



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DILSON CAVALCANTI BATISTA NETO

**REFLEXÃO ÉTICA DO DISCURSO JURÍDICO DA
LAICIDADE: LIMITES E PERSPECTIVA**

SALVADOR
2012

DILSON CAVALCANTI BATISTA NETO

**REFLEXÃO ÉTICA DO DISCURSO JURÍDICO DA
LAICIDADE: LIMITES E PERSPECTIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como pré-requisito para a obtenção do título de **Mestre em Direito Público**.

Orientadora: Prof^a Dr^a Marília Muricy

SALVADOR
2012

DILSON CAVALCANTI BATISTA NETO

**REFLEXÃO ÉTICA DO DISCURSO JURÍDICO DA LAICIDADE:
LIMITES E PERSPECTIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como pré-requisito para a obtenção do título de **Mestre em Direito Público**.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a Marília Muricy – UFBA (Presidente)

**Prof^a. Dr^a. Maria Auxiliadora Minahim– UFBA
(Membro interno)**

**Prof^o. Dr^o. João Maurício Adeodato - UFPE
(Membro externo)**

Salvador, 2012.

A meus pais, Jânia e Dilson,
pela dedicação e incentivo constantes.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus criador, mantenedor e redentor da existência.

A minha família, por não medirem esforços para que eu tivesse êxito neste trabalho.

Em especial, a família Reis Correia (Tia Mary, Tio Brito, Eduardo e Leonardo). Vocês foram uma ponte para o meu sonho! Como um filho/irmão fui acolhido no período do mestrado, como um filho/irmão amo vocês!

A minha linda noiva, Wanessa, que, além de me iluminar com seu sorriso, dedicou muito do seu tempo em ajudar-me na formatação deste trabalho.

A minha orientadora, Dr^a Marília, por seus *insights* e provocações espetaculares! Muito obrigado por me ensinar o quão belo pode ser um tema, desde que se saiba fazer as perguntas certas.

Aos meus professores do PPGD/UFBA (Dr^o Rodolfo Pamplona, Dr^o Ricardo Maurício Soares, Dr^o Nelson Cerqueira, Dr^o Saulo Casali e Dr^o Dirley da Cunha), pelos ensinamentos, reflexões e empolgantes debates jurídicos!

A Dr^a Maria Auxiliadora Minahim e ao Dr^o João Maurício Adeodato, por abrilhantarem a banca avaliadora e pela imprescindível contribuição.

A equipe da Secretaria do PPGD /UFBA, pela presteza e carisma.

Aos colegas do mestrado (em especial, Míriam Coutinho, Rodrigo Lima, Rodrigo Andrade, Daniel Oitaven e Thiago Freitas), pelos momentos solidários e de descontração.

Aos amigos Rafael Passos e Elaine Lima pelos diálogos sempre construtivos.

Aos professores de outras instituições que contribuíram diretamente para a construção deste trabalho através de conversações e pela gentileza de disponibilizarem seus escritos. São eles: Dr^a Flávia Pessoa (UFS), Dr^o Josias Bittencourt (UNASP), Dr^o Marcelo Galuppo (PUC/MG e UFMG), Dr^o Jónatas Machado (Universidade de Coimbra) e Dr^a Verônica Marques (UNIT).

Pois quem é que sabe o que é melhor para o homem durante sua existência, nos muitos dias de sua vã existência, que ele atravessa como uma sombra?

Eclesiastes, 6:12

RESUMO

Este trabalho visa discutir o conceito de laicidade através de uma investigação interdisciplinar. Isto é, abandona uma perspectiva somente formal da laicidade a fim de propor uma crítica ética do tema, já que sem os limites impostos pela ética, o direito resvala num tecnicismo desconectado com os valores comuns. O Estado laico só poderá garantir a tolerância na esfera pública política quando o seu discurso promover o respeito mútuo entre cosmovisões. Os contornos do discurso jurídico laico possuem um caráter não-totalitário, que significa a não-rejeição *a priori* do discurso religioso ou do discurso naturalista. Um Estado totalitário, por sua vez, pressupõe o rebaixamento dos grupos minoritários a uma categoria de sub-cidadãos. O principal objetivo é contribuir para uma salutar relação entre o discurso religioso e naturalista na esfera pública e evitar que a sacralização de valores políticos constitua um obstáculo à compreensão das transformações sociais. Propõe, portanto, limites éticos tanto à esfera pública (proibição do uso abusivo do argumento *ad hominem*), quanto ao discurso jurídico da laicidade (dever de verificação do “projeto” e tradução). Incentiva, num segundo momento, que os participantes de cada grupo assumam limites para suas próprias ações, como o compromisso com a não-violência, o abandono do “fundamentalismo militante” violento. Em contrapartida, o Estado laico deve proteger o “fundamentalismo crença”, ou seja, aquele que não questiona suas próprias doutrinas, mas, em compensação, não utiliza de meios violentos para a propagação da sua fé.

Palavras-chaves: Laicidade, Secularização, Ética, Tolerância

ABSTRACT

This thesis aims to discuss the concept of laicity through interdisciplinary research. That is, leaving only a formal perspective of laicity in order to propose an ethical critique of the subject, since without the limits imposed by ethics, the right slips a technicality disconnected with common values. The secular state can only ensure tolerance in public policy when his speech to promote mutual respect between worldviews. The contours of the laity legal discourse have a non-totalitarian character, which means the non-a priori rejection of religious discourse or naturalist speech. The contours of the secular legal discourse have a non-totalitarian character, which means the non-a priori rejection of religious discourse or speech naturalist. A totalitarian state, in turn, requires the lowering of minority groups to a sub-category of citizens. The main objective is to contribute to a healthy relationship between religious speech and naturalist in the public sphere and avoid the consecration of political values constitutes an obstacle to the understanding of social transformations. Proposes therefore ethical limits to both the public sphere (prohibition of abuse of ad hominem argument) as to the legal discourse of laicity (duty design of the “project” and translation). Encourages, second, those participants in each group limits to take their own actions, such as commitment to non-violence, abandonment of the violent “militant fundamentalism”. In contrast, the laic State should protect the “fundamentalist belief”, other words, one who does not question their own doctrines, but, instead, does not use violent means to spread their faith.

Keywords: Laicity, Secularization, Ethics, Tolerance

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A QUESTÃO HUMANA E A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO ÉTICA SOBRE O DIREITO.....	13
2.1 A condição valorativa do ser - humano: o <i>projeto</i>	13
2.2 Ética e Direito: uma reflexão necessária	22
2.3 O problema do <i>Ethos</i> e o discurso jurídico da laicidade: crítica da modernidade e o direito como ambiente ético comum	33
3. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO SOBRE A LAICIDADE E A TOLERÂNCIA	42
3.1 Considerações iniciais	42
3.2. Histórico das bases da tolerância e da liberdade religiosa.....	43
3.2.1 Antiguidade e Idade Média.....	43
3.2.2. Reforma Protestante e Iluminismo	48
3.2.3 Conceito de laicidade	54
3.3 . Afirmação Histórica do Discurso Jurídico sobre a laicidade e a tolerância.....	57
3.3.1 Consolidação da dogmática jurídica sobre a laicidade estatal.....	57
3.3.2 Laicidade e o Estado Brasileiro.....	61
4. LIMITES E PERSPECTIVAS DO DISCURSO JURÍDICO DA LAICIDADE.....	70
4.1 Limites.....	70
4.1.1 Ética e direito: retomando a discussão	70
4.1.2 Limites éticos na Esfera Pública: do <i>Argumentum ad hominem</i> ao diálogo	75
4.1.3 Limites éticos do discurso jurídico da Laicidade: a verificação do projeto e a tradução	82
4.2 Perspectivas	90
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIAS.....	104

1. INTRODUÇÃO

“Nunca houve tanta liberdade religiosa no Brasil como agora. Nunca antes as religiões foram tão livres para se estabelecer, competir entre si e se propagar como agora”¹. Esta é a conclusão de Antônio Pierucci, sociólogo da USP, ao analisar o cenário religioso brasileiro contemporâneo. Em decorrência deste aumento da prática religiosa, o Estado tem sido chamado a se manifestar sobre sua própria postura ante as religiões.

Questões como a presença dos crucifixos nos tribunais, a isenção tributária das igrejas, o ensino religioso em escolas públicas, a proteção aos feriados e templos, são temas recorrentes num contexto no qual houve quase uma duplicação, entre 1991 e 2000, tanto da população evangélica, quanto dos que se dizem “sem religião”.² Tal fato reflete-se na organização de ambos os lados: os evangélicos ganham notoriedade tanto na vida política, quanto no sensível aumento da transmissão midiática de suas crenças; por sua vez, os ateus (parte do grupo “sem religião”) formaram um movimento através de associações civis que objetivam representá-los numa sociedade na qual são minoria, e, no campo jurídico, difundir sua concepção de laicidade.³

As disputas, desta forma, não ocorrem somente entre religiosos por aumento do número de membros, mas entre cosmovisões religiosas e não-religiosas, que instam o Estado a manifestar-se sobre temas até então consolidados na sociedade, por estarem ligados a uma matriz historicamente cristã, como o casamento, aborto etc. Se isso não bastasse, há, ainda, controvérsias que surgem no campo da liberdade religiosa, como a proibição de transfusão de sangue dos Testemunhas de Jeová, a guarda de dia religioso, o sacrifício de animais, que são decididos conforme a visão que o funcionário público possui do conceito de laicidade.

Aliado a tal contexto, o *ethos* que serve de esteio de controle social, encontra-se pulverizado a ponto de cada grupo - e até mesmo indivíduo - sustentar sua própria moral, orientação política, sexual e religiosa. O pluralismo e secularização do Ocidente levou o direito a assumir o papel antes ocupado pelo *ethos* como alicerce da sociedade. Apesar de não mais existir só uma religião, uma só moral, existe um só direito destinado a todos. Sendo

¹ PIERUCCI, Antônio Flávio. Apêndice: as Religiões no Brasil. In GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Isa Mara Lando (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 302

² IBGE, Censo demográfico 1940/2000. Até 1991, dados extraídos de: Estatísticas do Século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 no Anuário Estatístico do Brasil 1994. Rio de Janeiro : IBGE, vol. 54, 1994.

³ CARDOSO, Rodrigo. Os Ateus se Organizaram. **Isto é**. São Paulo, p. 60-61, 15 Fev. 2012.

assim, é no campo do direito que os agrupamentos sociais discutem questões éticas e morais, pois o *direito é o ambiente ético comum* da sociedade ocidental contemporânea.

Diante de tal desafio, a tendência de um estudo no campo do direito, inda que no campo da zetética, seria, naturalmente, o da discussão sobre a possibilidade de respostas corretas sobre os *hard cases* apontados. Em contraposição, o presente trabalho visa uma tarefa mais urgente e prévia a qualquer decisão: o próprio conceito de laicidade. Ou seja, antes mesmo de posicionar-se, o funcionário responsável pela decisão judicial, ou construção do texto das leis, deve possuir uma carga mínima cultural-histórica e antropológica que envolve a laicidade.

Sendo assim, deve-se deixar claro que o presente estudo não tem como objetivo principal a solução de nenhum dos casos acima apontados, mas oferece uma crítica ao tratamento sobre tais questões na qual se utiliza um formalismo jurídico, um discurso auto-referente que acaba ocultando as condições de sua produção ou serve como estratégia para impor desarrazoadamente uma cosmovisão sobre as demais.

Trata-se, portanto, de uma reflexão ética do discurso jurídico da laicidade por dois motivos. Primeiramente, o conteúdo da regra constitucional da laicidade não é obtido somente através do direito formal, das declarações de direitos humanos, mas a partir dos motivos históricos da construção da laicidade e da antropologia que aponta para um lado místico-religioso do ser- humano que deve ser respeitado e preservado diante das disputas ideológicas que se travam na esfera pública. Em segundo lugar, o presente trabalho visa o fortalecimento da ética no campo do discurso jurídico sobre a laicidade, ou seja, tenta identificar quais são alguns limites éticos que não estão necessariamente explícitos na norma, mas sem os quais pode se legitimar um totalitarismo.

O principal objetivo é contribuir para uma salutar relação entre o discurso religioso e naturalista na esfera pública, por um lado, e evitar que a sacralização de valores políticos constitua um obstáculo às transformações sociais. São dos contornos históricos e atropológicos do conceito de laicidade que se propõe critérios hermenêuticos e argumentativos de cunho ético que devem ser prévios à decisão judiciária ou edição de texto legal.

Para tanto, o trabalho estrutura-se em três capítulos.

No primeiro, foram demarcados limites antropológicos e axiológicos da natureza humana em relação jurídica, política e religiosa. O segundo capítulo, trata das referências históricas e dogmáticas jurídicas sobre a laicidade. Juntos – os marcos antropológicos/axiológicos e os históricos-dogmáticos – formam o alicerce teórico de

delimitação ética do discurso jurídico da laicidade apresentado no terceiro capítulo. Neste, além da proposição de limites éticos ao discurso jurídico da laicidade, são feitas algumas asserções sobre o futuro do debate público sobre o tema.

O objetivo maior da dissertação é tentar extrair, de certa forma, o *eidos* da laicidade. Desta forma, trata-se de uma pesquisa exploratória que, conforme Antonio Carlos Gil, “tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a tomá-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições.”⁴

Além disso, é uma pesquisa bibliográfica e documental, desenvolvida com base em material já organizado (livros, teses, jornais, revistas etc.). Não há a preocupação - no presente estudo - em descobrir uma verdade imutável sobre o objeto, mas a essência dele que permanece, o elemento responsável por sua distinção. Outro marco metodológico importante é a interdisciplinaridade, como o título já indica. Trata-se de um trabalho conduzido sob a perspectiva da ética no discurso. Outros campos do saber são também explorados como a história da laicidade, antropologia e a filosofia política, através do debate entre liberalismo igualitário e comunitarismo, por exemplo.

⁴ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 41.

2. A QUESTÃO HUMANA E A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO ÉTICA SOBRE O DIREITO.

2.1. A condição valorativa do ser - humano: o *projeto*.

Direito, religião e ética são os elementos centrais do presente trabalho. Têm em comum serem distintos dos objetos das ciências naturais, por dotados de um valor que os identifica. Não possuem uma natureza manipulável como corpo, peso, temperatura; são, portanto, realidades lingüístico-culturais na quais a humanidade se encontra. Sendo assim, existem, se desenvolvem como discursos, estes também munidos de força coercitiva.

Perscrutar limites entre os discursos jurídico, religioso e ético implica, portanto, em refletir preliminarmente sobre a própria condição humana; mas especificamente a condição valorativa do ser - humano, já que é *a partir da* convivência humana e *para a* convivência humana que existem.

Falar da condição valorativa do ser - humano não traduz completamente sua natureza. O que se busca é selecionar algumas características essenciais para a estipulação de bases mínimas sobre as quais se possam inferir, posteriormente, limites éticos ao discurso jurídico da laicidade. A pretensão não é postular a existência de um modelo antropológico essencial humano, já que é justamente contra o predomínio de idéias totalizantes sobre a essência do ser-humano que o Estado moderno *promete* assegurar, através do discurso jurídico da laicidade, a coexistência de diferentes perspectivas do que seja a realidade última da humanidade na esfera pública.

O degrau inicial rumo às características antropológicas essenciais ao presente trabalho é esboçar diferenças entre o ser - humano e o animal, pois é o nível ontológico-existencial do ser - humano que interessa ao direito, à ética e à religião.⁵

⁵ O pressuposto da distinção entre humanos e os outros animais não é uma falta de simpatia para com a vida destes, nem sustentação de que o racionalismo cartesiano é o elemento que determina o valor do ser - humano, legitimando um especismo inconsequente. A questão se os animais possuem direitos ou não, não será alvo deste trabalho, apesar de ser um tema importantíssimo para a filosofia do direito na atualidade. Como bem infere J.M. Coetzee em seu “A Vida dos Animais”, há uma diferença entre a “sensação de ser”, de corporalidade, carregada de afetividade, e o *cogito* de Descartes: “o ato de pensar, à cogitação, oponho a plenitude, a corporalidade, a sensação de ser – não uma consciência de si mesmo como uma espécie de fantasmagórica máquina raciocinante pensando pensamentos, mas, ao contrário, a sensação – uma sensação pesadamente afetiva – de ser um corpo com membros que têm uma extensão no espaço, de se estar vivo no mundo. Essa plenitude contrasta em tudo com o estado fundamental de Descartes, que traz em si uma sensação de vazio.” (COETZEE, J.M.. **A Vida dos Animais**. José Rubens Siqueira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 41.).

A maior diferença entre os seres humanos e os animais é a capacidade daquele de se desprender do orgânico, passando a perceber a *vida* não simplesmente como um complexo de reações químicas, e determinações biológicas. Essa realidade além do orgânico é, como o próprio nome já informa, metafísica e espiritual. Um ser “espiritual” já não se encontra sujeito ao impulso e ao meio, mas está *liberto do meio, aberto ao mundo*, não mais inteiramente identificado e determinado por ele.⁶

Seria um esforço dispendioso querer determinar aqui o grau de liberdade (ou não) do ser espiritual em relação ao meio. Longe desta intenção, aspira-se demonstrar rastros que singularizam os seres humanos. Um destes rastros é a capacidade humana em tornar objeto elementos do mundo e da sua própria vivência (quer seja sociolinguístico, quer biológico). Como diria Scheler: “o animal ouve e vê – mas sem saber que ouve e que vê. A psique do animal funciona, vive – mas o animal não é nenhum psicólogo e fisiólogo!”⁷

A relação do animal com o mundo externo tem um repertório limitado e quase imutável (já que há, sim, possibilidade de mutação comportamental de acordo com a escassez de suprimentos por parte dos animais); já o homem, ainda que nas fases primárias da sua existência o seu desenvolvimento comece com uma relação simples similar à dos animais, como o tempo adquire caráter complexo.

Esta relação do ser - humano com o meio de produção de objetos pode ser dividido em três vertentes⁸: uma *teórico-cognitiva*, que impele o ser - humano a captar a essência das coisas e como elas se relacionam; o segundo comportamento é o *estético* que se concretiza quando o ser - humano se expressa e se reconhece quer seja na natureza que existe independentemente dele, quer seja nas obras de arte criadas por ele mesmo; o último é o *religioso*, no qual o homem e a mulher se ligam com o mundo circundante através da sua relação - ou “religação” - com o ser transcendente doador de sentido, ou seja, Deus.

Encontra-se em Hanna Arendt uma das classificações mais difundidas e que complementa a que até aqui foi explanada no que concerne à condição humana: a *Vida Activa*. Esta engloba concomitantemente três atividades que apontam para as semelhanças e diferenças entre homens e animais, que são o *labor*, o *trabalho* e a *ação*.

O *labor* é a “atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as

⁶ SCHELER, Max, Diferença entre o Homem e o Animal *in* **A Situação do Homem no Cosmos**. Artur Mourão (trad). Corvilhã: Lusofia Press, 2008, p. 8. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/scheler_max_diferenca_entre_homem_e_animal.pdf>.

⁷ *Ibidem*, p. 11-12.

⁸ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. João Dell’Anna (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 87.

necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo da vida.”⁹ Ou seja, o labor é a vida orgânica apontada acima, e nela não há diferença entre os seres humanos e os animais. Trata-se da metabolização dos nutrientes necessários para proporcionar a sobrevivência do corpo. Enquanto os animais permanecem escravos do labor, o ser - humano escapa dele através do *trabalho*.

O *trabalho* é a “atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja moralidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo ‘artificial’ de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural.”¹⁰ Os animais obviamente “trabalham” ao modificar o ambiente natural construindo seus ninhos, por exemplo, mas os frutos do seu trabalho ainda os fazem ser servos da Natureza. Já o trabalho do ser - humano é fruto da sua pretensão de ser não só o mantenedor, mas “senhor” da Natureza, causando mudanças profundas nos ciclos naturais como da água e do carbono, por exemplo. Mas o trabalho ainda não traz à *Vida Activa* a marca do ser - humano tanto quanto a ação.

A *ação* é a única vertente que se pratica especificamente entre os seres humanos sem a necessidade de se fazer alusão à qualquer elemento material do meio natural. Corresponde, segundo Arendt, à “condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quem* – de toda vida política.”¹¹ Nesta terceira vertente, a Natureza - com seus elementos - deixam de ser a maior preocupação que passa ser a questão da igualdade/diferença entre os seres humanos que se relacionam politicamente.

Nesse sentido, Calmon de Passos esclarece o conceito de pluralidade - cerne da *ação* – para Arendt:

Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser-humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. (...) Enquanto laboramos, colocamo-nos em igualdade com todos os animais. Enquanto trabalhamos, permanecemos vinculados à Natureza e nela nos

⁹ ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Roberto Raposo (trad.). Rio de Janeiro: Forense Unisversitária, 2009, p.15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹¹ *Ibidem*, p. 15.

inserimos. Mas na ação, no discurso, na palavra e na comunicação, somos exclusivamente humanos, situamo-nos naquela dimensão que nos singulariza na série de todos os entes marcamos nossa presença específica no existente.¹²

Assim como todo animal vivo, o ser - humano alcança, no início da sua existência, o mundo por seus sentidos. Mas diferenciando-se dos demais seres, ele tem acesso, por intermédio da linguagem, a um mundo que transcende a experiência sensível, o aqui e agora. O caráter finito dos compostos químicos, das suas reações, das ferramentas biológicas é sobreposto a um universo ilimitado de interpretações lingüísticas.

Alain Supiot consegue traduzir tal realidade através da singela ilustração de uma criança brincando na areia da praia. Esta criança ao fazer bolos de areia, não simplesmente altera as partículas integrantes do solo (minerais, matéria orgânica e água), mas cria uma fortaleza que é povoada por criaturas inventadas. Por mais que ela esteja ali na praia, está muito longe, no tempo dos cavaleiros ou numa floresta, levada pela sua própria história. “Pelas palavras que cochicha a si mesma, ou que troca com seus colegas de brincadeira, conhece a embriaguez de uma liberdade que nenhum animal jamais conheceu, a de reconstruir a seu bel-prazer um outro mundo possível, onde ela pode voar no ar, desdobrar-se, ficar invisível, ou ogre, ou gigante...”¹³ Tal mundo criado, imaginado, ao qual a criança atribui sentido só é possível de ser vivenciado por seres, como entende Scheler, dotados de espírito.

Esse mundo *projetado* somente pelo ser - humano através da linguagem é o principal marco antropológico do presente trabalho. É da idéia de *projeto* que emana o conceito de justiça em suas mais diversas esferas (justiça jurídica, divina, p. ex.). O direito, a ética e a religião são resultado da capacidade do ser - humano em projetar outro mundo no qual os acontecimentos *deveriam ser* diferentes. Durante toda a história do mundo conhecida, o ser - humano entendeu ser uma virtude doar-se em prol de uma causa que julga justa, que atinja, por exemplo, sua Liberdade, sua Pátria, ou o seu Deus, chegando ao ponto de – dependendo do grau de agressão – doar sua própria vida.

O *dever ser* é a essência do direito, da ética e da religião. Por enquanto, ainda não serão abordadas as particularidades, diferenças e limites entre cada uma destas construções singularmente humanas, mas aprofundar-se-á o conceito de projeto e os seus desdobramentos tratando o ser - humano simultaneamente como ser moral, *homo juridicus* e *homo religiosus*.

¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

¹³ SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5.

Apesar dos elementos que compõem esse projeto serem compartilhados socialmente, é na subjetividade que ele encontra sua expressão maior. Por mais que valores e objetivos políticos, morais e religiosos sejam passados através das gerações, é a mescla deste mundo dado pelos ancestrais com outro vivido pelo ser - humano que forma o *projeto* necessário para que haja a realização do ser - humano enquanto unidade estrutural (teórico-cognitivo, estético e religioso).

Desta forma, por mais que se possa teorizar sobre o *projeto*, este sempre será único para cada ser - humano, e não pode ser imposto já que o ato de viver é o de projetar o outro mundo. Nesse sentido diz Júlian Mariás: “estou neste mundo e no outro: aquele que antecipo, projeto, imagino, o que não está aí, o de amanhã; e este, o de meus projetos, esse mundo irreal no qual sou "eu", é o que confere sua mundanidade, seu caráter de mundo, a este mundo material e presente, que sem o eu futuro não o seria.”¹⁴

Mesmo que tal mundo projetado sofra grande influência do meio, não pode ser imposto exteriormente à vontade individual. Dessa impossibilidade surge um dos principais desdobramentos do projeto: a *liberdade*. Já que esse mundo do *dever-ser* contrapõe-se ao do *ser* no qual impera a causalidade, a possibilidade de agir diferente, em prol de um *dever ser*, vem justamente desse outro mundo vislumbrado para o qual o ser - humano quer chegar. Ou seja, o que caracteriza a humanidade é a inexorável liberdade de poder agir de acordo com esse outro mundo.

Sem tal liberdade, a criatura humana sobrevive em nível inferior ao do animal, já que este tem como característica ser reflexo da causalidade dos seus instintos, estando mais adaptado ao mundo empírico, dessa forma, do que o ser - humano. “O animal *sabe* o seu agir. O homem *precisa se propor* o seu agir”¹⁵ (grifo do autor). Além da liberdade, é no reconhecimento do outro como *igual* que surge o sentimento de *responsabilidade*. Liberdade, igualdade e responsabilidade lançam sobre o ser - humano o desafio da *moralidade*.

A cada instante, o ser - humano tem escolhas a tomar que trazem o grande desafio do outro, mais especificamente, da responsabilidade por ele. Isso é o que Bauman chama de condição do *ser-para*. Ao mesmo tempo em que o mundo projetado é precipuamente subjetivo, as ações que levam a ele nunca influenciam somente o ser individualmente, mas tem relação com os arranjos morais estabelecidos e que geram expectativas da ação deste indivíduo. Portanto, como assevera Bauman, “ser moral” não

¹⁴ MARIÁS, Júlian. **Antropologia Metafísica**. Diva Ribeiro de Toledo Piza (trad.). São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p. 20.

¹⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

significa “ser bom”.¹⁶ Isto é, ser moral está ligado ao exercício da liberdade de atuação de uma escolha entre o bem e o mal, não significa necessariamente que o mundo projetado será objetivamente bom. Caso contrário – se mundo projetado subjetivamente fosse sempre bom – seria legítima a imposição de uma cosmovisão sobre as demais, o que contraria completamente o discurso ético e jurídico da laicidade, como será apontado em momento oportuno.

O que liga o ser - humano ao mundo projetado é uma espécie de aposta, e, por que não, de fé. Apesar do longo processo de secularização, em diversos países, inclusive ocidentais, inúmeros institutos do Estado Moderno continuam a estar amarrados em alto ou pequeno grau à esfera religiosa.¹⁷ Um exemplo do papel da religião na formação da identidade do ser - humano é o casamento no qual o Estado, mesmo dando a opção de um casamento civil, garante e protege os efeitos civis dos casamentos religiosos, inclusive fornecendo, no caso brasileiro, uma nova certidão que substitui a de nascimento.

Tal fato tem sua origem com a ideia judaico-cristã de que o casal quando se une em matrimônio é “uma só carne”¹⁸, portanto, uma nova pessoa, por mais que o matrimônio seja um contrato, é, de igual forma uma instituição social, sendo que se pode chamar de um “contrato especial”, no qual há uma forte influência histórica da religião.¹⁹

É importante frisar aqui que o Estado, como ente político, não necessita essencialmente da religião formal, institucionalizada, para cumprir seu papel de regulação (o que é, inclusive, um dos pressupostos do Estado laico), mas “a identidade humana sempre é, afinal de contas, um caso de fé, nos dois sentidos desta palavra: confiança e crença. De modo que todo recuo da identificação dos cidadãos com a República e com seus valores acarreta uma nova emergência desse substrato religioso”.²⁰

Tal confiança e crença são teorizadas além das paredes das igrejas, pois, como se verá no próximo capítulo, no processo de secularização dos ritos políticos do sistema religioso para a teorização do Estado Moderno, formulou-se a instauração de uma religião civil capaz de aglutinar axiologicamente os indivíduos ao Estado. Tal religião civil, quando descuida dos limites éticos e antropológicos, pode levar ao totalitarismo.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos. Sobre a Ética Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 9-10.

¹⁷ SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

¹⁸ Eis alguns versículos exemplificativos bíblicos que sugerem o surgimento de uma nova pessoa após o vínculo matrimonial: “Portanto deixará o homem o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne.” Gênesis 2:24; “E serão os dois uma só carne; e assim já não serão dois, mas uma só carne.” Marcos 10:8.

¹⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2007, p.21-26.

²⁰ SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

Aqui se chega numa outra decorrência da ideia de *projeto* que é a distinção que o ser - humano faz entre *sagrado* e *profano*. Em princípio, pode-se pensar que esta distinção está ligada somente aos sistemas religiosos, ou à pré-modernidade. Mas quando se entende que certos bens são sagrados, quer-se dizer que eles são dignos de serem protegidos pela sociedade através de suas organizações, independente de serem religiosas ou não. Na Pré-Modernidade, cometer um pecado (ir de encontro às leis da religião) era incorrer num crime, já que direito e religião tinham a mesma fonte política que emanava dos líderes tribais, ou eclesiásticos. Mas na Modernidade - apesar de direito e religião estarem teoricamente separados, com seus ritos em convivência, mas quase sempre em não-vinculação - não se abandona a ideia de sacralidade, apenas há uma substituição por termos como *mínimo existencial*, *bens invioláveis*, *cláusulas pétreas* etc.

O ser - humano secularizado e que não se considera moralmente vinculado a uma religião, queira ou não, conserva ainda os vestígios do comportamento do homem religioso, mas esvaziado dos significados eclesiásticos. Mesmo que entenda fazer parte de uma quadra histórica que finalmente ultrapassou o místico, ou a superstição, ele guarda ainda a concepção de sagrado e profano, pois estas são – como já se afirmou – desdobramentos do marco antropológico do *projeto*.

Trata-se, então, de um problema semântico. Mesmo que alguém não seja religioso, ainda assim vive em “dois mundos”, projeta e é um projeto, agindo, de certa forma, “religiosamente”.

Neste sentido conclui Eliade:

A maioria dos “sem religião” ainda se comporta religiosamente, embora não esteja consciente do fato. Não se trata somente da massa das “superstições” ou dos “tabus” do homem moderno, que têm todos uma estrutura e uma origem mágico religiosas. O homem moderno que se sente e se pretende areligioso carrega ainda toda uma mitologia camuflada e numerosos ritualismos degradados. Conforme mencionamos, os festejos que acompanham o Ano Novo ou a instalação numa casa nova apresentam, ainda que laicizada, a estrutura de um ritual de renovação. Constata-se o mesmo fenômeno por ocasião das festas e dos júbilos que acompanham um casamento ou o nascimento de uma criança, a obtenção de um novo emprego ou uma ascensão social etc.²¹

²¹ ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. Rogério Fernandes (trad). São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 98.

Outro desdobramento do *projeto*, e último da presente análise, é a questão dos *valores*. O termo “questão” foi utilizado em virtude de existirem vários problemas que devem ser esclarecidos que advêm do dilema sobre a existência natural (ou não) dos valores. Ou seja, se dependem do ser - humano para existirem e estruturar-se, ou se são objetivos, independentes.

De pronto, rejeita-se aqui a ideia de que a vertente axiológica do ser - humano dependa dele mesmo. Ele pode até teorizar sobre o conteúdo dos valores, modificando a ética, o direito, a política e a religião, mas nunca poderá desfazer sua própria capacidade de “valorar”. Sendo assim, os valores são objetivos, mas possuem uma objetividade especial, pois não são elementos presentes na natureza que podem ser captados. Trata-se, pois, de uma *objetividade irreal*.

A exemplificação de Júlian Marías é precisa ao esclarecer o que é tal *objetividade irreal* dos valores:

Num quadro encontro a tela, as cores, as formas desenhadas, que são elementos seus; a beleza é algo que o quadro também tem, mas de outro; é uma qualidade irreal; não é uma coisa, mas tampouco um elemento de uma coisa. Existem, afora o valor, outras qualidades com esse caráter; por exemplo, a igualdade. A igualdade de duas moedas não é nada que as moedas tenham realmente; a tal ponto que *uma* moeda não tem igualdade. A igualdade não pode ser percebida sensivelmente, ela se depreende de uma comparação executada pelo entendimento; a igualdade se vê intelectualmente, mas ela é perfeitamente objetiva, porque não posso dizer que uma mesa e um livro sejam iguais; a igualdade é algo das coisas em relação, apreendida ou reconhecida pelo intelecto. Algo semelhante ocorre com o valor: a mente apreende o valor como algo objetivo, que lhe é imposto, mas perfeitamente irreal; o valor não se *percebe* com os sentidos, nem tampouco se *compreende*; se estima. Apreender o valor é, justamente, estimá-lo.²² (grifo no original)

O valor está ligado a uma relação entre objetos, à necessidade indispensável de escolher qual bem é o mais valioso. Pode ser valioso não somente um ato moral, mas político, jurídico, econômico, religioso etc. O valor não pertence ao objeto em si, mas, evidentemente, têm relação com os objetos. Mais especificamente, os valores – apesar de não estarem naturalmente incorporado a um objeto – exigem a existência de certas propriedades reais – naturais ou físicas – que constituem o suporte necessário das propriedades que consideram-se

²² MARÍAS, Júlian. **História da Filosofia**. Claudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 467.

valiosas.²³ No exemplo citado, o quadro não possui valor em si, mas o nível técnico da pintura, a textura das cores, p. ex, são valiosos em potencial. Tal potencialidade somente será concretizada com a estima do ser - humano enquanto *projeto*, com seus interesses e com suas necessidades.

Finalizando: a importância de entender esse mínimo antropológico aqui definido como *projeto* é essencial para um trabalho que pretende chegar a estabelecer limites ao discurso jurídico. A concepção do fundamento ético do direito positivo moderno é justamente o fato de não ter um fundamento ético pré-definido, que impõe um projeto unilateral (totalitário) que decomponha o ser - humano na sua unidade enquanto ser moral, *homo juridicus* e *homo religiosus*.

A decomposição do ser - humano é o sentimento que Henrique Vaz denomina de *não-realização* já que “uma das experiências mais constantes e mais profundas do homem é a de que a *realização* da própria vida, sendo para ele um desafio permanente, é, ao mesmo tempo, uma tarefa nunca acabada: é o risco supremo de *ser* ou *não-ser*”²⁴ (grifo no original). Uma concepção de direito não-totalitário é uma garantia da esfera política inclusiva e, assim sendo, um elemento importante para o pleno exercício das faculdades humanas, que entende haver limites antropológicos que não se devem transgredir.²⁵ É no ideal de tolerância que o Estado laico moderno encontra a sua essência.

O ser - humano é *projeto*, e este não se encontra somente no plano existencial como ferramenta retórico-filosófica, mas é constatável em todos os atos humanos. Aqui já se relatou um exemplo de uma criança brincando na areia, e se encerrará o presente tópico com outro exemplo trazido por Mariás²⁶, que é o fato de o ser - humano ser o único animal que cozinha.

O animal cozinheiro diferencia-se porque, apesar de ter o alimento à sua disposição, natural, na maioria das vezes ele julga ser este material inutilizável. Tal negação da utilidade dos ingredientes *in natura* tem base no *projeto* da comida preparada, assada. Esse projeto é uma *imagem* ausente e imaginária pela qual o ser - humano *espera* e *aposta* que é *melhor* não comer o alimento agora, quando se retira da natureza. Pode-se perceber, desta forma, que o projeto encontra-se tanto em pequenos atos, quanto nas grandes questões da vida

²³ VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. João Dell'Anna (trad). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 140-141.

²⁴ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992, p. 146.

²⁵ ADEODATO, João Maurício. **Retórica Constitucional**. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

²⁶ MARIÁS, Júlían. **Antropologia Metafísica**. Diva Ribeiro de Toledo Piza (trad.). São Paulo: Livraria Duas Cidades, p. 234.

política, jurídica e religiosa. Viver essa *espera*, essa *aposta*, o *mundo projetado* neste mundo atual, dado, não é outra coisa senão *felicidade*.

2.2. Ética e Direito: uma reflexão necessária.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que o presente tópico estrutura-se não a partir de uma vertente antropológica como na secção anterior, mas eminentemente analítica, onde se busca, inicialmente, conceituar a ética e o direito, sua relação, para depois demonstrar a necessidade de uma reflexão ética sobre o discurso jurídico em todas as suas modalidades (normativo, decisório e científico).

O *ethos* foi idealizado desde os primórdios das civilizações como uma contraposição às leis naturais que regiam as marés, a Lua etc. Não só a *physis*, mas também o *ethos* promovia ideais, regras de conduta que deveriam ser observadas pelos membros de uma comunidade. O *ethos* era, então, uma expressão normativa da natureza do ser-humano. Henrique Vaz²⁷, inclusive, destaca que a íntima relação do *ethos* com a ideia de política e direito os fazem compartilhar categorias que dizem respeito à conduta humana no geral.

De um lado, o *ethos* é considerado fundamentalmente como *hábito* (*hexis*). De outro, a causa do *ethos* irá se manifestar na forma de uma teoria existencial e da conduta em prol da comunidade e se apresentará como doutrina da lei justa (*politeia*) que é, para a comunidade, o análogo da virtude individual. Mas a diferença será determinada por graus de coercibilidade e níveis de institucionalizações, mas nunca poderá haver um isolamento completo. Como apontado no tópico anterior, o ser - humano é uno, e mesmo que a Modernidade tenha proposto uma sistematização separada entre direito, economia, ética, política e religião, isto não pode resultar numa postura de compreensão do ser - humano de maneira unilateral, sob pena de sua “decomposição”.

Apesar da relação íntima entre direito e ética, pode-se lançar uma definição própria, de forma autônoma, como assevera Nalini:

Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio, na singela edificação do caráter científico de um determinado ramo do conhecimento. O objeto da Ética é a **moral**. A moral é um dos aspectos do comportamento

²⁷ VAZ, Henrique Claudio Lima. **Escritos de Filosofia II**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 135.

humano. A expressão moral deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de **costumes**, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática.²⁸ (grifo no original)

Não basta colocar aqui somente um conceito da ética, mas é preciso abordar duas dicotomias em relação a sua natureza que determinam o modo pelo qual se deve vê-la: a primeira entre subjetivismo e objetivismo; e a segunda entre substancialismo e procedimentalismo. A primeira dicotomia (subjetivismo/objetivismo) discute qual a fonte originária da moral: se é a própria subjetividade do ser - humano, ou se são valores externos e objetivos que incitam o despertamento moral humano. Apesar de no tópico anterior ter-se dado dicas de qual lado desta dicotomia o presente trabalho mais se aproxima, é preciso aprofundar tal distinção.

Para o subjetivismo, o valor do objeto depende do grau que afeta o sujeito. Ou seja, o ponto central do qual emana o valor está no sujeito, não no objeto. “Quer dizer, a beleza do objeto não é posta em relação com certas propriedades suas, com certa estrutura ou formação de sua matéria, mas é feito depender da emoção ou do sentimento que desperte no sujeito.”²⁹ Como apontando no tópico anterior, não existem objetos de valor em si independente de um sujeito “valorizante”. Nisso o subjetivismo tem razão. Porém equivoca-se quando recusa por completo as propriedades do objeto como fato capaz de determinar a atitude “valorizante” do sujeito.

O objetivismo, por sua vez, data dos primórdios da filosofia, sendo vislumbrado pela doutrina metafísica de Platão sobre as ideias do belo.³⁰ O belo e o bom são realidades imutáveis e absolutas, subsistentes em si. Não importa, portanto, a relação do ser-humano com os objetos. Nestes termos, o objetivismo axiológico falha de igual forma ao menosprezar o papel do ser - humano na produção do valor. “Que solidariedade poderia existir – ainda que idealmente – se não existissem os sujeitos que devem praticá-la e os seus atos solidários?”³¹

Conclui-se, portanto, por uma objetividade dos valores que não é nem objetiva como as ideias platônicas, nem se encontra encravada nos objetos ou sujeitos. Trata-se de uma objetividade especial³² que não pode ser reduzida simplesmente ao ato psíquico ou emotivo de um sujeito individual, muito menos propriedades naturais de um objeto real. Tal objetividade

²⁸ NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 113-114.

²⁹ VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. João Dell'Anna (trad). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 142.

³⁰ *Ibidem*, p. 143.

³¹ *Ibidem*, p. 145.

³² *Ibidem*, p. 147.

especial ultrapassa os limites sensoriais e intelectuais de um indivíduo isoladamente ou de um grupo, mas não excede os limites antropológicos colocados historicamente e socialmente.

Apesar da importância desta primeira dicotomia - que já foi apreciada no primeiro tópico - é a segunda (substancialismo/procedimentalismo) crucial para determinar como a ética se desenvolve dentro de uma comunidade pluralista, estando ligada à discussão política da ética, não somente ao seu *eidos*. Para os objetivos aqui colocados, não será abordado o histórico de tal embate filosófico, mas explicar-se-ão seus conceitos e limites.

O substancialismo entende, basicamente, que o papel do filósofo, político e juristas deve pautar-se numa reflexão (nos dois sentidos: de reflexão intelectual e propagação de ideias) de um bem comum. Este bem comum é um sustentáculo que dará sentido à práxis política em suas mais diversificadas modalidades. A ética resume-se, portanto, na busca por esses valores comuns historicamente colocados e que são capazes de criar verdadeiros laços entre indivíduos na comunidade. Há, aqui, uma crítica de matriz hegeliana à Kant, pois este apresenta uma racionalidade prática que pretende ultrapassar justamente a eleição de bens comuns historicamente colocados. A solidariedade para os procedimentalistas emana, portanto, não da ideia de um bem comum, mas da dignidade da pessoa humana como ser moral, como ente *auto-legislador* que entra em *contrato* com outros seres também *livres*.

O substancialismo entende, por sua vez, que procedimentos da racionalidade prática não são capazes de criar entre os indivíduos laços de coesão social, de solidariedade. O maior objetivo do substancialismo é “voltar a enraizar os indivíduos nas comunidades e tradições, no *ethos* concreto do qual uma modernidade pretensamente universalizante os desarraigou, para que recuperem sua identidade concreta.”³³

O próprio nome “substancialismo” vem justamente desta crença na concretude do bem comum. A ética tem como dever a percepção de tal bem e cuidar para que ele seja refletido nas decisões políticas e jurídicas. Desta forma, é possível avaliar se as consequências das decisões estão adequadas ao valor sacralizado como bem comum. Os defensores do substancialismo têm no consequentialismo umas principais críticas ao procedimentalismo, ou seja, acusam este de preocupar-se com a justiça das ações e esquecerem as consequências danosas que estas podem trazer para a comunidade.

Malgrado tal acusação, este trabalho tenderá a um procedimentalismo que é atento - como sustenta Cortina - ao consequentialismo. Um exemplo de procedimentalismo preocupado com as consequências no campo do direito é o de Neil McCormick. Ele elenca como uma dos principais elementos da sua teoria os argumentos consequentialistas no

³³ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80-81.

momento de decisão judiciária. Ou seja, além de atribuir pesos aos bens jurídicos em questão, os juízes devem considerar “as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou pelo outro, pelo menos até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tornados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação.”³⁴ Portanto, o deontologismo de herança kantiana, que era acusado de valorizar determinadas máximas sem ponderar as consequências de sua aplicação, “transformou-se em um deontologismo que acolhe as exigências de uma ética universal – não apenas política – da responsabilidade pelas consequências das ações.”³⁵

Pensar nos limites éticos do discurso jurídico, ou seja, na relação entre a moral e o direito é, de certa forma, pensar num conceito de direito. Ao invés de primeiramente apresentar seus conceitos para após demonstrar a relação entre direito e moral, refletir-se-á primeiramente sobre a relação entre eles, e, a partir daí, seus conceitos serão expostos. Este primeiro passo não é estabelecer um conceito de direito especificamente, mas um conceito de direito em relação com a moral.

As duas principais teses sobre a relação entre moral e direito são a da *separação* e da *vinculação*. A primeira determina que o direito seja conceituado de modo que não inclua elementos morais em sua natureza. Não existe, portanto, relação entre a ação que o direito ordena e a justiça que caberia ao caso. Isso resulta na conclusão de que qualquer conteúdo pode ser direito. O positivismo jurídico é o representante maior dessa primeira tese.

Já a tese da *vinculação* é uma crítica ao positivismo que determina que o conceito de direito deve conter elementos morais, por mais que não haja certo consenso sobre como seria definido tal vinculação. Para Robert Alexy, que se diz acolher a tese da vinculação, o que diferencia o positivismo do não-positivismo “é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais.”³⁶ Tal vinculação seria externada pela não-juridicidade de proposições do discurso jurídico que atentem contra um mínimo de justiça.

Desde já se deve destacar que a visão assumida pelo presente trabalho é uma crítica a ambas as teses. A tese da vinculação é feliz quando indica que há um mínimo de justiça que se deve incluir no conceito de direito, mas a imprecisão do que seja tal mínimo, faz como que, na prática, não se diferencie tanto da tese rival a não ser que assumam um

³⁴ MCCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Waldéa Barcellos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 133-134.

³⁵ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82-83.

³⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 4-5.

substancialismo extremo, e que postule um conceito de justiça perceptível a todos os juristas, um ideal de bem comum. Já a tese da separação leva em conta que, mesmo que não se possa definir *a priori* um conteúdo mínimo moral como parte conceitual do direito, é inegável que o direito tem uma relação genética com o senso justiça e, como exposto no tópico anterior, tal senso está ligada à vertente antropológica do ser - humano enquanto projeto.

Robert Alexy e Tercio Ferraz Júnior tentam esclarecer tal crítica à tese da *vinculação e separação*, respectivamente, mas acabam apontando para um mesmo caminho, um meio termo, que é a trilha a ser seguida por este estudo. É importante frisar que não se quer reduzir tal discussão a somente dois autores, mas sim, tomá-los como representantes de ambas as teses que abarcam uma legião de juristas que sustentam cada uma.

A análise de Alexy sobre a vinculação entre direito e moral está baseada numa distinção entre *tese forte e fraca da vinculação*. A primeira é a que defende o postulado de uma coincidência de conteúdo entre toda norma jurídica e a moral. Ou seja, só pode ser direito se for moral, ou justo. Para o autor, os não-positivistas não deveriam sustentar tal posicionamento devido à grande fluidez da moral em detrimento ao papel dogmático exercido pelo direito.³⁷

Já a tese fraca é mais acertada, segundo Alexy, pois não determina uma identificação total do direito com a moral. Ou seja, “normas injustas e, por conseguinte, imorais também podem ser direito. Com isso, ela [a tese fraca da vinculação] admite, assim como o positivismo jurídico, uma crítica moral do direito e, nesse sentido, possibilita, como ele, uma postura crítica. A diferença está unicamente no fato de que o caráter jurídico se perde a partir de certo limiar.”³⁸ (grifo nosso) Qual seria, portanto, tal limiar? Alexy responde que se trata de injustiças extremas que, quando atingidas, retiram a juridicidade das proposições normativas.

Tércio Ferraz Júnior, sustentando a tese da separação, percorre um caminho similar ao de Alexy, mas que propõe conclusões diferentes. Para ele, “a justiça enquanto código doador de sentido ao direito é um princípio *regulativo* do direito, mas não *constitutivo*. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isto não quer dizer que ele não *exista* concretamente.”³⁹ (grifo do autor) Ou seja, quer dizer que quando se atinge o liame da injustiça, a obrigação jurídica perde sentido, mas não é necessariamente inválida. O que diferencia Ferraz Jr. e Alexy é que este entende que há dois graus de injustiça: a injustiça

³⁷ *Ibidem*, p. 57.

³⁸ *Ibidem*, p.58.

³⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 358.

comum e a extrema. Sendo que, quando a obrigação jurídica atinge o liame da injustiça extrema, ela não é mais jurídica (não é válida).

Deve-se perceber que conceito do direito para Alexy tem um limite conceitual moral:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e **que não são extremamente injustas**, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e **não são extremamente injustas**, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.⁴⁰ (grifo nosso)

Já para Ferraz Jr., o conceito de direito não está atrelado à moral, apesar do papel de regulação que exerce sobre o direito:

O que *constitui* o direito e que lhe confere realidade é o *estabelecimento* de relações metacomplementares, hierárquicas, de autoridade/sujeito. Nesses termos, o direito é uma organização de relações de poder. Seu princípio constitutivo é a impositividade autoritária. Todavia, seu princípio regulativo, que lhe confere *sentido*, é a justiça. Analogamente, não é impossível um jogo de futebol com 15 jogadores e quatro goleiros, embora o sentido do jogo venha, no limite, a perder-se. Da mesma forma, um direito imoral pode existir (constituir-se), embora perca *sentido* como direito.⁴¹ (grifo do autor)

O exemplo do futebol sugere que mesmo que uma conduta seja extremamente injusta, para Ferraz Jr. ela ainda é direito. Sendo assim, a perda do sentido não altera a facticidade da existência de algo.

O positivismo jurídico (tese da separação) entende que a moral não pode legitimar o Direito, o não quer dizer, necessariamente, que o conceito de direito não caiba no conceito de bom.⁴² O positivismo kelseneano não exclui a existência da moral, da ética, da religião, mas simplesmente entende que elas não podem fundar o ordenamento jurídico. Para

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 151.

⁴¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 358.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75-76.

ele, trata-se de uma ilusão querer encontrar um fundamento absoluto, justo e eterno para o Direito:

Na verdade, quando se trata de efetuar essa escolha ou opção, as diferentes doutrinas do direito natural dão respostas tão variadas e divergentes como o positivismo relativista. Elas não poupam o indivíduo, não o libertam da responsabilidade da escolha. Porém, cada uma destas doutrinas jusnaturalistas dá ao indivíduo a ilusão de que a norma de justiça que ele escolhe ou pela qual opta provem de Deus, da natureza ou da razão, pelo que é dotada de validade absoluta, excluindo a possível validade de uma outra norma de justiça que a ela se oponha ou contradiga - e, por esta ilusão, muitos fazem um total *sacrifidum intellectus*.⁴³

A questão central para Kelsen é fundamentar sua Teoria Pura do Direito em uma norma que seja capaz de distinguir o direito da moral. A norma fundamental, segundo Kelsen, não pode ter um conteúdo específico. Caso o tenha, todo o sistema estaria vinculado a tal mandamento específico. Essa tentativa de fundamentação não foi pioneira de Kelsen. Norberto Bobbio lembra que Hobbes, por exemplo, põe como fundamento da sua teoria do Direito e do Estado a máxima *pax est quaerenda* (A paz deve ser procurada), e com isso busca entender que o postulado ético fundamental do homem é a necessidade de evitar a guerra e perseguir a paz.⁴⁴ Um sistema baseado em um valor síntese seria, para Kelsen, estático, já que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo. Diferente de um sistema estático, Kelsen identifica a ordem jurídica como tendo um caráter dinâmico. Isso quer dizer que uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada.⁴⁵

O positivismo jurídico tenta eliminar do conceito elementar do direito qualquer referência à ideia de justiça, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário, incluindo-se aqui, os valores religiosos e morais.⁴⁶

Finalizando a discussão sobre as teses da relação entre direito e moral, é preciso destacar que mesmo que não haja um consenso sobre a existência de um liame moral o qual, uma vez ultrapassado, descaracteriza o fenômeno jurídico, ambas as teorias constroem

⁴³ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 115.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 72.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 221.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Vergínia K. Pupi (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91.

limites que visam proteger a dignidade da pessoa humana. Mesmo a tese da separação indica que há a perda do *sentido* do direito ao se ignorar a justiça. Tão importante quanto demonstrar a relação entre direito e moral, é discutir alguns *critérios de distinção* entre ética e direito. Isso serve de reforço e esclarecimento em relação aos limites do direito e a necessidade da reflexão ética do discurso jurídico.

É no conceito de justiça de Aristóteles que a distinção entre direito e moral tem umas das primeiras formulações. Tal conceito é marcado pela distinção entre a arte que se preocupa com a virtude subjetiva do indivíduo, prescrevendo-lhe condutas, inclusive as condutas justas (*dikaios*), e a arte de dizer o justo legal. A primeira arte seria a moral, o justo por natureza. “O justo natural (*dikaion physikón*) é aquele que por si próprio e em todas as partes possui a mesma potência (*dynamis*) e que não depende, para sua existência, de qualquer opinião.”⁴⁷

Mas desta moral se desprende outra arte, cujo alvo é *dizer* o que justo, o que pertence a cada um. Trata-se do justo legal (*dikaion nomikón*) que consiste na virtude de observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem da comunidade. O fim da lei (*nómos*) é o Bem Comum, não somente o justo individual teórico. O legislador, ao construir o espaço normativo da *pólis*, exerce a prudência (*phrónesis*) legislativa. Sendo assim, Michel Villey entende que “a ideia do direito é filha da ideia da justiça, mas a partir de agora ocupará um aposento próprio. Com Aristóteles o direito conquistou sua autonomia.”⁴⁸

Da distinção grega entre direito e moral vem um dos critérios de distinção mais difundidos, que é o da exterioridade e interioridade. Tal critério tem como base a noção de que a moral cuida das intenções do agente, enquanto o direito se preocupa com suas ações intersubjetivas, exteriores. Mas tal pretensão de que os eventos interiores psíquicos são indiferentes para o direito não tem firme fundamento, já que realidades como o dolo, a boa fé, o erro, o consenso têm significativa importância para o direito. Por outro lado, o comportamento exterior é também relevante para a moral: recusar, por exemplo, um aperto de mão não é um crime, mas um ato exterior que fere normas morais.

Há no critério exterioridade/interioridade apenas uma diferença de perspectiva: “no direito o interior é valorado a partir do exterior, na moral o exterior é valorado a partir do interior.”⁴⁹ Esta ordem de valoração acaba resvalando na forma pela qual direito e moral

⁴⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **A Justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 153.

⁴⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito; os meios do direito**. Márcia Valéria Martínez de Aguiar (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73.

⁴⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 325.

organizam suas sanções, já que o direito pode punir o ato independentemente dos motivos. Isso ocorre nos casos, por exemplo, de responsabilidade objetiva. Tal possibilidade não se dá com a moral, aonde a motivação e a ação motivada são inseparáveis.

Nem sempre se pode perceber, entretanto, claramente a distinção entre direito, moral e religião. Na pré-modernidade, desde quando se pode perceber vida humana organizada, a religião foi o centro emanador de valor, sendo que não se podia diferenciar direito, moral e a própria religião, que resumia, para o grupo, o grande mistério da vida humana e incorporava o *projeto* coletivo. Após o aumento da complexidade da vida social, através da divisão do trabalho, do aumento das relações comerciais, o direito foi lentamente iniciando o processo de sua diferenciação da religião.⁵⁰ O processo ocidental de formação do Estado Moderno não foi abrupto. Como se verá no próximo capítulo, a ideia de tolerância na Modernidade foi construída após sangrentas batalhas de cunho religioso que geraram a necessidade da construção de um Estado fruto de um *contrato* entre grupos contrários que buscavam conviver no mesmo território.

Mesmo com a separação entre direito e religião, a pretensão de neutralidade, de imparcialidade do Estado moderno é, curiosamente, um elemento herdado da tradição religiosa. No campo religioso há o ideal de infalibilidade do representante – no caso do cristianismo católico: o Papa - de Deus na Terra. Com a construção moderna da laicidade, tal ideal de *infalibilidade* é substituído pela *imparcialidade* na legislação e na aplicação das leis que sustenta o direito e o Estado. “Herdeira da moral religiosa, do direito sagrado, da vontade divina em seu caráter intocável, a imparcialidade é a noção-chave do mundo prático moderno, inclusive em correntes como a utilitarista, que fazem da justiça uma serva da utilidade.”⁵¹

Machado Neto questiona, inclusive, a secularização ocidental: “e quem pode garantir pela plena secularização do direito em nosso mundo atual? Quanto não tem ele ainda de sacral?!”⁵² No presente momento deste trabalho, interessa não apontar sociologicamente o grau de secularização do Ocidente, mas verificar que, partindo da noção de ser - humano enquanto *projeto*, não se pode fazer uma diferença ontológica, genética, entre direito, moral e religião. Todos fazem menção à conduta humana. Mas cada conduta (moral, jurídica e

⁵⁰ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de Introdução a Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 92.

⁵¹ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010, p, 16.

⁵² MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução a Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 92.

religiosa), com o advento dos ideais da Modernidade, ganhou características próprias, mas não inteiramente desligadas.^{53 54}

Depois desse escorço histórico, pode-se indicar que a conduta jurídica diferencia-se da conduta moral, pois aquela é uma conduta de interferência intersubjetiva, em contraposição à moral, que é uma conduta com referência subjetiva. Moral e direito têm uma mesma “genética”, mas o que os diferencia é a exigibilidade da conduta, ou melhor, a faculdade de se exigir uma conduta estabelecida pelo próprio direito. Em ambas existem sanções em caso de descumprimento, mas a jurídica é organizada.

Tanto a conduta moral, quanto a jurídica desenvolvem em relação a alguém ou a um objeto; são, portanto, bilaterais. Mas a bilateralidade jurídica é específica, chamada de *atributiva*. Ambas as condutas são carregadas de valor, mas a jurídica atua num plano axiológico objetivo, sendo, como ressalta Miguel Reale, “insuscetível, como tal, de ser reduzido a prismas subjetivos variáveis, quer dos obrigados, quer de quantos participem de seus atos como espectadores”⁵⁵

A postura científica de diferenciação entre direito e moral tem como principal patrono o positivismo jurídico, pois vê a tese da separação como sustentáculo de suas teorizações. Mas, por tudo o que já foi colocado aqui, tal postura não deve eliminar uma possibilidade interpretativa que relacione o direito e a moral. Até porque, há, sem dúvida, uma necessidade de complementação recíproca, já que a moral não dispõe dos instrumentos coercitivos tão fortes quanto o discurso jurídico. O direito, por sua vez, não é concebido para evitar as condutas errôneas. Por exemplo, o direito penal não existe para fazer com que não se cometam crimes, mas retribuir uma pena aos que praticam. Já a ética, ao contrário, tem esse papel de agir sobre o ser - humano, compelindo-o para que ele não aja criminosamente.

Dessa forma, o complexo institucional que envolve o direito faz com que a moral, atrelada ao direito, possa constranger a conduta. “Se em sociedades modernas a moral é capaz de orientar a ação, mas não é capaz de dispor os sujeitos para o agir, ela precisa do direito para adquirir efetividade, na medida em que este se constituirá, além de *um sistema de*

⁵³ Para um panorama sobre a relação histórica entre o discurso jurídico e religioso, cf. BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. *Relação entre o Pensamento Jurídico e Religioso da Antiguidade à Pós-modernidade*. **Evocati Revista**, Aracaju, n. 60. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=454>. Acesso em: 04/07/2011

⁵⁴ Ao direito não cabe apenas uma análise lógica, ou hermenêutica do texto, mas entender que o direito é conduta efetiva do homem, e por tal natureza, relaciona-se com a moral, religião e política. Direito não se restringe ao texto normativo. Nesse sentido entende Carlos Cossio ao afirmar de encontro ao formalismo jurídico que: “Todo el argumento reposa en el divorcio entre norma como cosa independiente y conducta, olvidándose de que el Derecho positivo es conducta efetiva de los hombres.” (COSSIO, Carlos. **La Valoración y La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 77.)

⁵⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 697.

saber, também um sistema de ação.”⁵⁶ (grifo o original). Jürgen Habermas entende que a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral⁵⁷, não resultado nem da pura imposição legislativa, nem da procura substancialista do bem comum.

O presente trabalho tem como objetivo principal tratar do discurso jurídico da laicidade. Mas para tanto, poder-se-ia partir de uma perspectiva somente formal e histórica dos institutos que “garantem” o Estado laico. Ao contrário, parte-se aqui da necessidade de uma crítica ética ao discurso jurídico da laicidade, já que sem os limites impostos pela ética, o direito resvala num tecnicismo ignorante. Tão absurdo quanto a idéia do direito natural da existência de regras externas imutáveis. O formalismo jurídico irracional leva a um fenômeno chamado por Lênio Streck de *fetichização do discurso*⁵⁸, pois é um discurso auto-referente que gera uma cadeia significativa que acaba ocultando as condições de sua produção do sentido.

Eduardo Bittar elenca alguns resultados possíveis quando se opta por uma postura zetética-crítica, não-formalista:

- A visão das modificações e das necessidades de adaptação do circuito das decisões sociojurídicas às mudanças em curso.
- O processo de esclarecimento, em meio a conturbadas transformações, dos critérios para a reconstrução dos paradigmas jurídico-institucionais;
- A construção de uma leitura crítica, ante a necessidade de renovação, dos institutos e valores jurídicos não mais valiosos para a construção da vida social;
- A avaliação e discussão cuidadosa do conteúdo das mudanças, em face das avassaladoras tentativas de desestruturação do convívio social, a partir de projetos insustentáveis, imersas nas vozes reformistas e no espírito vanguardistas.⁵⁹

O ideal para a esfera humana do dever seria uma perfeita ligação entre direito e moral, ou seja, que se obedecesse às normas jurídicas com plena convicção. Mas a realidade é

⁵⁶ KEINNERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e Complementaridade entre Direito e Moral. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: um Guia de Leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 80.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.73.

⁵⁹ BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 12.

diversa. Tanto que Kant⁶⁰ já diferenciava a estrutura de dever-ser interna, ética: o imperativo categórico. Já o conceito de direito, para ele, diz respeito a uma relação externa, e absolutamente prática. O direito não tem como função prescrever um dever substancial (p. ex., que a liberdade seja o valor supremo de um ordenamento), mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, “as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros.”⁶¹

Já que nem sempre a ética e o direito apontam para a mesma conduta, fazem-se necessários estudos de cunho ético que buscam livrar o discurso jurídico de extremos. Tanto de um totalitarismo racista, excludente, de um lado, como de uma forma de liberalismo inconsequente, que não se preocupa em tentar antever os problemas sociais e culturais das suas decisões.

2.3. O problema do *Ethos* e o discurso jurídico da laicidade: crítica da modernidade⁶² e o direito como ambiente ético comum.

É impossível propor uma reflexão ética sem investigar como ela tem sido abordada na contemporaneidade, a partir da crítica da Modernidade. No tópico anterior, fizeram-se algumas considerações sobre como o discurso jurídico dissociado de uma reflexão ética pode levar a um formalismo indesejável. Mas tal constatação foi feita a partir de uma *perspectiva analítica* da relação entre direito e moral. No presente tópico, o foco é colocar a discussão anterior no “campo de batalha” política dos ideais da Modernidade e da sua crítica.

⁶⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1959, p. 17.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª Ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 114.

⁶² O termo “crítica da modernidade” foi escolhido em detrimento de pós-modernidade, pois este último não é unívoco, podendo-se delimitar, pelo menos, quatro grandes vertentes, como explica SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2011, p.166-167: “de acordo com a primeira, o capitalismo e o liberalismo triunfaram e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à Fukuyama; e democracia social centrista). De acordo com a segunda, a modernidade é, ainda hoje, um projecto inacabado, com capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda). De acordo com a terceira interpretação, a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução sócio-cultural irá, daqui pra a frente, assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudrillard, Vattimo, Lipovetsky). Finalmente, de acordo com a quarta interpretação, a modernidade entrou em colapso como projeto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e ecosocialista (o pós-moderno de oposição)”. Buscar-se-á apontar os termos que unem todas as perspectivas enquanto uma grande crítica aos ideais modernos.

O mundo da ciência passou por uma revolução após o Iluminismo e a posterior idealização do Estado laico, que gerou uma forte secularização não só no meio acadêmico, mas no próprio senso-comum. Neste contexto, tenta-se dar às ciências como um todo – o que inclui as sociais – contornos das ciências da natureza, já que estas são, em princípio, universais ou universalizáveis, o que confere força retórica ao método, sendo que o que não é quantificável passa a não ser cientificamente importante.⁶³ O que não se encaixa com o *método científico*, passa a ser relegado à arte, à poesia, e não serve como fonte de conhecimento *verdadeiro*. Acredita-se, desta forma, na existência de somente uma natureza metodológica válida.

No campo do estudo da sociedade, a Modernidade conduziu as proposições científicas a um programa “positivo”. Já que a “solução” para a condição humana não poderia mais ser determinada – no meio da prática científica e em grande parte da sociedade – pela religião, era necessário que as investigações científicas procurassem levar o ser - humano para outro “final feliz” fora da metanarrativa religiosa. O caminho para tal final feliz é enumerado por Castanheira Neves: “1) a verdade e o valor são acessíveis à razão; 2) só à razão são acessíveis a verdade e o valor; 3) a razão é a razão do “sujeito” moderno (cartesiano)”⁶⁴ Sendo assim, a ciência além de fundamentar um método, acabou por se identidicar e restringir-se com esse método.

O ideal Moderno extraiu sua legitimação da crença inabalável de que uma “solução” podia ser encontrada dentro de um programa “positivo”, imperativo, mas agora sem Deus, sem magia, *desencantado*.⁶⁵ No plano social, há um claro interesse da burguesia em patrocinar e expandir os ideais da Modernidade, já que esta classe, como infere Boaventura de Sousa Santos, “via na sociedade em que começava a dominar o estágio final da evolução da humanidade”⁶⁶

Apesar do Iluminismo ter sido o grande alavanque da Modernidade, não se pode identificá-las automaticamente, já que há também um pano de fundo comum entre a Modernidade e o Marxismo. Marília Muricy⁶⁷ identifica que entre os iluministas e marxistas há o ponto em comum matriz da Modernidade: a confiança na razão. Mesmo que com objetivos distintos, mantém-se o otimismo e a confiança na ciência como um meio para

⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 27.

⁶⁴ NEVES, A. Castanheira. **A Crise Acutal da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 20-21.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos**. Sobre a Ética Pós-Moderna. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 36.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 31-32.

⁶⁷ MURICY, Marília. Breves Notas Sobre Direito e Pós-modernidade. In **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Ano I. Vol. I. Salvador: Edições Ciência Jurídica Nova Alvorada Edições, 1996, p. 151.

consecução dos fins traçados. Do mesmo modo que as filosofias da natureza universalistas – que viam o mundo com um complexo de normas criadas por Deus - eram o centro emanador das reflexões na Pré-Modernidade, a ciência agora passa a representar o elemento unificador de um novo projeto social e meio de emancipação frente às contingências da natureza.⁶⁸

Apesar de tão grande otimismo, a modernidade trouxe consigo uma dúvida crucial, que Zygmunt Bauman denomina como o seu “ponto de combustão”, ou seja, o seu pressuposto de autodestruição:

É a suspeita, que teimosamente se recusa a ser dissipada, de que Auschwitz e o Gulag foram os *produtos legítimos*, e não aberrações, da típica prática moderna da “ordenação por decreto”; de que as outras faces da “universalização” são o divisionismo, a opressão e um salto rumo à dominação, enquanto as fundações supostamente “universais” muitas vezes servem como máscaras de intolerância em relação à alteridade e como licença para o sufocamento da alteridade do outro; e de que, em outras palavras, o preço a ser pago a ser pago pelo projeto de humanização é mais desumanidade.⁶⁹ (grifo nosso).

O direito, na Modernidade, é remodelado em relação a sua realidade pré-moderna na qual a legitimidade emanava justamente de sua ligação com a religião, com o *ethos*, e, juntos, representavam uma coesão na esfera humana do *dever*. O *ethos* e a religião determinavam a cidadania. Pertencer a um povo significava adorar certo deus, ter certos valores, e esse conjunto axiológico legitimava o rei e o direito. Mas “na medida em que as cosmovisões religiosas cedem o lugar a forças religiosas privatizadas e as tradições do direito consuetudinário são absorvidas pelo direito erudito, pelo caminho do *usus modernus*, a estrutura tridimensional do sistema jurídico se rompe”⁷⁰ O direito fica, então, reduzido a uma única dimensão, ocupando apenas o lugar reservado ao direito burocrático dos soberanos. De igual forma, a legitimidade do detentor do poder político emancipa-se da ligação com o direito sagrado.

⁶⁸ Lyotard sintetiza a alternativa moderna de mundo em dois eixos metódicos: “Se se quer tratar do saber na sociedade contemporânea mais desenvolvida, deve-se primeiramente decidir qual a representação metódica que dela se faz. Simplificando ao extremo, pode-se dizer que durante o último meio século, pelo menos, esta representação dividiu-se, em princípio, entre dois modelos: a) a sociedade forma um todo funcional; b) a sociedade divide-se em duas partes. Pode-se ilustrar o primeiro com o nome de Talcott Parsons (pelo menos o do pós-guerra) e sua escola; o segundo pela corrente marxista (todas as escolas que o compõe, por mais diferentes que sejam admitem o princípio da luta de classes e a dialética como dualidade trabalhando a unidade social).” (LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1998, p. 20.)

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos**. Sobre a Ética Pós-Moderna. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 46.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

Tal poder político, na Modernidade, tem o objetivo de preencher, através da legislação política leiga, o vazio deixado pelo direito natural prolatado por reis e seus sacerdotes. O legislador passa a ser o “sacerdote” detentor do poder soberano. Habermas, na mesma linha da questão da legitimidade anteriormente levantada por Bauman, questiona “até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante a do direito sagrado indisponível?”⁷¹

Deve-se perceber que o problema da legitimidade do direito na Modernidade é marcado pela mudança dos elos linguísticos que unem os indivíduos, que passam a ser mediados principalmente pelo discurso científico (natural e social) e jurídico. O primeiro, como já afirmado acima, é a chave para reconhecimento da pretensão de universalidade de qualquer discurso. Independente da área de aplicação, a proposição é avaliada através da sua adequação ao discurso científico. Só a ciência positiva pode validar “passos” seguros rumo ao progresso. Além deste discurso, o jurídico passa a ser o ambiente ético comum de uma sociedade que não mais divide os mesmos valores religiosos e, em muitas situações, morais. Não é preciso fazer uma grande investigação sociológica para perceber que diversos conflitos que historicamente eram resolvidos no seio das famílias, das vizinhanças, dos templos religiosos, passam a figurar nos tribunais.

A influência do discurso científico alcança todas as áreas do conhecimento e expressão humana. Mesmo no campo jurídico, a ciência é o parâmetro final que define uma proposição como justa ou não. Robert Alexy indica que o liame da injustiça extrema pode ser ultrapassado quando a fundamentação do discurso jurídico não satisfaz as exigências mínimas da racionalidade científica. Para tanto, usa o exemplo de uma proposta que sustente que a raça determina os pensamentos dos seres humanos. Ante tal assertiva, Alexy invoca o conhecimento científico, empírico, como forma de extinguir o argumento:

Tomemos apenas a afirmação nela contida de que a raça determina os pensamentos do indivíduo. Essa afirmação não condiz de forma alguma com o "*mais rigoroso conhecimento científico*", sendo empiricamente falsa, como ensina a própria experiência cotidiana. A conexão qualificadora ou flexível, que se toma clara quando se considera o sistema jurídico também como um sistema de procedimentos a partir da perspectiva do participante, não leva a uma conexão necessária entre o direito e determinada moral conteudística que deve ser caracterizada como correta, e sim a uma conexão necessária entre o direito e a ideia de uma moral correta, no sentido de uma moral fundamentada.⁷² (grifo nosso).

⁷¹ *Ibidem*, p. 233.

⁷² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 97.

Não se está sustentando que Alexy seja um cientificista, mas trata-se de uma demonstração de que, independentemente se procedimentalista ou substancialista, todas as linhas teóricas tentam apoderar-se do argumento de que suas pretensões são contempladas pelo método científico.

Ao transpor tal constatação para as dinâmicas sociais da esfera pública, pode-se notar que qualquer grupo que pretenda romper eclusas e sair de uma posição de discriminação, ou de abandono pela Administração, recorre ao discurso científico como sustentáculo de sua empreitada. Com as contribuições da crítica da Modernidade⁷³, a mobilidade de reconhecimento de direitos aumentou, já que se passou a postular que o método científico deve dialogar com as diversas cosmovisões representadas na sociedade, e não ficar preso nos “templos modernos” dos laboratórios.

Há, entretanto, uma grande encruzilhada a ser transposta pelo discurso jurídico na Modernidade: a ciência não é capaz de responder a curto e médio prazo várias questões como, p. ex., quando começa a vida, se o feto anencéfalo é digno de proteção ou não.⁷⁴ Para respondê-las é preciso apelar para a ética. Ou seja, é preciso decidir sobre a dignidade.

Entra-se agora num outro nível do problema também alertado pela crítica da modernidade: o *ethos* encontra-se pulverizado a ponto de cada grupo e até mesmo indivíduo sustentar sua própria moral, religião, orientação sexual, sua posição política (ou apolítica) e

⁷³ No campo da filosofia da ciência, através da influência de Nietzsche, a crítica da modernidade aponta uma defasagem da paradigma principal da ciência moderna: a confiança no método como forma de se chegar a verdade. Propõe, portanto, uma abertura do método a outras narrativas da realidade além da simples razão (como a religião, a arte, o senso-comum) como contribuição ao acesso à verdade. Nesse novo paradigma, a razão não é mais vista como elemento transcendental que unifica os seres humanos, mas a linguagem.

Feyerabend (FEYERABEND, Paul. **Contra o Método**. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 37.) é um dos que entende que não se pode sustentar que existam regras metodológicas imutáveis já que tal assertiva não condiz com a própria história da ciência que tem sua evolução justamente na violação da epistemologia vigente como fator de progresso, de novas descobertas, através de hipótese *ad hoc*, que contradizem, muitas vezes, resultados empíricos já amplamente aceitos pela comunidade científica.

Thomas Kuhn (KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 116.), ao investigar as revoluções científicas, percebe que a transição de um paradigma em crise está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. Ou seja, não basta uma simples reformulação de paradigmas, mas, antes, uma verdadeira “reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações.” (grifo nosso). Nas ciências humanas, Derrida (DERRIDA, Jacques. **A Escrita A Diferença**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995, p. 230) - com a sua doutrina do *differance* - propõe uma superação do “logocentrismo” que relegou a ciência à dicotomia fora/dentro da estrutura metodológica. Aponta que o centro da metodologia geralmente é fundamentado por elementos externos, interdisciplinares, ou seja, “o centro não é no centro”, tornando-se complicado estabelecer o que está fora ou dentro, p. ex., do direito ou da filosofia.

⁷⁴ Referência ao ADPF/54 que tramita no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

suas regras de etiqueta.⁷⁵ Com o fim da pré-modernidade, o direito assume o papel antes ocupado pelo *ethos* como alicerce da sociedade. Apesar de não mais existir só uma religião, uma moral, existe um só direito destinado a todos. Sendo assim, é no campo do direito que os agrupamentos sociais discutem questões éticas e morais, pois o *direito é o ambiente ético comum*.

Há, dessa forma, um sobrecarga do direito estatal, já que este é o principal meio de resolução de conflitos em virtude dos meios alternativos (arbitragem e mediação p. ex.) tratarem em grande parte de direitos patrimoniais disponíveis, ou precisarem da homologação do próprio Judiciário. Outro efeito é que “a procedimentalização e a possibilidade sempre presente de modificar rapidamente os conteúdos éticos do direito positivo, ocorrida com a dogmatização do direito ocidental, levam a uma disponibilidade de conteúdos éticos nunca vista.”⁷⁶

De um lado, encontra-se um direito que, muitas vezes ébrio pela *fetichização* do seu discurso, desvinculado de uma reflexão ética, legitima sua própria insuflação e derrocada, gerando uma esperança exacerbada num cientificismo como único meio de “solução” para a questão humana. De outro estão as crescentes demandas sociais por regulamentação de conflitos éticos.

O positivismo tradicional, que buscava afasta-se da ética, que se dizia “puro”, não é capaz de explicar corretamente a dinâmica do direito contemporâneo, com as rápidas transformações pelas quais tem passado o mundo rumo à formação de uma sociedade global, porém multifacetada.⁷⁷ O *homo juridicus* é idealizado pelo positivismo em contraposição ao homem real, afastado do senso-comum, da religião e da ética. Ocorre que, diante das críticas feitas à Modernidade, surge a necessidade de uma mudança paradigmática dentro do campo jurídico que aponta para a urgência em se considerar elementos da fala pré-científica do senso-comum como forma de aperfeiçoamento da prática dos juristas.⁷⁸

Nesse sentido, tratando especificamente do campo do discurso jurídico sobre a laicidade, a insistência em recusar uma conexão entre o direito com o mundo da vida, com o senso-comum, pode legitimar que posições totalitárias tornem-se hegemônicas. No totalitarismo, o direito e o Estado são apenas instrumentos vazios de sentido, subordinados às

⁷⁵ ADEODATO, João Maurício. **Retórica Constitucional**. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 137.

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 203.

⁷⁸ MURICY, Marília. **Senso Comum e Interpretação Jurídica**. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: PUC/SP, 2006, p. 35. (Doutorado em Filosofia do Direito).

verdades da ciência e ao progresso da técnica. Nesse sentido, Henrique Vaz entende que a discussão sobre a relação entre ética e direito tem uma importância além do plano analítico, teórico. Implica em saber em qual tipo de sociedade se quer viver:

As sociedades políticas contemporâneas encontram no âmago da sua crise a questão mais decisiva que lhes é lançada, qual seja a da significação ética do ato político ou a da relação entre Ética e Direito. Na verdade, trata-se de uma questão decisiva entre todas, pois da resposta que para ela for encontrada irá depender o destino dessas sociedades como sociedades *políticas* no sentido original do termo, vem a ser, sociedades *justas*. A outra alternativa que se esboça no horizonte é a dessas sociedades como imensos sistemas mecânicos dos quais a liberdade terá sido eliminada e que se regularão apenas por modelos sempre mais eficazes e racionais de controle do *arbitrio* dos indivíduos, já então despojados da sua razão de ser como homens ou como portadores do *ethos*.⁷⁹

É do debate entre uma sociedade de liberdade, de respeito à individualidade e uma na qual se privilegia uma sistematização alheia à percepção do homem enquanto *projeto*, que se retoma, aqui, o embate entre substancialismo e procedimentalismo. Agora se pode entender mais claramente a assertiva feita anteriormente na qual se dizia que este trabalho tenderá a um procedimentalismo atento às consequências, o qual permite que os conteúdos éticos mudem, mas que a velocidade de tais mudanças não legitime ações contra as minorias religiosas, no caso específico da laicidade.

A validade do direito aqui não decorre da ideia de uma moral universal legitimadora da legalidade. Vê-se, nesse aspecto, que a dissensão entre substancialistas e procedimentalistas vem da colisão entre a herança de Hegel e Kant.

Para o primeiro, a vontade do indivíduo deveria ser determinada por valores objetivos, na qual a subjetividade moral nada determina, ao contrário do ideal do imperativo interno kantiano.⁸⁰ Para Hegel, “o caráter moral objetivo conhece que o seu fim motor é o universal, imutável se bem que aberto em suas determinações à racionalidade real, e reconhece que a sua dignidade, assim como tudo o que na existência assegura os seus fins particulares, se funda neste universal onde realmente os encontra.”⁸¹ Em contrapartida, o já comentado procedimentalismo de matriz kantiana baseia-se na concepção de fundamentação

⁷⁹ VAZ, Henrique Claudio Lima. **Escritos de Filosofia II**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 180.

⁸⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. Olando Vitorino (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 143

⁸¹ *Ibidem*, p. 147.

moral autônoma de um valor totalizante dos que pode ser aceita racionalmente por todos os cidadãos.⁸²

Deve ficar claro que não se sustenta aqui a instituição de um “tribunal neutro” capaz de decidir qual a cosmovisão está correta: religiosa ou naturalista. Ao contrário, entende-se que o Estado deve incorporar o *projeto* próprio de que o embate entre os *projetos* (religioso e naturalista) nunca terá fim. Tanto o naturalismo quanto a religião não são relativistas e tem incorporados em si projetos que vislumbram fins opostos, mas parecidos: o mundo sem mal. Vem daí a necessidade da *tolerância* como base identitária do Estado. Este, por sua vez, nunca será neutro, já que seus agentes nunca o serão.

O Estado laico deve garantir que quando ele mesmo adote algum valor circunstancial, não produza um discurso jurídico que determine o perecimento do *projeto* dos que ainda buscam a contemplação de suas demandas. Em resumo: *a laicidade é uma promessa assumida pelo Estado de que não irá determinar uma moral vencedora eternamente, ou qual é o estágio final da evolução da sociedade, mas garantirá uma eterna arena de discussão tolerante e não-violenta.*

Mesmo que haja um interesse público que limite a liberdade religiosa, esta não pode ser eliminada completamente do campo público pela autoridade laica. Nesse sentido, declara John Rawls:

Todos concordam que a liberdade de consciência é limitada pelo interesse geral na segurança e ordem públicas. Essa mesma limitação é facilmente dedutível do ponto de vista contratualista. Em primeiro lugar, a aceitação dessa limitação não implica que os interesses públicos sejam, em qualquer sentido, superiores aos interesses religiosos e morais; nem exige que o governo veja as questões religiosas como fatos indiferentes, ou reivindique o direito de suprimir convicções filosóficas quando estas conflitam com assuntos do Estado. O governo não tem nenhuma autoridade para tornar associações legítimas ou ilegítimas assim como não tem essa autoridade no que se refere à arte e à ciência.⁸³

Habermas entende que o melhor modelo de relação social entre o naturalismo e a religião é um “processo de aprendizagem dupla”, na qual se deve tentar prever as *consequências* que cada ato normativo gera para a relação entre os cidadãos crentes e não-crentes. Tal sociedade é chamada de *pós-secular*, pois tem como marca um tipo de

⁸² HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização**: sobre razão e religião. Florian Schuller (Org.). Alfred J. Keller (trad.). Aparecida: Ideias e Letras, 2007, p. 52.

⁸³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 230.

secularização que entende “a sociedade como um processo comum de aprendizagem complementar, ambos os lados estarão em condições de levar a sério em público, por razões cognitivas, as respectivas contribuições para temas controversos.”⁸⁴

Para tanto, é necessário que ambas as partes desse embate entendam que a tolerância exige um fardo.⁸⁵ Tal fardo não vem da imposição de relativização das convicções dos grupos, mas da aceitação de que seus *projetos* nunca devem ser impostos violentamente, somente através da permissão do outro. Além disso, o fardo vem da compreensão de que o *projeto* do grupo não será universal. Pelo menos enquanto a condição humana for limitada e mortal, certamente sempre haverá um projeto discordante em questões como a existência de Deus, ou como a vida veio a ser vida. Este fardo pode ser caracterizado como uma *aposta* pela qual os grupos vivem, mas entram em acordo de como estabelecer as regras do jogo. Sem o jogo não há aposta. Sem a arena pública tolerante não há possibilidade de liberdade, de se viver o próprio *projeto*.

Um Estado totalitário – que no contexto do estudo da laicidade seria denominado de *laicista* - para poder ser construído por um grupo dono do poder, precisa rebaixar outro grupo a uma categoria de sub-cidadãos. Precisa rebaixar, portanto, o próprio conceito de ser-humano para um de ser vivente, que *labora*, mas não *age*, não *projeta*. O ser-humano é, como uma estrutura empírica, limitado. Mas enquanto *eu, pessoa*, é uma estrutura sempre aberta. Como define Júlian Marías, “viver é projetar”⁸⁶. O ser-humano é essencialmente *futuro*. Negar-lhe viver no presente tal futuro, é matar sua humanidade, sua dignidade.

⁸⁴ *Idem*, p. 52.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião**. Estudos Filosóficos. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 290

⁸⁶ MARÍAS, Júlian. **Antropologia Metafísica**. Diva Ribeiro de Toledo Piza (trad.). São Paulo: Livraria Duas Cidades, p. 245.

3. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO SOBRE A LAICIDADE E A TOLERÂNCIA

3.1. Considerações iniciais.

No primeiro capítulo do presente trabalho foram demarcados limites antropológicos e axiológicos da natureza humana em relação jurídica e política. O presente capítulo preocupa-se com as referências históricas e dogmáticas jurídicas sobre a laicidade. Juntos – os marcos antropológicos/axiológicos e os históricos que se seguirão – formam o alicerce teórico de delimitação ética do discurso jurídico sobre a laicidade apresentados no terceiro capítulo.

Deve-se, antes de tudo, inferir que fazer um simples histórico do discurso da laicidade dos Estados seria insuficiente separado da constatação de como se desenvolveu a tolerância religiosa e a liberdade religiosa. Na verdade, é da maturidade da discussão política sobre a tolerância e liberdade religiosa que se consolida o próprio conceito de laicidade como *compromisso estatal de garantir uma esfera pública sem violência e pluralista*.

Liberdade religiosa e tolerância não significam a mesma coisa, apesar de possuírem, como se verá, forte dependência. A liberdade religiosa é um direito fundamental, inalienável. Já a tolerância é uma postura de reconhecimento do direito à liberdade religiosa e de consciência aos diferentes.

Na dinâmica histórica da liberdade religiosa, pode-se perceber que muitas vezes grupos que sofriam intolerância, ao assumirem o poder político, tornam-se agentes de intolerância. A tolerância num Estado democrático de direito não deve significar uma atitude de uma maioria religiosa presente num território que tolera uma minoria. Nesse sentido, tal tolerância poderia ser cassada quando fosse do interesse de tal maioria, ou quando a minoria começasse a disputar meios de controle social.

O conceito de tolerância que este trabalho vislumbra sustentar vai além da sobreposição entre grupos, mas tem relação com a atitude de propagar o diálogo entre as diferentes cosmovisões. Aproxima-se, então, do conceito proposto por Rawls de *pluralismo racional e consenso sobreposto*.⁸⁷ Numa sociedade pós-convencional (Habermas), na qual não há uma teoria abrangente que fundamente a opinião políticas de todos, propõe-se que

⁸⁷ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**: uma reformulação. Erin Kelly (Org.). Claudia Berliner (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45. O conceito de consenso sobreposto é analisado no tópico 4.2, cf. p. 98-99.

posições públicas sejam compartilhadas, mas não se exige que se fundamentem numa única fonte doadora de razão, sendo que, muitas vezes, pode até haver oposições entre concidadãos sobre as visões sobre religião e moral.

O histórico seguinte tem uma função que vai além de informar como surgiu o discurso jurídico da laicidade no Ocidente. Não se quer aqui apresentar conceitos através de um “universalismo a-histórico”, ou apelando para o “manualismo”, ou o “reverencialismo” encarando declarações de especialistas como a “verdade” última sobre o assunto.⁸⁸ O que se almeja, neste trabalho jurídico, é que a história apenas demonstre a fragilidade da tolerância e da liberdade religiosa que sempre existiu e como é possível um fortalecimento recíproco entre o ideal de Estado democrático de direito, e a promessa estatal da laicidade.

Não seguirá, portanto, um roteiro *cronológico rígido e exaustivo*, mas tenderá a explicar fatos históricos que colaboraram para a construção de conceitos-chave da tolerância, liberdade religiosa e laicidade. Entretanto, tal abordagem histórica estará incompleta sem a menção da dogmática jurídica sobre a laicidade. Já que a laicidade é, como já se afirmou acima, um compromisso solene do Estado, devemos conhecer como se positivou tal compromisso historicamente.

3.2 Histórico da Liberdade Religiosa e Tolerância.

3.2.1 Antiguidade e Idade Média.

Um breve olhar sobre a história revela que o tempo da intolerância religiosa é imensamente superior ao de tolerância. Quase sempre quando o rei, pathesi, ou líder tribal demandava honras destinadas aos deuses, considerava-se o estrangeiro (portanto, adorador de outros deuses) como ateu e não digno de desfrutar dos mesmos direitos dos cidadãos “filhos” do deus, da terra, da pátria.

A tolerância na Antiguidade era rara e, quando ocorria, tinha um cunho político-pacifista de dominação. Um caso famoso de intolerância religiosa foi o do filósofo

⁸⁸ A apresentação de históricos nos trabalhos acadêmicos jurídicos pode incorrer em problemas como o “universalismo a-histórico”. Isso ocorre quando, por exemplo, “num trabalho sobre justiça tributária, seu autor, em não mais do que meia página, faz um percurso de milhares de anos que começa com os egípcios” OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurábi!** Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/OLIVEIRA_Luciano_.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>, Acesso em 14/02/2012, p. 13.

grego Sócrates⁸⁹ acusado pelo poeta Meleto de perverter os jovens e de ser ateu, ou seja, de afrontar os deuses do Estado. Se fosse possível avaliar tal julgamento com os olhos contemporâneos, poderia-se argumentar que Sócrates teve sua liberdade de consciência violada, não a religiosa. Deve-se salientar, entretanto, que não pode tal diferenciação ser colocada aqui, já que a dicotomização só surgiria após a proposição Moderna de separar a religião da política e da moral. O caráter religioso é notório, já que Sócrates é acusado de ateísmo.

Apesar dos inúmeros exemplos da Antiguidade, o ponto inicial deste trabalho não partirá do modelo grego e dos povos posteriores que impuseram a cultura e religião helenística por todo o mundo conhecido. É em Roma que se encontra os germens que influenciaram a teorização da laicidade no Ocidente.

Em Roma, os cultos religiosos faziam parte da competência dos funcionários públicos e havia uma tolerância em relação a outras práticas diferentes das romanas. Mas tal tolerância somente ocorria desde que se aceitasse o culto ao Imperador, considerado *sumo pontífice*, digno de adoração. Esta imposição não era aceitável para o cristianismo primitivo. Malgrado procurassem respeitar as autoridades⁹⁰, os cristãos eram objeto de perseguição e incriminação.

Com o início do declínio do Império, partir do século IV, na esfera política a máquina deixa de funcionar a contento com o aumento das invasões bárbaras. Economicamente, houve uma significativa baixa da classe-média e aumento da dependência dos camponeses. Socialmente, por tudo o que foi falado, os homens romanos foram levados à escolha entre a emigração ou a servidão.⁹¹

Neste contexto de crise, percebe-se o potencial socialmente integrador do cristianismo. Constantino foi o responsável pela transformação do cristianismo – até então uma religião marginalizada, que teve origem numa pequena província - na religião oficial romana, fazendo com que a nova fé servisse de coluna vertebral de uma homogeneizante *religião civil*. Os propósitos de tal mudança consistiam em assegurar *pax terrena*, ou seja, a legitimação do poder, a estabilidade das instituições e a integração e coesão do tecido social.

⁸⁹ A vida de Sócrates foi descrita por seu discípulo Platão (especificamente a sua condenação em “Defesa de Sócrates”) e por outros filósofos gregos posteriores como Xenofonte (“Ditos e feitos memoráveis de Sócrates e Apologia de Sócrates”) e Aristófanes (“As nuvens”). Todos estes textos de referência estão reunidos em PLATAO; XENOFONTE; XENOFONTE; ARISTÓFANES. **Defesa de Sócrates**. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1987.

⁹⁰ O cristianismo prega, entre outras normas, o dever de respeitar as autoridades. Paulo, na sua carta aos Romanos 13:1, é claro quando diz: “Todo homem esteja sujeito às autoridades superiores; porque não há autoridade que não proceda de Deus; e as autoridades que existem foram por ele instituídas”

⁹¹ BARK, William Carroll. **Origens da Idade Média**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979, p. 94.

No século VIII, Constantino outorga um edito de doação de diversos símbolos romanos à Igreja Cristã, que, inclusive, são utilizados atualmente pelo Sumo Pontífice da Igreja Católica. Entre eles está a coroa, o diadema, o manto purpúreo e a túnica escarlate, todo traje imperial, inclusive uma coroa similar a que ele usava, deveria pertencer ao Bispo de Roma, à época o Papa Silvestre I. Além destes símbolos, entrega ao Papa o poder sobre o palácio de Latrão, como também possessão sobre a cidade de Roma e todas as províncias.⁹²

A cristianização do Império Romano realmente alterou a história do Ocidente, já que, com a referida queda, a Igreja Católica Apostólica Romana, no ponto de vista jurídico, sustentará que o Papa era, não apenas sucessor de Pedro e da cristandade, mas também sucessor de César, ou seja, herdeiro direto da dignidade imperial. Isto se deu, entre outros fatores, por força da doação que Constantino fez à Igreja⁹³.

Foi o Papa Silvestre I quem presidiu o Concílio de Nicéia, no qual a Igreja passa a adotar posições de integração entre as crenças cristãs e os costumes romanos, sendo também marcado por um forte anti-semitismo, que será reforçado pelos concílios posteriores. O Concílio de Antioquia (341), primeiramente, proibiu aos cristãos a celebração da Páscoa com os judeus. Já o Concílio de Laodicéia proibiu os cristãos de observar o sábado (*Shabbat*). O *Shabbat* foi substituído pelo domingo, que era um dia de adoração do sol para os romanos e foi considerado como dia sagrado devido à ressurreição do Cristo ter sido neste dia.

Quando se discute, na atualidade, os direitos fundamentais à liberdade religiosa dos que guardam o sábado, muitos juristas inadvertidamente não têm noção da profundidade do tema com os quais estão tratando. As relações entre religião e Estado são tão antigas e profundas que somente uma pesquisa histórica e política pode socorrê-lo. Não é sem razão que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XV, prevê o descanso semanal remunerado preferencialmente aos domingos. Como se verá, o Brasil é um país laico, mas de grande influência Católica. Todo agente autorizado a prolatar o discurso jurídico - quer normativo, decisório, ou científico - deve ter em mente tais ligações sob pena de incorrer em grave discriminação. Tal discussão será travada adiante. Por hora, deve-se continuar o percurso histórico proposto.

Com a *totalidade* da verdade nas mãos, houve uma inversão das perseguições religiosas que até então ocorriam: os cristãos de perseguidos passaram para uma posição política e juridicamente privilegiada na qual o paganismo são punidos com a pena capital. Foi

⁹² SÁNCHEZ, Maria Guadalupe Pedrero. **História da Idade Média: Textos e Testemunhas**. São Paulo: UNESP, 2000, p.125-126.

⁹³ A partir de agora quando for usado o termo “Igreja”, está se referindo à Igreja Católica.

ordenada, ainda, a destruição de todos os locais e objetos do culto não-cristão, sendo os seus bens confiscados e atribuídos às igrejas.

No plano político e teológico, a Igreja reclama, a partir do século IV, a superioridade intrínseca do seu discurso relativamente a todos os aspectos da vida, inclusive ao direito. A partir desta perspectiva, passa-se a construir toda cultura ocidental centrada na ótica teológica, mais especificamente, refletindo a posição de superioridade da verdade objetiva encarnada na doutrina e na prática da Igreja.

Após a queda do Império Romano Ocidental, a Igreja passa a adotar a distinção romana entre *auctoritas* e *potestas*, ou seja, reclamava para si a primeira, deixando a segunda aos príncipes seculares que representavam os povos bárbaros que agora passaram a dominar a Europa. A situação se resumia em que o poder político organizado era somente um poder, mas não era a autoridade, não tinha a última palavra, esta pertencia aos que se diziam representante de Cristo na terra, que eram responsáveis para adequar a realidade política, jurídica, artística, científica em geral à vontade de Deus.

Foi exatamente de tal divisão entre o plano divino e o terreno com implicações políticas, que Agostinho concebeu a famosa distinção entre a Cidade de Deus (*Civitas Dei*) e a dos Homens. O objetivo maior dos pensadores da patrística era a de, num mundo repleto de iniquidades, aproximar o homem de Deus. Para tanto, deveriam reinar em todas as relações humanas os princípios divinos insculpidos tanto no coração humano, quanto na Terra, instalando-se, assim, a Cidade de Deus.

Tal pretensão da Igreja de ser centro doador da verdade (quer científica, quer teológica) fica evidenciada nas famosas proposições papais *Dictatus Papae* (ano 1075). Nela, o Papa Gregório VII (1025-1085) determina, por exemplo, que seu título é único no mundo (artigo 11), que a Igreja Romana não se enganou e não se enganará jamais segundo o testemunho da Sagrada Escritura, e que só a ele era lícito depor um Imperador (artigo 12).⁹⁴ Este último ponto é essencial para a presente pesquisa, já que a crescente organização das cidades e institutos por causa do comércio, começaram a demandar uma estrutura que pacificasse, protegesse e garantisse o crescimento econômico. O poder secular (dos príncipes), que antes eram legitimados pela autoridade papal, começa a se rebelar.

Na intenção de resguardar sua liberdade de organização, a Igreja formula o conceito da *libertas eclasiae* a fim de não sofrer influência dos príncipes em assuntos internos. A luta entre o poder temporal e o poder espiritual prolongar-se-ia durante quase todo

⁹⁴ SÁNCHEZ, Maria Guadalupe Pedrero. **História da Idade Média: Textos e Testemunhas**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 128.

o medievo, fazendo com que vários príncipes fossem destituídos por não acatarem a vontade da Sumo Pontífice.

O sistema do poder e de direito na Idade Média, centrado no soberano, está ligado ao mecanismo de apossamento da terra, sendo que o servo poderia usá-la com algumas contraprestações, que geralmente eram desmedidas ao ponto do soberano ter poder de vida ou morte. Mas, por mais que seja verdade que a soberania secular possuía o direito basilar da ordem jurídica, ela era limitada pela ideia de soberania divina, ou seja, de um poder político que encontrara sua fonte e seu limite em Deus. Como foi referido acima, a *potestas* deriva-se dessa suprema *auctoritas*, que atuava conforme o ensinamento da Igreja que, por sua vez, atuava como limitadora do poder político.

Não se pode cometer aqui um erro grosseiro de denominar a Idade Média de Idade das Trevas, já que tal alcunha vem das críticas do Renascimento e posterior Iluminismo como sendo época de luzes, de liberdade, de igualdade. Em toda a história, não somente na Idade Média, houve dominação intelectual. O que ocorria no medievo era que a verdade dependia do aval da Igreja. Contemporaneamente, depende da corroboração dos meios acadêmicos, quando se fala em avanços científicos.

Com efeito, como já apontado anteriormente ⁹⁵, sempre que se quer dar ao discurso um alcance universal, o autor justifica sua proposição através da menção à linguagem universal de sua época. O que diferencia a justificação entre a Idade Média e a atualidade é o “tribunal linguístico”. Na primeira são as normas da Igreja, o direito canônico e as regras eclesiásticas. No segundo caso, todo o discurso que se quer fazer aceitável deve incluir a frase: “está comprovado cientificamente”. Porém isso não quer dizer que se está vivendo, na atualidade, um totalitarismo da ciência. Isso não será verdade enquanto for possível professar livremente crenças, ao contrário do que ocorre em sistemas científicistas-ateístas, que já é um totalitarismo.

É na Idade Média que surgem, por exemplo, as grandes universidades europeias. É da codificação e organização do direito canônico que o direito moderno vai beber ao estabelecer regras hermenêuticas. O que marca negativamente a Idade Média não é a ignorância intelectual, mas o totalitarismo encampado pela Igreja Romana.

Não importa o tempo, se não há a liberdade espiritual de seguir o *projeto* que se entende individualmente ser o correto em prol do “bem” da comunidade, fica notório o totalitarismo. Sempre existem, nesses casos, mecanismos de opressão intelectual e física com

⁹⁵Vide tópico 2.3 do primeiro capítulo do presente trabalho.

o fito de moldar todos os cidadãos de uma comunidade. No caso da Idade Média, a Igreja implantou a Inquisição como forma de combater heresias, e já que controlavam os príncipes, tais heresias eram também crimes contra o Estado.

3.2.2. Reforma Protestante e Iluminismo.

A Idade Média ficou marcada pelo fato da Ética estar subordinada a uma ordem transcendente doadora de sentido a todos os âmbitos do conhecimento humano. Como reação, os pensadores do Renascimento (a partir do final do século XIII) procuraram explicar o mundo tão-somente segundo exigências humanas. Ou seja, as repostas transcendentais de legitimação não são mais consideradas como satisfatórias.

O homem passa a colocar-se no centro do universo (humanismo), indagando da origem de tudo aquilo que faz parte da sua realidade. A preocupação dos cientistas das mais diversas áreas do renascimento é não se contentar com explicações fora da verificação racional. Para tanto, passam a dar valor ao problema das origens do conhecimento, a uma fundamentação segundo verdades evidentes.⁹⁶

Tal modificação de postura repercute, então, nas formulações de que era possível organizar a sociedade racionalmente, sem conformá-la às tradições pelo simples fato de serem tradições, de maneira acrítica. A sociedade passa a ser entendida não mais como uma ordem natural, pré-estabelecida, hierarquizada, sem mobilidade, mas sim como um espaço aberto à individualidade, à mobilidade econômica (crescimento da burguesia), à crítica religiosa etc. “Os poderes político e religioso surgem cada vez mais compreendidos como uma realidade socialmente construída carecida de justificação racional e de análise crítica. Ora, esses movimentos começavam precisamente a ocorrer com o Renascimento e a Reforma”.⁹⁷

Tal mudança de postura fará prosperar um Jusnaturalismo distinto do de cunho teológico: não mais ligado a uma lei insculpida por Deus no coração humano, ou simplesmente presente na natureza, mas que tenha o homem como ponto de partida.⁹⁸ Enquanto para Tomás de Aquino parte-se da a "lei" para depois se pôr o problema do "agir segundo a lei", para o Jusnaturalismo Racionalista põe-se primeiro o "indivíduo" com suas

⁹⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 645.

⁹⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Direito à Liberdade Religiosa: Pressupostos Histórico-Filosóficos**. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1464.pdf>>, p. 337. Acesso em 24/11/2011.

⁹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 647.

capacidades, para depois se pôr a "lei". O Jusnaturalismo do Renascimento nada mais é do que uma reação à situação teocêntrica na qual o Direito se encontrava o medieval. Na prática, antes de estar ligado à filosofia cristã medieval, o Direito tinha na Igreja, e em suas tradições, sua única fonte última de validade.⁹⁹

O curioso é que o humanismo nasce da crítica dogmático-teológica e avança, posteriormente, para discussões e proposições políticas profundas. Antes mesmo de haver lutas pela Reforma Religiosa, ou pela separação entre Igreja e Estado, homens como Marsílio Ficino e Pico della Mirandola pretenderam instaurar a paz religiosa, pregando uma antropologia filosófica que demandava uma sociedade tolerante e aberta à livre discussão.

Mas o totalitarismo implantado pela Igreja inflamou reações que não permaneceram no campo teórico, mas propuseram uma quebra da hegemonia cultural e política da Igreja. A Reforma Protestante trouxe um verdadeiro rompimento do cristianismo que repercutiu tanto em mudanças doutrinárias, como na construção do Estado Moderno. Além disso, é a partir da Reforma que nascem as primeiras formulações sobre liberdade religiosa para proteger uma minoria protestante diante das perseguições feitas pela maioria católica. O declínio da hegemonia da Igreja comprometeu decisivamente as aspirações de unidade teológico-política da Cristandade Católica Romana, colocando sob forte pressão o conceito de *libertas ecclesiae*.

Num contexto de lutas intensas pela disputa do poder entre a Igreja Católica e os príncipes, a Reforma passou a ser uma aliada destes a fim de legitimar suas intenções. Inevitavelmente, diversos conflitos religiosos passaram a ocorrer já que as confissões religiosas emergentes da Reforma de igual forma reivindicavam para si o estatuto da verdadeira religião, e pretendiam ver tal status devidamente reconhecido pelos poderes públicos. Deve-se destacar, mais uma vez, que os apologistas da tolerância não eram, ainda, anticlericais, como o serão no tempo do Iluminismo. Os debates ocorreram sempre entre homens da Igreja e o seu objeto incidia, sobretudo, na interpretação da Bíblia. Não havia, ainda, uma rejeição à própria religiosidade.

Foi esta junção de situações que impulsionou os teóricos do direito e do Estado formularem soluções institucionais que permitissem a coexistência, no seio da uma comunidade política, de confissões religiosas que estavam em rota de colisão.¹⁰⁰ Tal situação de crise religiosa, econômica e política, juntamente com a ideia de volta do império da Razão,

⁹⁹ BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 236.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 60.

comum aos renascentistas, impeliu a proposição de uma nova estrutura estatal capaz de dirimir conflitos.

Não é interesse de o presente trabalho perpassar detalhadamente por todos os eventos históricos que geraram o Estado Moderno, mas retirar da história os conceitos-chave que levaram ao compromisso estatal de tolerância e laicidade. Acima já foi abordado o totalitarismo católico na Idade Média, o surgimento da pluralidade através do humanismo e a Reforma Protestante, os embates que passaram de teológicos para políticos gerando conflitos armados, como o famoso Massacre da noite de São Bartolomeu (1572), em Paris. Destaque-se, ainda, que um pilar histórico importante foram as publicações de obras especificamente sobre a necessidade de tolerância.

No Estado Moderno no séc. XVI, apesar dos príncipes já possuírem ampla independência dos ditames da Igreja (Absolutismo), ainda há a dependente da *auctoritas* que fundamentava o “direito divino dos reis”. Desta forma, o discurso sobre a tolerância ganha força justamente através dos filósofos que vislumbravam o fim do Absolutismo, dentre eles estava John Locke. Entre escritos valiosos do referido autor como “Dois Tratados Sobre o Governo” e “Ensaio acerca do Entendimento Humano”, está A “Carta Sobre Tolerância”¹⁰¹.

Nela, Locke concebe a tolerância não como um problema religioso, ou exclusivamente político, mas como exigência *sine qua non* para organizar a comunidade, a Cidade. Para tanto, idealiza que as religiões e o Estado são instituições absolutamente diferentes e separadas. Sendo assim, o Magistrado, por exemplo, deve ser tolerante, estando atento não às convicções internas, mas preocupar-se em como as atitudes exteriorizadas das opções religiosas poderiam colidir com os princípios que fundam o bem comum.

Mas ao criticar o *papismo* pela postura totalizante, Locke entendia que os ateus não eram dignos de confiança, o que indica ainda um alto grau de restrições à tolerância. Como lembra Fernando Catroga¹⁰², quem propôs um sistema que incluía os ateus foi Pierre Bayle que vislumbrou uma moral racional que abrangesse toda a criatura, incluindo os sem fé, que está subjugada a uma ordem de verdade independente da religião.

¹⁰¹ LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**. São Paulo: Edições 70, 2000. Não se pode deixar de citar Voltaire como outro filósofo fundador do Iluminismo e que se preocupou – no seu “Tratado Sobre a Tolerância” - em estabelecer uma antropologia que infere que “seria o cúmulo da loucura pretender levar todos os homens a pensar de uma maneira uniforme sobre a metafísica. Mais facilmente se poderia subjugar o universo inteiro pelas armas do que subjugar todos os espíritos de uma só cidade”. (VOLTAIRE. **Tratado Sobre a Tolerância**. Antonio Geraldo da Silva (trad.). São Paulo: Editora Escala, 20--, p. 121.)

¹⁰² CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**. Secularização, Laicidade, Religião Civil. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 84-85.

Kant¹⁰³ vai mais além ao entender que a teologia não deveria confundir-se com a filosofia, cabendo ao filósofo investigar a religião sob os parâmetros da razão. Na verdade, Kant dispensou a necessidade de Deus como base para a moral subjetiva. O homem é um ser dotado de autonomia, sendo a ética baseada totalmente na liberdade, apesar de reconhecer a importância da religião para a existência humana. “Além dos postulados da imortalidade da alma e da existência de Deus, Kant apresenta ainda o cristianismo como o protótipo da religião racional, vale dizer, universal.”¹⁰⁴

É notório que ao avançar do Iluminismo, há uma crescente *secularização* do tratamento de temas como a ética e a religião que passam a ser compreendidas não mais como dependentes de Deus como fundamento de suas existências. Na verdade, trata-se nada mais, nada menos de uma resposta da filosofia ao totalitarismo católico de que era possível conceber um mundo sem a *auctoritas* romana como centro doador de validade de conhecimento. Não se tratava, pelo menos até aquele momento, da negação de Deus em si, mas de uma crítica à sociedade construída politicamente submetida à Igreja.

Por outro lado, o método iluminista não tinha um compromisso claramente apologético, como se vira com as formulações da Reforma. Descartes, por exemplo, também reconheceu a existência de Deus, mas não sustentou, por outro lado, que a decorrência de tal fato era a busca, através dos homens autorizados pela Igreja, da vontade do Ser Supremo. Deus era mais um pressuposto filosófico (não teológico) para a fundamentação de um método.¹⁰⁵ Em Descartes, diferentemente de Lutero, p. ex., a existência de Deus era fonte da autoconsciência e não mais da Revelação.

Tal mudança de postura levará, necessariamente, à possibilidade de colocar qualquer Ser Supremo (ou Demiurgo) no lugar de Iavé (YHWH, o Deus bíblico). Por mais que esta não tenha sido claramente a intenção de Descartes, sua obra indubitavelmente foi uma contribuição para que o deísmo e outras linhas religiosas-filosóficas ganhassem relevo em relação ao teísmo católico então em crise. Note-se que não somente entes superiores

¹⁰³ KANT, Immanuel. **A Religião nos Limites da Simples Razão**. Ciro Mioranza (trad.). São Paulo: Escala Educacional, 2006.

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 303.

¹⁰⁵ Descartes depreende a existência lógica de Deus através da observação do triângulo: “Pois, por exemplo, eu bem via que, ao supor um triângulo, era preciso que seus três ângulos fossem iguais a dois retos, mas nem por isso via algo que me assegurasse de que houvesse no mundo algum triângulo. Ao passo que, voltando a examinar a idéia que eu tinha de um ser perfeito, achava que nele a existência estava compreendida, do mesmo modo, ou com mais evidência ainda, que na de um triângulo onde está compreendido que seus três ângulos são iguais a dois retos, ou na de uma esfera, que todas as suas partes são equidistantes do centro; e que, por conseguinte, e pelo menos tão certo que Deus, que é esse ser perfeito, é ou existe, quanto pode ser qualquer demonstração de geometria”. (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 65-66).

podem ocupar tal posto, mas a própria Razão o pode fazer, como proposto por alguns idealizadores do Iluminismo.

Nelson Saldanha percebe que para a secularização da sociedade ocidental deslanchar com maior velocidade falta, ainda, juntar o evolucionismo darwiniano aos desdobramentos históricos da secularização:

O racionalismo, desdobrado em uma metafísica substancialista e em uma ciência natural matematizada, era o passo inicial da secularização. Chegariam, em seguida, a crítica da religião (e outras críticas), a arqueologia, a etnografia comparada, o relativismo e o cientificismo, coisas nem sempre compatíveis entre si, dinamizadas pelo evolucionismo tornado geral com o século XIX.¹⁰⁶

A partir do século XIX, a secularização ganha uma forte feição de anticlericalismo devido aos ensinamentos de intelectuais como Darwin e Marx. Isso não quer dizer que necessariamente a secularização será avessa à religião. Mas quando, a partir da secularização, propõe-se uma diminuição da participação pública por parte de grupos religiosos, há sim uma forte ligação. Antes, porém, de tratar desta postura anti-religiosa da secularização, é preciso um trato pormenor do próprio conceito *secularização*.

Como lembra Catroga, o termo nasce dentro do cristianismo através do uso *saeculum* na *Vulgata* de São Jerônimo. *Saeculum* fazia referência a uma concepção de "momento presente", este "século", em oposição à eternidade, ao "reino" prometido por Deus.¹⁰⁷ Secularizar a teoria social como um todo (direito, moral, política, ética etc.) é propor uma reconstrução da realidade teológica (que privilegia somente uma dos diversos *projetos* existentes na comunidade) repensando a ordem dogmática estabelecida pelo divino.

Desta forma, os processos de desenvolvimento da Modernidade e da secularização acabam se confundindo, sendo teorizados por autores como Max Weber, Talcott Parsons e Niklas Luhmann, demonstrando, através da concepção de divisão do sistema social em subsistemas funcionalmente diferenciados, a emancipação social em relação à religião. Nessa nova perspectiva de sociedade, o valor central religioso é pulverizado e gera uma hercúlea tarefa para os cientistas sociais e juristas para gerir um ambiente público plural, e como denomina Habermas, pós-convencional. Existe, entretanto, um caminho mais fácil para

¹⁰⁶ SALDANHA, Nelson. **Secularização e Democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

¹⁰⁷ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césarés**. Secularização, Laicidade, Religião Civil. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 49.

o tratamento deste desafio que é a volta ao totalitarismo. Porém, as consequências históricas desta possibilidade fazem com que este trabalho reforce as fileiras contra tal possibilidade.

A evolução da secularização, no campo jurídico, leva à formulação da razão como substituta da fonte sagrada do direito. Ocorre, entretanto, que a racionalização do direito não fez com que a concepção de *auctoritas* desaparecesse como necessidade de fundamentação. Sendo assim, Habermas entende que:

A implosão da abóbada do direito sagrado deixou para trás as ruínas de duas colunas, a saber: a do direito instaurado politicamente e a do poder utilizável instrumentalmente; impunha-se a busca de um substituto racional para o direito sagrado, que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a verdadeira autoridade nas mãos do legislador político.¹⁰⁸

Tal poder, com a democracia, tende a não ser mais hierarquizado por uma concepção de ordem social divinamente estabelecida, mas parte do princípio da igualdade e liberdade dos cidadãos que estão reunidos através não mais da vontade divina, mas através de um *contrato*.

É evidente que a ideia de um contrato social não é exclusivo da Modernidade. Desde a estrutura política pré-moderna (Antiguidade à Idade Média) há uma concepção de húmus que aglutina a sociedade, só que este partia de uma tradição comunitarista de matriz aristotélica que assentava na prioridade da comunidade sobre o indivíduo. Norberto Bobbio denomina da tradição Modernidade de “visão individualista da sociedade” em contraposição à “concepção orgânica da sociedade”.¹⁰⁹

Para compreender a primeira, é preciso partir dos indivíduos que a compõem, enquanto seres autônomos, auto-legisladores, enquanto *projetos* que, por mais que estejam ligados através de vínculos morais e jurídicos à comunidade, são realidades apartadas do coletivo. Já a concepção orgânica tradicional, entende que a sociedade precede os indivíduos.

Tolerância, secularização e contrato social formam a tríade das bases filosóficas da laicidade enquanto promessa estatal de busca de manutenção de uma esfera pública de convivência entre as éticas seculares e religiosas, baseadas, respectivamente, unicamente na razão e na revelação. Mas como conceber a convivência entre grupos com visões tão díspares do mundo?

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

No final do capítulo anterior, foi constatada a necessidade, enquanto o homem for mortal, do carregamento de um *fardo* por parte dos grupos decorrente da constatação de que as questões mais basilares da história da humanidade dão ensejo para várias respostas. Em contrapartida, existe algo que une todos os indivíduos: o fato de serem *projetos*. Diante de tais fatos, Habermas sugere um novo tipo de validade de proposições públicas: o princípio da *universalidade*. Tal princípio moral não é concebido *monologicamente*, mas em *diálogo* e que exige que os cidadãos, ao proporem razões públicas, ignorem o que há de “não-universalizável” em cada uma das diferentes imagens de mundo; mas sem a necessidade de negação de seu próprio projeto.¹¹⁰ Adela Cortina assevera de que “é preciso que os indivíduos privatizem suas concepções religiosas e filosóficas e exteriorizem apenas o que pode fomentar o acordo.”¹¹¹

A discussão sobre o papel do Estado laico na pacificação social será tratado em momento oportuno. Por hora, é preciso finalizar o presente tópico abordando o conceito histórica da laicidade.

3.2.3. Conceito de Laicidade.

Preliminarmente, há que se diferenciar o conceito de laicidade do de secularização. Como visto acima, a secularização se caracteriza fundamentalmente pelo declínio da religião, pela perda de sua posição de privilégio e pela busca da auto-suficiência das diversas esferas da vida social, e decorrente controle dos então leigos. A religião no mundo moderno perde força e autoridade sobre a vida privada e cotidiana. Diz respeito à ação da ciência experimental moderna transformando o mundo ordenado, dotado de sentido, em um mero mecanismo causal, que pode ser dominado e explicado pelo cálculo.

A secularização relaciona-se com o enfraquecimento dos comportamentos e práticas religiosas numa determinada sociedade. Já a laicidade é um compromisso político e ético, vinculando o Estado a propagar a separação entre o poder político e o poder religioso. A secularização está ligada às dinâmicas sociais e culturais de diminuição da importância do fator religioso, enquanto a laicidade se refere à busca política de neutralidade estatal diante do fenômeno religioso. Pode existir uma sociedade altamente secularizada, mas não-laica. Isso

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. George Sperbe; Paulo Astor Soethe (trad). São Paulo: Loyola, 2002, p. 106.

¹¹¹ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

ocorre, por exemplo, na Inglaterra aonde se possui uma religião oficial, sendo, portanto, um Estado confessional. Por sua vez é possível a existência de Estados laicos, em sociedades pouco secularizadas como é o caso dos Estados Unidos.

Laicidade não se confunde, como foi alertado nas considerações iniciais, com a liberdade religiosa, o pluralismo e a tolerância. Pode existir liberdade religiosa, sem que haja laicidade, como é o caso – mais uma vez - da Inglaterra, aonde a Rainha é também líder da Igreja Anglicana. Este exemplo já ocorreu no Brasil, na Constituição imperial de 1824. Já era garantido o direito à liberdade religiosa a outras religiões (de maneira diminuta), apesar da união entre Estado e Igreja Católica, sendo esta a religião oficial do Império. A expressão laicidade deriva do termo laico, leigo. Portanto, trata-se da situação quando o poder político não é mais legitimado por qualquer ente religioso e quando não há a dominação dele sobre o Estado e a sociedade. Isso gera, portanto, autonomia do Estado, dos poderes e das instituições públicas em relação às autoridades religiosas e a dissociação da lei civil das normas religiosas.

Há, com certa frequência, confusão entre laicidade com laicismo, agnosticismo, ceticismo, ateísmo, ou novo ateísmo.

O agnosticismo é a corrente filosófica que repugna o conhecimento de qualquer objeto que esteja fora dos limites da ciência. Não se confunde com ateísmo, já que este nega a existência de qualquer ser divino. Ainda há o Novo Ateísmo que não apenas reprova a existência de um ente divino, mas também contesta, com bastante veemência, a intromissão da religião na vida das pessoas e até mesmo o respeito que se deva creditar à liberdade de crença. Já o ceticismo corresponde à doutrina filosófica segundo a qual não é possível conhecer a verdade. O laicismo é doutrina defensora da separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação a leigos as funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação na França pós-revolução.¹¹²

Pode-se dizer, ainda, que o laicismo é uma laicidade anticlerical. Está historicamente ligado às tentativas de esterilização da influência da religião do meio público da religião que sustentava os regimes depostos: o cristianismo num sentido amplo. O republicanismo laicista de inspiração francesa, por exemplo, é marcado por uma intenção de retirada total do pensamento religioso sobre a vida pública. Sendo, inclusive, uma das antigas propostas do jacobinismo radical, adotadas pelos bolsheviques posteriormente, a descristianização total da sociedade, através da mudança de nomes das cidades, vilas, aldeias e ruas, da remoção de todos os símbolos religiosos do espaço público, etc.

¹¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-35.

Uma última distinção conceitual a ser feita é entre a laicidade e a religião civil. A centralização entre poder político e religioso numa só fonte foi regra durante o maior tempo da história humana. A religião civil quase sempre está ligada aos mitos de formação do povo. Sendo assim, a distinção recente entre liberdade religiosa e direito à cultura que, como se verá no próximo tópico, muitas vezes entra em rota de colisão, é um fenômeno do Estado Moderno tolerante. A religião civil é marcada pela instauração de um rito civil – muitas vezes confundido com os ritos da religião majoritária -, formando uma unidade cultural-espiritual entre os cidadãos. É esta unidade, esse sentimento de ligação espiritual, que faz ser possível, por exemplo, que os seres humanos deem suas vidas pela pátria.

No contratualismo Moderno de matriz tolerante, autores como Rousseau teorizaram sobre a necessidade de implantar uma religião civil que não fosse necessariamente ligada à Igreja, mas que remetesse à pátria. “O objetivo não é, minimamente, o de reforçar o poder dos chefes civis ou eclesiásticos, mas o de proteger o patrimônio moral do povo, cristalizado em longa tradição de usos e costumes. A religião não é do Estado e sim dos cidadãos e daquela nação por eles formada.”¹¹³

Quase sempre a religião civil faz referência à religiões históricas, como no caso dos Estados Unidos.¹¹⁴ Catroga lembra que este país possui diversos ritos que fazem menção ao cristianismo como, por exemplo, o juramentos e culto à bandeira, os mitos de fundação (terra da liberdade religiosa após perseguição sofrida no Inglaterra), o lema “God bless America” que sempre segue os discursos presidenciais.¹¹⁵

Mas é o próprio Rousseau quem define uma independência entre os ritos civis e religiosos. Sem dúvida, o fato do cristianismo ser a religião da maioria da população ocidental, não vincula os ritos civis ao poder eclesiástico, por mais que haja grande ligação. Segundo Rousseau, “o cristianismo é uma religião totalmente espiritual, preocupada unicamente com as coisas do céu. A pátria do cristão não é deste mundo.”¹¹⁶ Desta forma, para ele era inconcebível um Estado cristão que tivesse um exército:

As tropas cristãs são excelentes, dizem. Não concordo. Mostrem-me essas tropas. Quanto a mim, não conheço tropas cristãs. Citar-me-ão as Cruzadas. Sem discutir o valor das Cruzadas, observarei que, longe de serem cristãos,

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 303, p. 266.

¹¹⁴ A religião civil brasileira será abordada no item 3.3.2.

¹¹⁵ CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**. Secularização, Laicidade, Religião Civil. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 145-227.

¹¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Antônio de Pádua Danesi (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 162.

eram soldados do clero, eram cidadãos da Igreja; batiam-se por seu país espiritual, que ela, não se sabe como, transformara em temporal. Bem pesadas as coisas, era uma volta ao paganismo. Como o Evangelho não estabelece uma religião nacional, toda guerra sagrada é impossível entre os cristãos.¹¹⁷

A ligação entre religião histórica e civil não invalida a promessa de laicidade. Até porque, como já referido acima, geralmente o direito à cultura abrange esse núcleo comum. A promessa de laicidade aponta, por outro lado, um dever de vigilância para que as minorias religiosas não sejam discriminadas através de políticas públicas de valorização da cultura.

Adela Cortina adverte que a política não deve confundir-se com uma religião secularizada, ou seja, que imponha um rito, uma utopia, que diminua a autonomia de minorias. Diz a autora: “eu proporia aos políticos prestar atenção aos valores compartilhados pela realidade social – pois eles não são agentes de moralização nem sacerdotes de uma religião secularizada-, e tratar de gerir modelos sociais que permitam encarná-los”.¹¹⁸

A laicidade impõe que a política seja gestão, não religião. Finalizando, o conceito de laicidade deve ser diferenciado do de secularização, religião civil, ateísmo, agnosticismo e laicismo. Repete-se, então, o conceito expresso no capítulo anterior: *a laicidade é uma promessa assumida pelo Estado de que não irá determinar uma moral vencedora eternamente, ou qual é o estágio final da evolução da sociedade, mas garantirá uma eterna arena de discussão tolerante e não-violenta.*

3.3. Afirmação Histórica do Discurso Jurídico sobre a Laicidade e a Tolerância.

3.3.1 Consolidação da dogmática jurídica sobre a laicidade estatal.

Na primeira parte do capítulo, o histórico foi direcionado para delimitação dos conceitos-chave da laicidade. Neste, os marcos históricos relatados demonstrarão a consolidação da laicidade e do direito à liberdade religiosa enquanto compromisso solene do Estado Moderno. Laicidade e liberdade religiosa são, na verdade, dois lados de uma mesma moeda. Não necessariamente precisam existir juntos, como foi abordado no tópico anterior.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 164.

¹¹⁸ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295.

Para os fins do presente trabalho, verificar o processo de construção histórico de um, é verificar o mesmo processo em relação ao outro.

Como já citado, a construção da liberdade religiosa se iniciou com a Reforma Protestante. Tal processo de consolidação foi resultado de diversas guerras religiosas e do surgimento de pequenos grupos de puritanos evangélicos radicais que se contrapunham à dominação da religião oficial do Estado. Foi nos Estados Unidos onde primeiramente a liberdade religiosa se consolidou constitucionalmente de maneira mais concreta. Malgrado tal avanço, este não ocorreu instantaneamente sem conflitos internos e perseguições na Europa.

Na então Nova Inglaterra, o objetivo de boa parte dos pioneiros ingleses resumia-se na edificação de uma república cristã, teocrática e fundamentalista, constitucionalmente subordinada à palavra de Deus nas escrituras sagradas, sem muita margem para o pluralismo religioso. A Igreja da Inglaterra determinou sobremodo sua presença no cenário religioso americano, tanto é assim que em vésperas da revolução americana a maior parte das colônias mantinha uma religião oficial.

Tal cenário vai mudar somente com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787. Esta, inicialmente, não fazia previsão dos direitos fundamentais; mas em 1791, com a ratificação das dez primeiras emendas, essa lacuna foi resolvida, reconhecendo-se diversos direitos, entre eles a liberdade religiosa e a previsão da postura laica do Estado. Das dez emendas que desde 1791 integram o *Bill of Rights*, duas cláusulas foram sobre a religião. A primeira garante o direito à liberdade religiosa (*free exercise clause*). A segunda consagra o princípio da separação das confissões religiosas do Estado (*establishment clause*). Somente aqui que, pela primeira vez, o livre exercício da religião foi estabelecido numa Carta Magna.

Outra experiência essencial para a concretização da liberdade religiosa aconteceu na França. O contexto pré-revolução trouxe os alicerces necessários para que, após a instauração da nova ordem estatal, tal direito fosse privilegiado. Este só foi reconhecido após um longo processo de afirmação do constitucionalismo liberal que teve como fundamento a ascensão da classe burguesa, o contratualismo jusnaturalista, a reação contra o poder absoluto do monarca, a afirmação de soberania popular e nacional, a defesa da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos e dos direitos de propriedade e de livre iniciativa econômica. Este contexto filosófico trouxe uma natural reação contra a imposição unilateral dos dogmas religiosos pelas Igrejas tradicionais.

É assim que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, vem consagrar o direito à liberdade de opinião e de religião. Mesmo com tal referência à liberdade

religiosa, a França ainda passou por diversos momentos de intervenção do Estado na religião, sendo somente no século XX que as controvérsias sobre laicidade foram resolvidas com a Lei de Separação, em 1905.

A liberdade religiosa, após os marcos históricos relatados, passou-se a integrar com mais frequência documentos de grande importância ao redor do mundo. O art. I da Declaração de 1948 é emblemático ao trazer em seu conteúdo a proteção à liberdade do ser humano: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.” Já o art. II esclarece que “toda pessoa tem capacidade para gozar dos direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza”. E especificamente sobre a liberdade religiosa, temos o art. XVIII:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Outros dois documentos internacionais importantes são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica. Ambos trazem os mesmos dispositivos sobre a liberdade religiosa. Dos quatro existentes apenas um trouxe inovações. São eles:

(1) Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de Ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino; (2) Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de Ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha; (3) Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

A novidade está num dispositivo que prevê, com base na doutrina dos direitos fundamentais, que a liberdade religiosa não pode ser ilimitada. Diz o texto: “A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita a penas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

Existe, ainda, Declaração Sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, de 1981, que traz dispositivos similares aos anteriores, e, por último, Silva Neto¹¹⁹ enfatiza a existência de normas sobre o tema na Convenção nº 111 da OIT, que diz:

Artigo 1º1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

É crucial que se conheça tal processo histórico, pois, como afirmado acima, o direito à liberdade religiosa pode coexistir em países que não têm a postura laica. Mas caso haja a adoção da laicidade por parte do Estado e esta não seja observada, haverá uma agressão não somente à ordem constitucional como um todo, mas especificamente ao próprio direito à liberdade religiosa. Desta forma é preciso reiterar-se que, no contexto brasileiro, a laicidade e a liberdade religiosa são interdependentes.

A partir daqui será analisado o processo de reconhecimento da liberdade religiosa e da laicidade no Brasil.

Segundo Aldir Guedes Soriano¹²⁰, durante o período colonial predominou o preconceito e a intolerância religiosa. O Brasil formou-se sem uma preocupação por parte dos seus colonizadores da unidade ou pureza da raça. O elemento que realmente importava às autoridades coloniais era se a fé da população era a Católica. Para ser admitido como colono no Brasil no século XVI, a principal exigência era professar a religião cristã: “somente cristãos” – o que em Portugal queria dizer Católicos – podiam adquirir sesmarias.

Neste excerto, fica evidenciado que o problema da intolerância religiosa superava até mesmo as diferenças raciais. O que barrava o estrangeiro de entrar nas terras

¹¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83.

¹²⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 67.

brasileiras era, portanto, a religião. Por isso, era comum que judeus, para virem ao Brasil, se convertessem, passando a ser chamados de “cristãos-novos”.

O historiador Luiz Mott, ao discorrer sobre a vida privada religioso no Brasil – Colônia, salienta que diante da ação do Santo Ofício, era imprescindível identificar-se enquanto cristão mais especificamente católico. Por isso, era importante saber as orações e rezas da referida denominação. Diz o autor: “ao serem inquiridos nos cárceres secretos do Santo Ofício, um dos primeiros “exames” a que se submetiam todos os presidiários era recitar as citadas orações, acrescidas dos dez mandamentos da Lei de Deus e dos cinco preceitos da Lei da Igreja.”¹²¹

A Constituição Política do Império de 1824 estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana como a Religião do Império (art. 5º), “com todas as conseqüências derivantes dessa qualidade de *Estado confessional*, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter aquela religião (art. 103)”¹²² (grifo no original).

Antes da constitucionalização de um novo regime, José Afonso da Silva ressalta que Ruy Barbosa redigiu o Decreto 119-A/1890, estabelecendo a liberdade religiosa e a separação da igreja e do Estado. “Assim o Estado Brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto 119 - A reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas.”¹²³ O art. 113, item 5º, da Constituição de 1934 instituiu que as que as associações religiosas adquiririam personalidade jurídica nos termos da lei civil. As bases continuaram nas Constituições posteriores até a vigente, havendo, portanto, mudanças pontuais.

3.3.2 Laicidade e o Estado Brasileiro.

O artigo 19, inciso I da Constituição Federal de 1988 é claro em colocar o Brasil entre os países que assumem o compromisso da laicidade através da proibição de subvencionar qualquer religião. A dogmática constitucional, partindo desta premissa, lança mão de alguns princípios que cercam a laicidade.

¹²¹ MOTT, Luiz. Cotidiano e Vivência Religiosa: Entre a Capela e o Calundu. In NOVAIS, Fernando A. (Coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 1 v., p. 164-165.

¹²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251.

¹²³ *Ibidem*, p. 251.

O primeiro é, obviamente, o *princípio da separação* que “firma que as igrejas e confissões religiosas estão separadas da estrutura e da organização político-administrativa do Estado, e são, portanto, livres na sua organização e no exercício de suas funções de culto.”¹²⁴ Esta posição, porém, não impede que o Estado laico estabeleça relações diplomáticas através de tratados comuns (não-religiosos) com um Estado no qual haja uma relação de confusão com uma determinada religião, porque, neste caso, ocorre relação de direito internacional entre dois Estados soberanos, não de dependência ou de aliança, que não pode ser feita.¹²⁵

O *princípio da não-confessionalidade* tem como fundamento a não adoção por parte do Estado de qualquer religião (é vedado que estabeleça cultos religiosos ou igrejas). Não pode este se pronunciar sobre questões religiosas, o que exclui subvencionar, embaraçar o funcionamento ou manter com as confissões religiosas relações de dependência ou aliança. Tal princípio deve ser observado nos atos oficiais e protocolos do Estado. Malgrado haver previsão constitucional sobre educação religiosa de matrícula facultativa (art. 210, §1º da CF/88), o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes religiosas; o ensino público não pode ser confessional.

O *princípio da cooperação* tem como essência a colaboração de interesse público, vale dizer, o Estado cooperará com as igrejas e confissões religiosas, principalmente para a promoção dos princípios de direitos e garantias fundamentais, dentre elas, as que estão insculpidos em diversos incisos da CF, como a prestação da assistência religiosa. Destaque-se que se inclui neste princípio o dever estatal de “criar condições organizacionais e procedimentais, no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas/provas por motivo religioso”¹²⁶.

No *princípio da solidariedade* está inserido o fomento das atividades educativas e assistenciais das confissões religiosas, especificamente por meio da limitação do poder estatal de tributar, vedando impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, desde que sem fins lucrativos e relacionados com as atividades essenciais das respectivas confissões. Tal limite tributário tem a finalidade de evitar a criação de embaraços à atividade religiosa. Ressalve-se que a imunidade se refere a impostos, e não a contribuições sindicais. Mas a imunidade alcança toda espécie de impostos.

¹²⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 75.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 252.

¹²⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 76.

Ainda sobre a supracitada limitação, deve-se abranger não somente os prédios destinados a culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. A imunidade deve dizer respeito ao culto religioso. Seitas que não tenham natureza religiosa devem ser consideradas alheias à hipótese de imunidade.¹²⁷ Mas, diante do exposto, qual seria o conceito de religião capaz de distinguir esta de uma seita?

Entende-se por religião “o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.”¹²⁸ Não poderá ser considerado um culto religioso uma atividade comercial ou de ensino qualquer, apenas porque se inicia com uma oração.

O *princípio da tolerância* tem como desdobramento dois deveres: do Estado e dos particulares em relação perseguirem e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos correspondentes da liberdade religiosa, quando do respectivo exercício.

Em relação aos princípios trazidos como conteúdo do Estado laico, e da liberdade de organização religiosa, Weingartner Neto destaca que o *princípio da separação* tem conteúdo negativo, “mas não exime o Estado de garantir, inclusive por meio da legislação penal, o livre exercício dos direitos subjetivos e liberdade religiosa (dever de proteção).”¹²⁹ Assim como a separação, a não-confessionalidade tem alcance predominantemente negativo, mas não exclui dimensões positivas. Já nos princípios da cooperação e da solidariedade, é evidente o caráter promocional e até, em alguns casos, prestacional.

Apresentada a abrangência da liberdade religiosa, bem como o conteúdo dogmático constitucional do Estado laico, pode-se chegar a algumas conclusões prévias. Primeiramente constata-se que a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. O Estado brasileiro não é confessional, mas não se pode sustentar oficialmente o ateísmo. Ao contrário, a Constituição acolhe expressamente ações conjuntas dos Poderes Públicos com denominações religiosas. Além de reconhecer como oficial determinados atos praticados no seio de cultos religiosos, como é o exemplo da extensão de efeitos civis ao casamento religioso.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 456.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 461.

¹²⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 77.

Além desses, existem mais dois princípios que decorrem da laicidade. O primeiro é o *princípio da igualdade religiosa subjetiva*. Este traz em seu conteúdo a vedação genérica a que se criem privilégios, benefícios ou vantagens pela adoção de qualquer credo religioso. Desta forma, trata-se de uma contraface ao já citado princípio da não-discriminação. O segundo é o *princípio da isonomia das entidades religiosas*. Este princípio se traduz pela vedação a que o Estado proteja, crie, subvencione, estimule, financie, ampare ou dê tratamento preferencial a qualquer igreja ou comunidade religiosa.¹³⁰

O princípio da isonomia das entidades religiosas é essencial para a democracia e plena liberdade em um país. Isso porque, nos Estados confessionais, pode até haver liberdade religiosa, mas ela será mitigada em virtude do tratamento preferencial e privilegiado resguardado à religião oficial. Não haverá, neste sentido, uma plena liberdade, somente tolerância num sentido fraco. Sendo assim, malgrado a neutralidade do Estado não seja essencial à existência de pluralidade religiosa, pois laicidade não tem o mesmo significado de liberdade religiosa, esta só pode ser plena nos Estados que adotam a postura da neutralidade religiosa.

Tal posicionamento estatal de estabelecer a sua neutralidade em relação à religião conduz a alguns problemas de ordem prática, principalmente no caso brasileiro. O modelo neoconstitucionalista, pós-positivista que valorizam a importância dos princípios deixa, por outro lado, um espaço aberto à interpretações as quais podem gerar duas posições extremas: os separatistas radicais e culturalistas tolerantes. Estes defendem o princípio da separação, mas entendem que o Estado deve ter uma atenção especial com símbolos culturais, inclusive os que advêm da religião majoritária. Os primeiros interpretam esta atenção como legitimação de desigualdade entre religiões, não devendo existir qualquer referência a qualquer religião quando se fala em Poder Público.

Para o ideal de laicidade aqui sustentado, uma visão separatista moderada vem a ser a melhor opção. Tal moderação vem do princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta o caso concreto, ou seja, topicamente o que importa para tomar posição é saber qual o símbolo cultural está se tratando.

Os culturalistas, como asseverado acima, defendem o princípio da separação Igreja-Estado. Mas, segundo esta visão, André Ramos Tavares afirma que “não se pode traduzir a igualdade religiosa (decorrente da neutralidade do Estado e da aplicação do

¹³⁰ MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. In: Mazzuoli, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 108.

princípio da igualdade no âmbito religioso) como a exigência de tratamento matematicamente idêntico entre confissões religiosas, por parte do Estado.”¹³¹ Propõe, então, o que seria um “tratamento especial” a uma determinada denominação em relação às outras, o que não seria, portanto, um tratamento privilegiado, segundo o autor. O tratamento privilegiado não tem motivação sustentável, é arbitrariamente concedido. Já o tratamento especial seria diferente, pois é exigível em face de determinadas circunstâncias fáticas (históricas, culturais) e a partir de outras normas constitucionais que resguardam tais patrimônios culturais e históricos. (art. 215, da CF/88).

A idéia central que está na base desta visão é a de identidade nacional. “As normas constitucionais refletem *a* e são refletidas *pela* sociedade, pelo concreto, pela identidade nacional e pelos padrões gerais de comportamento construídos e sedimentados ao longo dos tempos.”¹³²

Sem dúvida, a cultura deve ser protegida, ainda mais porque há uma norma constitucional que prevê tal proteção, mas, como já afirmado acima, a questão aqui é saber, no caso concreto, qual é o objeto cultural em questão. Para Daniel Sarmiento, sem tal predisposição, pode se legitimar uma “visão incorreta e profundamente conservadora de que o papel do Direito é o de avalizar e legitimar acriticamente as tradições existentes numa sociedade, por mais excludentes que elas sejam.”¹³³

É justamente da oposição às visões culturalmente dominantes que historicamente os direitos fundamentais se construíram. No Brasil, há o exemplo da escravidão que era uma realidade cultural profundamente enraizada na sociedade, e compunha a tradição e a cultura jurídica do país no passado. No entanto, “nem por isso seria correto pensar, naquela quadra histórica, que o papel do Direito fosse o de proteger esta tradição, pela sua força costumeira.”¹³⁴

Segundo Jónatas Machado¹³⁵, o princípio da separação deve atender a cinco finalidades. O conteúdo de algumas destas encontra guarita em alguns dos princípios relatados

¹³¹TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 13-25, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=52587>>, p. 15. Acesso em: 1o Jan. 2011.

¹³² *Ibidem*, p. 17

¹³³ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: Valério de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 226.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 227.

¹³⁵MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 347-355.

acima, mas é importante trazermos tais finalidades a fim de dar uma maior robustez dogmática ao princípio da separação.

A primeira finalidade é a garantia da liberdade religiosa individual. Não se pode falar em neutralidade quando o Estado dá a uma, entre tantas religiões reconhecidas, uma posição de vantagem a instituições, símbolos ou ritos. Tal atitude pode ser interpretada por aqueles que não aderem à referida religião “como uma forma de pressão no sentido da conformidade com a confissão religiosa favorecida e uma mensagem de desvalorização das restantes crenças.”

A segunda é a autodeterminação confessional. A religião tem como natureza a mobilização de multidões, buscando conferir um sentido existencial e ético, absoluto e eterno, aos objetivos humanos. “Daí a tendência historicamente recorrente por parte dos detentores do poder político de se reclamar de uma legitimidade transcendente, susceptível de gerar, da parte dos súbditos, uma mais íntima identificação e uma mais profunda lealdade.” Sempre houve na história o relacionamento entre poder religioso e político, em alguns momentos de união, outros de separação. Neste sentido, com base na autodeterminação confessional, deve-se entender que o direito à liberdade religiosa coletiva comporta, em si mesmo, um direito fundamental à separação das confissões religiosas do Estado. Esta finalidade tem como fundamento a busca pela proteção das especificidades das diversas religiões no plano teológico, moral, orgânico e funcional.

A terceira e quarta finalidade são, respectivamente, a autonomia estadual perante as confissões religiosas e a garantia institucional do princípio da igualdade. A primeira propõe que nenhum poder estatal pode ser um “braço” de visões de mundo estritamente religiosas. É evidente que o discurso político deve ser aberto a todos os integrantes da sociedade, inclusive a religião, mas não podem ser utilizados para prosseguir finalidades substancialmente religiosas. “O discurso jurídico-constitucional permanece, assim, normativamente fechado perante as diversas concepções religiosas e morais.” Já a garantia institucional do princípio da igualdade cria para o Estado o dever de estruturar as relações sociais de um modo que preclua a criação de situações de hierarquia em que uns dominam perenemente outros.

A última é a abertura e pluralismo do espaço público, ou seja, a existência de uma esfera de discurso público, aberta e pluralista é fundamental para a concretização do Estado laico, mesmo num contexto caracterizado pela existência de uma confissão socialmente dominante. “Isto, porque sem essa esfera não existe a possibilidade de circulação de idéias religiosas que dá sentido à própria liberdade religiosa.”

Partindo das relatadas finalidades, o próprio Jónatas Machado ¹³⁶ propõe seis medidas para que o princípio da separação seja concretizado: (1) Estado deve organizar juridicamente a comunidade dos cidadãos, não podendo os poderes públicos tomar opções em matéria religiosa, devendo apenas preocupar-se com a garantia e manutenção de uma ordem de igual liberdade na qual somente os indivíduos podem fazer uso das suas competências morais e racionais e tomar opções em matéria religiosa. (2) Do elenco das tarefas que a Constituição impõe aos órgãos públicos não pode constar finalidades de origem unicamente transcendente, religiosa ou moral. Deve o Estado efetuar tarefas de natureza cultural, social e econômica que garantam a igualdade. (3) Deve-se deixar evidente a diferenciação institucional entre o Poder Público das entidades religiosas.

(4) Deve haver uma diferenciação pessoal, seguindo o modelo da separação institucional, entre as convicções pessoais do agente público e suas funções. A liberdade religiosa garante que todos (inclusive agentes públicos) são livres para expressar sua religiosidade, mas as funções dos agentes públicos não podem ser baseadas, p. ex., em um texto sagrado em detrimento da lei. (5) Deve-se estabelecer uma separação simbólica entre o Estado e a Igreja, pois, como já referido acima, quando o Estado escolhe símbolos religiosos como seus, passa a ocorrer uma “produção de *lesões estigmáticas*, proscurendo o envio de mensagens simbólicas de exclusão e discriminação a determinados cidadão e grupos de cidadãos, em termos que comprometem o seu *status* de membros de pleno direito da comunidade política.” (6) O último dever do Estado é não dar uma interpretação absoluta ao princípio da separação, sob pena de desfiguração da sociedade. Ele deve sempre criar condições para acomodar a liberdade religiosa da maioria e da minoria.

Diante das considerações até aqui explanadas, cumpre-se analisar a atualidade do cenário da laicidade no Brasil. É notório, assim como nos países de índole concordatária, uma forte ligação do Estado brasileiro com os símbolos e ritos da Igreja Católica Apostólica Romana. Tal ligação acaba refletindo em algumas questões de envolvendo a laicidade, e, por sua vez, a própria liberdade religiosa dos cidadãos.

É preciso salientar, antes de continuarmos, que o Brasil tem tradição concordatária. Cabe-nos, destarte, esclarecer o que é tal tradição, bem como o que é uma concordata.

Existem, basicamente, dois tipos de modelos sobre a relação do Estado e algum entre religioso: o norte-americano e o concordatário. O primeiro influenciado pela

¹³⁶ *Ibidem*, p. 356-361.

establisihment clause tem como base princípios criados pela Suprema Corte daquele país para solucionar *hard cases* envolvendo o princípio da separação buscando dar à máxima efetividade ao referido princípio. Já o segundo modelo engloba as relações que os Estados mantêm com o assim chamado Estado da Cidade do Vaticano – que é o Estado sobre o qual repousa a personalidade espiritual da Igreja Católica, chamada *Santa Sé*. Estes Estados podem realizar vários tipos de tratados, mas quando for de cunho religioso este será chamado de concordata.

Por isso se entende constituírem as concordatas a *Magna Carta* que assegura e garante a situação da Igreja e dos cidadãos católicos num país. Segundo Valério Mazzuoli, “daí então a existência de um *direito internacional concordatário*, baseado na celebração de concordatas entre o Estado do Vaticano e outros sujeitos de Direito Internacional Público.”¹³⁷ As concordatas classificam-se em gerais e específicas. As primeiras regulam, de forma genérica e abstrata, a situação jurídica da Igreja Católica num determinado Estado. Já as concordatas específicas, por sua vez, versam sempre sobre pontos concretos que se pretendem ver solucionados entre a Igreja e o Estado.¹³⁸

A opinião entre os autores sobre as concordatas varia bastante. Segundo Ives Gandra da Silva Martins, que é favorável às concordatas, “a sucessão de “concordatas” e de convivência entre a Igreja Católica e os Estados, demonstrou que o Estado laico não é sinônimo de Estado ateu ou agnóstico.”¹³⁹ Por outro lado, para Valério Mazzuoli deve ser inconstitucional a celebração de concordatas por parte de Estados que garantam a neutralidade, pois “não existe a possibilidade jurídica de se criar distinções entre cidadãos católicos e não-católicos, notadamente o atual Estado Constitucional e Humanista de Direito.”

140

Controvérsias à parte, o fato de o Brasil ter essa ligação histórica- cultural e concordatária com a Santa Sé deve ser levado em conta ao jurista lidar com problemas sobre laicidade e liberdade religiosa, principalmente das minorias. O compromisso de laicidade assumido pelo Estado brasileiro o obriga a velar sobre tal relacionamento com a Igreja majoritária, sob pena de grave discriminação.

¹³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira. In: Valério de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 252.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 255.

¹³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Liberdade Religiosa após o Concílio Vaticano II. In: Mazzuoli, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009., p. 92.

¹⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira. In: Valério de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 258.

No plano do discurso, os limites da dogmática jurídica sobre a laicidade, aqui apontados devem ser prévios à análise do caso concreto. Por isso, não se poderia propor os limites éticos do próximo capítulo sem a noção do que a dogmática constitucional, com seus princípios e regras, já estabelecem tais limites. John Rawls, ao ponderar sobre a diferença entre uma democracia constitucional e um puramente procedimental, entende que no primeiro caso existem limites pré-estabelecidos à legislação e à decisão e aponta a importância deles para a educação da esfera pública:

Se decisões judiciais controvertidas - que certamente ocorrerão - trouxerem à tona discussões políticas deliberativas no decorrer das quais seus méritos forem razoavelmente debatidos em termos de princípios constitucionais, então até mesmo essas decisões controvertidas, pelo fato de convocar os cidadãos para o debate público, desempenharão uma função educativa fundamental. Somos levados a articular valores políticos fundamentais, e assim formar uma concepção das razões relevantes quando os elementos constitucionais essenciais estão em jogo.¹⁴¹

Além dos limites dogmáticos, a ética do discurso deve contemplar alguns limites antropológicos (homem enquanto *projeto*) a fim de contribuir para a concepção de um direito não-totalitário enquanto garantia da esfera política inclusiva.

¹⁴¹ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**: uma reformulação. Erin Kelly (Org.). Claudia Berliner (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 205.

4. LIMITES E PERSPECTIVAS DO DISCURSO JURÍDICO DA LAICIDADE.

4.1. Limites.

4.1.1 Ética e direito: retomando a discussão.

As duas teses (da vinculação fraca e separação entre direito e moral) apresentadas no tópico 2.2. apresentam divergências sobre o grau de influência do discurso moral sobre o jurídico. Ambas entendem que não há identificação entre direito e ética, ou seja, pugnam pela existência de normas jurídicas imorais. O ponto de diferença é que a tese da vinculação fraca sustenta que quando a norma jurídica atinge um grau inaceitável de negação da moral, deixa de possuir validade jurídica. Já para a tese da separação não importa o grau de injustiça de uma norma, ela será jurídica, apesar de perder seu sentido diante da comunidade de intérpretes pela desconexão com valores comunitários.

A relação ou submissão entre direito e moral é um dos temas mais controversos da filosofia do direito, principalmente, como mencionado no primeiro capítulo, no que se refere a delimitar contornos de legitimidade para as decisões judiciais, ou para a confecção dos textos legais. Neste vasto campo de discussões, o presente tópico pretende delimitar em qual plano metodológico ocorre os limites éticos ao discurso jurídico da laicidade.

O primeiro ponto controverso é o de definir se o discurso jurídico é – ou não – um caso especial do discurso geral. Apesar de perseguir o ideal de Alexy de aumentar a legitimidade das decisões através das regras de argumentação, não se pretende aqui tomar partido nem da tese da vinculação fraca, nem da separação. Mas intenta-se pelo engrandecimento do ponto em comum entre elas, que aponta para a importância da ética enquanto elemento emanador de sentido ao discurso jurídico. Alexy sustenta uma Teoria do Caso Especial que propõe que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Tal tese encontra críticas não só no positivismo, mas no próprio Habermas, já que ela sugere a subordinação do direito à moral.¹⁴²

Tal discussão lança dúvidas sobre a essência do positivismo. Este tem como essência o fato de que aceita que o direito assuma qualquer conteúdo ético, desde que obedeça as regras de competência para a sua produção. “Ele é auto-referente, e procedimental, e de

¹⁴² Para aprofundar o panorama do diálogo entre Habermas e Alexy sobre a Tese do Caso Especial, cf. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação** - A Teoria de Robert Alexy e seus Pressupostos Filosóficos. Curitiba: Juruá Editora, 2009, 132 e ss.

certo modo irracional quanto ao conteúdo, a medida que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética "necessária".¹⁴³

Ambos os lados desta discussão (positivismo e não-positivismo) trazem a intersecção com a ética como elemento essencial da prática jurídica. Desta forma, não é preciso construir aqui uma tese que tente comprovar qual é a perspectiva correta. Na verdade, este embate milenar entre o positivismo e seus críticos engrandece a pesquisa jurídica, já que tenta demonstrar os limites recíprocos dos enfoques. O interessante é que o debate aponta para a importância de se negar um formalismo jurídico no qual se confunde texto e norma, e, no campo do estudo da ciência do direito, promove uma visão transdisciplinar do fenômeno jurídico.

Como destaca Perelman¹⁴⁴, do embate histórico das visões da relação entre direito e moral, surge uma preocupação com a análise do raciocínio judiciário prático, não somente ontológico, mas metodológico. Essa mudança de postura se deu pelo aumento da percepção da crise de legitimidade pelo que passa o sistema jurídico moderno.

Um sistema de direito só pode ser aceito se fundamentado ou na tradição, na religião ou em alguma linha da filosofia política. Acontece que com a sociedade pós-convencional, a fluidez dessa fonte legitimadora deixa patente uma situação de crise que se caracteriza como “um bloqueio das instituições existentes, porque as estruturas normativas que representam já não atendem às necessidades e aos ideais da opinião”.¹⁴⁵

É, portanto, para o campo da opinião e da argumentação que caminha o esforço dos teóricos do direito contemporâneo já que se as decisões prolatadas pela Administração parecerem desarrazoadas, é possível que a crise de legitimidade atinja a autoridade do próprio poder constituído. Desta forma, passará este a impor sua decisão pela simples força, não atingindo a “razão” coletiva. “Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis.”¹⁴⁶ Já que o presente tópico destina-se a burilar em quais campos metódicos se dariam os limites do discurso jurídico, é importante que estabelecer um outro marco: o presente trabalho não pressupõe a existência de uma resposta correta aplicável à discussão da laicidade.

¹⁴³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 195.

¹⁴⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Vergínia K. Pupi (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 113.

¹⁴⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Irene A. Partenot (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 297-298.

¹⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Maria Ermantina Galvão G. Pereira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 554.

Apesar do desvendamento do debate sobre a possibilidade de respostas corretas em direito não ser o objetivo central do presente trabalho, é preciso que se faça algumas considerações sobre o tema a fim de justificar os motivos por não escolhê-lo como campo de análise.

Kelsen sustenta que a resposta do juiz (intérprete autêntico) não é um problema de teoria do direito (direito positivo), mas da política do direito. A empreitada de saber qual é a interpretação correta, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar não pode ser racionalizada, pois tal prática não segue uma lógica formal, consequencialista, mas trata-se de uma prudência. A lógica jurídica para Kelsen é a da escolha entre várias possibilidades corretas, que se adéquam à moldura semântica trazida pela norma:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, *não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito*. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do *Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.*¹⁴⁷ (grifo nosso)

Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, sustenta que não é possível, para a argumentação jurídica, trazer apenas uma resposta correta ao caso concreto. E respondendo às críticas feitas por substancialistas, diz: “embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática”¹⁴⁸. Ou seja, ele não patrocina uma teoria que garanta substancialmente uma única resposta correta, mas, através de uma

¹⁴⁷ KELSEN, Hans . **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 393.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584.

teoria moral procedimental, tenta estabelecer regras para que se chegue a respostas que se adequem ao ordenamento.

Deve-se destacar, porém, outra linha teórica divergente do que até agora foi colocado, que é a sustentada por Lênio Streck¹⁴⁹. Este estabelece o sustentáculo do seu pensamento na junção das reflexões da hermenêutica filosófica de Gadamer com a teoria da “Law as integrity” de Dworkin. Para Streck, ambas são anti-relativistas e anti-discrecionárias. Isto porque buscam correção na interpretação através tradição e na integridade para delimitar a solução em uma resposta apenas.

A integridade em Ronald Dworkin¹⁵⁰ é colocada como se a decisão de um juiz fizesse parte de uma “corrente de romancistas”, ou seja, quando os argumentos giram em torno de quais regras ou princípios de direito dizem respeito a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante, cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Caso se estabeleça uma exceção, necessariamente rompe-se com a corrente interpretativa. Mas a referida exceção colocará uma nova norma, que se tornará vinculante para os casos similares posteriores ou os casos que contemplem o princípio estabelecido como condição para o estabelecimento da exceção.¹⁵¹

Desta forma, em cada interpretação/aplicação necessita-se de uma reconstrução histórico-institucional do tema em questão. Usa-se, inclusive, a figura do “DNA” para afirmar que a decisão jurídica não perde ligação com a facticidade e que a definição deste “DNA” será fundamental para manter a coerência. Portanto, a decisão estará correta quando for respeitada, em maior grau possível, a autonomia do direito, evitada a discrecionabilidade, respeitando-se a coerência e a integridade do direito, através de uma detalhada fundamentação.¹⁵²

O cerne desta disputa¹⁵³ encontra-se na preocupação com a racionalidade judicial em contraposição com a crise de “razão” comunitária anunciada pela crítica de

¹⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 569-570.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

¹⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 531.

¹⁵² *Ibidem*, p. 572-573.

¹⁵³ Nota-se que o âmago da divergência entre Streck e Alexy encontra-se na questão da discrecionabilidade. O primeiro acusa o segundo de propor uma volta, através da ponderação entre princípios, ao positivismo, já que a escolha do princípio aplicável “respristina” o que Streck chama da antiga “delegação positivista” (liberdade de o juiz decidir dentro da moldura, como apontado anteriormente sobre a posição de Kelsen). Alexy, por sua vez, entende a discrecionabilidade de forma um pouco diversa. Ele a admite, mas formula diversas regras do discurso jurídico e de ponderação entre bens jurídicos com o intuito de que esta discrecionabilidade não seja ilimitada, para que as decisões sejam legítimas. Vai, então, além do positivismo de Kelsen, já que este entendia que não cabia à ciência do direito lidar com a decisão judicial dentro da moldura.

Modernidade. Ambas são tentativas de vislumbrar meios de tornar as decisões judiciais legítimas dentro de uma sociedade plural e multifacetada. Não é de agora que a Filosofia do Direito procura dirimir tal controvérsia sobre a legitimidade das decisões. A questão da existência de uma única resposta correta é de algum modo contornada pela Teoria Ecológica que prefere referir-se às decisões jurídicas como dotadas, ou não, de “força de convicção”, ou seja, capacidade de convencerem o “mundo social” a que se dirigem. Há aqui uma aproximação entre a concepção de “força de convicção” de Cossio e convencimento em Perelman.¹⁵⁴

Sendo assim, não se vislumbra prescrever regras de resolução de *hard cases* no campo da laicidade, mas estabelecer limites éticos mínimos no campo da retórica jurídica a fim de promover uma maior integração entre grupos divergentes dentro de uma comunidade constitucional inclusiva.

Por mais que haja contrastes de opiniões em relação à existência de respostas corretas em direito, existe, de certa forma, certo consenso na filosofia do direito sobre o caráter retórico da construção das normas, no sentido da não-identificação entre estas e os textos. Nesse processo de construção normativa é que o caráter retórico do direito ganha destaque traçando limites do discurso para oferecer talvez não uma só resposta correta, mas uma resposta mais legítima, compreensível por todos os interessados.

Texto e norma não se identificam. O objeto de interpretação é o texto, não uma norma já pronta para ser aplicada. Como afirma Eros Grau, “o conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas em potenciais.”¹⁵⁵ Como asseverado acima, há cada vez mais um consenso no campo teórico do direito que a norma é resultado de uma interpretação concretizadora. Entretanto, o critério hermenêutico e argumentativo para que tal concretização ocorrerá é o ponto que gera controvérsias.

Toda concretização dependerá, por sua vez, de proposições argumentativas que visam justificar os caminhos escolhidos pelo intérprete. Sendo assim, ao invés de procurar desvendar o desafio do critério adequado para a resposta correta, o presente trabalho se propõe a lançar limites éticos ao discurso jurídico da laicidade, ou seja, irá restringir-se à discussão no plano retórico. Uma concepção retórica do problema é mais honesta ao proporcionar mecanismos de defesa aos atingidos pelos efeitos da norma concretizada, visa

¹⁵⁴ COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27

permitir “um tratamento mais adequado do caso concreto e ao mesmo tempo imunizar os profissionais do direito contra ornamentos e engodos erísticos, pois quem conhece as artimanhas retóricas está apto a defender-se mais estrategicamente.”¹⁵⁶

Acontece que a retórica é alvo de grande desconfiança pelos teóricos da Modernidade. No século XVII, Descartes deixa para a Modernidade uma herança de desvalorização de uma das mais importantes vertentes da retórica: a dialética. Na mesma esteira, encontram-se os empiristas ingleses que prescrevem que qualquer verdade vem da experiência sensível, sendo a retórica, com seus artifícios verbais, um meio de afastamento da experiência.¹⁵⁷ Tal cenário somente sofre uma sensível alteração através da ascensão da Crítica da Modernidade, citada no primeiro capítulo, aonde há uma revalorização da do papel da retórica como meio de interlocução entre grupos antagônicos.

Além disso, é notório que a argumentação perpassa todo o discurso científico e o conhecimento de seus instrumentos é essencial já que “a importância da oratória é maior quanto mais urgente for a questão, mais restrito o acordo prévio, e menos acessível a argumentação lógica o auditório.”¹⁵⁸ Em um contexto de disputa ética rumo à conquista do direito positivado coroando as pretensões coletivas, estabelecer limites éticos do discurso é uma necessidade a fim de se estabelecer bases comunitárias mais sólidas.

Esta necessidade não é apenas em prol dos destinatários das normas jurídicas, mas aos funcionários responsáveis pela jurisdição e construção dos textos de lei. O Estado democrático exige que sua produção normativa seja não somente advinda de uma fonte competente, não apenas obedecendo ao princípio da legalidade, mas ao da moralidade, já que não se pode opor frontalmente direito e moral sob pena da perda do sentido da norma (tese da separação) ou da própria juridicidade (tese da vinculação fraca).

4.1.2 Limites éticos na Esfera Pública: do *Argumentum ad hominem* ao diálogo.

O presente tópico destina-se a delimitar os contornos éticos do debate sobre a secularização e laicidade na esfera pública que servirão de base para os limites éticos ao discurso jurídico propostos no próximo tópico. Já que o discurso Estatal é construído como decorrência das demandas públicas, a proposição de limites do discurso jurídico deve fazer

¹⁵⁶ ADEODATO, João Maurício. **Retórica Constitucional**. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236

¹⁵⁷ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 79-80.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 91.

referência ao debate público entre religiosos e não-religiosos. E como se definiu no tópico anterior, o campo metódico será o da retórica, através da sugestão do refreamento do uso do argumento *ad hominem* na deliberação pública.

Não importa se o cidadão está ligado institucionalmente a alguma religião, ontologicamente pode-se dizer que a condição antropológica de *projeto* é o que o define. *Projeto* este ligado à “projetos” coletivos, compartilhados. Nesse sentido, argumentou-se no primeiro capítulo que o ser humano secularizado – por mais que não se considere moralmente vinculado a uma religião - conserva ainda os vestígios do comportamento do homem religioso, mas esvaziado dos significados eclesiásticos.

Diante de tal indiferença, o debate público entre religiosos e não-religiosos a ser comentado aqui não se dá no nível de distinção teórica entre ciência e religião. Se estes fossem essencialmente antagônicos, não existiriam cientistas nem universidades que pertencem à denominações religiosas, a Academia seria completamente ateuista e materialista. Desta forma, o debate ocorre entre cosmovisões, estas sim, contrárias.

Sendo assim, falar-se-á do debate entre religiosos e não-religiosos, fundamentalistas e relativistas, razão versus religião, fazendo menção à cosmovisões, sem apontar para qual é a mais coerente. O papel da reflexão aqui feita é justamente o de procurar meios para um diálogo, não necessariamente um consenso sobre conteúdos, mas princípios de convivência pacíficos a serem administrado pelo Estado laico (consenso sobreposto).

Além de salientar que o debate não é entre religião e ciência, mas entre ateísmo evolucionista e criacionismo, por exemplo, outro ponto de destaque é que a Modernidade desencantada – menção ao termo *desencantamento do mundo* de Weber – não significa necessariamente o desaparecimento completo da religião do campo público de discussão.

Como afirma Antônio Flávio Pierucci, Weber usa o termo *desencantamento* com dezessete sentidos ao todo.¹⁵⁹ De todos estes usos, chega a conclusão de que, além do desencantamento do mundo ter a ciência como fator desencadeador de uma “desmagificação” e diminuição da influência da religião, Weber entende que a Reforma Protestante trouxe uma outra concepção de desencantamento ao propor uma individualização da interpretação da Bíblia, na qual tentava-se extinguir elementos místicos que envolviam a soterologia católica à época.

Foi este primeiro impulso humanista da Reforma que levou a formulações que ultrapassassem o campo da teologia para a política e moral. O Iluminismo valoriza a

¹⁵⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. **O Desencantamento do Mundo:** todos os passos do conceito em Max Weber. São Paulo, Editora 34, p. 42.

individualidade do cristão em detrimento do poder exercido pela Igreja Católica e as igrejas reformadas. Mas, ao contrário do que ocorre na Reforma, não prega um cristianismo puro contra um outro impuro, mas um cristianismo universal baseado no bom senso, secularizando a mensagem cristã, fundando um teísmo em contraposição às religiões dominantes do cenário público de discussão.

A ideia de rebaixar a religião como elemento histórico e cultural – geralmente associada ao conceito de desencantamento do mundo -, ou até mesmo eliminá-la de qualquer influência no ambiente público, por mais que tenha sido implementada em algumas ocasiões, não coincide com a base filosófica da Modernidade, senão é o objetivo de cosmovisões particulares como, por exemplo, o novo ateísmo.

Independente de como se denominam os tempos atuais¹⁶⁰, o que se percebe é justamente a frustração da previsão dos iluministas de enfraquecimento da influência da religião. É claro que a maioria dos movimentos religiosos passou por reformulações a fim de propor cosmovisões mais adequadas aos tempos modernos. “O subjetivismo, o sentimentalismo e o imanentismo que permeiam estes grupos refletem a ideologia individualista dominante em nosso tempo.”¹⁶¹

Há, inclusive, um termo que marca tal tendência: “reencantamento do mundo”. Nele, o processo de secularização não é somente uma via de mão-única: na qual a cosmovisão naturalista sobrepõe paulatinamente as religiões, mas trata-se de uma via de mão dupla, ao mesmo tempo desestruturante e estruturante, que altera o relacionamento entre as Igrejas, o Estado e a sociedade.¹⁶²

É nesse contexto de “secularização de mão-dupla” que surgem os desafios da construção de um Estado laico que destina-se a garantir uma arena pública de discussão frutífera, mas sem apelar para a para uma religião civil castradora dos projetos individuais e coletivos. Nesse contexto, como já foi afirmado anteriormente¹⁶³, a política não pode se confundir com uma religião secularizada, mas ser eminentemente gestão das permanências e realização das diferenças. *Tal neutralidade do exercício do poder estatal é uma garantia para a existência e manutenção de uma esfera pública de discussão.* Não há como separar a análise

¹⁶⁰ Ver nota de rodapé n.62 sobre as denominações que se dá à pós-modernidade.

¹⁶¹ RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. Reflexões Antropológicas sobre a Religião na Modernidade: Declínio ou Reconfiguração do Religioso? **Revista Interações - Cultura e Comunidade**. Uberlândia, V. 4, p. 99-110, 2009. Também disponível em versão digital do sítio da Revista através do endereço: <<http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/revistainteracoes/index>>. Acesso em: 10 Jan. 2012.

¹⁶² CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césarés**. Secularização, Laicidade, Religião Civil. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.459-460.

¹⁶³ Cf. p. 57.

sobre o consenso (ou não) entre os cidadãos sem fazer menção ao princípio da separação entre Igreja e Estado.

Dessa necessidade de convivência a despeito das crenças, Habermas sugere um novo tipo de validade de proposições feitas por qualquer cidadão no ambiente público: o princípio da *universalidade*. Trata-se de um princípio moral que, guardadas as devidas proporções, se assemelha ao ideal de *auditório universal* de Perelman e Tyteca¹⁶⁴. Aqui há uma maior preocupação com as concepções assumidas pelos ouvintes do que com as próprias crenças. Não é que haja negação destas, mas já que se objetiva ser entendido e se construir uma argumentação eficaz, é preciso que o cidadão entenda que nem sempre suas convicções são auto-evidentes para outros.

Nesse sentido, Rawls indica que há em todas as associações civis (igrejas, universidades etc.) razões públicas e não-públicas. As razões não-públicas compreendem as muitas razões da sociedade civil e fazem parte daquilo que é interno às associações ("cultura de fundo") em contraposição aos elementos de uma cultura política pública.¹⁶⁵

É preciso que se faça aqui um esclarecimento importante: o dever ético de exteriorização de razões que sejam públicas não deve impedir que se pratique qualquer crença. Anteriormente foi feita esta citação de Adela Cortina: “é preciso que os indivíduos privatizem suas concepções religiosas e filosóficas e exteriorizem apenas o que pode fomentar o acordo.”¹⁶⁶ Esta declaração trata de um dever ético que encontra limite quando o preço da privatização agride a liberdade religiosa do cidadão. Esse fato pode ocorrer se for exigido, por exemplo, a um crente dê razão pública de sua fé e este não tenha condições mínimas de se pronunciar a não ser usando a linguagem religiosa.

Habermas assume que esta questão é um dos maiores desafios da esfera pública. A secularização do ambiente público de discussão, bem como do poder secularizado do Estado, não podem forçar que o cidadão em particular assumam uma obrigação de complementar suas convicções religiosas. É evidente que quando se participa das discussões públicas, há uma pressuposição que para se fazer entender deve-se adotar referências da cultura comum do concidadãos, pelo simples fato da convivência territorial.¹⁶⁷ A tradução

¹⁶⁴PERELMAN, Chaïm; OLBERCHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: a Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27.

¹⁶⁵RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Dinah de Abreu Azevedo (trad.). São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 269.

¹⁶⁶CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274. Cf. p. 54

¹⁶⁷Marília Muricy - na mesma linha de Habermas – reforça que quem se predispõe a argumentar, age por um prévio interesse de atingir o entendimento. Por tal fato, “a comunicação traz, dentro de si, um componente normativo diretamente relacionado com o *conjunto de elementos simbólicos de senso comum*.” (grifo nosso).

aqui é uma atitude ética de quem pretende fazer-se entender, mas não implica que os cidadãos devam possuir uma dupla identidade destinada a cada associação.¹⁶⁸

A perpetuação e não auto-evidência para respostas às questões basilares da existência como *de onde viemos e qual é o sentido da vida*, faz com que todos os grupos envolvidos no debate público assumam uma espécie de *fardo*. Num primeiro momento, ao diminuir-se o domínio da religião enquanto único centro emanador de certezas e a secularização dos meios públicos de discussão, o fardo assumido pelos religiosos foi maior em relação às cosmovisões ascendentes. Entretanto, a tendência denominada acima de “reencantamento do mundo” faz com que tal fardo ganhe uma maior equidade entre crentes e não crentes na atualidade.

O fardo das cosmovisões naturalistas identifica-se com uma compreensão de que para se viver numa sociedade secular-integradora – aonde há a preocupação de respeitar as comunidades religiosas – é preciso haver uma mudança de mentalidade no sentido de que suas pretensões precisam adaptar-se ao desafio de serem entendidas pelo público religioso.

É nesse meio das discussões públicas que entra o papel da retórica enquanto catalisadora de consensos mínimos, e, por que não, grupo de conhecimentos que auxilia as partes a se defenderem eficazmente perante um abuso de poder concretizado através de argumentações destinadas ao ocultamento das verdadeiras razões da fala. Já foi definido acima que os limites éticos ao debate público e o jurídico sobre a laicidade serão propostos no plano retórico.

No caso da arena pública, o limite ético a ser lançado por este trabalho é que se evite o argumento *ad hominem* pelos motivos que se passam a abordar.

A argumentação geral tem como baliza diversos princípios de cunho ético como, por exemplo, a proibição de se levar ao engodo ou de se transmutar os fatos com intenções escusas. Além destes, existem muitos outros princípios estudados por autores como Habermas, Perelman, Toulmin, Alexy, que vislumbram a valorização do discurso inclusivo, sincero, coerente e, como não podia deixar de ser, ético. Para o problema escolhido para este trabalho, indica-se que o uso do argumento *ad hominem* torna-se um dos maiores entraves para um diálogo mais frutífero entre religiosos e não-religiosos. Antes, porém, de demonstrá-lo, é preciso que se façam algumas considerações sobre o referido argumento.

MURICY, Marília. **Senso Comum e Interpretação Jurídica**. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: PUC/SP, 2006, p. 124. (Doutorado em Filosofia do Direito).

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião**. Estudos Filosóficos. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 145-146.

Victor Gabriel Rodriguez¹⁶⁹ define que toda argumentação faz referência aos homens (*ad hominem*) a não ser que seja destinada ao auditório em si, a todos os seres humanos (*ad humanitatem*). O ponto problemático está na forma como o *ad hominem* é utilizado.

Uma primeira forma de uso é o argumento *ad hominem* abusivo. Este ocorre quando se faz um ataque à pessoa do argumentante, colocando em cheque o seu caráter, sua credibilidade enquanto capaz de apresentar proposições públicas. Há aqui uma ofensa gratuita à pessoa, não ao argumento. Não é preciso nem encontrar razões aqui para asseverar que esta primeira postura é incompatível com o perfil de tolerância. Caso realmente haja incompatibilidade entre as ideias apresentadas e a postura pessoal do argumentante, passa-se para o segundo tipo: o argumento *ad hominem* circunstancial. Nessa segunda aplicação, o argumento passa a ter um certo valor para o debate, desde que não constitua ofensa.

Quando se trata de Laicidade, o debate costumeiramente acaba se desviando de uma olhar preocupado com os desafios do futuro da convivência para a tentativa de desqualificação mútua na qual se apontam “erros” históricos de cada grupamento. Gianni Vattimo, ao comentar as considerações de Rorty sobre a possibilidade de uma ética laica, reconhece que para tal controvérsia entre religiosos e não-religiosos a história somente fornece argumentos *ad hominem*¹⁷⁰

Sendo assim, é comum que em debates entre religiosos e não-religiosos, fundamentalistas e relativistas, apele-se para situações históricas que tentam desqualificar as contribuições para o futuro de cada grupo. É claro que a cultura e a história contribuem para que não se repitam ações que levam a resultados indesejáveis. Na verdade, é impossível não utilizar eventos do passado argumentativamente. Ocorre que tal uso torna-se problemático quando é feito sem a preocupação de ligar o pretérito com a base argumentativa apresentada, ou seja, sem avaliar o conteúdo do argumento para o futuro.

O argumento *ad hominem* ocorre no debate em questão quando se usam eventos como Inquisição medieval, fundamentalismo militar, Nazismo ou qualquer outro regime intolerante em relação às religiões ou naturalismo, como forma de desautorizar proposições recém-apresentadas na discussão. Quando se pretende usar a história como forma de desqualificar de antemão o argumento contrário, trata-se de uma agressão à ética no plano do discurso. Negar ao indivíduo a capacidade de argumentar, só pelo fato de ser religioso ou

¹⁶⁹ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica**. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 195-200.

¹⁷⁰ RORTY, Richard. **Uma Ética Laica**. Mirella Traversin Martino (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 43.

ateísta, é negar-lhe o viver político (a *ação*), marca distintiva do ser - humano segundo a antropologia de Hanna Arendt trazida no primeiro capítulo.

Desde que cada grupo assuma limites para suas próprias ações, como o compromisso com a não-violência, o abandono do fundamentalismo/ateísmo militante violento¹⁷¹ (não-coação), a objeção baseada em crimes históricos cometidos por religiosos e ateístas acaba por tornar inviável o próprio debate. Trata-se de um *agir estratégico* com a finalidade de restringir gratuitamente a participação do grupo contrário.

O grande desafio num debate desta natureza não é acusar o que já se fez em nome de Deus ou não, mas a busca de critérios mínimos de coexistência pacífica e respeitosa, apesar das diferenças dos conteúdos das *apostas* de cada grupo. Umberto Eco e o Cardeal Carlo Martini protagonizaram um debate com este compromisso, e o primeiro entende que a maior questão a se colocar é se “há uma noção de esperança (e de responsabilidade em relação ao amanhã) que pode ser comum a crentes e não-crentes?”¹⁷² Uma constante reflexão dos erros do passado é uma arma potente para que tais fatos não se repitam, mas não pode impedir que ateus e religiosos possam propor suas opiniões publicamente.

Outro debate que merece destaque foi o que ocorreu entre Habermas e o hoje Papa, então Cardeal, Joseph Ratzinger, em que os interlocutores tentaram encontrar tal mínimo de coexistência entre razão e religião tendo em vista a secularização predominante da sociedade ocidental. Apesar das diferenças, chegou-se a um ponto de consenso no qual se apontou que há patologias tanto da religião como da razão, se tomadas individualmente.

De um lado, Ratzinger propõe que quando a religião e a razão tentam se “emancipar completamente, deixando de lado a disposição de aprender e de se correlacionar, ela se torna destruidora”¹⁷³; Habermas, a despeito de não pugnar por uma necessária complementariedade entre razão e religião, entende que a atualidade deve ser marcada pela ideia de pós-secularização. Nela, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa¹⁷⁴.

¹⁷¹ Sobre a diferença entre fundamentalismo crença e militante, *vide* tópico 4.2

¹⁷² ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que Crêem os que Não Crêem?** Eliana Aguiar (trad.). Rio de Janeiro: Editora Record, 2010, p. 18.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização:** sobre razão e religião. Florian Schuller (Org.). Alfred J. Keller (trad.). Aparecida: Ideias e Letras, 2007, p. 88.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 57.

Uma crítica à cosmovisão contrária não necessita imprescindivelmente do argumento *ad hominem* para ser válido. Este será salutar caso haja uma identificação direta entre o conteúdo do que foi proposto no ambiente público de discussão com ações históricas de crime e discriminação, caso seja detectada a promoção da violência e coação. Uma análise sincera da história força a compreensão de que atitudes reprováveis são cometidas por religiosos e não-religiosos; querer vincular a maldade à opção religiosa é ambicionar que o mundo somente será bom caso haja extermínio da diferença, o que não pode ocorrer, por sua vez, sem violência e intolerância.

Tobias Barreto, mesmo sendo um dos mais brilhantes críticos da religião no séc. XIX, reconheceu ser “incontestável que homem, em nome de Deus, podendo fazer muita coisa ruim, também faz muita coisa boa. Não é preciso ser devoto para o afirmar; a sinceridade científica obriga a reconhecê-lo.”¹⁷⁵ Já que a verdade não se expressa e é aceita espontaneamente, sem perdas ou deformações, há a necessidade da retórica e do diálogo, quer em ambientes públicos, quer dentro do Poder Judiciário.

Contudo, a retórica não pode ser concebida como algo proveitoso sem a ética. O limite ético da retórica no campo público de discussão encontra-se no critério da liberdade. É ela que faz com que haja verdadeiramente um diálogo, no qual cada um pode criticar os argumentos do outro desde que assuma a responsabilidade de produzir os seus.

A liberdade de expressar-se exige o compromisso de não se usar da violência ou da coação como elemento externo ao argumento; internamente, a ética impõe que não se use do preconceito através do uso do argumento *ad hominem* abusivamente, apenas de maneira circunstancial.

4.1.3 Limites éticos do discurso jurídico da Laicidade: a verificação do projeto e a tradução.

Independente de ser considerado um caso especial da teoria do discurso, o discurso jurídico e os textos produzidos pelo Estado não podem ser tomados como destituídos de qualquer relação com a cultura e a moral compartilhada. Apesar da questão problemática da sujeição (ou não) do direito à moral, não se pode negar que as vivências do discurso geral, no ambiente público, fazem parte da práxis do discurso jurídico. A ciência do direito não se pode deter a um modelo que determina seu isolamento, mas atentar para as tendências que

¹⁷⁵ BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Landy, 2001, p. 30.

estudam o fenômeno jurídico como um profundo processo dialético com as mais variadas ciências humanas.

As práticas, os hábitos, as tarefas, as divisões do trabalho, as diferenças sociais, deram origem a universos de linguagem, dentre eles o discurso jurídico. Através da história, o discurso técnico foi se desprendendo da linguagem natural, passando para uma linguagem mais formal, transformando-se em signos jurídicos formais. Não se quer encerrar aqui, entretanto, o estudo do discurso jurídico como única forma de análise do fenômeno jurídico. Este alberga um maior volume de significação. O discurso, nessa perspectiva, é o *medium* pelo qual pode-se enxergar o fenômeno jurídico, podendo ir, inclusive, para os campos do método semiótico.

Esta diferenciação entre o discurso geral e o formal jurídico reflete-se na postura com que se encara a própria dogmática jurídica enquanto vertente da ciência do direito que se preocupa em fornecer respostas a conflitos. Há a postura analítica da dogmática que busca valorizar uma visão unilateral do direito, concebendo-o enquanto uma unidade, um conjunto de conceitos autossuficientes para produzir respostas. Há, por outro lado, uma postura hermenêutica da dogmática, mais ligada às disciplinas zetéticas, e ao problema do discurso e da interpretação.¹⁷⁶

O presente estudo procura alinhar-se com a segunda vertente, já que faz uma crítica ao perigo do afastamento da realidade causado por uma visão analítica, gerando o que foi denominado anteriormente de *fetichismo* do discurso jurídico¹⁷⁷. Uma investigação que envolva a teoria do discurso, retórica, filosofia moral e política, dentro do campo do direito, não pode, por outro lado, afastar-se da dogmática enquanto vertente precípua do direito. A dogmática jurídica é instrumento que pode produzir resultados de segurança que não seriam possíveis unicamente com os meios do discurso prático geral.

Na perspectiva de que o direito deve decidir os conflitos, Ferraz Jr.- baseado nas lições de Niklas Luhmann - propõe os dois princípios fundamentais do pensamento dogmático: “o da inegabilidade dos pontos de partida e o da proibição do *non linquet*, isto é, o da compulsoriedade de uma decisão.”¹⁷⁸ Levando em consideração que o conteúdo da norma é uma construção aberta, um texto para ser interpretado – da mesma forma que uma partitura musical - há uma obrigação de, primeiramente, interpretar e desenvolver o raciocínio ao ponto

¹⁷⁶ A distinção entre dogmática analítica e hermenêutica é construída por Tércio Ferraz Júnior em FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 254 e ss.

¹⁷⁷ Cf. a p. 32

¹⁷⁸ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 264.

de por um fim às diversas possibilidades interpretativas. Esse papel de pacificação social do direito encontra na dogmática o seu meio de trabalho.

As funções da dogmática são levantadas também por Robert Alexy em Teoria da Argumentação Jurídica¹⁷⁹. São seis: de estabilização, pois fixa formas de decidir por longos períodos de tempo; de progresso, já que amplia gradualmente a discussão jurídica; de técnica, pois a apresentação sistemática da matéria serve como informação e aperfeiçoa o ensino e aumenta a capacidade de transmissão; de controle, ao permitir decidir casos tendo como aos já decididos e aos por decidir; e heurística, a dogmática sempre oferece respostas que sugerem novas perguntas e novas respostas.

Como já afirmado acima, Alexy vincula o discurso jurídico ao prático geral, portanto quando propõe regras para os argumentos dogmáticos, coloca primeiramente a necessidade de que qualquer enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, um argumento prático geral. Além desta primeira regra, o argumento dogmático deve atender a mais duas: há o ônus de comprovação sistemática do argumento; e se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.

Já que cada propositura dogmática deve fazer menção ao discurso prático geral, teria-se que enumerar e destrinchar quais são tais regras na tarefa de justificação interna e externa do direito. De acordo com o corte epistemológico feito no tópico 4.1.1., não cabe aqui tomar partido na discussão sobre a sujeição do direito à moral, portanto não se faz necessário aludir às regras do discurso geral trabalhados por qualquer autor, mas sugerir regras éticas retóricas advindas das reflexões sobre o problema da laicidade.

O que se procurou no capítulo “Afirmção Histórica do Discurso Jurídico sobre a Laicidade e a Tolerância” não foi somente fazer um apanhado histórico para introduzir conceitos, mas trazer elementos mínimos culturais para que o intérprete possa se posicionar sobre a laicidade. Como ensina Umberto Eco, a interpretação de um texto deve levar em consideração sua propriedade tri-relacional.

Eco declara que da mesma forma que um cientista compreende que a gravidade é uma propriedade tri-relacional - que envolve a Terra, o Sol e um determinado observador do Sistema Solar - a interpretação de um texto envolve: “(i) sua manifestação linear; (ii) o leitor que lê segundo o ponto de vista de uma determinada *Erwartungshorizon* (“expectativa,

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2001, p. 252-257.

horizonte”); e (iii) a enciclopédia cultural compreendendo uma determinada língua é a série de interpretações anteriores do mesmo texto.”¹⁸⁰

Como já afirmado acima, no campo jurídico, a dogmática atende a este terceiro fator da interpretação já que consolida conceitos na cultura jurídica com o intuito de oferecer respostas às demandas judiciais. A preocupação do segundo capítulo do presente trabalho foi justamente demonstrar as condições do surgimento das declarações que resguardam a liberdade religiosa e dos compromissos de laicidade, bem como a maneira como se vêm interpretando tais textos, através das posições dos juristas especializados. Princípios de interpretação como o da separação; da não-confessionalidade; da cooperação; da solidariedade; da tolerância; da igualdade religiosa subjetiva; e da isonomia das entidades religiosas, foram construções da dogmática jurídica que devem servir como primeiro limite a qualquer intérprete sobre o tema. Uma enciclopédia cultural mínima sobre o assunto é, de certa forma, uma salvaguarda contra a “superinterpretação” de textos, pois fornece elementos semânticos mínimos.

A ideia de superinterpretação é também trazida por Eco e ocorre quando há, segundo o referido autor, uma interpretação mal-sucedida dos textos. É certo que qualquer descrição sobre qualquer objeto é aberta à questionamentos e levam a outras interpretações. Mas estas podem ser reconhecidas como mal-sucedidas quando são, como diz Eco, como “mulas”, ou seja, quando impedem que novas interpretações não possam ocorrer, ou quando não podem ser confrontadas com a tradição de interpretações anteriores ¹⁸¹, tudo isso devido a não atentarem para qualquer referência semântica construída historicamente. Por mais que haja a discricionariedade do ato judicial, esta não se confunde com um ato arbitrário ¹⁸², pois a discricionariedade está incorporada no conceito de legalidade e deve fazer referência ao sistema.

Em relação à primeira faceta da interpretação textual levantada por Eco – a manifestação linear do texto – este é o terreno de trabalho das pesquisas que se preocupam principalmente com os elementos de enunciação e recepção das mensagens, ou seja, com elementos do modelo comunicativo. Malgrado ter íntima relação com o objeto do presente trabalho, tais temas tem tratamento próprio sobretudo em estudos de semiótica jurídica.¹⁸³

¹⁸⁰ ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.168.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 177

¹⁸² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

¹⁸³ A perspectiva da semiótica enquanto estudo dos textos dotados de *juridicidade* é trabalhado em BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008. Sobre o tema, ver também ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

É na questão do horizonte do leitor que se encontra o ponto central do presente tópico. Os limites éticos do discurso jurídico da laicidade são destinados aos intérpretes que possuem poder de decisão jurídica, pois são autorizados pelo ordenamento a dotarem seus textos de juridicidade, ao contrário dos limites à esfera pública que deveriam ser observados por todos os envolvidos.

Sendo assim, o *dever de verificação do projeto* e o *dever de tradução* são direcionados às atividades jurisdicional e legislativa, já que é na atividade legislativa e nas decisões judiciais que ocorre “a vinculação entre o processo de produção/aplicação do direito e o “mundo da vida”¹⁸⁴. Os cuidados de natureza ética de atentar-se ao horizonte do leitor são de responsabilidade dos funcionários do Estado encarregados de oferecer respostas aos conflitos. Isso não quer dizer, como se colocou acima, que não existam outras regras éticas a serem observadas, mas as duas mencionadas são expressão de presente reflexão sobre o discurso jurídico da laicidade.

O *dever de verificação do projeto* é o compromisso ético que deve ser assumido pelo(a) agente público(a) que for analisar questões envolvendo religião - ou cosmovisões que tenham relação com religião - de demonstrar um mínimo de conhecimento sobre a religião específica do caso. A demonstração de tais conhecimentos deve ser uma garantia para que os destinatários reconheçam que estão sendo tratados com dignidade; devem estes ratificar, de certa forma, o conteúdo da referida demonstração.

O *projeto* pode ser entendido aqui de duas maneiras: a primeira faz referência à pessoa singular, pois o ser humano é, por mais que sofra forte influência do meio, uma estrutura sempre aberta e livre; a outra concepção alude ao conteúdo de uma cosmovisão ou religião compartilhada. Prolongar a análise desta divisão levaria a presente reflexão para um dilema entre qual elemento (subjetivo ou objetivo) é mais forte na formação do ser-humano. Sendo assim, para efeitos do discurso prático não é necessário tal divisão.

Outro fator importante deste dever de *verificação* é o modo e o momento em que este deve ocorrer.

Desde a fase de instrução processual, o magistrado tem a incumbência de procurar sanar qualquer dúvida sobre a crença dos destinatários. Tal busca deve se dar dentro e fora do processo. Pode-se, inclusive, oficializar associações que representem o grupo religioso em questão.

¹⁸⁴ MURICY, Marília. **Senso Comum e Interpretação Jurídica**. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: PUC/SP, 2006, p. 125. (Doutorado em Filosofia do Direito).

A última oportunidade na qual tal verificação pode ocorrer é dentro do relatório e fundamentação da sentença. Não é na parte dispositiva da mesma, já que nela será somente sacramentado o deferimento (ou não) da lide. (Art. 458 do Código de Processo Civil). É no relatório onde o juiz faz a descrição resumida das principais ocorrências verificadas no decorrer do processo, que identifica o pedido formulado pelo autor e seus fundamentos.¹⁸⁵ É justamente pelo o que é colocado aqui, que as partes podem mensurar se o julgador examinou com a devida atenção todas as peculiaridades dos pedidos e, no caso de questões envolvendo liberdade religiosa, se o juiz – como agente público que assume uma postura laica – conseguiu demonstrar conhecimentos mínimos sobre a religião envolvida.

O *modus* da verificação não possui um caminho único e seguro o suficiente, mas por se tratar de um princípio ético que deve ser assumido pelo agente público, o que importa é o fim do reconhecimento por parte dos destinatários de que há uma compreensão de elementos do seu *projeto*, principalmente aqueles que não coincidem com a religião majoritária. Ainda que na parte dispositiva não se contemple o pedido feito pelos religiosos, é essencial que se faça menção às crenças no relatório e/ou fundamentação da sentença.

A *verificação* não ocorrerá, por exemplo, quando ao tratar de uma questão envolvendo Testemunhas de Jeová, não se faça menção no relatório ou fundamentação das bases bíblicas para a não-transfusão; o mesmo ocorre nos casos de dia de guarda (Adventistas e Judeus); sacrifício de animais, no caso das religiões de matriz africana. É certo que o horizonte do leitor não possui uma fronteira rígida, por isso é fundamental que se reproduzam no relatório as proposições públicas assumidas pelos religiosos, partindo, desta forma, de assertivas formuladas por associações civis que representam do grupo em questão.

Ainda no campo da *verificação*, uma noção que se deve levar em conta é o de preconceito da hermenêutica filosófica de Gadamer. Por mais que a laicidade seja um compromisso do Estado que aponta para certa neutralidade deste, é impossível que o agente se desfaça das concepções já construídas e recebidas pela cultura de sua própria cosmovisão, ou projeto coletivo. O que o dever ético de *verificação* exige é uma postura contrária à tentativa de esconder preconceitos, mas buscá-los e contrapô-los às demandas. O ser-humano é histórico e “se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos.”¹⁸⁶

¹⁸⁵ SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 401-402.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método (I)**. Flávio Paulo Meurer (trad.). Petrópolis: Vozes, 1999, p. 373.

Ao se expor uma linguagem comum entre o agente público e o cidadão religioso, estar-se-á garantindo que este possua recursos retóricos de defesa, por um lado, e oferece uma mensagem de respeito por parte do Estado ao qual faz parte como contribuinte (tributário e culturalmente).

Uma decorrência do dever de verificação é o *dever de tradução*, principalmente quando há conflitos entre religiões ou entre grupos com diferentes *apostas* (p. ex. uma associação ateísta contra um grupo religioso). Richard Palmer salienta que a hermenêutica teve, através da história, posturas diferentes que culminaram, após o surgimento da sociedade pós-convencional, com a tradução. Além do sentido de “dizer” e “explicar”¹⁸⁷, torna-se cada vez mais forte o sentido de “traduzir” que pressupõe a existência de duas realidades distintas que tornam-se conhecidas através do *medium* da linguagem. Sendo assim, a *verificação* e a *tradução* são parte de um mesmo processo de construção dessa mediação entre a linguagem religiosa e o ambiente público de discussão, especificamente o jurídico

Tércio Ferraz Jr. encontra na tradução uma útil analogia à *praxis* jurisdicional. Principalmente porque a *tradução* demanda o elemento da confiança na capacidade do intérprete. “A prática da tradução passa pela comparação das estruturas, com base na qual se procede à adaptação ou à recriação do sentido. O critério da boa tradução repousa no enfoque do tradutor à cuja competência (reputação, somada à autoridade e liderança) se abre um crédito de confiança.”¹⁸⁸ A questão da confiança tem íntima relação com a dinâmica do poder, e com a forma como ele é exercido dentro do Estado democrático, o que não é objeto do presente trabalho.

O que importa aqui é destacar que o dever de *tradução*, assim como o da *verificação*, é um limite ético do discurso jurídico que deve impulsionar o agente público a promover o diálogo entre *projetos* divergentes. O STF inaugurou, a partir das audiências

¹⁸⁷ Sobre a hermenêutica como “dizer”, Palmer a aproxima da atividade da Teologia: “a primeira orientação fundamental do sentido de *hermeneuein* é “exprimir”, “afirmar” ou “dizer”. Isto relaciona-se com a função anunciadora de Hermes. Do ponto de vista da teologia, tem significado uma polêmica etimológica que nota estar a forma inicial *herme* próxima do latim *sermo*, “dizer”, e do latim *verbum*, palavra. Isto sugere que o sacerdote ao apresentar a Palavra está a “anunciar” e a “afirmar” algo; a sua função não é meramente explicar, mas sim proclamar. O sacerdote, tal como Hermes, e tal como o sacerdote de Delfos, traz notícias fiéis da divindade. Naquilo que diz ou proclama, ele é, tal como Hermes, um mensageiro de Deus para com o homem.”; quando o sentido é “explicar”, entende o autor que uma compreensão prévia “que serve de base a interpretação já molda e condiciona a interpretação - é uma interpretação preliminar mas uma interpretação que provocará toda a diferença (mudança) porque coloca o palco para uma interpretação subsequente (...) a explicação tem que ser vista no contexto de uma explicação ou interpretação mais funda, a interpretação que já ocorre no modo como nos voltamos para o objeto.” PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 25-33.

¹⁸⁸ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**:. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 278.

públicas da ADI 3510¹⁸⁹, uma tendência positiva a fim de fortalecer a construção de traduções mais fortes e, por conseguinte, de trazer mais crédito e legitimidade às decisões. Tais limites éticos dentro da jurisdição são simplesmente o reflexo do dever – já trabalhado acima através da cátedra de Cortina, Rawls e Habermas – que cada cidadão tem de se preocupar que o conteúdo exteriorizado seja compreensível aos concidadãos pertencentes à associações distintas da sua.

Os limites éticos aqui propostos são de fundamental importância no contexto brasileiro no qual há, como já se colocou no capítulo anterior¹⁹⁰, uma forte tendência a se proteger direitos à cultura e desavidamente agredir a liberdade religiosa de uma minoria que não fez parte da formação histórica do país. O Brasil deve promover tais limites éticos como forma de não se marginalizar minorias religiosas e étnicas, já que é um país de índole concordatária tem a tendência de privilegiar um rito religioso específico através da proteção cultural de feriados, templos e símbolos. Isso não quer dizer, por outro lado, que a proteção à cultura é prejudicial ao Estado Democrático de Direito. Ela só o será caso impeça completamente a expressão religiosa das minorias.

Lúcia Martel realizou um estudo em vinte e dois tribunais brasileiros, além dos tribunais superiores, sobre temas envolvendo o compromisso da laicidade, especificamente sacrifício ritual de animais, menção a Deus no preâmbulo constitucional, feriados religiosos, ensino religioso nas escolas públicas e educação religiosa, e dia de guarda. O diagnóstico demonstrou que ainda há uma confusão clara sobre o próprio conceito de laicidade entendido como neutralidade formal, ou seja, que o Estado não deve fornecer nenhuma assistência a cidadãos religiosos:

Na maior parte dos acórdãos analisados, a referência ao republicano princípio da separação entre Igreja(s) e Estado - caráter laico e/ou leigo - acarretou a denegação do pedido dos fiéis. Isso significa que os magistrados reputam a laicidade como a neutralidade formal, ou seja, como a não imposição de benefícios ou de prejuízos em virtude da afiliação religiosa. Dessa maneira, promover a inclusão de pessoas vinculadas a agremiações minoritárias por meio de políticas afirmativas ou mediante a igualdade material torna-se uma tarefa árdua, eis que aparentemente não-neutra. (...) *Ao encarar profundamente os argumentos contrários e ao demonstrar as razões que levam uma Corte a seguir os precedentes ou reputá-los como erros, os julgadores estão demonstrando respeito e compromisso pela*

¹⁸⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade que buscava a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança).

¹⁹⁰ Cf. p.68-69

*igualdade de tratamento devida a todos os jurisdicionados.*¹⁹¹ (grifo nosso).

Tal cenário só reforça a ideia de que a laicidade no Brasil é ainda um tema longe de estar em processo de concretização, de discussão diuturna, o que gera um atraso na formação de uma cultura jurídica sobre o tema. Desta forma, o presente trabalho vem para fomentar o debate público dentro e fora da Administração através da sugestão dos limites éticos acima delineados. Não compete aqui definir, em contrapartida, o que ocorre caso estes limites não sejam observados, se o dispositivo normativo perde o caráter jurídico (tese da vinculação fraca) ou perde o seu sentido (tese da separação).

O que se pode concluir é: dos marcos antropológicos e culturais lançados nos capítulos anteriores resultam a formulação destes limites éticos (dever de verificação e tradução) enquanto pertencentes ao próprio compromisso de laicidade que é, antes de ser jurídico e insculpido em qualquer texto normativo, um compromisso ético de promoção da liberdade e igualdade.

4.2 Perspectivas:

As bases antropológicas e históricas-culturais não somente fornecem limites ao discurso jurídico da laicidade, mas ajudam a criticar as proposições sobre a postura do Estado em relação ao fenômeno religioso. Será que existe uma melhor postura política para assegurar a efetividade dos ideais da laicidade estatal? Este último tópico buscará responder a esta questão, considerando, evidentemente, as limitações dos fins propostos pelo trabalho, ou seja, não buscando esgotar a questão, mas levantando pontos de meditação para o futuro.

Antes de prosseguir, é preciso fazer alguns comentários sobre um aspecto essencial da prática religiosa: o fundamentalismo.

O senso-comum liga o termo fundamentalismo à postura intolerante, e até violenta das religiões, sendo uma atitude a ser evitada num ambiente público de discussão. Tal concepção carece de alguns apontamentos que tentarão demonstrar a existência de duas concepções de fundamentalismo. O primeiro é o fundamentalismo-militante, que coincide basicamente com o senso-comum acima apontado. O segundo é o fundamentalismo-crença,

¹⁹¹ MARTEL, Lúcia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/LeticiaCampos_rev86.pdf>. Acesso em 20 jan. 2012.

que contrapõe-se ao simples relativismo, mas que não propõe uma ação impositiva da fé através de um proselitismo violento.

Em suas considerações sobre a possibilidade de uma ética laica, Rorty indica justamente a existência de um fundamentalismo não violento que contrapõe-se ao relativismo. Trata-se da crença de que existe uma verdade maior do que a própria realidade humana sensível que é revelada através de escritos considerados sagrados. A relatividade abraçada por Rorty caracteriza-se, em contrapartida, por uma abertura para a contínua possibilidade de mudanças doutrinárias que possam aumentar a felicidade humana.¹⁹²

A distinção entre fundamentalismo-crença e militante é feita por Jayme Weingartner Neto¹⁹³ que coloca o segundo como uma postura marcada pela busca de imposição violenta da religião a outros, o que é inconcebível num Estado Democrático Laico. O fundamentalismo-crença, desta forma, deve ser protegido em seu direito de auto-regulação e autonomia, salvo se este atacar um “valor aglutinante” da comunidade constitucional. Ou seja, o referido autor afirma que “a maximização da tolerância sem aniquilar o núcleo duro do programa constitucional parece-me a maior dose possível de fundamentalidade sem fundamentalismo.”¹⁹⁴

Sendo assim, pode-se dizer que a religião em si é fundamentalista já que possui crenças na revelação (escrita ou não) inegociáveis, mas que não necessariamente é imposta violentamente aos concidadãos não-crentes. Por outro lado, se o ponto de distinção entre fundamentalismo e relativismo for crenças inegociáveis, é possível colocar que o ateísmo pode ser encarado como um fundamentalismo, já que a não-existência de uma divindade é inquestionável, o que já não acontece com o agnosticismo.¹⁹⁵ Este fundamentalismo ateu pode, de igual forma, ser militante ou não. “O fundamentalismo está também nos não-crentes. O confronto não é entre crentes e não-crentes, mas entre modo de crer e modo de não-crer.”¹⁹⁶

Entre os “fundamentalismos” surgem propostas para um diálogo mais frutífero entre crentes e ateus. Ao colocá-las, volta-se para o mesmo campo de trabalho do tópico 4.1.2, ou seja, a esfera pública. Essa volta de percurso tem o objetivo de demonstrar que mesmo propostas tão interessantes para o debate público não podem ser moduladas em políticas

¹⁹² RORTY, Richard. **Uma Ética Laica**. Mirella Traversin Martino (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 18.

¹⁹³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 249-251.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 249.

¹⁹⁵ Cf. p. 55

¹⁹⁶ Frase de Vittorio Foa, participante do debate citado acima entre Eco e Martini. ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que Crêem os que Não Crêem?** Eliana Aguiar (trad.). Rio de Janeiro: Editora Record, p. 124-125.

públicas de um Estado que se diz laico e propugna pela tolerância. Antes de dar as razões para tal sentença, é preciso apresentar alguns exemplos de propostas que buscam uma “conciliação” entre os fundamentalismos.

A primeira é extraída da obra “Religião para Ateus” de Alain de Botton.

Trata-se de um ateu convicto que, para os padrões colocados por este trabalho, equivale a um representante do “fundamentalismo-crença ateuista”. Esse filósofo, apesar de crer piamente de que Deus não existe, tenta encontrar uma maneira de se relacionar com a religião sem precisar endossar o seu conteúdo sobrenatural.¹⁹⁷ Entende que a sociedade secular, no “divórcio” com o rito religioso, acabou saindo perdendo já que uma série de práticas e rituais são identificadas com a religião e as quais os ateus acham geralmente impossível conviver. Assevera o autor: “ao desistir disso tudo, permitimos que a religião reivindicasse como seu domínio exclusivo áreas da experiência que deveriam pertencer a toda a humanidade – as quais não deveríamos ter vergonha de restituir ao campo secular.”¹⁹⁸

O desafio é admirar a sabedoria religiosa, não a sua doutrina metafísica. Para tanto, o autor trata de temas como a comunidade, arquitetura, educação, ternura dos religiosos como uma tentativa de reverter o processo de colonização religiosa. Traça como objetivo a tentativa de ler as fés com a esperança de provocar *insights* úteis para a vida secular, em particular em relação aos desafios da comunidade e do sofrimento mental e corporal. Não prega que o secularismo seja algo errado ou prejudicial, mas infere que o processo de secularização torna-se inadequado ao tornar desnecessárias algumas das partes mais úteis e atraentes das demonstrações de fé.

Uma tentativa conciliadora é feita também por Karen Armstrong no livro “Em Defesa de Deus: o que a religião realmente significa”¹⁹⁹. Aqui a autora vai além da proposta de Botton, já que esta é destinada à ateus e não pretende “remodelar” o conceito da própria religião. A defesa de Deus de Armstrong está longe de ser um livro de apologética cristã, trata-se da defesa de uma visão filosófica de deus - à Descartes e Espinoza - ligado ao papel do *mythos* da pré-modernidade. Desta forma, a maneira como as religiões do Livro (principalmente judaísmo e cristianismo) se desenvolveram é fruto, para ela, da tentativa Moderna que atingiu a teologia que passou a se preocupar em colocar a revelação no nível do *logos*, da discussão sobre a verdade, entrando em rota de colisão com outra herdeira da Modernidade: o ateísmo.

¹⁹⁷ BOTTON, Alain de. **Religião para Ateus**. Vitor Paolozzi (trad.). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹⁹ ARMSTRONG, Karen. **Em Defesa de Deus: o que a religião realmente significa**. Hildegard Feist (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Com as críticas pós-modernas, como já foi apresentado no primeiro capítulo, o próprio Deus da Modernidade – alvo de defesa e crítica por crentes e ateus – necessita ser repensado. A tese de Armstrong é de que “não compete à religião dar respostas para perguntas que o ultrapassam a capacidade da razão humana. Esse é o papel do *logos*.”²⁰⁰ O papel da religião, aparentado com a função da arte, consiste em ajudar para que o sujeito tenha uma vida pacífica e possa lidar melhor com realidades que não são facilmente explicáveis e com problemas não resolvidos desde que existe a humanidade: morte, sofrimento, desespero e a crueldade da vida.

A defesa de deus está em tentar criar um convívio harmonioso entre ciência e teologia, já que ambas atuam em áreas distintas, segundo a autora. Afirma categoricamente que “se um texto bíblico contradiz uma nova descoberta científica, cabe ao exegeta interpretá-lo de outra maneira.”²⁰¹ Outro autor, desta vez um cristão declarado, também faz proposições nesse sentido. Francis Collins, diretor do Projeto Genoma, entende que a visão criacionista que interpreta a Bíblia literalmente (o que chama de “Criacionismo da Terra Jovem”) causa danos à fé já que exige que a crença em Deus concorde com alegações desconectadas com as evidências do materialismo científico.

Como pessoas que nele creem, vocês estão certos em se manter firmes ao conceito de Deus como Criador; estão certos em se manter firmes às verdades da Bíblia; estão certos em se manter firmes à conclusão de que a ciência não dá respostas mais urgentes da existência humana; e estão certos em se manter firmes à certeza de que é preciso resistir firmemente às alegações do materialismo ateu. *Essas batalhas, porém, não serão vencidas se vocês basearem suas posições em fundamentos falhos. Continuar a fazer isso dar aos oponentes da fé (que são muitos) a chance de obter uma série imensa de vitórias fáceis.*²⁰² (grifo nosso)

Não cabe aqui aprofundar a discussão sobre qual a cosmovisão é a mais sensata, já que não se trata de um trabalho de apologia à crença na Bíblia ou ao ateísmo.²⁰³ O

²⁰⁰*Ibidem*, p.313.

²⁰¹*Idem*, p. 319.

²⁰² COLLINS, Francis S. **A Linguagem de Deus**. Um cientista apresenta evidências de que Ele existe. Giorgio Cappelli (trad.). São Paulo: Editora Gente, 2007, p. 184.

²⁰³ Para uma perspectiva da cosmovisão cristã criacionista sobre a relação entre ciência e religião, cf. LENNOX, John C. **Por Que a Ciência não Consegue Enterrar Deus**. Almiro Pisetta (trad.). São Paulo: Mundo Cristão, 2011. Nele, John Lennox - matemático na Universidade de Oxford – aponta para o que ele julga inconsistências no credo ateu-darwiniano. Algumas entidades se dedicam a promover debates entre autoridades sobre o tema. Além do Dr. Lennox, pode-se ver a opinião de ateus como Hitchens, Dawkins, Peter Singer, entre outros, em diálogos nos sítios eletrônicos do Fixed Point Foundation (www.fixed-point.org) e The Veritas Forum (www.veritas.org).

grande questionamento é se tais propostas no campo ético podem ser transformadas em políticas públicas de um Estado que se diz laico. A resposta é não.

Por mais que tais propostas sejam realmente um caminho para diálogo frutífero para ambos os fundamentalismos, elas devem permanecer no campo da esfera pública, devem ser analisadas individualmente por cada cidadão. Entre a ética no debate público e a proposição de políticas públicas pelo Estado existe o compromisso da laicidade. O Estado não deve se preocupar em doutrinar a população sobre respostas que nem o ateísmo, nem o criacionismo bíblico tem condições de provar empiricamente. Entender de maneira diversa é romper com a promessa da laicidade, é decretar que uma visão deve perder espaço no campo público de discussão, é uma sentença de rebaixamento da cosmovisão contrária.

O papel do direito é garantir as bases mínimas para a manutenção de um ideal de democracia fruto das necessidades de uma sociedade pluralista. Essas exigências mínimas de convivências surgiram após eventos históricos marcantes, como apontado no Capítulo anterior, das quais emanaram a positivação de direitos humanos e direitos fundamentais. Por mais que cosmovisões utilizem-se de tais direitos para fundamentar suas pretensões para que o Estado proteja certos comportamento, não se pode utilizar de tais armas argumentativas a fim de rebaixar politicamente a posições contrária. É certo que não se pode reconhecer direitos a alguns, sem retirar a proteção de outros, isso faz parte da dinâmica democrática, mas o que não se pode admitir é que um grupo vencedor pleiteie a perda da representatividade de outro.

Por isso é que o conceito de laicidade tem íntima relação com o de tolerância. Na verdade, não é necessário que um Estado seja laico para promover a tolerância, já que pode existir o confessionalismo tolerante. A laicidade não é uma garantia que os agentes estatais sejam neutros, mas é a declaração que eles buscarão tal neutralidade e irão promover – através, p. ex., da verificação do projeto e da tradução – a presença das diferenças no meio público e institucionais de discussão.

A postura tolerante é aquela na qual o cidadão sabe que não representa ideologicamente toda a sociedade, e que por mais que tenha convicções firmes e inegociáveis sobre as questões da fé na religião ou na ciência, não é o oráculo, na *instância social*, da verdade.²⁰⁴ Sendo assim, a desconexão entre direito e tolerância é a receita para o totalitarismo. Marcelo Neves, após a proposição de um modelo de Estado Democrático de Direito influenciado por Luhmann e Habermas, indica que “a generalização e a fortificação de

²⁰⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Direito, democracia e religião: a questão da tolerância. **Veredas**. Revista do Centro MDC de Ensino e Pesquisa, Belo Horizonte, ano 1, p. 9 a 18, agosto de 2000. p. 15

formas de intolerância étnico-culturais e religiosas no seu âmbito de vigência político-jurídica são fatores de corrosão do Estado Democrático de Direito, constituindo-lhe uma ameaça de destruição.”²⁰⁵

O que marca a mudança entre o fundamentalismo-crença e militante é o desrespeito a tolerância e a propagação de um cenário no qual a cosmovisão contrária não tenha sequer voz pública. É evidente que trata-se de um limite muito delicado, já que afasta-se do já conhecido fundamentalismo militante que usa da violência física para exterminar posições contrárias. As propostas de Botton, Armstrong e Collins não podem ser moduladas em políticas públicas de educação, p. ex., porque o Estado não pode determinar que a prática religiosa ou a interpretação literal de escrituras consideradas sagradas são algo de pouca importância.

No campo do ateísmo, o limite entre fundamentalismo-crença e militante é rompido quando se propõe medidas políticas para que religiosos não usem sua linguagem própria na participação política. Alguns autores apologetas do ateísmo ultrapassam tal limiar. Trata-se do movimento denominado “novo ateísmo”, para quem a religião é a fonte de muitos (senão todos) males e a causa dos conflitos mais violentos ao longo da história. Um dos expoentes desta linha do ateísmo é o biólogo de Oxford, Richard Dawkins. É bom que fique claro que o novo ateísmo não admoesta a violência física ou eliminação do religioso. Dawkins entende que é possível, assim como Botton, “manter uma lealdade sentimental às tradições culturais e literárias, por exemplo, do judaísmo, do anglicanismo ou do islã, e até participar de rituais religiosos como casamentos e enterros, sem aderir às crenças sobrenaturais”.²⁰⁶

Se a opinião for sustentada levando em conta as exigências da tolerância, pode-se dizer que há um proselitismo saudável, um fundamentalismo-crença, mas o problema é que Dawkins propõe medidas políticas incompatíveis com o Estado laico. Um exemplo é a sua posição sobre a educação religiosa das crianças. Entende que ensinar religião para elas pode ser equiparada ao abuso sexual de menores, e o ensino da doutrina da criação deve ser proibido no espaço público e no seio das famílias:

Num capítulo anterior, generalizei o tema da "conscientização", começando pela conquista das feministas de fazer com que fiquemos incomodados ao ouvir um termo como "homens de boa vontade" em vez de "pessoas de boa vontade". Aqui quero conscientizar de outra maneira. Acho que todos nós

²⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. Marcelo Neves (tradução do autor). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 222-23.

²⁰⁶ DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. Fernanda Ravagnani (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 350.

devemos nos sentir incomodados quando ouvirmos uma criança pequena sendo rotulada como pertencente a uma ou outra religião específica. Crianças pequenas são jovens demais para tomar decisões sobre suas opiniões a respeito da origem do cosmos, da vida ou da moral. O simples som do termo "criança cristã" ou "criança muçulmana" deveria soar como unhas arranhando uma lousa.²⁰⁷

Norberto Bobbio entende que o preconceito (que é inerente à condição humana), se mal gerido pelo detentor do poder político, pode desencadear um “processo discriminatório” que tem seu início justamente no campo jurídico²⁰⁸. Ou seja, se o Estado laico reconhece proposições discriminatórias, acabará excluindo direitos como o de se poder educar o próprio filho e iniciá-lo em qualquer rito religioso. Após essa fase jurídica, uma segunda consequência da discriminação é a marginalização social. Apresenta como exemplo clássico os guetos nos quais foram enclausurados os judeus, durante séculos, no mundo cristão. Alerta que, mesmo sem institucionalização, existem ainda guetos de minorias étnicas ou sociais em todas as grandes cidades. Mas o nível de discriminação ainda pode ser maior quando se chega na terceira fase: a perseguição política. Bobbio identifica esta terceira fase com o uso da força física para o extermínio dos opositores, como o instalado pelo regime nazista.

O Estado laico é uma garantia para a convivência entre fundamentalismos que são, de certo modo, visões totalizadoras da realidade. Tanto a religião quanto o ateísmo, não são abertos à possibilidade de se autoproclamarem insuficientes, ou reconhecerem que não são a cosmovisão *verdadeira*.

Sendo assim, a tolerância não impõe que os religiosos ou ateus tenham atitudes críticas (de predisposição à negação) em relação ao conteúdo de suas próprias cosmovisões, mas trata da maneira como elas devem se comportar em relação aos outros grupos.²⁰⁹ “A tolerância é, evidentemente, conscientemente, utilitaristicamente, o resultado de um cálculo e, como tal, não tem nada a ver com o problema da verdade.”²¹⁰

O Estado deve cuidar das verdades “temporais”, seculares, que potencializem o princípio da dignidade da pessoa humana, e deixar a resposta às perguntas “eternas” para que o próprio cidadão responda. Como já afirmado anteriormente, *a laicidade impõe que a política seja gestão, não religião*.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 345.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 116-17.

²⁰⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. Direito, democracia e religião: a questão da tolerância. **Veredas**. Revista do Centro MDC de Ensino e Pesquisa, Belo Horizonte, ano 1, p. 9 a 18, agosto de 2000. p. 16.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209

Afirmou-se acima que o fundamentalismo-crença deve ser protegido em seu direito de auto-regulação e autonomia, salvo se este atacar um “valor aglutinante” da comunidade constitucional. Desta assertiva surge outro questionamento subjacente já discutido preliminarmente no primeiro capítulo. Trata-se do debate da filosofia política entre procedimentalismo e substancialismo. Já que se vislumbra a possibilidade de valores comunitários, é importante que se retome tal discussão a fim de reafirmar qual postura é a mais salutar para a tolerância e laicidade.

Foi dito anteriormente²¹¹ que o substancialismo entende que procedimentos da racionalidade prática não são capazes de criar entre os indivíduos laços de coesão social, de solidariedade. A ética tem como dever a percepção de tal bem e cuidar para que ele seja refletido nas decisões políticas e jurídicas. As críticas substancialistas fazem sentido quando se pensa pragmaticamente: como idealizar “valores aglutinantes” sem se partir de conteúdos morais eleitos como o bem comum?

Dentro das linhas do substancialismo notabilizam-se o comunitarismo e o republicanismo. Em rápida análise, pode-se dizer que a primeira se caracteriza por sugerir que a identidade das pessoas é definida pelo fato de pertencerem a determinada comunidade, de estarem inseridas numa “narrativa” que transcende sua própria vida; Já o republicanismo tende a vincular essa definição da identidade ao que se conclua a partir de um diálogo que se ponha em prática na atualidade, não necessariamente vinculado a um fator histórico cultural.²¹² Controvérsias à parte, ambas linhas entendem que é muito improvável que se possa alcançar uma sociedade justa simplesmente garantindo a liberdade de escolha. Michael Sandel, comunitarista, sustenta que “para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão.”²¹³

Acontece que tanto o substancialismo e o procedimentalismo liberal são teorias, posturas políticas que não têm a pretensão de oferecer respostas prontas e garanti-las como imutáveis, santas e irretocáveis. São simplesmente posturas, mas que, sem dúvida, fazem diferença na construção das decisões políticas e jurídicas. A obviedade da necessidade de valores compartilhados para que se possa atingir uma sociedade mais justa contrasta com o temor do anti-individualismo comunitarista, diante dos exemplos históricos de totalitarismo.

²¹¹ Retoma-se, aqui, o debate entre o substancialismo e procedimentalismo iniciada no primeiro capítulo (*vide* p. 23-25)

²¹² GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls**: um breve manual de Filosofia Política. Alonso Reis Freire (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 207.

²¹³ SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é Fazer a Coisa Certa. Heloísa Matias ; Maria Alice Máximo (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 322.

Não se está acusando aqui autores substancialistas de totalitários, já que estes entendem que a sua proposta é que as minorias manifestem mais ativamente suas pretensões políticas para a formação desta cultura política comunitária.

O temor contra o anti-individualismo é o principal fator para que este trabalho aponte o liberalismo-igualitário (Rawls e Dworkin) como postura mais adequada.²¹⁴ Este temor é fruto da simples constatação histórica que de quando há situações de crise social e econômica, há uma tendência de se privilegiar politicamente uma fonte provedora de substancialidade à comunidade, que pode ser uma religião, um partido, que promovam na população uma nova esperança de superação, de vitória. O problema é que geralmente para se alcançar tal nível de aceitação em massa, é preciso discriminar posturas contrárias através do “processo discriminatório” levantado por Bobbio²¹⁵. O próprio Sandel reconhece a legitimidade de tal temor quando diz: “política e lei não devem se envolver em disputas morais e religiosas, costumamos pensar, porque esse envolvimento abre caminho para coerção e a intolerância. Esse é um temor legítimo.”²¹⁶

A visão sobre o indivíduo é o ponto de distinção entre liberalismo e comunitarismo. Para o liberalismo, os indivíduos preexistem a qualquer organização social, sendo mais importantes do que a comunidade a qual pertencem. Sendo assim, devem ser protegidos contra qualquer sacrifício em prol do bem comum. Concessões são aceitas, mas sacrifícios não. Os direitos individuais, como a liberdade religiosa, são, para o liberalismo, limites intransponíveis em relação às políticas públicas.

Roberto Gargarella²¹⁷ coloca que as críticas substancialistas fizeram com que Rawls alterasse alguns pontos da sua “Teoria da Justiça”, construindo o conceito de “consenso sobreposto” num dos seus livros mais recentes, “O Liberalismo Político”. Esse consenso não-comunitarista parte de níveis de “consensos”. No primeiro, de um simples

²¹⁴ Não se sustenta aqui, por outro lado, um liberalismo mais “feroz” que entende que o Estado não deve intervir na sociedade a fim de tentar solucionar desigualdades decorrente de discriminações históricas, como é apoiado por Robert Nozick (NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Ruy Jungmann (trad). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.). É importante salientar que - na mesma linha o Liberalismo Igualitário – o presente trabalho aponta como medida salutar as *políticas de ações afirmativas* que visam coibir o uso da violência na esfera pública de discussão quer seja para proteger minorias religiosas, ou qualquer minoria étnica ou filosófica.

²¹⁵ Bobbio é um daqueles que pedem um pouco mais de atenção com o substancialismo: “é preciso desconfiar de quem defende uma concepção antiindividualista da sociedade. Através do antiindividualismo, passaram mais ou menos todas as doutrinas reacionárias.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.115).

²¹⁶ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é Fazer a Coisa Certa**. Heloísa Matias ; Maria Alice Máximo (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 329.

²¹⁷ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de Filosofia Política**. Alonso Reis Freire (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 234-235.

modus vivendi, parte-se de certos princípios de justiça como única forma de encerrar permanentes e destrutivos enfrentamentos civis.

Numa segunda etapa, há um avanço na consolidação dos ideais compartilhados através de um consenso constitucional. Este se refere a um consenso ainda não tão profundo e amplo, pois os princípios essenciais não se baseiam numa concepção pública compartilhada. Para conseguir esse objetivo, não é necessário que o Estado eleja um grupo vencedor e imponha essa visão aos demais, mas será alcançado através de um esforço argumentativo através do qual os diferentes grupos precisam convencer aqueles que não pensam como eles, obrigando-os a desenvolver uma concepção política mais profunda e ampla, que é justamente o consenso sobreposto.²¹⁸ Este processo de construção segue um modelo processual baseado a lógica da argumentação, passando de questionamentos pragmáticos para a formação de compromissos e discursos éticos²¹⁹. Essa vertente de análise argumentativa determinou que o presente trabalho propusesse limites ao discurso jurídico justamente no campo retórico.

Ronald Dworkin entende que a premissa mais fundamental do republicanismo e comunitarismo é sim importante, já que as comunidades políticas tem uma vida comunitária e se esta fracassa, não há como se falar em realização individual. Mas sustenta que há uma falha no argumento: este sucumbe ao antropomorfismo. Há uma presunção que a vida da comunidade é a transfiguração de uma pessoa singular, ou seja, “que enfrenta os momentos críticos e dilemas morais e éticos, e está sujeita aos mesmos modelos de êxito e fracasso que a vida de cada um dos cidadãos que a compõe.”²²⁰

Deste antropomorfismo teórico resulta uma espécie de paternalismo. Se a estrutura do Estado assemelha-se à composição psico-social e espiritual do indivíduo, é natural que o Estado esteja legitimado para “guiar” seus integrantes através de uma só concepção de vida boa. Este paternalismo é ainda mais perigoso quando se trata de fé religiosa. Mesmo um comunitarista como Michael Walzer entende que “o Estado fica excluído de qualquer envolvimento na salvação das almas. Não se pode tributar nem reprimir o cidadão – não pela salvação de sua própria alma nem para salvação da alma de qualquer outra pessoa.”²²¹ Da concepção de Estado enquanto gestão, e não religião civil, é que se pode vislumbrar o direito enquanto um reforço contra um possível processo totalitário suscitado por

²¹⁸ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Dinah de Abreu Azevedo (trad.). São Paulo: Editora Ática, p. 205-216.

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol I. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 204.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 310.

²²¹ WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 336.

alguma crise social e econômica. O direito não-totalitário, como já se afirmou acima, é uma garantia da esfera política inclusiva e, assim sendo, um elemento importante para o pleno exercício das faculdades humanas.

Além disso, o direito com uma postura não-totalitária buscará garantir que as eclusas pelas quais deve-se passar até se chegar ao poder político sempre permaneçam abertas, sendo, portanto, uma perspectiva contra-hegemônica do direito. Isso significa que os grupos, através do direito não-totalitário, podem sempre disputar a busca de hegemonia na esfera pública política, perseguindo novas aquisições de direitos que venham a ser compatíveis com suas necessidades espirituais. Numa sociedade tolerante, o direito não pode assumir a função de guardião da moral.²²² Para o direito moderno, o indivíduo é o titular da escolha de qual é sua concepção de salvação, de aposta, de projeto coletivo a qual julga mais coerente com as evidências que escolhe como verdadeiras.

A perspectiva para o discurso jurídico da laicidade é justamente que este nunca perca tal postura não-totalitária. Mesmo que o poder político seja exercido por agentes que majoritariamente compartilham uma ideia de salvação – e isso faz parte do jogo democrático – os institutos jurídicos não devem ser utilizados como instrumento para impedir que outros grupos busquem mais representatividade. É preciso deixar que o ser-humano “se salve por si”²²³.

Todas as atitudes prescritas por esta reflexão para o direito, ética e política partem da compreensão antropológica do *projeto*, com o qual se iniciou o presente trabalho. Até onde se tem notícia, a abertura do ser-humano a algo maior que ele mesmo gera questionamentos nunca solucionados. Trata-se da visão mítica e religiosa que é inerente à natureza humana, e esta característica sobreviveu independente do processo de secularização. Foi da tentativa de fugir do mito que nasceu a filosofia, e após milênios de história de busca de soluções para questões essenciais para a existência, o que se apresenta na contemporaneidade é a crítica da Modernidade lembrando curiosamente a inegabilidade do *mythos* enquanto elemento da natureza humana. Na verdade, o que a história demonstra é uma reconfiguração da “fonte de salvação”, ou seja, quando se deixou de crer na religião, acabou-se depositando coletivamente a fé na ciência, natureza, na política, na economia, entre outros.

²²² GALUPPO, Marcelo Campos. Tolerância e Exclusão: um impasse para a democracia contemporânea *In* BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org). **Temas de Filosofia do Direito**. Novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004.

²²³ BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 199-203

As críticas feitas ao substancialismo aqui não pretenderam desautorizá-lo enquanto postura política legítima. Se a presente reflexão fosse reiniciada - só que sob a perspectiva do comunitarismo/republicanismo -, eleger-se-ia uma virtude em especial preocupada com o ideal de que não se negue a natureza humana enquanto projeto: a serenidade. Segundo Bobbio, “a serenidade não é uma virtude política, antes é a mais impolítica das virtudes. (...) A ideia de que tudo seja política é simplesmente monstruosa.”²²⁴ Ou seja, a serenidade é a postura do cidadão ou do indivíduo que entende que a política não pode salvar o mundo, mas ela está a serviço da convivência sem coações.

Esta noção de serenidade combina com a proposta de Gustavo Zagrebelsky de uma democracia crítica. Esta tem no seu trato com o *tempo* sua principal característica. Define Zagrebelsky que “a democracia crítica é um regime inquieto, circunspeto, desconfiada de si mesma, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, a colocar-se em jogo, a recomeçar desde o início.”²²⁵ Recomeçar aqui significa que os grupos que pertencem a esfera pública de uma democracia crítica estão tão certos de suas convicções que veem no *tempo* apenas uma confirmação de suas crenças. Só o tempo determina qual *aposta* está correta. Quem está seguro de suas crenças, aguarda serenamente suas convicções serem confirmadas:

É neste panorama que Zagrebelsky compara as atitudes de Pilatos e Jesus Cristo no episódio bíblico da crucificação. Entende que a melhor democracia não é aquela feita por Pilatos expresso pela máxima *vox populi, vox dei*. Classifica a divinização do povo enquanto idolatria política. Esta contrasta com a posição serena e confiante de Jesus.

Não se quer aqui imprimir uma noção de que não é salutar a expressão das convicções privadas. O problema não é se deve haver campanha pelo que se entende por bem, mas *como* ela se dá. Neste transcurso, lembra Dworkin, a tolerância liberal nega aos grupos apenas uma arma: “não devem empregar a lei, mesmo quando estão em maioria, para proibir ninguém de levar a vida que quiser, ou punir por fazê-lo, só porque acha que as convicções éticas dessas minorias estão profundamente equivocadas.”²²⁶

Se é possível definir a laicidade após a presente reflexão, reitera-se que *a laicidade é uma promessa assumida pelo Estado de que não irá determinar uma moral vencedora eternamente, ou qual é o estágio final da evolução da sociedade, mas garantirá uma eterna arena de discussão tolerante e não-violenta.*

²²⁴ *Ibidem*, p. 39.

²²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Mônica de Sactis Viana (trad). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 395.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho almeja contribuir com o fortalecimento da ética no campo do discurso jurídico sobre a laicidade, ou seja, é uma tentativa de estabelecer quais são algumas barreiras éticas que não estão necessariamente explicitadas no texto jurídico, mas sem as quais pode se caminhar para o totalitarismo. Desta forma, propõem-se tais limites éticos em duas vertentes de aplicação: na esfera pública e no processo legislativo e decisório jurisdicional.

No primeiro plano, sugeriu-se uma utilização adequada do argumento *ad hominem*. Esta será abusiva quando, dentro do debate público, se fizer menção a eventos históricos como forma de desautorizar proposições recém-apresentadas por um grupo contrário. Quando se pretende usar a história como forma de desqualificar de antemão o argumento oposto, trata-se de uma agressão à ética no plano do discurso. Negar ao indivíduo a capacidade de argumentar, só pelo fato de ser religioso ou ateu, é vedar-lhe o viver político.

No campo jurídico especificamente, tem-se o *dever de verificação do projeto*, que é o compromisso ético – decorrente da declaração estatal de laicidade - que deve ser assumido pelo agente público que for analisar questões envolvendo religião - ou cosmovisões que tenham relação com religião - de demonstrar um mínimo de conhecimento sobre a crença em questão. Ainda que as pretensões dos religiosos não sejam contempladas, é preciso que se deixe claro no relatório da sentença ou na exposição de motivos da lei que as particularidades que envolvem a crença estão sendo observadas.

O segundo limite ético é o *dever de tradução*. O Estado, ao assumir uma postura laica inclusiva, deve preocupar-se em garantir a confiança dos destinatários das normas através do exercício da *tradução* das proposições dos grupos contrários, já que a secularização do ambiente público de discussão, bem como do poder secularizado do Estado, não podem forçar que o cidadão em particular assumira uma obrigação de complementar suas convicções religiosas, ou seja, de expressar-se através da linguagem de outra associação.

O que importa aqui é destacar que o dever de *tradução*, assim como o da *verificação*, são limites éticos do discurso jurídico que deve impulsionar o agente público a promover o diálogo entre *projetos* divergentes. Além disso, tratam-se de limites éticos que devem anteceder qualquer juízo de ponderação, proporcionalidade e razoabilidade. É por isso

que o presente estudo não estabeleceu como objetivo o desvendamento de *hard cases* no campo da laicidade, mas tentou esclarecer elementos que devem preceder a decisão ou construção do texto normativo.

O Estado secular laico só poderá garantir a tolerância na esfera pública política quando o seu discurso promover o respeito mútuo entre cosmovisões, referendo regulamentações preconceituosas. Os contornos do discurso jurídico laico possuem um caráter não-totalitário, que significa a não-rejeição *a priori* do discurso religioso ou secular. Uma concepção de direito não-totalitário é uma garantia da esfera política inclusiva e, assim sendo, um elemento importante para o pleno exercício das faculdades humanas, já que entende haver limites antropológicos que não se devem transgredir.

Tal sociedade inclusiva é chamada de *pós-secular* (Habermas), pois tem como marca um tipo de secularização que compreende o corpo social como um processo comum de aprendizagem complementar e que se opõe somente a atos violentos através de políticas de ação afirmativa, por exemplo. O discurso jurídico da laicidade necessita, portanto, de um duplo cuidado: incluir o discurso religioso e naturalista na esfera pública, mas também deve evitar que a sacralização de valores políticos constitua um obstáculo à contemplação normativa das transformações sociais. Pelo menos enquanto a condição humana for limitada pelo tempo e mortal, certamente sempre haverá um *projeto* discordante em questões como a existência de Deus, ou como a vida veio a existir que deve ser respeitado e preservado.

Conclui-se, por conseguinte, que dos marcos antropológicos e culturais lançados nos dois primeiros capítulos resultam a formulação dos limites éticos acima apresentados (o controle do argumento *ad hominem* e o *dever de verificação do projeto e tradução*) enquanto elementos intrínsecos ao próprio compromisso da laicidade. Esta, antes mesmo de estar gravada em qualquer texto jurídico, é uma promessa ética de promoção da liberdade e igualdade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Retórica Constitucional**. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Roberto Raposo (trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARMSTRONG, Karen. **Em Defesa de Deus**: o que a religião realmente significa. Hildegard Feist (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARK, William Carroll. **Origens da Idade Média**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Relação entre o Pensamento Jurídico e Religioso da Antiguidade à Pós-modernidade. **Evocati Revista**, Aracaju, n. 60. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=454>. Acesso em: 04 Jul. 2011.

BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Landy, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos. Sobre a Ética Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª Ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000.

_____. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Editora UNESP, 2002

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOTTON, Alain de. **Religião para Ateus**. Vitor Paolozzi (trad.). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação** - A Teoria de Robert Alexy e seus Pressupostos Filosóficos. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CARDOSO, Rodrigo. Os Ateus se Organizaram. **Isto é**. São Paulo, p. 60-61, 15 Fev. 2012.

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

COETZEE, J.M.. **A Vida dos Animais**. José Rubens Siqueira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COLLINS, Francis S. **A Linguagem de Deus**. Um cientista apresenta evidências de que Ele existe. Giorgio Cappelli (trad.). São Paulo: Editora Gente, 2007.

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

CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Marcos Marciolino (trad). São Paulo: Saraiva, 2010.

COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

_____. **La Valoración y La Ciência del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. Fernanda Ravagnani (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DERRIDA, Jacques. **A Escritura A Diferença**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que Crêem os que Não Crêem?** Eliana Aguiar (trad.). Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. Rogério Fernandes (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FEYERABEND, Paul. **Contra o Método**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método (I)**. Flávio Paulo Meurer (trad.). Petrópolis: Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Direito, democracia e religião: a questão da tolerância. **Veredas**. Revista do Centro MDC de Ensino e Pesquisa, Belo Horizonte, ano 1, p. 9 a 18, agosto de 2000.

_____. Tolerância e Exclusão: um impasse para a democracia contemporânea *In* BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org). **Temas de Filosofia do Direito**. Novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls**: um breve manual de Filosofia Política. Alonso Reis Freire (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Irene A. Partenot (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. George Sperbe; Paulo Astor Soethe (trad.). São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I e II. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Entre Naturalismo e Religião**. Estudos Filosóficos. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização**: sobre razão e religião. Florian Schuller (Org.). Alfred J. Keller (trad.). Aparecida: Ideias e Letras, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. Orlando Vitorino (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. **A Religião nos Limites da Simples Razão**. Ciro Mioranza (trad.). São Paulo: Escala Educacional, 2006.

_____. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1959.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KEINNERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e Complementaridade entre Direito e Moral. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um Guia de Leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 80.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LENNOX, John C. **Por Que a Ciência não Consegue Enterrar Deus**. Almiro Pisetta (trad.). São Paulo: Mundo Cristão, 2011.

LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**. São Paulo: Edições 70, 2000.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1998.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Direito à Liberdade Religiosa: Pressupostos Histórico-Filosóficos**. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1464.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2011.

_____. **Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARÍAS, Júlian. **Antropologia Metafísica**. Diva Ribeiro de Toledo Piza (trad.). São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

_____. **História da Filosofia**. Claudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARTEL, Lúcia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/LeticiaCampos_rev86.pdf>. Acesso em 20 jan. 2012.

MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS, Ives Grandra da Silva. Liberdade Religiosa após o Concílio Vaticano II. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009b

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira. *In*: MAZZUOLI Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MCCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Waldéa Barcellos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTT, Luiz. Cotidiano e Vivência Religiosa: Entre a Capela e o Calundu. *In* NOVAIS, Fernando A. (Coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 1 v.

MURICY, Marília. Breves Notas Sobre Direito e Pós-modernidade. *In* **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Ano I. Vol. I. Salvador: Edições Ciência Jurídica Nova Alvorada Edições, 1996.

_____. **Senso Comum e Interpretação Jurídica**. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: PUC/SP, 2006. (Doutorado em Filosofia do Direito)

NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. Marcelo Neves (tradução do autor). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Ruy Jungmann (trad). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurábi!** Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/OLIVEIRA_Luciano_-_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>, Acesso em 14 Fev. 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Maria Ermantina Galvão G. Pereira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica Jurídica**. Vergínia K. Pupi (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBERCHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: a Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Apêndice: as Religiões no Brasil. In GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Isa Mara Lando (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. **O Desencantamento do Mundo: todos os passos do conceito em Max Weber**. São Paulo, Editora 34.

PLATAO; XENOFONTE; XENOFONTE; ARISTÓFANES. **Defesa de Sócrates**. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1987.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. Reflexões Antropológicas sobre a Religião na Modernidade: Declínio ou Reconfiguração do Religioso? **Revista Interações - Cultura e Comunidade**. Uberlândia, V. 4, p. 99-110, 2009. Disponível em: <<http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/revistainteracoes/index>>. Acesso em: 10 Jan. 2012.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma reformulação**. Erin Kelly (Org.). Claudia Berliner (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Liberalismo Político**. Dinah de Abreu Azevedo (trad.). São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica**. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RORTY, Richard. **Uma Ética Laica**. Mirella Traversin Martino (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Antônio de Pádua Danesi (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Secularização e Democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÁNCHEZ, Maria Guadalupe Pedrero. **História da Idade Média**: Textos e Testemunhas. São Paulo: UNESP, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é Fazer a Coisa Certa. Heloísa Matias; Maria Alice Máximo (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *In* MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHELER, Max, Diferença entre o Homem e o Animal *in* **A Situação do Homem no Cosmos**. Artur Mourão (trad). Corvilhã: Lusofia Press, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/scheler_max_diferenca_entre_homem_e_animal.pdf>. Acesso em: 01 Jan. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 13-25, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=52587>>. Acesso em 10 Jan. 2011.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992.

_____. **Escritos de Filosofia II**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. João Dell'Anna (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Márcia Valéria Martinez de Aguiar (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VOLTAIRE. **Tratado Sobre a Tolerância**. Antônio Geraldo da Silva (trad.). São Paulo: Editora Escala, 20--.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Mônica de Sactis Viana (trad.). São Paulo: Saraiva, 2011.