ação reguladora por parte do Estado”⁴¹⁶. O Estado passa de legislador para um

⁴¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12-13.

⁴¹² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 15.

⁴¹³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 16.

⁴¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 107.

⁴¹⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 110.

⁴¹⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111.

manager – um administrador, um gestor, onde as leis “têm a formulação e operacionalização de *policies* ou estratégias frente às quais as normas jurídicas frequentemente têm caráter dependente”⁴¹⁷. De outra parte, em função do crescimento dos estímulos e das demandas por parte da sociedade, há uma influência das organizações nas decisões estatais, pelo fato de que o Estado necessita destas mesmas organizações para formulação e realização das suas políticas. O Estado, deste modo, compartilha o seu poder com as forças sociais organizadas⁴¹⁸. Destas imbricações, Manuel García-Palayo sugere, ao final, não só a disciplina jurídica desta prática, como no caso dos conselhos econômicos e sociais de alguns países, assim como a possibilidade vinculante destes acordos, desde que compatíveis ou se compatibilizem com as formas constitucionais estabelecidas⁴¹⁹.

Por fim, no que se pode qualificar para o presente trabalho como a contribuição mais radical de Manuel García-Pelayo, tem-se as formas de participação dos atores extra-estatais nas decisões do Estado, que ele nomeia como segundo círculo⁴²⁰, onde o método típico é o do consenso⁴²¹. O sistema de segundo círculo ou círculo periférico e sua participação no ambiente de decisão poderiam ter presença permanente ou constituída para determinadas conjunturas ou setores de ação, com uma estrutura mais ou menos informal e, em uma versão mais ampla, poderia se considerar

como algo integrado pelos partidos no governo e na oposição, pelas organizações de interesses empresariais e de trabalhadores e por outras entidades com seus próprios interesses, capazes de controlar fatores de incerteza⁴²².

Tais círculos cumpririam as seguintes funções: a) oportunidade de uma mediação entre as forças sociais organizadas e o governo; b) criação de uma área mais funcional do que o espaço decisório do parlamento; c) instauração de um procedimento mais adequado para o entendimento; d) possibilidade de vincular, pela mediação do Estado, os acordos

⁴¹⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112.

⁴¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 114.

⁴¹⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 189-193

⁴²⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 193-195.

⁴²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 195-198.

⁴²² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 194.

juridicamente; e) obtenção de uma classe maior de informações por parte do governo; f) funcionando os acordos, redução de custos; e g) verificação, no conjunto de suas implicações, do setor em discussão, oferecendo soluções mais funcionais.

Quanto ao método da tomada de decisões, Manuel García-Pelayo opta pelo consenso, distinguindo duas dimensões: “o consenso como uma dimensão objetiva do comportamento da sociedade global e o consenso como um método para a tomada decisões”⁴²³. Na primeira dimensão, o consenso refere-se a uma coincidência no substancial, um acordo tácito e generalizado em torno de alguns valores. Na segunda dimensão, tem-se um método de decisão que se opõe não só ao autoritarismo e à unilateralidade das decisões, “mas também à simples regra da maioria”⁴²⁴. Assim, muito em função da composição pluralista da sociedade, “a tomada de decisões pelo método consensual significa o intento de recobrar o consenso generalizado perdido no curso da formulação de demandas e objetivos concretos”, sendo que, para isso, é necessário reduzir divergências, limitar a satisfação, os interesses e os objetivos, a fim de que todos possam alcançar certo ganho⁴²⁵. Para que tal ocorra, afirma Manuel García-Pelayo, é necessária uma cultura política que se caracterize “pela relativização dos fatores ideológicos, ou, ao contrário, pela nítida presença de posturas pragmáticas, e, muito concretamente, pela exclusão da imagem da política como um antagonismo polar e existencial”⁴²⁶, substituindo-se tal política por aspectos e contextos plurais.

⁴²³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 195.

⁴²⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 196.

⁴²⁵ Um importante conceito desenvolvido pela matemática e adotado pela moderna doutrina econômica refere-se à teoria dos jogos, apresentada inicialmente por John Von Neumann (1903-1957), matemático húngaro-americano, ao provar o teorema minimax, segundo o qual há sempre uma solução racional para um conflito bem definido entre dois indivíduos, cujos interesses são completamente opostos. A solução foi publicada no artigo *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele* (Sobre a Teoria dos Jogos de Estratégia) em 1928. Mais tarde, John Von Neumann se juntaria a Oskar Morgenstern (1902-1977), economista alemão, para publicarem, em 1944, a obra: *The Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico, 1944) que, além de desenvolver uma teoria de jogos para mais participantes, afirmaram que o comportamento da economia depende, fundamentalmente, da interação entre os agentes. Em 1951, John Forbes Nash Junior, matemático estadunidense, que, mais tarde, ganhou o prêmio Nobel de economia, em 1994, pois o prêmio não contempla matemáticos, publicou a tese *Non-Cooperative Games* (Jogos Não-Cooperativos) provando a existência de ao menos um ponto de equilíbrio em jogos de estratégias para múltiplos jogadores. O teorema de Nash refere-se a jogos não cooperativos, mas trabalhos posteriores complementaram a teoria, determinando haver mais vantagem para os jogadores se concordassem em cooperar, pelo menos parcialmente, do que insistirem no conflito, podendo melhorar os respectivos ganhos e atribuir ganhos indiretos aos outros jogadores em troca de poderem influenciar nas suas ações (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2004).

⁴²⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 196.

O que se pretende não é a busca pela maioria e nem a maioria qualificada, mas a unidade das decisões, superando a submissão das minorias às majorias, e até, eventualmente, segundo a qualidade dos argumentos, submeter a maioria à escolha da minoria⁴²⁷. Assim, cada um dos participantes deste círculo teria uma iniciativa e um poder de veto sobre as decisões que entenda lhes seja crucial, compreendendo sempre que não são possíveis decisões ótimas para todos. Dentro desta dialética do consensualismo, a decisão correta seria aquela sobre a qual há acordo, transformando a racionalidade em convenção, o axiológico em funcional, e resolvendo um conjunto de problemas concretos. Um bom modelo deste consensualismo é o que apresentou a Holanda no período entre 1857 e 1967, pois, mesmo dividida em quatro correntes não majoritárias, a saber: calvinistas, católicos, socialistas e liberais, manteve a sua unidade cultural e inspirou o cientista político Arend Lijphart a formular sua teoria sobre o consensualismo⁴²⁸, após estudar profundamente aquele período político.

Jacques Chevallier⁴²⁹ também estuda o Estado e suas transformações na sociedade contemporânea, e defende a sua continuação com redefinições das suas funções, tal qual já afirmado. Para ele, o Estado é afetado em quatro pontos, conforme já se apresentou. Na sua relação de interdependência estrutural, na perda do comando de variáveis essenciais, na atenuação das fronteiras entre o público e o privado, tal como Manuel García-Pelayo delineou, e pelo movimento de fragmentação e degeneração do modelo unitário, convergindo para formas heterogêneas.

Chevallier refere que, na sociedade atual, que chama pós-moderna⁴³⁰, tem prevalecido a noção de um mundo multipolar em formação, em função de uma lógica pluralista que exclui toda a ideia de dominação sem compartilhamento, o que implica negociação permanente de compromissos, corroborando assim com os postulados de Manuel García-Pelayo.

Esta redefinição de funções estatais é decorrente das características da pós-modernidade, segundo ele, onde se abre “largamente o campo das possibilidades, excluindo

⁴²⁷ O exemplo clássico para esta formulação é o dos quatro amigos que decidem ir ao cinema. Três deles escolhem um filme e o quarto faz uma objeção. Após explicar as razões pelas quais não escolheu o filme selecionado pela maioria, esta maioria cede às razões do quarto amigo, pois, para eles, a escolha por um ou por outro filme não altera muito as suas situa individuais. Evidente que o exemplo refere-se a uma situação de baixa complexidade, mas ele é válido para demonstrar que são possíveis soluções consensuais a partir da escolha das minorias e a possibilidade da democracia consensual.

⁴²⁸ Sobre democracia consensual ver SCHENDELEN, Rinus Van. Consociational Democracy: The Views of Arend Lijphart and Collected Criticisms. **Political Science Reviewer Archive**, Vol. 15, Number 1, 1985, p. 143-183. Disponível em: <http://www.mmisi.org/pr/15_01/schendelen.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

⁴²⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33-47.

⁴³⁰ Prefere-se adotar, neste trabalho, como já se apontou no início, a expressão sociedade pós-metafísica.

toda certeza quanto ao sentido de evolução”⁴³¹. O Estado trabalhará com a *supletividade*, encorajando iniciativas no que concerne à gestão das funções coletivas, com a *proximidade*, para que os problemas sejam tratados no nível em que os cidadãos se encontram, evitando mecanismos de remessas para instâncias elevadas, e a *parceria*, com a gestão delegada para implementação das políticas públicas⁴³². Nesta ótica, assim como referido por Manuel García-Pelayo, o Estado será mais regulador do que operador, e mais estrategista do que dirigista.

Fazendo-se a relação destas doutrinas, deste novo tipo de sociedade e a função jurisdicional do Estado, vê-se que a possibilidade de realização do direito apenas dentro do processo e através da jurisdição estatal, tal como ainda se propõe no Brasil, demonstra-se completamente ideológica, com claro intuito de mitigar e controlar os efeitos dos conflitos sociais na sociedade.

Como bem asseverou o mestre Ovídio A. Baptista da Silva, discorrendo a respeito do tema, “a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário. [...] essa crise não decorre de um inadequado ou insuficiente desempenho funcional da jurisdição”. Mais adiante, pronunciando-se especificamente sobre o sistema processual, conclui que “o que está em crise é o sistema. Certamente não apenas o sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas”⁴³³.

As iniciativas legislativas em matéria processual no Brasil, a partir de 2006, tais como as súmulas vinculantes, Lei 11.417/2006, e também a repercussão geral dos recursos, Lei 11.418/2006, integraram “perfeitamente” ao sistema jurídico nacional as recomendações do relatório do Banco Mundial⁴³⁴ sobre o judiciário brasileiro. Do mesmo modo, outros movimentos sob o pretexto de dar maior efetividade à jurisdição, como repercussão geral dos recursos superiores, o sistema misto de controle da constitucionalidade (difuso e

⁴³¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59.

⁴³² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 60.

⁴³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Da função à estrutura**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=14&hash=>>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

⁴³⁴ O relatório do Banco Mundial, publicado em 2004, pretendeu estabelecer uma radiografia do sistema judiciário brasileiro, a fim de identificar os gargalos do sistema. Constatou que um dos fatores que impulsionava a crise do judiciário, dentre muitos, era o aumento da procura pelos serviços judiciais. Para isso, apontou uma solução: restringir a demanda. Também sugeriu a utilização de parâmetros claros de interpretação e aplicação das leis, impondo sanções a quem violasse, bem como se diminuíssem as possibilidades recursais. (RELATÓRIO do Banco Mundial. **Fazendo com que a justiça conte**: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010).

concentrado), com claro prestígio ao controle concentrado, em detrimento da faticidade e da riqueza valorativa das relações humanas, atenderam mais a um modelo de linha de produção econômica do direito do que propriamente uma preocupação com a efetividade da jurisdição, demonstrando o quão distante se está e o quanto precisa ser re-significado o conceito de jurisdição no horizonte de compreensão da tradição jurídica brasileira.

A este respeito, Jânia Maria Lopes Saldanha⁴³⁵ acentua que o problema decorre da grave dessintonia entre eficiência e efetividade da jurisdição brasileira, muito em função da premência das exigências de um modelo neoliberal que exige “certeza” e estabilidade das regras do jogo, tendo ela, jurisdição, se rendido ao “canto da sereia” promovido pelo Banco Mundial em seu relatório, e, assim, com a “jurisdição de fluxo e da *barèmisation*”, se afastado daquilo que deveria ser mais caro, valores como a justiça e proximidade do caso concreto.

O próprio conceito de jurisdição, ainda ligado à vedação da autotutela e construído sobre o modelo contratualista hobbesiano, está mais para uma interdição de sujeitos do que, de fato, para desempenhar função substancial que é a pacificação social sem a exclusão do outro. O que se pratica ainda é o que a teoria dos jogos denomina de soma-zero, onde apenas uma das partes (ignorando possíveis vantagens do consenso, da inclusão, do acordo) é declarada vencedora, recebendo exatamente a soma das perdas de seu oponente. O sistema de recursos que, em princípio, parece atender um anseio democrático de revisão das decisões, na verdade, revela-se como um viés centralizador e autoritário⁴³⁶. Pela burocracia recursal é que as instâncias inferiores são controladas pelas instâncias superiores, até que, no último degrau, o controle se exerce e revela politicamente. Tal controle apresenta-se em completa censura a comportamentos desviantes: sob o pretexto de que a decisão de instância inferior pode estar sendo injusta ou errada⁴³⁷, esvazia-se o poder das instâncias inferiores a fim de afirmar a “autoridade” das instâncias superiores que, geralmente, abstraem o fato da norma e assim normalizam⁴³⁸ os comportamentos dentro de um modelo previamente estabelecido.

⁴³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson D. **Jurisdição e processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2008-2009. 3 v. p. 45-77.

⁴³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 239.

⁴³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p.72.

⁴³⁸ A expressão, aqui, é cunhada por Mireille Delmas-Marty, que vê, na superprodução de textos e de procedimentos, uma característica de normalização, que tende a modelar comportamentos a partir de uma média observável, “o sendo” (a normalidade social). (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 7-31).

Todas as operações de reforma, inclusive a do anteprojeto do novo Código de Processo Civil⁴³⁹, nada mais são do que tentativas de resolver a crise que afeta a sociedade e o judiciário através do encobrimento da realidade, enclausurando os litigantes a um tipo de litígio, ou de um tipo de relação processual, que não espelha a complexidade, a dinamicidade e a pluralidade que são típicas da sociedade atual. O modelo de Estado continua o mesmo – rígido e centralizador. As expectativas de transformação social continuam sendo depositadas, conforme aponta Pierre Bourdieu, no mesmo tipo de modelo como estrutura estruturante dos séculos anteriores, ou seja, sobre uma cultura com sistemas simbólicos utilizados como “um instrumento de poder, isto é, de legitimação da ordem vigente”⁴⁴⁰.

Porém, na sociedade pós-metafísica, o que deve emergir é um Estado policêntrico, como argumenta Jacques Chevallier⁴⁴¹, uma vez que, no lugar dos pesados aparelhos e órgãos estatais, erigidos pelo Estado nacional que não mais respondem à dinâmica da vida social, devem ser substituídos e “contornados por estruturas transversais, “moléculas moles e fluidas”, verdadeiras *task-forces*, capazes de evidenciar uma maior eficácia”⁴⁴², ao que chama de administração de missão. Referida administração é realizada de forma desconcentrada e descentralizada, eliminando assim a lógica do Estado unitário.

Evidentemente que com a transformação da lógica constitutiva do Estado também se altera a lógica de formação do próprio direito. Como anota Jacques Chevallier, Estado e direito são realidades indissociáveis, realidades consubstanciadas uma à outra, pois “não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito”⁴⁴³. O direito é o responsável pela mediação do fenômeno da institucionalização do

⁴³⁹ O anteprojeto que tramita no Congresso Nacional está ainda a privilegiar as instâncias superiores e uma compreensão estática da sociedade. O artigo 317, por exemplo, que trata da “rejeição liminar da demanda”, possibilita a rejeição da lide quando “o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos”. Pergunta-se: se a sociedade pós-metafísica está em constante transformação, por que as decisões dos Tribunais superiores não sofrem os efeitos destas mudanças e até mesmo do próprio tempo? Estes entendimentos consolidados não deveriam ser revisados de tempos em tempos, ao invés de se sujeitarem ao mero arbítrio do julgador? (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2010).

⁴⁴⁰ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. VIII.

⁴⁴¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99-102.

⁴⁴² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99.

⁴⁴³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 115.

poder desta organização política⁴⁴⁴. Por consequência, na emergência de um Estado pós-moderno, na concepção de Jacques Chevallier, também emergirá um direito pós-moderno, flexível, brando, fluido.

O certo é que, com o transcorrer da modernidade, houve o colapso gradual da ilusão moderna do crer em “um fim do caminho em que andamos, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã”⁴⁴⁵ e, com isso, o mito da ordem perfeita, da ausência de dúvidas, se desfez. O mesmo desencantamento alvejou os castelos da racionalidade jurídica, abalando profundamente os seus fundamentos em virtude do crivo do julgamento crítico. Se para o direito, antes, era atribuída alguma propriedade natural, hoje, ele tem sua base desmitificada, perdendo seus atributos de generalidade, sistematicidade e estabilidade.

Este fenômeno, no que concerne à incompletude na aplicação e na interpretação das normas jurídicas, uma vez que direito e normatividade positiva sempre se confundiram, é relativamente novo, porque, até recentemente, se tinha a ideia de que os problemas das antinomias do ordenamento jurídico resolviam-se a partir de critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade⁴⁴⁶. Não é mais possível, portanto, admitir-se tais critérios de integração idealizados a partir do modelo silogismo-subsuntivo para responder satisfatoriamente questões da sociedade pós-metafísica, dada a complexidade e a natureza paradoxal destas novas relações sociais.

Mas qual será o caminho possível que compatibilize concretamente uma interpretação/aplicação adequada de direito neste novo tipo de sociedade? E, antes disso, que tipo de direito? Primeiramente, como já se afirmou, o direito adquire características de ambivalência em tempos de sociedade pós-metafísica: prescrição/permissão. Por isso, se apresentará como um direito brando, conforme sustenta Jacques Chevallier – não será mais caracterizado pela dimensão coercitiva, mas inevitavelmente impreciso, ou seja: “formulado em termos de objetivos, diretivas ou de recomendações”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Como bem aponta Mireille Delmas-Marty, é possível, sem ocupação territorial, determinar a forma de cultura e de economia de outras nações a partir tão somente do sistema jurídico que comandar a organização social. (DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 15).

⁴⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 37.

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 91.

⁴⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 167.

O neoconstitucionalismo⁴⁴⁸, fundamentado na força normativa da constituição e na principiologia que dela advém bem demonstra isso. Muito embora o alto grau de abstração, vagueza e indeterminação que se encontra nos princípios constitucionais, isto não os impede de serem aplicados normativamente. De igual modo, o direito será mais regulador do que prescritor, revelando aspectos flexíveis quanto às formas de disposição e “uma panóplia de meios de ação, alguns jurídicos, outros não jurídicos; o direito não aparece senão como um instrumento de ‘guia’ ou de “pilotagem”, a serviço de políticas que o ultrapassam”⁴⁴⁹. A ideia de comando é colocada em segundo plano, tendo a norma jurídica duas funções: guiar a ação e julgar a ação realizada.

Outra característica deste novo tipo de direito será a heterogeneidade. Além de um Estado policêntrico, que divide o poder e deve ser administrado de forma descentralizada e desconcentrada, naturalmente se conviverá com a pluralidade de fontes. O Estado não será mais o detentor do monopólio da produção jurídica. Na “fábrica”⁴⁵⁰ de fontes normativas o Estado competirá com os organismos internacionais, com os tratados internacionais e também com um direito infraestatal.

Dentre os concorrentes de direito infraestatal estão inseridas as organizações religiosas que, segundo prerrogativa constitucional, possuem a faculdade de se auto-determinarem em matéria de liberdade religiosa. Tal faculdade - de auto-determinação e auto-regulamentação ou auto-organização – não tem o condão de interferir diretamente na produção jurídica do Estado, muito embora a capacidade de se organizar implique em reconhecer uma legitimidade e uma competência própria, na qual o Estado, por absoluto imperativo de uma norma constitucional, não pode meter-se de permeio.

O Supremo Tribunal Federal, em uma das poucas manifestações a respeito do tema, enfrentou a questão no julgamento do RE nº 31.179, de lavra do Min. Hahnemann Guimarães, publicado em 25/06/1958, no qual assentou que competia “exclusivamente a autoridade eclesiástica decidir a questão sobre as normas de confissão religiosa, que devem ser respeitadas por uma associação constituída para culto”. Os ministros basearam seus

⁴⁴⁸ Sobre neoconstitucionalismo ver: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLSAN DE MORAIS, Jose Luis et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Anuário 2004. p. 153-185; e STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 239-289.

⁴⁴⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 168.

⁴⁵⁰ O processo fabril é utilizado como referencial, pois diz respeito à outra característica da sociedade atual que é a super produção de normas ou inflação normativa.

argumentos essencialmente no princípio da separação entre Estado e Igreja, assegurado desde a primeira Constituição republicana, bem como pelo fato de que os clérigos exerceriam uma competência que difere da secular – “a jurisdição espiritual”, como citou o relator. A compreensão da Suprema Corte quanto a este aspecto comportou-se de maneira adequada e em sintonia com a neutralidade axiológica em matéria religiosa que se exige do Estado. Como já se apontou, o exercício da liberdade religiosa deve conviver bem em ambiente de pluralidade, tendo competência para instituir os seus ritos, a sua ordem e as suas bases de crença.

Sobre este aspecto, Norbert Rouland⁴⁵¹ afirma que todas as sociedades, em maior ou menor grau, “são sociologicamente plurais, no sentido de se comporem de grupos secundários”, e a proteção do indivíduo adviria de uma estrutura plural. Para ele, o Estado não seria a única “forma de organização social”, o que corresponderia à existência também de um “pluralismo jurídico”. As sociedades modernas seriam em parte estatizadas, pois coexistem com grupos que produzem o seu próprio direito, tais como as ordens jurídicas internacionais e o código de condutas das multinacionais. Dentre os exemplos citados é possível acrescentar, no cenário internacional, a FIFA – *Fédération Internationale de Football Association*, onde se revela a impossibilidade por parte de seus filiados de recorrerem a expedientes jurídicos dos Estados nacionais, tais como o acesso à justiça, em detrimento dos seus estatutos disciplinares e seus órgãos internos de competência disciplinar, sob pena de serem expulsos dos seus quadros.

Estes exemplos demonstram que mesmo em face da pluralidade de fontes não há, com isso, a necessidade de superação do Estado, tendo em vista o seu importante papel de salvaguarda dos direitos sociais. O fenômeno da desestatização, da descentralização e da internacionalização do direito, como observa Mireille Delmas-Marty⁴⁵², é que não é novo, implica em coexistência de ordens jurídicas distintas. Contudo, o costume do jurista, ligado à imagem da pirâmide das normas, afere horror diante do múltiplo. O desafio que decorre diante deste novo quadro, de pluralidade, é o de coordená-lo e harmonizá-lo, especialmente em matéria como os direitos humanos, que, para Mireille Delmas-Marty, no que refere à positivação da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH de 1948, “não exprime uma ideologia etnocêntrica ou imperialista; ao contrário, ela funda a legitimidade do

⁴⁵¹ ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 173.

⁴⁵² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 46-56.

movimento de descolonização que se seguirá e da luta contra toda a discriminação”⁴⁵³. A própria DUDH confere, em seu artigo 18, a liberdade religiosa um *status* de proteção⁴⁵⁴ como elemento para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assim como a Carta das Nações Unidas de 1945 reitera a proibição da discriminação com base na religião, que, por sua vez, se reproduz no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, como aponta Sara Guerreiro⁴⁵⁵.

Referidos pactos internacionais asseguram a liberdade de pensamento, de consciência e de religião: liberdade de mudar, de manter, de manifestar, de educar os filhos e de não ser discriminado pela religião que venha a professar⁴⁵⁶. Outro documento importante em matéria de liberdade religiosa, no cenário internacional, que Sara Guerreiro⁴⁵⁷ destaca é a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/36/55 de 1981⁴⁵⁸, designada como a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância ou de Discriminação Fundadas sobre a Religião ou Convicção, elaborada pela Comissão de Direitos Humanos da ONU e que, depois de intensos debates e anos de tramitação, foi o primeiro instrumento internacional dedicado à liberdade religiosa.

O Brasil, alinhado com as linhas universais de proteção dos Direitos Humanos, que nas últimas décadas tem apresentado grande evolução, já ratificou e se encontram, em pleno vigor, todos os tratados relevantes em matéria de direitos humanos, inclusive, no âmbito regional, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, que, no artigo 12º, reproduz os mesmos conceitos em matéria de liberdade religiosa de outros pactos universais,

⁴⁵³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 20.

⁴⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 24 ago. 2010.

⁴⁵⁵ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 52-63.

⁴⁵⁶ Como se engloba nos elementos constituintes da dignidade da pessoa humana é evidente que a liberdade religiosa sofrerá restrições em matérias que atentem contra o *standard* humanitário mínimo ou mínimo existencial, e poderá ser relativizada quando, em determinadas circunstâncias concretas, outros princípios constitucionais se mostrarem mais adequados com o *télos* axiológico do texto constitucional. Típicas situações deste nível são questões que envolvam poluição sonora, discriminação, violações ao meio ambiente, atentados à incolumidade física, etc. e que serão abordadas mais adiante.

⁴⁵⁷ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 67-69.

⁴⁵⁸ UNITED NATIONS. **Declaration on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief**. New York, 25 nov. 1981. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴⁵⁹ que, em seu artigo 7º, 1, “h”, prevê como crime contra a Humanidade a perseguição de grupos ou coletividades religiosas.

Em que pese a ratificação dos acordos internacionais, são poucos os juízes e raros os casos em que se invoca o texto de marcos internacionais em matéria de direitos humanos⁴⁶⁰, especialmente os atinentes à liberdade religiosa na fundamentação das decisões judiciais. Como assenta Jânia Maria Lopes Saldanha⁴⁶¹, o direito moderno nasceu nacional e, por isso, que, sob o ponto de vista dos atores da jurisdição, se resguarda uma mentalidade estreita – restrita ao nacional. Todavia, a mundialização das instituições e a transnacionalização do Direito “se põe como um fenômeno irrenunciável”. Os juízes, atores mais ativos da jurisdição, não estão infensos a este processo, elevando este diálogo a uma condição de “comércio entre juízes”, expressão cunhada por Julie Allard e Antoine Garapon para caracterizar o fenômeno que se revela em duas facetas: “é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma ‘dependência recíproca dos homens’”⁴⁶².

Jânia Maria Lopes Saldanha, recorrendo a Kant⁴⁶³, preconiza uma mentalidade alargada para a compreensão do fenômeno das sociedades plurais para que os juízes, no exercício da jurisdição, façam “o desvio para outras culturas, encontrando nelas algum elemento que possa contribuir para o exercício de persuasão que desenvolverá ao julgar”⁴⁶⁴. É o pensar alargado, reflexo de uma condição que provém do pensar no lugar do outro, referido por Kant. Isto decorre do atravessamento e da emergência das questões relativas aos direitos humanos, da crise da efetividade, que, em face da vagarosidade do Estado moderno, propiciou

⁴⁵⁹ BRASIL. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

⁴⁶⁰ A matéria é objeto de grupo de pesquisa sobre A transnacionalização do Direito e a concretização dos Direitos Humanos sob um prisma hermenêutico-constitucional cosmopolítico: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca na jurisdição brasileira, sob a Coordenação da Prof. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos/RS, vinculado ao CNPq, onde se tem verificado que, muito embora crescente, ainda é tímida a utilização de marcos internacionais para a fundamentação de decisões judiciais.

⁴⁶¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A mentalidade alargada da justiça (têmis) para compreender a transnacionalização do direito (marco pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (barão nas árvores). In: LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. LXXXII. p. 347-382.

⁴⁶² ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 8.

⁴⁶³ KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

⁴⁶⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A mentalidade alargada da justiça (têmis) para compreender a transnacionalização do direito (marco pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (barão nas árvores). In: LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. LXXXII. p. 347-382.

o rompimento da linearidade estática em direção ao dinamismo e à complexidade das demandas dos movimentos sociais.

Como já foi referida a incompletude dos ordenamentos jurídicos e dada a manifesta impossibilidade de se cobrir a totalidade da experiência do viver humano por seus múltiplos aspectos de contingência exponencial, o aprendizado com outras culturas, as experiências de outras organizações sociais podem servir de elementos clarificantes a fim de se estabelecer a melhor compreensão possível a respeito da dignidade da pessoa humana. As diferenças dos homens, repita-se, são apenas aprofundamentos, acréscimos de conhecimento que permitem alargar a compreensão da humanidade⁴⁶⁵. Como bem assinala Mireille Delmas-Marty, isto implica em “retirar da lei o monopólio e reconhecer ao juiz - e mais largamente ao receptor – um poder autônomo (ou parcialmente autônomo) de geração do direito”, que fortaleceria “a variabilidade das fontes”, fazendo com que “a desestabilização do tempo normativo acompanhe o aparecimento e o desenvolvimento de fontes não legislativas”⁴⁶⁶.

É o que Peter Habermas⁴⁶⁷ estabelece como critérios de interpretação, quanto mais pluralista a sociedade mais se expandem. “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos por co-interpretá-la”⁴⁶⁸, sustenta o doutrinador. Antes de qualquer atividade jurisdicional, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”, e é completamente impensável a interpretação das normas constitucionais sem os cidadãos e sem as potências públicas.

Neste aspecto, cabe trazer novamente a reflexão de Manuel García-Pelayo no que diz respeito ao segundo círculo e à questão do pluralismo: por ser um fato e um valor de convivência política, o pluralismo envolve não só um espaço de liberdade, de autodeterminação, como também “um espaço de participação ou de co-determinação nas

⁴⁶⁵ Cabe, aqui, referir a observação feita por Hannah Arendt entre diferença e distinção em relação ao homem. Só o homem teria a capacidade de exprimir diferença e distinguir-se, de comunicar a si próprio e não apenas alguma coisa. No homem, a alteridade e a distinção tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. (ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 189).

⁴⁶⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 71.

⁴⁶⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 12-18.

⁴⁶⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

decisões dos órgãos públicos que afetem essas organizações”⁴⁶⁹, e o que definirá o Estado pluralista são as condições “cuja política e formação de vontade são influenciadas”⁴⁷⁰. O Estado pluralista, segundo esta ótica, adaptará o seu funcionamento levando em consideração a pulverização dos recursos políticos por toda a sociedade. A decisão institucional continuaria sob a batuta do responsável jurídico e dos agentes que determinam sua formulação – primeiro círculo, mas sem o caráter solipsista, do enclausuramento. O segundo círculo, periférico, condicionaria tais decisões através de um espaço de abertura, manifestando as reações da sociedade.

Aplicando-se tais ensinamentos à jurisdição é correto firmar a necessidade de abertura do processo interpretativo/decisório tanto para o estabelecimento de uma mentalidade alargada da jurisdição, conforme preconizada por Jânia Maria Lopes Saldanha, quanto para a abertura na participação das decisões apontada por Manuel García-Pelayo. E o porquê disto? Ainda que se tenha alargado os horizontes do positivismo jurídico com o neoconstitucionalismo, incluindo a noção de regras e princípios e fornecido um poder maior de ação política aos juristas, Leonel Severo Rocha⁴⁷¹ sustenta que são mantidas lacunas teóricas por uma impossibilidade de compreensão dos fenômenos comunicativos deste novo tipo de sociedade, arrolando-se aí de maneira peremptória a noção de risco.

O risco na sociedade complexa, anota Leonel Severo Rocha⁴⁷², é um elemento decisivo, em oposição à segurança e à certeza buscadas pelo ideal iluminista que permearam a sociedade moderna, e precisa ser incorporado, ou melhor, assimilado de forma congruente por uma nova epistemologia jurídica que contemple os novéis desafios sociais. E quais são eles? Ora, na agenda política mundial, está uma extensa lista de novos fenômenos que não mais se restringem a critérios de temporalidade linear e limitações territoriais, tais como: a transnacionalização; os riscos e as ameaças ambientais que afetam todo o planeta e que não são limitados pelas fronteiras nacionais; a simultaneidade das comunicações; a volatilidade dos mercados financeiros que orientam toda a economia global, enfim, uma série de novas

⁴⁶⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 186.

⁴⁷⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 186.

⁴⁷¹ SEVERO ROCHA, Leonel. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

⁴⁷² SEVERO ROCHA, Leonel. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

relações e fenômenos que o Estado nacional e seu sistema jurídico monolítico não têm condições de abarcar.

Segundo Ulrich Beck, estes fenômenos, ou como chama, processos, “*todos ellos son las consecuencias imprevistas da la victoria de la primera modernización, simple, lineal e industrial, basada en el estado nacional*”⁴⁷³, referindo-os quando trata de modernização reflexiva. Por se estar diante de um novo tipo de sociedade, torna-se necessária uma mudança de paradigma. Diante deste quadro, ao tratar o tema, Gunther Teubner⁴⁷⁴, parafraseando a obra de Gabriel Garcia Marquez, pondera estar o direito estatal vivendo uma “crônica de uma morte anunciada” pela sua absoluta falta de efetividade frente aos novos desafios da sociedade que se estabelece.

É justamente aqui o nó ou o ponto nevrálgico que afeta a eficácia dos sistemas tradicionais, em especial a relação da gestão desta nova sociedade e os riscos inerentes à sua formação. Risco, neste sentido, é muito mais que possibilidade de perigo ou previsibilidade de perdas. Risco, para Ulrich Beck, é “*el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*”⁴⁷⁵. Este risco não é nacional, é global, e está ligado ao processo administrativo e técnico das decisões.

Em um tempo em que tudo é simultâneo e instantâneo, assim como o que ocorre em um instante no instante seguinte não está mais a existir⁴⁷⁶, as epistemologias tradicionais são absolutamente ineficazes, tanto no controle, aplicação e interpretação destas novas dinâmicas, quanto na imprevisibilidade destes novos comportamentos sociais. Quando se percebe o fato, ele já não mais existe, o que não impede de se conviver com seus efeitos. Nesta nova dinâmica, os sistemas de controle estatais, nos sistemas tradicionais, não estão preparados para flagrar a velocidades dos “bit’s”⁴⁷⁷ que trafegam nesta rede de relações sociais.

Portanto, além de impreterivelmente contornar-se o perigo da massificação, reconhecendo-se a pluralidade de fontes, a tarefa que se apresenta é construir um modelo que viabilize a inclusão e a coexistência pacífica em uma sociedade constituída de indivíduos

⁴⁷³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002. p. 2-28.

⁴⁷⁴ TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontexturalidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 19-40.

⁴⁷⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002. p. 5.

⁴⁷⁶ O mercado financeiro é um exemplo marcante: qualquer boataria ou informação circunstancial pode causar prejuízos financeiros ou lucros extraordinários, que, mesmo se não confirmadas, concretizam os seus efeitos “quebrando” um país ou criando “novos ricos”.

⁴⁷⁷ “*Binary digiT*” em inglês. É a menor unidade de medida de transmissão de dados usada na Computação e na Teoria da Informação.

singulares, mas apontando para a igualdade em todos os seus sentidos, mesmo que não seja um caminho fácil de trilhar. E a melhor forma de fazê-lo é ampliando o espaço de decisão, permitindo-se a participação cada vez maior dos segmentos da sociedade no círculo de poder⁴⁷⁸ e ampliando os horizontes de compreensão a partir do diálogo com marcos transnacionais e da aproximação entre os juízes. Como bem assinala Jânia Maria Lopes Saldanha, “a abertura do direito internacional ao constitucional, em função do diálogo necessário que brota do multilateralismo entre os Estados e da imposição do respeito aos direitos humanos em sentido amplo”⁴⁷⁹ é que fortaleceu, no plano interno, a sua consolidação. A universalização dos direitos humanos sucede da constitucionalização do direito internacional, de uma prática de cooperação e do compartilhamento das experiências democráticas bem sucedidas.

E este tipo de experiência não pode ser desperdiçada, como bem acentua Boaventura de Sousa Santos. Não há razão para curvar-se a uma razão hegemônica ou metonímica que reduz o mundo a só um tipo de linearidade, o que demonstra a necessidade de um trabalho adequado de tradução que, segundo o autor, “visa [a] esclarecer o que une e o que separa os diferentes movimentos e as diferentes práticas, de modo a determinar as possibilidades e os limites da articulação ou agregação entre eles”⁴⁸⁰. Não se pode conceber uma vivência com pretensão à totalidade, pois “esbarra em um mundo em que as ‘totalidades’ não passam de partes de outras totalidades”⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Um bom exemplo, na jurisdição, é a abertura do STF à sociedade por meio de dois instrumentos processuais de alta relevância: a audiência pública e a participação de *amicus curiae*, procedimentos previstos nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 que direcionam a jurisdição às luzes de um modelo coletivo e democrático. Sobre o assunto ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da adi 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano 15, Montevideu, 2009. p. 311-328; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais estruturais e metodológicas: Uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_370.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

⁴⁷⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A mentalidade alargada da justiça (têmis) para compreender a transnacionalização do direito (marco pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (barão nas árvores). In: LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. LXXXII. p. 347-382.

⁴⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 93-135.

⁴⁸¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Podium, 2007. p. 417.

Neste sentido, observa Antônio Carlos Volkmer⁴⁸², inobstante a importação de modelos e as dinâmicas órfãs⁴⁸³ implementadas sem qualquer vinculação com a realidade social, sempre se observou, no Brasil, “um pluralismo subjacente envolvendo práticas jurídicas informais não-oficiais”, envolvendo comunidades indígenas e negras. Tratava-se de um pluralismo espontâneo, eficaz e não-estatal, que foi alijado do seu contexto pela “trajetória de nossas instituições jurídicas fundadas numa cultura liberal-individualista e numa tradição patrimonialista, estatal e formalista”⁴⁸⁴ que acabaram consagrando o modelo unitário e restritivo contra as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam no Brasil, antes mesmo do processo de colonização. Neste aspecto, Norbert Rouland aduz que o pluralismo jurídico relaciona-se com “sistemas jurídicos próprios dos subgrupos de uma sociedade”⁴⁸⁵, e não com fenômenos infrajurídicos.

Justamente em tal condição de mundo é que se pretende traduzir/compreender o direito fundamental à liberdade religiosa assegurado na Constituição de 1988, no art. 5º, inciso VI, quando assevera ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, condição que deve levar em conta a sua máxima efetividade e um processo interpretativo que considere uma mentalidade alargada e que, como já referido por Peter Häberle, vincule potencialmente todos os órgãos estatais, em especial, aqueles encarregados da atividade jurisdicional. Porquanto se vive em uma sociedade pluralista, cada membro desta comunidade política é também um intérprete da constituição.

No entanto, a interpretação não é um processo sem sobressaltos. Um texto, mais detidamente um texto constitucional, é aberto à possibilidade de compreensões conflitantes. Como destaca Michel Rosenfeld, um “texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a muitas interpretações plausíveis”⁴⁸⁶. Considera-se incompleto porque é incapaz de cobrir todas as matérias; e mesmo naquelas que disciplina, diante da imprevisibilidade e das possibilidades que apresenta a realidade fática, mostra-se sempre necessária a reinterpretação e a reconstrução. Não que a interpretação não deva ser aberta,

⁴⁸² WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. p. 12.

⁴⁸³ BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 180-209.

⁴⁸⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. p. 16.

⁴⁸⁵ ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 177.

⁴⁸⁶ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.

pelo contrário: deve ser sempre aberta, sob pena de engessar a realidade. Contudo, a tarefa interpretativa não é uma tarefa livre de conflitos.

Uma boa demonstração da complexidade da decisão é apresentada por Lenio Luiz Streck⁴⁸⁷ na crítica que faz à “decisão conforme a consciência” dos juízes, quando desnuda o solipsismo judicial, que invariavelmente se apresenta como interpretação como ato de vontade do juiz, como fruto da subjetividade judicial, como produto da consciência do julgador, pela crença de que o juiz deve fazer ponderação de valores a partir de seus valores, razoabilidade/proporcionalidade como ato voluntarista do julgador, que casos difíceis se resolvem de forma discricionária ou pela cisão estrutural entre regras e princípios, o que permitiria “abertura” a ser preenchida pelo interprete.

Neste sentido, os princípios, que deveriam ocupar um papel essencial na construção de uma nova compreensão do Direito para a superação do modelo discricionário do positivismo, segundo Lenio Luiz Streck, “passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los ‘regras’ ou ‘proto-regras’ (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas, etc.)”⁴⁸⁸. Exatamente por ter o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) – “que sempre chega tarde, porque o dasein já se pronunciou há muito”⁴⁸⁹ – ocultado a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, e o ente é sempre o ente de um ser.

O que se impõe é a mudança de paradigma, sem colocar vinho novo em odres velhos⁴⁹⁰. Mas esta mudança, como sustenta Ernildo Stein⁴⁹¹, “quando hoje temos ocasião de constatar uma ‘virada’ na forma filosófica de estilo e na situação da discussão”, não ocorre simplesmente por uma imposição da vontade. Dá-se porque “a mudança de paradigma que se anuncia em determinado grupo de filósofos ou em determinada obra fundamental deve-se muito a certas inércias históricas”, e também fruto da contribuição de mentes privilegiadas.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 33.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 174.

⁴⁸⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 432.

⁴⁹⁰ "Ninguém costura remendo de pano novo em veste velha; porque o remendo novo tira parte da veste velha, e fica maior a rotura. Ninguém põe vinho novo em odres velhos; do contrário, o vinho romperá os odres; e tanto se perde o vinho como os odres. Mas põe-se vinho novo em odres novos" (Evangelho de Marcos 2:21-22).

⁴⁹¹ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 126.

Destarte, em face da absoluta obsolescência do velho positivismo, um novo paradigma filosófico deve orientar as ciências jurídicas, devendo ser construído a partir da viragem linguístico-ontológica, pois este giro linguístico-hermenêutico “proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo”, conforme aponta Lenio Luiz Streck⁴⁹².

Não há mais como sustentar posições que proponham regras (método) ou cânones para o processo interpretativo, pois todos, como bem demonstrou Gadamer⁴⁹³, não passam de argumentos arbitrários sob o predomínio da objetividade ou da subjetividade. Como ensina Lenio Luiz Streck,

não resistem às teses da viragem linguístico-ontológica, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica⁴⁹⁴.

Com o *ontologische wendung*, há a superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista – filosofia da consciência.

Por isso que, para Lenio Luiz Streck⁴⁹⁵, “compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer”, compreender é “um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão”. Em outras palavras, o processo de compreensão parte de uma concepção prévia, constituída de estrutura prévia do sentido. Funda-se em uma posição prévia (*vorhaben*), uma visão prévia (*vorsicht*) e em uma concepção prévia (*vorgriff*). Estamos condenados a interpretar e o horizonte de sentido que, no sentido gadameriano, é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto, nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial.

A partir do círculo hermenêutico, uma interação ontológico-dialética entre a consciência histórica e a abertura interpretativa permitida pelo objeto, em seu próprio

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLSAN DE MORAIS, Jose Luis et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Anuário 2004. p.159

⁴⁹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I e II**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

⁴⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. A Atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, nº 4, p. 242, 2006.

⁴⁹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 433.

ambiente, Gadamer faz uso, em sua fundamentação, da existência destes dois horizontes, concluindo que se interpreta a partir da “fusão de horizontes”, ou seja: a interação entre aquilo que se conhece e aquilo que se propõe a conhecer, incluída aí também uma ação circular entre passado e presente, este em constante mutação, o que, por sua vez, produz uma verdadeira compreensão. Por tal decorrência, aquelas características concebidas distintamente se fundem. Compreensão, interpretação e aplicação acontecem conjunta e instantaneamente - *applicatio*. Compreende-se porque se aplica e se aplica porque se compreendeu. Não há cisão. Aplicação compreende e integra o ato de compreender, pois interpretar é explicitar o compreendido⁴⁹⁶.

É neste plano que se insere a compreensão do direito à liberdade religiosa, sendo necessária a reflexão crítica das nuances que denunciam e desvelam pré-compreensões enraizadas em tradições superficiais que não se moldam aos valores consagrados no texto constitucional, sendo que tal compreensão deve-se abrir, também, para a perspectiva transnacional. É neste hiato em que se dá a reconstrução da identidade do sujeito⁴⁹⁷ constitucional, a qual não deve restringir-se à ideia originalista – o significado da Constituição a partir da tradição jurídica constitucional, como aquele do tempo de sua concepção e de acordo com o que os constituintes entendiam que ela deveria significar – mas também socorrer-se na necessidade de reinterpretação e reconstrução do texto constitucional a fim de compatibilizá-la com a geração presente e aportes para o futuro, pois o constitucionalismo contemporâneo só faz sentido com a existência do pluralismo. Em comunidades homogêneas, com objetivos coletivos únicos e sem direitos distintos daqueles da comunidade, este seria supérfluo⁴⁹⁸.

Portanto, levando-se em conta as premissas precedentes, é razoável afirmar que a importância da liberdade religiosa está no núcleo de desenvolvimento dos próprios direitos humanos fundamentais, tendo sido tal direito assegurado em todas as declarações universais de direitos humanos conforme já referido. Também é possível assentar que não existe plena

⁴⁹⁶ Resta perfeitamente explicável a partir de tais explicitações do Dasein – um aí antes do ser, uma clareira no ser – que a interpretação não pode ser cindida, assim como sustenta a dogmática jurídica tradicional. Não há como se sustentar que o processo interpretativo é dividido ou especializado, tal como apresentado no sistema de produção taylorista-fordista. Não se compreende (*subtilitas intelligendi*), para depois explicar (*subtilitas explicandi*), e para, por fim, aplicar (*subtilitas applicandi*).

⁴⁹⁷ A ideia de sujeito constitucional, do termo em inglês – *constitucional subject* – pode denotar três significados distintos para Michel Rosenfeld, a saber: a) *subject* pode significar o mesmo que súdito, aquele que se sujeita à Constituição; b) *subject* também pode denotar aquele que tem o poder de elaborar a Constituição, sujeito constituinte; e c) *subject*, por fim, pode comportar o conteúdo, o material das normas constitucionais (*subject matter*). (ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17).

⁴⁹⁸ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 21.

liberdade cultural, nem plena liberdade política sem essa liberdade pública. Sendo assim, é correto declarar, na esteira de Jayme Weingartner Neto⁴⁹⁹, que a liberdade de consciência é a matriz para a liberdade religiosa, pois tem a vantagem de apontar para os valores da consciência e da razão individuais, além de harmonizar-se ao texto da Constituição Federal. A abrangência de tal concepção é ampla, segundo o autor, pois abarca tanto as liberdades comunicativas, por um lado, e, por outro, a liberdade religiosa como um todo, apontando para a uma conexão e uma interligação sem precedência valorativa, mas com autonomia dogmática suficiente.

A liberdade de consciência vincula-se, igualmente, à dignidade da pessoa humana, na medida em que todo o ser humano é dotado de razão e consciência, distinguindo o homem dos animais e o homem dos demais seres humanos, pois se trata de uma qualidade intrínseca que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, conforme leciona Ingo Sarlet⁵⁰⁰.

Assim como a liberdade de consciência prende-se à dignidade da pessoa humana, do mesmo modo a liberdade de culto é um dos elementos fundamentais da liberdade religiosa e até mesmo estabelece uma dinamicidade harmônica com a própria liberdade de consciência. Assegura o texto constitucional, inclusive, a concretização da liberdade de proteção da expressão religiosa – liberdade de fazer proselitismo.

Ora, é justamente neste plano, o da expressão religiosa e o da liberdade de atividade cultural⁵⁰¹, que as tensões e os conflitos apresentam-se, pois é, no exercício dos cultos e das práticas religiosas, geralmente de caráter pragmático e fundamentalista⁵⁰², que as pessoas expressam suas convicções e assumem suas posições perante a comunidade. No plano religioso, quase sempre essas expressões e convicções são antagônicas e acirradas.

Um novo paradigma interpretativo fundamentado no constitucionalismo e em uma principiologia conformadora desta concretude necessária se torna inescapável, sobretudo, em

⁴⁹⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 91.

⁵⁰⁰ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁵⁰¹ Weingartner Neto afirma que “o culto é menos um ato ou ritual e mais uma atitude subjetiva, espiritual, que pode estar subjacente a atos de natureza diversa”. (WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 121).

⁵⁰² Utilizamos a expressão no sentido em que aplica Weingartner Neto, como a designação de pessoas crentes de distintas religiões. (WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007).

função do princípio da necessidade que, de acordo com Konrad Hesse⁵⁰³ se constitui como a força primordial para estabelecer “a eficácia da Constituição que se assenta na vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva.” Nesta ordem, a Constituição “converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.

Esta resposta Estatal designada, geralmente, de direitos à proteção ou de prestação, consiste na salvaguarda por parte do Estado de qualquer violação ou ameaça de terceiros aos direitos fundamentais. No entanto, a adequada prestação jurisdicional deve garantir o mínimo de proteção e a coibição do excesso⁵⁰⁴ de modo a não esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental. Assim, é imprescindível reconhecer um núcleo essencial, existente no direito fundamental, à liberdade de consciência e de crença, no que se refere aos cultos e às práticas religiosas, que vincula tanto o Estado e seus cidadãos, como em relação aos próprios particulares, propiciando-lhes uma mentalidade alargada e uma abertura no processo decisório, tais como um fórum permanente de diálogo entre as organizações religiosas.

Paulo Pulido Adragão enfatiza que o direito à liberdade religiosa é, nesta quadra da história, “assim um direito, liberdade e garantia, construído com um âmbito normativamente alargado [...]. Isso implica que, na dúvida, a sua interpretação deve ser extensiva”⁵⁰⁵. E mais do que isso, também se pode dizer que a liberdade religiosa deve ser compreendida, construída e exercida em um ambiente de tolerância e coexistência pacífica garantido pelo Estado.

Mas até onde se pode compreender esta extensão? Não há uma resposta conclusiva e nem se deveria ter, pois esta extensão só pode ser aferível na prática e de acordo com as circunstâncias em que se apresentam os fatos da vida. A compreensão dá-se em um ambiente de faticidade. Norberto Bobbio⁵⁰⁶ assegura que “a questão fundamental que foi posta é [...] como são compatíveis, teórica e praticamente, duas verdades opostas?”. E ele mesmo responde apontando uma inversão da questão, pois na verdade o defensor da tolerância é que deve questionar:

⁵⁰³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

⁵⁰⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

⁵⁰⁵ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Livraria Almedina, Setembro, 2002. p. 507.

⁵⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 207.

como é possível demonstrar o mal-estar diante de uma minoria ou diante do irregular, do anormal, mas precisamente do ‘diferente’, deriva[da]⁵⁰⁷ de preconceitos inveterados, de formas irracionais, puramente emotivas, de julgar os homens e eventos?

O subcapítulo 3.1 tematiza a tolerância como um valor político-jurídico que deve orientar as relações e as práticas daqueles que invocam a liberdade religiosa, sendo desnecessário repeti-lo neste ponto. Porém, o que chama a atenção é que esta obrigação de tolerância, como ensina Jayme Weingartner Neto⁵⁰⁸, trata-se “de uma atitude de respeito e boa fé que os cidadãos e grupos de cidadãos devem ter uns para com os outros numa sociedade pluralista regulada por uma ordem constitucional de justiça recíproca e igual liberdade”. Para ele,

a tolerância passa a ser um princípio conformador do direito fundamental à liberdade religiosa, a vincular as relações entre particulares – servindo de critério auxiliar para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, um critério hermenêutico conformador da eficácia imediata *prima facie* do direito à liberdade religiosa na colisão com o mesmo ou outros direitos fundamentais pertencentes a particulares, todos titulares de posições jurídicas perante o Estado. [Grifo do autor].

Como já se referiu, Habermas⁵⁰⁹ pondera que o pluralismo, como fator assente na sociedade contemporânea, decorre da luta a favor da tolerância religiosa e faz emergir o Estado constitucional democrático. Ademais, a própria tolerância religiosa é a precursora de um multiculturalismo bem-entendido e de uma coexistência, com iguais direitos, de diferentes formas de vida no interior de uma comunidade constituída de modo democrático.

Comunga-se da posição de Jayme Weingartner Neto, neste aspecto, em seu “catálogo de posições jusfundamentais”⁵¹⁰ decorrente ou derivado do direito fundamental à liberdade religiosa. Distinguem-se as posições jurídicas asseguradas pela Constituição de 1988 e divide-se o tema em direito subjetivo individual, com dimensões positivas e negativas, direito subjetivo das igrejas, incluindo aí um direito de autodeterminação, e um vetor objetivo, caracterizado por princípios (separação, não-confessionalidade⁵¹¹, cooperação e solidariedade)

⁵⁰⁷ Acréscimos nossos, pois provavelmente houve falha na impressão ou na tradução do texto.

⁵⁰⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 223.

⁵⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 285.

⁵¹⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 72-77.

⁵¹¹ A expressão utilizada, neste trabalho, é de neutralidade axiológica do Estado, conforme já explicitado.

e deveres de proteção e garantias institucionais implicadas (liberdade, igualdade e diversidade).

Quanto à capacidade para se auto-organizar ou se auto-determinar, as argumentações precedentes já demonstraram que não é ilimitada e sofre restrições de outros imperativos de caráter fundamental, além de conformar-se com um conceito de religião, conforme já se observou. Interessante é que, nesta esfera ou nesta dimensão do direito de liberdade religiosa, muito de suas restrições ou limitações encontram-se no próprio âmago de sua proteção, por decorrência de um núcleo essencial a ser assegurado. Veja-se que, por exemplo, implica a liberdade religiosa direito de ter, não ter ou deixar de ter uma religião, de participar, de deixar de participar ou não participar de uma atividade cultural. Logo, mesmo que se garanta o direito de se auto-determinar, tal condição fundante não tem o condão de enclausurar o seu aderente, na medida em que ele só se vincula por vontade própria, protegendo-se sempre a inviolabilidade da sua consciência e de suas crenças, pois, como afirma Roberto Arriada Lorea, “liberdade de expressão religiosa não se confunde com liberdade de opressão religiosa”⁵¹².

Controlando-se os abusos, dentro do espectro abarcado pelo direito fundamental à liberdade religiosa está o direito de expressar e divulgar esta convicção – direito de fazer proselitismo. Sara Guerreiro alerta que “o direito de tentar convencer os outros a aderir às suas crenças”, e que, “para alguma religiões”, é “uma verdadeira razão de ser de sua fé”⁵¹³, se não observado, pode extinguir o sentido delas. Logo, tal fato merece atenção da comunidade jurídica.

Assim como os demais direitos fundamentais, o proselitismo, se não observado corretamente, pode deturpar-se em uma conotação pejorativa e intolerante. Tal atitude invariavelmente conecta-se a uma visão totalizante e limitada, que se assenta em forças coercitivas, morais ou físicas, não respeitando a liberdade do outro em manter as suas convicções religiosas e/ou filosóficas de mundo. Do mesmo modo, os agentes estatais ao carregarem e projetarem na esfera pública suas convicções religiosas, como se assim comungassem todos os membros da comunidade política, nas situações do Acordo Brasil-Vaticano e no julgamento do CNJ em relação aos símbolos religiosos, estão a praticar um tipo de proselitismo intolerante, pois impedem as minorias religiosas de manifestarem os seus

⁵¹² LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Org.) et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160.

⁵¹³ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 173.

pontos de vista. Da mesma forma, o Estado, ao “permitir” que tais condutas se concretizem, não está dando à liberdade religiosa a garantia necessária para o seu exercício. Uma mentalidade alargada da jurisdição e uma abertura do processo decisório contribuiriam - em muito - para o desenvolvimento da tolerância e o reconhecimento das diferenças.

De outra banda, em consonância com Paulo Pulido Adragão, “a liberdade de proselitismo deve também ser protegida contra a excessiva tutela da liberdade psicológica”, que, de forma análoga, é garantida constitucionalmente. A manifestação, a difusão e o diálogo de convicções religiosas não podem ser confundidos como uma imposição de crenças e de convicções próprias. Alertando para este fato, Roberto Arriada Lorea lembra que não

podem haver exageros por parte do Estado, restringindo-se a liberdade religiosa injustificadamente, como é o caso da proibição de manifestações pessoais de crença nas escolas francesas, onde ficou proibido ingressar na escola utilizando signos religiosos⁵¹⁴.

Contribuindo para o tema, o citado autor formula um esboço conceitual do que venha a ser assédio religioso, de modo que não haja violação à dignidade da pessoa humana, especialmente observando-se as questões relativas às reuniões em prédios públicos, às imposições de superiores hierárquicos, mencionando casos da Justiça do Trabalho, o problema do ensino religioso e o da utilização de símbolos religiosos. Chega, desse modo, ao seguinte conceito de assédio religioso:

A abordagem, não desejada pelo outro, com intenção religiosa ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter adesão a prática religiosa por parte de subalternos ou dependentes, impondo-lhes constrangimento de ordem religiosa.

Como o próprio autor refere, trata-se de um primeiro esforço que necessita de contribuições. A ressalva que se faz ao esboço proposto é que, em matéria de escolha da religião, invariavelmente esta é fruto de uma tradição familiar. É o que Paulo Pulido Adragão e Jonatas Machado denominam de “parecenças de família”. Logo, a relação de dependência existente entre pais e filhos, responsáveis pela educação destes, não pode ser caracterizado ou ser incluído na descrição proposta e desde que não configure nenhum abuso psicológico.

⁵¹⁴ LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Org.) et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 162.

De qualquer sorte, como destaca Sara Guerreiro⁵¹⁵, assédio religioso diz respeito aos direitos e às liberdades do “alvo”, pois este carrega consigo a prerrogativa de manter as suas convicções, a sua religião, as suas crenças e a preservação dos seus sentimentos religiosos. Mesmo assim, o proselitismo que se censura é o impróprio ou abusivo, porque qualquer um tem o direito de mudar de religião ou de ser convencido a fazê-lo, na medida em que compreenda ou decida que esta ou aquela opção religiosa melhor lhe satisfaça. O caso *Kokkinaks v. Grécia*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 1993, relatado por Sara Guerreiro⁵¹⁶, tornou-se paradigmático para esta questão, reconhecendo a existência de um proselitismo impróprio ou abusivo, e o testemunho cristão, distinguido no caso. Entendeu o TEDH que o proselitismo impróprio consubstanciava apenas na deformação do primeiro. Dessa forma, seria aceitável uma restrição legal ao proselitismo abusivo, pois serviria para proteger o direito de ter e manter uma religião de forma tolerante⁵¹⁷, mas que não se aplicava àquela espécie. Mais tarde, o TEDH, no caso *Larissis e outros v. Grécia*⁵¹⁸, que envolvia a acusação de três militares ao Governo Grego pela prática de proselitismo abusivo, reconheceu, no caso concreto, a existência de proselitismo abusivo. Segundo o Tribunal, este era exercido por pessoas com especial autoridade e que em função desta hierarquia seria muito difícil para o subalterno afastar-se das aproximações de um superior. Diferentemente do mundo civil, onde as pessoas podem ou não rejeitar a aproximação, em ambientes hierárquicos ou militares, isto pode ser entendido como uma forma de assédio, o que justificaria a intervenção da proteção estatal visando a proteger a liberdade do “alvo”.

No Brasil, são raríssimos os casos de reconhecimento de assédio religioso ou proselitismo abusivo. Quem mais tem atuado nesta esfera é o Ministério Público Federal de São Paulo, através da atuação do Núcleo de Igualdade Étnico-Racial e Liberdade Religiosa que registra o ajuizamento de 5 (cinco) Ações Cíveis Públicas a respeito da matéria⁵¹⁹. Duas delas com decisões liminares por parte da Justiça Federal favoráveis aos pedidos do MPF,

⁵¹⁵ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p.219.

⁵¹⁶ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 185-200.

⁵¹⁷ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 193.

⁵¹⁸ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 200-211.

⁵¹⁹ Iniciais, pareceres, e decisões disponíveis no sítio do MPF de SP, a saber: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em São Paulo. **Núcleo igualdade étnico-racial e liberdade religiosa**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/direito-a-igualdade-etnico-racial-e-liberdades-religiosas>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

tendo basicamente como alvos destas ações a IURD – Igreja Universal do Reino de Deus e o Bispo Edir Macedo. A primeira é um direito de resposta a programa televisivo que atacava diretamente outras crenças e o segundo consiste na apreensão do livro chamado *Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios?*, de autoria de Edir Macedo, que, segundo o MPF de SP, transmitiria

mensagem preconceituosa e discriminatória em relação aos adeptos de religiões como o candomblé, a umbanda e a quimbanda, além de estimular a intolerância religiosa dos seguidores da congregação dirigida pelo autor do livro àqueles que se dedicam às mencionadas crenças⁵²⁰.

Outra decisão disponível é do Tribunal de Justiça do RS, na Apelação Cível Nº 70012655791, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 21/06/2007⁵²¹, em que o Tribunal julgou não ser hipótese de afastamento de Conselheiro Tutelar o exercício de proselitismo, mesmo que abusivo, por não haver, na legislação municipal de Gramado, tal hipótese. No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região foi possível encontrar um acórdão no julgamento do Recurso Ordinário nº 0019300-55.2009.5.04.0305RO⁵²², onde houve a condenação por assédio religioso, mas sem

⁵²⁰ Quanto à restrição de publicação de material religioso em termos de discussão teológica, doutrinária ou literária é bastante discutível. Sara Guerreiro e Paulo Pulido Adragão, nas obras citadas, mencionam diversos casos na comunidade europeia, onde se valoriza a liberdade de pensamento e de consciência, sob pena de haver severas restrições a esta liberdade fundamental. Mantendo-se esta linha de raciocínio, filmes como *A Última Tentação de Cristo* de Martin Scorsese, ou obras literárias como *O Evangelho Segundo Jesus Cristo* de José Saramago ou *Os Versos Satânicos* de Salman Rushdi, escritor “condenado” por extremistas islâmicos a partir de um decreto religioso (fatwa) pronunciado pelo aiatolá iraniano Ruholah Khomeini, guia supremo da revolução islâmica iraniana, em 14 de fevereiro de 1989, também poderiam sofrer as mesmas restrições por ofenderem sentimentos religiosos. Tal exercício faz parte da democracia e significa dizer que as religiões também precisam ser tolerantes às críticas que recebem, desde que não incidam em discurso do ódio ou incitem à violência.

⁵²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70012655791**. Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Apelante: Geisa Schulze. Apelado: Ministério Público. Data do julgamento: 21 jun. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70012655791%26num_processo%3D70012655791%26codEmenta%3D3093361++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012655791&comarca=Comarca%20de%20Gramado&dtJulg=21/06/2007&relator=Nelson%20Ant%C3%B4nio%20Monteiro%20Pacheco&aba=juris>. Acesso em 28 ago. 2010.

⁵²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho – 4ª. Região. **Recurso Ordinário nº 0019300-55.2009.5.04.0305RO**. Redator: Marcelo Gonçalves De Oliveira. Participam: Beatriz Zoratto Sanvicente, Flávia Lorena Pacheco. Data: 04 ago. 2010. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:kLBVYLqzLZcJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3F%3D35412484+0019300-55.2009.5.04.0305+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2001-05-12..2015-05-12+++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 28 ago. 2010.

uma análise aprofundada da situação e com a mera reprodução dos dispositivos constitucionais.

Outras restrições ou limitações devem ser observadas, como assinala Jayme Weingartner Neto⁵²³, principalmente no atual contexto em que se insere a liberdade religiosa e em uma ótica que converge para a tolerância, reconhece a diferença e promove a solidariedade. Como fatores limitadores, asseguram-se o direito à resistência contra a intolerância dogmática confessional, tais como o *hate speech* - discurso do ódio, incitação à violência, e ofensa a outros direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tais como a vida, a integridade física, o meio-ambiente, a saúde, etc., além do que, conforme ressalva do texto constitucional, impõe-se a vedação ao anonimato, a obrigatoriedade de se observar uma conduta pacífica e sem armas e a impossibilidade de adoção de qualquer conduta ou medida intolerante e discriminatória, que atente contra qualquer liberdade pública.

Sara Guerreiro salienta que, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, se desenvolveu o “Teste de Arrowsmith”⁵²⁴ ou teste da necessidade a fim de assegurar um conceito prático de religião no plano da sua expressão, nos termos do art. 9º da Convenção Europeia. Isto se deu em razão da invariabilidade de ações ou manifestações produzidas na experiência humana que podem propositalmente ou não serem invocadas sob a proteção do direito de liberdade religiosa. Para tanto, compreendeu a Comissão que não são protegidas todas as manifestações ou os atos motivados ou influenciados pela religião, mas somente aqueles que exprimissem efetivamente a crença em questão. Tornou-se necessário, a partir de então, “que o queixoso mostrasse que essa manifestação era efectivamente necessária para prática da respectiva religião”⁵²⁵. Tal teste tem sido bastante criticado, segundo a autora, pois a tendência de interpretar restritivamente a liberdade religiosa favoreceria, sobretudo, “as expressões religiosas das religiões mais habituais ou institucionalizadas”⁵²⁶.

De qualquer sorte, ainda se engatinha na construção de um sentido coletivo que abarque uma concepção democrática em matéria de liberdade religiosa no Brasil. Reflexões a

⁵²³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 245.

⁵²⁴ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 126-129.

⁵²⁵ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 127.

⁵²⁶ GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005. p. 131.

respeito das funções do Estado, da sua forma de organização e da abertura do processo interpretativo, favorecendo uma mentalidade alargada da jurisdição e um espaço para a participação da sociedade nas decisões judiciais, podem contribuir para a melhor compreensão deste fenómeno na sociedade pós-metafísica.

4 CONCLUSÃO

Na medida em que se trabalha com a fenomenologia hermenêutica, a reflexão apresentada sobre os temas por si só já depreende antecipações, projetos de compreensão. E essas antecipações, ou seja: conclusões sobre as questões apresentadas, na medida em que foram sendo expostas ao longo da presente narrativa, constituem o sentido do presente trabalho. Mas para que nada seja disperso, nesta parte final pretende-se elencar de modo sintético esses projetos de compreensão, bem como estabelecer pontos para novas circularidades. A exposição destes pontos tentará acompanhar, naquilo que for possível, a própria exposição do texto que até aqui se seguiu.

Em que pese todos os esforços da modernidade em ver se emancipada da influência do pensamento religioso, a crença na vida administrada pela razão não expungiu completamente do imaginário simbólico e do espaço público-político as estruturas estruturantes fundamentadas em dogmas de caráter religioso. Muito embora o desencantamento da sociedade moderna, com o descrédito da cultura do domínio do religioso e pela ruptura entre dominação temporal e dominação religiosa, as bases e os mecanismos operados continuaram alicerçados nas mesmas fórmulas e nutridos pelos mesmos métodos que obnubilaram e obliteraram os esquemas de recíproca legitimação entre poder político e poder religioso.

A manutenção destes processos na modernidade decorre, acima de tudo, de um projeto assentado em uma concepção estável e idealizada da vida humana, de um ser pensado de maneira objetivista, com uma essência substancializada e estática, calcada no domínio do não-deveniente. Este mesmo modo de ver a vida transformou-se ou refletiu-se no modo-de-ser do Direito, com o seu caráter monolítico – forte e centralizador, estruturas rígidas, concepções estáveis e propriedades valorativas naturais. O Direito, para a racionalidade instrumental moderna, se converteu na possibilidade do estabelecimento no mundo terreno do porvir estático, do paraíso salvífico, tão fortemente buscado na idade média.

As grandes revoluções mundiais, que moldaram o pensamento jurídico ocidental, todas elas apresentaram arquétipos de messianismo político, carregaram consigo mensagens redentoras a serem alcançadas após o estabelecimento da nova ordem proposta, traduziram-se como a salvação ou o desvio de um futuro apocalíptico e converteram-se num ideal messiânico de substituição do Direito pela Justiça. O Estado, e não mais a divindade, passou a ser a resposta para os males que afligiam a humanidade, e as constituições e os textos legais, e não mais os textos religiosos, passaram a estabelecer a “verdade” do conteúdo “profético” das civilizações modernas.

O exercício do poder jurisdicional, na concepção de Estado de origem liberal, equivaleu dogma religioso e manutenção das convicções políticas conservadoras do poder, estabelecidos através do triângulo poder, direito e verdade. Na economia destes discursos, erigiu-se um edifício jurídico que levaram os indivíduos tanto à confessionalidade quanto à submissão das condutas à lei, julgando-os, nomeando-os e classificando-os de acordo com uma ordem pré-estabelecida permeada por valores morais religiosos ordenados aos fins propostos.

A tradição jurídica ocidental está cravejada por estes valores de origem no direito canônico, sendo recorrente a temática do pecado no ambiente secular. O sistema de regra e de condutas guarda a mesma similaridade da valoração dos pecados individuais ditados pelo direito canônico, assim como a “consciência do pecado” deverá estar no agir doloso que se exige para a aferição da culpa em matéria penal, ou quando se condenado a reparar, mostrar-se-á pertinente as fórmulas da doutrina da expiação.

O processo na modernidade, gestado e organizado para realizar a busca das “certezas” e da “verdade” dos valores transcendentais na ordem jurídica institucionalizada, tem função político-ideológica no sentido de bloquear incertezas, instabilidades, rupturas estruturais e qualquer desacordo entre vontade do instituinte e desejo dos instituídos. O processo é o meio legítimo para sequestro destes desejos, para a interdição dos sujeitos e de suas vontades e para a imposição dos valores instituídos de forma legitimada e adestrada.

A história constitucional e a ordem jurídica brasileira não escaparam da influência do direito canônico para a formatação do seu modelo, e os valores morais éticos que permeiam todo o sistema jurídico nacional estão profundamente comprometidos com a moralidade propugnada pela Igreja Católica Apostólica Romana. O reflexo destes valores é observado tanto na produção normativa, nas esferas constitucionais e infraconstitucionais, quanto no exercício jurisdicional, e que se traduziu na construção de uma tradição monocultural em todos os aspectos sociais, especialmente em matéria de liberdade religiosa.

O acordo Brasil-Vaticano e a decisão do Conselho Nacional de Justiça de manter símbolos religiosos nos tribunais e salas de audiência ofendem o disposto no inciso I, do Art. 19, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a cláusula de separação Igreja-Estado, e de onde decorre o princípio da neutralidade axiológica ou da não-confessionalidade do Estado brasileiro, obrigando a neutralização do discurso religioso na esfera público-política. As ofensas decorrem de uma baixa compreensão do texto constitucional e de uma tradição que

sistematicamente desvirtuou e excluiu do ambiente de convivência as multiplicidades culturais, sem qualquer respeito às minorias e aos valores plurais.

A desregulação estatal da religião favorece a expansão do pluralismo religioso e da diversidade, põe fim ao monopólio religioso, contribuiu para o reconhecimento da diversidade, colabora para a suspensão de privilégios e perseguições religiosas e assegura o voluntarismo em matéria de fé. O discurso religioso, portanto, não deve estabelecer-se como base epistêmica para justificação do Estado, e este, por sua vez, deve assegurar e proteger as manifestações plurívocas das diversas comunidades morais integrantes da comunidade política como parte de sua identidade constitucional.

Dos agentes públicos se exige uma separação estrita entre argumentos religiosos e seculares, devendo adotar-se como norma a neutralidade dos discursos no espaço público no que tange a visões religiosas do mundo, como pressuposto necessário para a garantia da liberdade religiosa. Os órgãos estatais não são extensões da vida de alguns indivíduos, e as convicções religiosas dos agentes públicos devem ser bloqueadas de modo de que a atividade estatal exercida através destes agentes repercuta tão somente os constantes fluxos e contingências do Estado Democrático de Direito assegurados no texto constitucional.

A democracia não pode se apresentar como uma síntese extraída a partir dos processos originados de maiorias totalizantes, e a garantia de espaço das minorias e da individuação constituem-se como uma das características fundamentais da sociedade pós-metafísica. Neste novo tipo de sociedade – pós-metafísica – o ambiente social e seu entorno é caracterizado pela multiplicidade de vozes, de condutas sociais, de fenômenos comunicativos, pelo aumento da complexidade, pela presença do risco, pela fragmentação, pela dissolução das categorias, ausência de fundamentos e o niilismo como destino. Estas novas características sociais estão mudando as concepções tradicionais a respeito do homem, da humanidade e das relações humanas, dissolvendo todas as categorias erigidas na modernidade.

O exercício da liberdade religiosa no contexto da sociedade pós-metafísica exige uma nova adequação epistêmica dos setores religiosos. A convivência plural e a diversidade exigem uma postura tolerante, pacífica, solidária e respeitosa daqueles que professem ou não uma crença, sendo necessário que as igrejas abstenham-se de uma normatividade religiosa que estabeleça um controle dos comportamentos e da maneira de pensar dos seus aderentes.

Tolerância em contextos pós-metafísicos significa muito mais que suportar o outro, e vai mais além de suas origens liberais, como uma verdade ou uma certeza que procura se impor ou facilitadora de uma relação de dominação. Partindo da consciência da diversidade e

da pluralidade social, a autêntica tolerância é libertadora da violência e da opressão e não se apresenta como passividade, pois tolerância não é convivência com o intolerável. Deve articular de forma equilibrada a identidade de cada indivíduo e a diversidade encontrada na sociedade, sem deixar de levar em conta as desigualdades sociais. Onde há desigualdades sociais, há dominação e desrespeito aos direitos humanos.

A partir da estreita relação entre identidade e diferença, e que nada mais são do que desdobramentos ou aprofundamentos cognitivos das demonstrações encontradas na formação da própria identidade, constata-se uma similaridade entre a história pessoal do indivíduo e a história do seu grupo social, bem como a história do seu grupo social com a história de outros grupos sociais, todos conectados por redes cognitivas de experiência. O fato de ser a experiência religiosa uma experiência universal, historicamente observável em todos os grupos sociais, também apresenta a mesma relação de similaridade entre identidade/diferença, comum a todos os seres humanos.

A base das relações e dos sistemas sociais não deve se fundamentar no aniquilamento do outro, mas no reconhecimento, na tolerância e no respeito mútuo. Ao contrário da premissa de que os homens estão permanentemente em conflito na disputa pelos recursos, os homens devem abrir-se à perspectiva de estar em permanente estado de solidariedade, pois a sobrevivência da humanidade depende da manutenção de condições favoráveis à sobrevivência de cada um. A sociedade democrática é um projeto de realização de iguais, e a experiência do viver em sociedade deve ser uma experiência inclusiva, tolerante e sensível para as diferenças.

Os reflexos do novo tipo de organizações sociais e de sociedade que se vê eclodir repercutem na forma de estruturação do Estado e da Jurisdição, e na redefinição de suas funções para uma forma policêntrica e desconcentrada. A atenuação da fronteira entre o público e o privado, a tendência à estatização da sociedade, à fragmentação e decomposição do modelo unitário, convergindo para formas heterogêneas, e a prevalência da ideia multipolar do mundo, em função da lógica pluralista que exclui toda a forma de dominação sem compartilhar, implicando o diálogo e a negociação permanente dos acordos e compromissos, obrigam ao Estado e a Jurisdição a uma abertura e compartilhamento do processo de formação do Direito e da tomada de decisão.

O reconhecimento da pluralidade de fontes e uma maior abertura à participação da sociedade na tomada da decisão, inclusive a judicial, não justificam por si só a superação do Estado. A coexistência de ordens jurídicas distintas, a mundialização das instituições e a

transnacionalização do Direito são apenas desafios à harmonização, e sua aplicação requer uma adequada compreensão do fenômeno das sociedades plurais e uma mentalidade alargada dos principais atores da jurisdição – os juízes.

A resposta à hipersubjetivação dos direitos, com a hipertrofia do poder judiciário em quase todos os Estados nacionais, é o aumento da participação da sociedade no processo de estabelecimento da compreensão e da tomada da decisão, com o afastamento de todo o tipo de solipsismo ou enclausuramento judicial. Quanto mais a sociedade ver-se reconhecida no ambiente decisório, quanto mais espaço tiver, quanto mais a decisão refletir os modos pelos quais se orienta, menor será a quantidade de procedimentos e de pedidos de intervenção nas relações sociais.

A liberdade religiosa decorre do direito à liberdade de consciência, que por sua vez vincula-se à dignidade da pessoa humana, garantindo-se a ela um mínimo de proteção e a coibição de excesso de modo a não esvaziar seu núcleo essencial. No Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão religiosa não se confunde com liberdade de opressão religiosa, e na medida em que a comunidade religiosa é uma comunidade voluntária, o Estado deve garantir a proteção no que diz respeito ao assédio religioso e aos direitos e liberdades do “alvo”. Também deve haver proteção contra a intolerância dogmática confessional, contra o discurso do ódio e contra a incitação à violência.

REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Livraria Almedina, Setembro, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ALVES, Rubem. **Religião e Repressão**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe anual 2010: íntegra do capítulo sobre o Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.br.amnesty.org/?q=node/697>>. Acesso em: 03 jun. 2010.
- ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- AZEVEDO, Thales de. **A Religião Civil Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 1981.
- BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Da função à estrutura**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=14&hash=>>>. Acesso em: 10 ago. 2010.
- _____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002.
- BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BIONDI, Biondo. **Il diritto romano Cristiano**. Vol. I. Milano: A. Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Teoria do ordenamento Jurídico**. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **Afinal: quem é o Estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLSAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

_____. **O poder simbólico**. 10ª. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papirus, 1996.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedidos de providência nºs 1344, 1345, 1246 e 1362. Relator: Cons. Oscar Argollo. 14ª Sessão Extraordinária. 06 jun. 2007. **Diário da Justiça da União**, 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/Infojuris/JurisprudenciaListSearch.seam?sort=dtData&dir=asc&logic=and&cid=2810>>. Acesso em 21 jun. 2010.

_____. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Ministério da Justiça. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em São Paulo. **Núcleo igualdade étnico-racial e liberdade religiosa**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/direito-a-igualdade-etnico-racial-e-liberdades-religiosas>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

_____. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 716 de 2009**. Aprova o texto do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, assinado na Cidade-Estado do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92932>. Acesso em: 21 jun. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade e desigualdade. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_latino/tolerancia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Tolerância: tensão entre diversidade e desigualdade. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: Secularização, Laicidade e Religião Civil. Coimbra: Almedina, 2006.

CHAIA, Miguel. Tolerância e liberdade – aforismo intempestivos. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo**. Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DONNADIEU, Gérard. Genealogia da religião: ensaio de leitura sistêmica de Marcel Gauchet. Aplicação à situação atual no mundo. **Cadernos IHU Idéias**, Ano 3, nº 44, 2005.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares de vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. São Paulo: Paulinas, 1989.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALUM DAFA. **Uma poderosa prática para o cultivo do corpo e da mente**. Disponível em: <<http://www.falungongbrasil.net/>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

FEE, Gordon D.; STUART, Douglas. **Entendes o que lêis?** 4ª. Ed. São Paulo: Vida Nova, 1997.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2004.

FLECK, Fernando Pio de Almeida. Pseudoproblemas na filosofia medieval. In: STEIN, Ernildo (org.). **A cidade de Deus e a cidade dos homens: de Agostinho a Vico**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 19-31.

FLOR, Ana. Comissão aprova acordo de Brasil e Vaticano. **Folha de São Paulo**, 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1308200922.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17ª ed. São Paulo: Graal, 2002.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Revista do Censo**. Censo e Sociedade: estatísticas para a cidadania. 10ª. ed. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/censo/>>. Acesso em: 31 mai. 2010.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga, o estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edipro, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

_____. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

_____. **Verdade e Método II: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

GIUMBELLI, Emerson. **A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_abstract>. Acesso em: 06 ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: GC Gráfica de Coimbra, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Entre naturalismo e religião:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Que es metafísica?** Buenos Aires: Fausto, 1992.

_____. **Ser e tempo.** 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IGREJA de Brasília é proibida de tocar sinos por emitir barulho acima do permitido. **O Globo online**, Rio de Janeiro, 31 mai. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/05/31/igreja-de-brasilia-proibida-de-tocar-sinos-por-emitir-barulho-acima-do-permitido-916736962.asp>>. Acesso em 05 ago. 2010.

IRLANDA do Norte enfrenta segunda noite de conflitos religiosos. **Folha Online**, São Paulo, 22 jun. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u2723.shtml>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo.** Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LA ASANBLEA francesa aprueba la ley de Sarkozy contra el velo integral: la norma sale adelante en primera lectura em uma votación en la que no han participado los socialistas. **El País**, 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Asamblea/francesa/aprueba/ley/Sarkozy/velo/integral/elpepusoc/20100713elpepusoc_6/Tes>. Acesso em: 14 jul. 2010.

LACAN, Jacques. **O Triunfo da Religião.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor:** ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LEHMANN DA SILVA, Nelson. **A Religião Civil do Estado Moderno.** Brasília: Thesaurus, 1985.

LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). **A tolerância e o intempestivo.** Cotia-SP: Ateliê Editorial, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** São Paulo: Barcarolla, 2007.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância.** São Paulo: Editora Hedra, 2007.

LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Org.) et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Org.) et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUTERO, Martinho; MÜNTZER, Tomás; CALVINO, João. **Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Petrópolis: Vozes, 2000.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

MARIA DE OLIVEIRA, Odete. Relações internacionais: breves apontamentos e contextualizações. VIEIRA, Carlos Alberto Adi. **Relações internacionais e globalização: grandes desafios**. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

MARIANO, Ricardo. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religioso sobre as igrejas pentecostais. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 3, vol. 3, n. 1, Porto Alegre, 2003.

MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1987.

MARSHALL, Paul. **Liberdade religiosa em questão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. (Cadernos Adenauer; ano 5, n. 4, 2004)

_____. Perseguições religiosas no mundo. In: MARSHALL, Paul. **Liberdade religiosa em questão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. (Cadernos Adenauer; ano 5, n. 4, 2004)

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes. 1991.

MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. Coimbra: Almedina, 1996.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica: Clareira para a emergência do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Direito hoje e com Que sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIGÉRIA: 400 mortos em conflitos religiosos. **IOL Diário de Portugal**. Lisboa, 30 nov. 2008. Disponível em: <<http://diario.iol.pt/internacional/nigeria-religiao-conflitos-conflitos-religiosos/1018906-4073.html>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

NOTA pública. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 14 ago. 2009. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=18456>. Acesso em: 01 jun. 2010.

OBSERVATÓRIO SOCIAL em Revista. Trabalho escravo no Brasil: o drama dos carvoeiros, a responsabilidade das siderúrgicas, a campanha para a erradicação. **Observatório Social em Revista**, nº 6, jun. 2004. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/escravos_aco.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. **A tolerância e o intempestivo**. Cotia: Ateliê Editorial, 2005.

PEREIRA, Jose Carlos. **Sincretismo religioso e ritos sacrificais**: Influencias das religiões afro no catolicismo popular brasileiro. São Paulo: Zouk, 2004.

PINHEIRO, Luana et al. **Retratos das desigualdades de gênero e raça**. 3ª. Ed. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/081216_retrato_3_edicao.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2010.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **Liberdade religiosa**: CNJ ofendeu separação Estado-igreja ao julgar símbolos religiosos. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/cnj_ofendeu_separacao_estado-igreja_julgar_simbolos_religiosos>. Acesso em: 13 ago. 2009.

PIRES, Cecília Maria Pinto. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. **Perspectiva Filosófica**, vol. I, n. 25, 2006.

PLATÃO. **As Leis**. Livro VII. São Paulo: Edipro, 1999.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RELATÓRIO do Banco Mundial. **Fazendo com que a justiça conte**: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento N° 70023036379**. Terceira Câmara Cível. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 15/05/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível N° 598353316**. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 18/11/1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível N° 70019696335**. Terceira Câmara Cível. Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 21/06/2007 Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível N° 70012655791**. Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Apelante: Geisa Schulze. Apelado: Ministério Público. Data do julgamento: 21 jun. 2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho – 4ª. Região. **Recurso Ordinário n° 0019300-55.2009.5.04.0305RO**. Redator: Marcelo Gonçalves De Oliveira. Participam: Beatriz Zoratto Sanvicente, Flávia Lorena Pacheco. Data: 04 ago. 2010. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:kLBVyLqzLZcJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D35412484+0019300-55.2009.5.04.0305+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2001-05-12..2015-05-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> . Acesso em: 28 ago. 2010.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

ROMANO, Ruggiero; GIL, Fernando (Coord.). **Enciclopédia Einaudi**. Porto: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984-1996. Vol. 10: Dialética.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson D. **Jurisdição e processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2008-2009. 3 v.

_____. A mentalidade alargada da justiça (têmis) para compreender a transnacionalização do direito (marco pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (barão nas árvores). In: LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. LXXXII.

_____. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Podium, 2007.

_____; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da adi 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano 15, Montevideú, 2009.

_____; _____. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. **A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais estruturais e metodológicas: Uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_370.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCAMPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras: Estudo filosófico-jurídico comparado**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978.

SCHENDELEN, Rinus Van. Consociational Democracy: The Views of Arend Lijphart and Collected Criticisms. **Political Science Reviewer Archive**, Vol. 15, Number 1, 1985, p. 143-183. Disponível em: <http://www.mmisi.org/pr/15_01/schendelen.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

SEVERO ROCHA, Leonel. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tempo e Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de M.; BOLSAN DE MORAIS, Luis; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, nº 4, Porto Alegre, 2006.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLSAN DE

MORAIS, Jose Luis et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Anuário 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____; BOLSAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

UNITED NATIONS. **Declaration on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief**. New York, 25 nov. 1981. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS. **Programa Gestando o diálogo inter-religioso e o ecumenismo – Gdirec**. São Leopoldo. Disponível em: <http://www.unisinos.br/projetos_sociais/gdirec/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=156&menu_ativo=active_menu_sub&marcador=156>. Acesso em: 10 ago. 2010.

UNIVERSITY OF VIRGINIA. **Teaching the Salem witch trials**. Disponível em: <http://cti.itc.virginia.edu/~bcr/relg415_02/teachingswt_ch02.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2010.

VARO, Laura J.. Cómo legisla Europa sobre el velo: los países proponen distintas normativas para adaptarse al uso de las diferentes vestimentas islámicas.- Además de Francia, Dinamarca, Italia, Holanda y Bélgica quieren prohibir el 'burka'. **El País**, 20 abr. 2010. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/espana/legisla/Europa/velo/elpepuesp/20100420elpepunac_2/Tes>. Acesso em: 05 jun. 2010.

VATICANO. **Declaração Dignitatis Humanae sobre a liberdade religiosa**. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html>. Acesso em: 14 jul. 2010.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM. 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. Vol. I.

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

WEREBE, Maria José Garcia. A laicidade do ensino público na França. **Revista Brasileira de Educação**, n. 27, set.-dez./2004. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n27/n27a13.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.