V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MARQUES DE MORAES

JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA: NOVOS DISCURSOS EM DEFESA DAS MINORIAS

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF RELIGIOUS FREEDOM: NEW DISCOURSES IN DEFENSE OF MINORITIES

Rogério Magnus Varela Gonçalves
Helanne Barreto Varela Gonçalves

Resumo

O ponto de partida do presente estudo reside no fato de que existe a tendência atual de sedimentação do chamado “direito constitucional do pluralismo”. Nesta conjuntura, é necessária a mobilização de novos discursos constitucionais, que melhor propiciem a acomodação das divergências. Dentre eles, é de se destacar que a pós-modernidade passou a exigir um direito aberto para as diferenças, sendo que para alguns é premente a evocação de um direito fraterno, humanista. É nesse contexto que serão mobilizadas alguns autores, que trazem consigo novos discursos em defesa das minorias religiosas.

Palavras-chave: Direito fundamental, Liberdade religiosa, Pluralismo, Minorias

Abstract/Resumen/Résumé

The starting point of this study lies in the fact that there is a current trend of solidification of "constitutional right of pluralism". At this juncture, the mobilization of new constitutional discourse that best propitiate the accommodation of differences is required. Among them should be emphasized that postmodernity has required an open right to the differences, and, for some, an urgent recall of a fraternal law, humanist. In this context, will be mobilized some authors who bring with them new speeches in defense of religious minorities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right, Religious freedom, Pluralism, Minorities

INTRODUÇÃO

O ponto de partida do presente estudo reside no fato de que existe a tendência atual de sedimentação do chamado "direito constitucional do pluralismo". Nesta conjuntura, é necessária a mobilização de novos discursos constitucionais, que melhor propiciem a acomodação das divergências. Dentre eles, é de se destacar que a pós-modernidade passou a exigir um direito aberto para as diferenças, sendo que para alguns é premente a evocação de um direito fraterno, humanista.

A sociedade atual é caracterizada por uma nova feição do Estado. Ante o fenômeno da globalização[1], o ente estatal necessita intensificar a convivência com as diversificações, dentre as quais se destacam as linguísticas, as religiosas e as étnicas. Essa realidade é tão evidente que já se vem falando da formação de um constitucionalismo globalizado (MACHADO, 2006, *passim*; KYMLICKA, 2008, pp. 1-32). Tal modelo consistiria numa tentativa de universalizar os ideais e os princípios jurídicos adotados pelo constitucionalismo ocidental (TAVARES, 2007, pp.15-16).

O ponto de partida do constitucionalismo global estaria lastreado nos seguintes elementos: a) a democracia e o caminho para a democracia nos países que ainda não a vivenciam; b) o fortalecimento do princípio da autodeterminação, agora não apenas visto na sua acepção de salvaguarda dos povos em face do colonialismo; c) a exaltação dos Estados de direito democráticos, sociais e ambientais; d) o estímulo para que Estados, no plano externo, sejam amigos (eis que se pretende a segurança coletiva e a paz mundial) e que trabalhem juntos para o progresso da humanidade e para uma progressiva elevação dos direitos humanos (CANOTILHO, 2003, pp. 1.369-1.372).

O surgimento da aldeia global provocou profundas modificações em vários domínios, dentre os quais destaca-se o religioso. No conjunto das mais visíveis transformações na seara religiosa, podem-se citar: a) o término de qualquer pretensão de territorialidade da religião, como já ocorrera quando da aplicabilidade do preceito *cuius regio eius religio*; b) a livre circulação, na maioria dos países, de religiosos e de ideias religiosas que diferem daquelas predominantes nas nações que os acolhem; c) o proselitismo religioso

[1] Para Giancarlo Zizola, impõe-se, em tempos de globalização, a celebração de um novo pacto laico. Esclarece que essa novel pactuação deve ser centrada na liberdade religiosa, como elemento que deve propiciar uma convivência social pacífica, para além de ser determinante no pluralismo político da sociedade globalizada. Aduz que os fenômenos da intolerância, da refutação das diferenças, da xenofobia, do etnocentrismo exclusivo, do nacionalismo, além do ódio étnico e racial, têm promovido uma degeneração religiosa. Reforçando o ideal da liberdade religiosa, entende que é preciso responder aos perigos acima enumerados. Vide ZIZOLA, 2002, pp. XI/XIII.

pós-moderno, que busca propagar suas ideologias por meio dos novos mecanismos de comunicação (rede mundial de computadores, televisões via satélite e congêneres), formando o que se poderia chamar de cadeia potencialmente universal das comunidades religiosas; d) o despertar para o conhecimento de distintas formas de expressão religiosa; e) a necessidade de um diálogo inter-religoso que possa inibir qualquer choque entre as civilizações (MACHADO, 1996, pp. 210 e 211).

Nesse novo quadro político e sociológico, o direito constitucional deve procurar encontrar novos discursos para salvaguardar, dentro de um contexto de pluralidades, os movimentos religiosos minoritários. Com base nesta nova realidade política, Stephan Hobe (1998), dentre outros autores, entende que o conceito de Estado foi fortemente modificado, ultrapassando-se a fase endógena do antigo Estado (ainda sob a influência do paradigma de Westfália) e alcançando o contexto de cooperação institucional internacional. A justificação é que os Estados, em sua concepção mais tradicional, não teriam capacidade para executar todas as atribuições reclamadas pelo mundo moderno. Portanto, faz-se imprescindível a implantação de um sistema internacional de planos de cumprimento de tarefas (*Aufgabenerfüllungsebenen*), o que propiciaria uma divisão das referidas atribuições entre os planos internacional, regional e nacional (estatal) (MALISKA, 2008, pp. 495-510).

Nesse sentido, o objetivo principal deste artigo é discutir a adoção de políticas de ação afirmativa por parte do Estado em relação às minorias religiosas. Para oferecer uma melhor compreensão quanto à temática, entre os objetivos secundários que se pretende alcançar está o oferecimento de uma base jurídico-filosófica para a sustentação de um discurso constitucional em defesa das minorias religiosas, tudo dentro de um contexto de pluralismo e abertura às diferenças. Assim, serão feitas análises acerca dos posicionamentos de Michele Carducci (busca pelo direito constitucional altruísta) e Peter Häberle (sociedade aberta de intérpretes da constituição), finalizando-se com a questão das políticas de ação afirmativa para minorias religiosas.

1 BASES FILOSÓFICAS E JURÍDICAS EM DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA

Gordon Anthony (2005, pp. 47-73) afirma que a globalização, o pluralismo e a diversidade de identidades influenciam fortemente nas deliberações constitucionais internas sobre a temática religiosa, bem como nas decisões de cunho supranacional. Para ele, a dificuldade consiste na adaptação a essas novas realidades decorrentes da mundialização. Deriva também da necessidade de se buscar dar corpo para as presentes e futuras estruturas

governamentais que saibam lidar com a temática dos valores religiosos e éticos. O que se pretende é lançar luzes sobre a problemática do dissenso inter-religioso para, com isso, permitir a acomodação menos traumática possível.

Os discursos constitucionais internos se mostram insuficientes, fazendo-se imperiosa a edificação de uma rede de constitucionalidade global que viria substituir o paradigma clássico do constitucionalismo ocidental (CANOTILHO, 2006, pp. 261 – 345). É nessa conjuntura que se tem teorizado acerca da existência de uma verdadeira constitucionalização do direito internacional, enquanto fenômeno mais relevante da reestruturação do direito internacional contemporâneo. A comunidade internacional vem ostentando o papel de uma comunidade constitucional, ao mesmo tempo em que o direito internacional adota um discurso e uma função constitucional. Tal quadro faz com que o constitucionalismo nacional seja visto agora como uma dimensão meramente parcial e insuficiente para o enfrentamento das novas problemáticas multinacionais (MACHADO, 2006, pp. 51 e 52).

Ante a expansão discursiva permitida pela nova feição do direito constitucional (em sua variável internacional), passou-se, com maior facilidade, a mobilizar estudos e estudiosos de outros quadrantes para a solução de problemáticas locais (dentre as quais a religiosa). Nesse contexto, observa-se o fortalecimento do direito internacional e do direito comunitário, com a clara internacionalização (um compartilhar internacional) de valores, direitos, liberdades e garantias. A doutrina italiana muito tem discutido acerca de um verdadeiro "entrincheiramento constitucional" proveniente do direito comunitário. Por outro lado, tal expansão discursiva também tem propiciado um redescobrimento do direito comparado.

Outro aspecto digno de registro e que possui pontos de contato com as alegações precedentes é a proposta, anteriormente apenas referida, de defesa de um direito fraterno humanista.[2] Na visionária proposta de Ferreira da Cunha (2009, pp. 326 – 335), tal direito é

[2] Sobre o direito fraterno, vide RESTA, 2006. Os fundamentos do direito fraterno, na lição de Resta, são os seguintes: a) A fraternidade se refere à igualdade e solidariedade numa perspectiva transnacional, muito além da mera cooperação internacional ou igualdade entre as nações. Segundo um modelo de *civitas* máxima, a transnacionalização reflete a transcendência em relação à soberania, às estruturas políticas nacionais e seus sistemas normativos. Ele defende uma espécie *cross-cultural* de realização do direito numa perspectiva cosmopolita através da universalização da divisão dos bens comuns necessários à sobrevivência. b) Se existirem verdades, uma delas certamente será a necessidade de coexistência (não pedimos para estar aqui, mas estamos e não estamos sós). Assim sendo, a tarefa do direito é *nomos*. *Nomos* é também distribuição: a divisão de um espólio, de uma presa, de uma terra conquistada. Resta defende que o *nomos* é esta prática de repartição entre iguais e em partes iguais (isonomia). c) Deve haver menos direito paterno e mais direito fraterno: trata-se de um direito do jurameno conjunto dos irmãos, homens e mulheres, com um pacto no qual se decide compartilhar regras mínimas de convivência. Portanto, é convencional, com olhar voltado ao futuro. O seu oposto é o direito paterno, que é o direito imposto pelo pai "senhor da terra", a quem se deve obedecer porque uma vez se jurou (contrato social). O juramento conjunto dos irmãos não é contra o pai, ou um soberano, um tirano, um inimigo, mas é por uma convivência compartilhada, livre da soberania e da inimizade. d) A legitimação do direito fraterno não assenta na identidade ou em um *ethnos*. O direito fraterno, por se desenvolver em um espaço político aberto

de cunho eminentemente inclusivo, possuindo os seguintes caracteres centrais: a) é um direito pactuado (trata-se, pois, de um direito não ditado, como as tábuas da lei no Sinai, mas antes um produto humano pactício, como um novo contrato social); b) encontra os seus fundamentos nos direitos humanos (existe uma viragem, eis que, em tempos não tão remotos, os direitos humanos eram considerados como "não-direitos" ou "quase-direitos" e agora se convertem em fonte jurídica de primeira grandeza); c) expressa-se como um direito da responsabilidade (a era do pós-modernismo não descuida da responsabilidade e dos deveres, mormente os de cunho civilizacional); d) não é violento (não se amolda à dicotomia entre amigos e inimigos, evidenciando-se como um direito contra todos os poderes que atacam a "*nuda vita*"); e) é inclusivo, na medida em que deve ser usufruído por todos. Essa característica representa um novo modo de pensar o direito, propiciando uma abertura para diversas igualdades: a religiosa, a social, a racial, a étnica, dentre outras. Não basta, dentro de uma lógica da tolerância, elevar o outro, ou, ao contrário, dobrar-se para o outro. O que se exige, na verdade, é um processo de inclusão, ou seja, é premente que se esteja com o outro, de modo a incluí-lo; f) o direito fraterno é um direito de grandes espaços (sendo melhor exercido no domínio internacional, até porque os direitos humanos buscam uma consagração universal, de sorte que o direito fraterno é pela humanidade, pelo homem e pelo humanismo); g) o direito fraterno é fruto de uma nova metodologia jurídica, especificamente de uma nova hermenêutica (nessa nova metodologia, o espaço destinado à lei será diminuído, sendo que ela não mais será autossuficiente, tendo de conviver com novas fontes do direito. Dessa forma, a lei e o Poder Judiciário atuarão como garantidores de uma relação contratual mais justa e igualitária. Além disso, a retórica e a tópica jurídicas irão regressar, agora como *forma mentis* de construção de ideias. Já a hermenêutica tende a suplantar os seus processos clássicos (o gramatical, o lógico, o teleológico, o sistemático e o histórico) e buscar a edificação de uma hermenêutica mais filosófica.

---

e pretender construir um *demos* graças ao pacto de liberdade, demanda apenas a justificação comunitária, da *com-munitas*, ou seja, da obrigação comum. e) O direito fraterno é não violento. Trabalha com o código aliado/inimigo. Evita a ideia de conflito, movida pela litigiosidade no interior de um dado sistema social. Reconhece, entretanto, que pode haver o dissídio, que deve ser reparado com o estabelecimento da comunicação. Ele possibilita que no processo haja espaço para a medi-ação, antes de chegar ao juiz que diz a última palavra. f) O direito fraterno é também contra qualquer forma de imposição de poder (de uma maioria, do Estado, da soberania). É inclusivo, na medida em que escolhe direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado dos bens por eles tutelados, o que implica dizer que "um indivíduo deles não pode gozar se no mesmo momento todos os outros não o gozam". g) A fraternidade, enquanto princípio diretivo dos relacionamentos entre os cidadãos, promove a conciliação entre a ideia de igualdade (divisão igual dos bens comuns), sem perda de identidade. h) O modelo de reciprocidade positiva baseado no princípio da fraternidade acentua uma concepção dos direitos fundamentais que seja capaz de reconciliar uma perspectiva liberal (preservação da identidade e da liberdade de escolhas) com outra comunitária (consistente na obrigação de partilhar a responsabilidade pelo gozo dos bens comuns). Na doutrina constitucional brasileira, de onde foram extraídos os fundamentos do direito fraterno acima destacados, vide MARRAFON, 2008, pp. 439 - 441.

Mesmo que seja prematuro para a formulação de um juízo valorativo mais aprofundado sobre os pontos positivos e negativos da proposição do doutrinador lusitano, é inequívoco que o direito deve dar novas respostas e empregar novos discursos, eis que são vivenciados novos problemas. Assim, com base em todos os fatores referidos, que indicam uma viragem do direito em geral e do direito constitucional em particular, o presente texto lança um breve olhar em três pensadores do direito constitucional. São autores cujas ideias podem ser empregadas no sentido de proteger as minorias religiosas, permitindo uma coexistência mais pacífica no respeito da diversidade. Todavia, o elenco que se seguirá, não obstante a importância cultural e acadêmica de seus integrantes, é insuficiente para expressar a riqueza dos estudos mais relevantes sobre o assunto. Apesar dessa ressalva, o objetivo é conferir ao leitor uma visão panorâmica dos discursos constitucionais que podem ser mobilizados para propiciar o adequado estudo da harmoniosa convivência entre as religiões, dentro de um cenário de diversificação do fator religioso no século XXI.

1.1 MICHELE CARDUCCI E A BUSCA POR UM DIREITO CONSTITUCIONAL ALTRUÍSTA DO PONTO DE VISTA RELIGIOSO

De início, cabe observar que a palavra “altruísta” não é aqui empregada apenas na sua acepção de ausência de interesses próprios, mas também no sentido de respeitabilidade dos interesses dos outros. Com efeito, segundo afirma o autor italiano, a expressão “altruísta” não pode ser confundida com a busca apenas retórica por um direito constitucional “fraternal”. Para ele, o direito constitucional altruísta é uma abertura para que se possa conhecer e compreender o “mondo terzo” do constitucionalismo.

Assim, não seria razoável limitar o plano discursivo do direito constitucional apenas à Europa e aos Estados Unidos da América. Convém destacar que as lições do doutrinador transalpino representam uma resposta crítica a Talcott Parsons, quando falava, com certa arrogância, que as sociedades de vanguarda seriam a norte-americana e a europeia. Até como forma de se permitir a inclusão do “outro”, não se podem desprezar os ensinamentos provenientes dos mais variados quadrantes do constitucionalismo. Em outras palavras, o diálogo constitucional deve ser intensificado, tendo em vista que existem concepções de mundo diferentes do europeu e do norte-americano. Em várias regiões, o estudo e o debate constitucional estão a se debruçar, com igual valor científico e com grande empenho cultural, sobre os mesmos problemas do constitucionalismo da Europa e dos Estados Unidos, aí inclusa a questão da relação travada entre o poder político e o poder religioso.

Acredita, por conseguinte, Michele Carducci (2003, *passim*) na necessidade de uma análise antropológica comparativa, ou de uma investigação intercultural, que propicie a restituição de uma imagem articulada e diferenciada da modernidade. Defende um estudo que minimize os conflitos entre culturas diversas e os condicionamentos mútuos que são produzidos nesta modernidade. E o faz no afã de conciliar princípios antagônicos como o individualismo (e os seus valores universalistas) e o holismo (e os seus valores autóctones). Logo, o ponto de partida de sua teoria consiste, dentro de uma conjuntura de crise do Estado social e de internacionalização dos direitos humanos, na existência de um dever de aprendizado recíproco.

Entretanto, sua proposta não se limita a ouvir os que foram tradicionalmente excluídos do diálogo constitucional. É que toma por base as atuais referências de inclusividade discursiva (em que não se devem impor as "verdades", mas sim alimentar o confronto intelectual e a maximalização da razão) e de transformação paradigmática no tempo. Com base nesses pressupostos, propõe a tese de que se deve caminhar em busca de um direito constitucional altruísta. Tal modelo poderia ser sintetizado na colocação do problema do "outro" não apenas como destinatário de normas e de interpretações consolidadas e compartilhadas, mas também como sujeito ativo e participante dessa mesma comunhão constitucional.

Esse "outro" tornar-se-ia verdadeiro protagonista do desenvolvimento das teorias constitucionais e dos métodos de compreensão dos problemas da igualdade, da equidade, da ponderação e da tarefa de julgar. Acrescenta que caberá também ao "outro" (dentro da nova realidade imposta pela globalização, pelo pluralismo multicultural e multiétnico, da cada vez mais difusa e baixa intensidade da cidadania) o enfrentamento de questões cruciais da teoria constitucional contemporânea.

O citado autor, contudo, não tem a ilusão de que a missão de fazer preponderar o direito constitucional altruísta seja simples, mormente em virtude de uma indagação central em sua investigação: quem define e como se define o "outro"? Não obstante este questionamento seja expresso em seus escritos, resta evidente que "os outros" são aqueles que não se situam nem na Europa nem nos Estados Unidos. Por conseguinte, sua tese parte da premissa de que existe de uma relação entre dominante e dominado, lembrado e esquecido, valorizado e desvalorizado. De acordo com essa premissa, quem se encontra em situação desvantajosa é sempre tido como o "outro".

A partir dos ensinamentos de Sartre, o presente estudo suscita uma cordial discordância em face da tese do autor em análise. Para que a pecha da supremacia realmente

se finde, não pode haver a continuidade do "eu" e do "outro". Todavia, ter ciência e consciência do "eu" e do "outro" é importante para que, compartilhando as diferenças, se possam construir, no futuro, novas identidades. Em uma visão prospectiva, para que a conversação constitucional seja realmente frutífera, há de se falar no diálogo de iguais. Significa que não pode haver uma relação hierarquizada do "eu" em face do "outro", devendo existir (em termos de dinâmica conversacional) uma unidade de grandezas da diversidade. (JACOBY e CARLOS, 2005, pp. 47 – 60; SARTRE, 1987).[3]

Ferreira da Cunha (2009, pp. 324 e 325) também diverge dos escritos de Michele Carducci, especificamente no que concerne à preferência pela adjetivação "altruísta" para o direito constitucional, em detrimento do termo "fraternal". O pensador italiano acredita que o vocábulo "fraternal" é demasiado simples e retórico para a designação de seu modo de sentir o direito constitucional. O autor português discorda, alegando que a defesa de um direito da fraternidade, depois do direito da liberdade, do liberalismo burguês e do direito da igualdade do socialismo coletivista e totalitário, teria o condão de suplantar os vazios e os erros existentes nos dois modelos anteriores. Além disso, constituir-se-ia no emblema de toda a emancipação na linha do iluminismo e da Revolução Francesa. Como se vê, a discordância circunscreve-se, fundamentalmente, a uma questão de opção terminológica. Quanto ao aspecto conteudístico, Ferreira da Cunha demonstra aquiescência com as ideias centrais propostas por Michele Carducci, consistentes na concepção do direito constitucional como obrigação de não-discriminação, na defesa da cidadania dos "outros", na busca pelo bem comum e na responsabilidade para com os "outros".

Michele Carducci adverte para o fato de que sua concepção de direito constitucional não pode ser analisada como uma mera instância retórica de cosmopolitismo, exigindo um verdadeiro desafio de compreensão da complexidade e de seus paradoxos. Nesse sentido, observa que a busca pelo direito constitucional altruísta favorece o confronto ideológico e o pluralismo de compreensão. Torna-se, portanto, um instrumento hábil para traçar os novos liames de aproximação entre o "homem mundializado" e o "mundo mundializado". Acrescenta que o direito constitucional deve ser entendido como obrigação de não-discriminação. Para tanto, parte do pressuposto do dever de igualdade material e da igual dignidade entre os indivíduos, eis que os interesses essenciais de cada um devem ter igual

[3] A expressão "unidade da diversidade", adaptada para o presente estudo, era mobilizada com muita constância pelo educador brasileiro Paulo Freire. Segundo afirmava, a educação é a instância propícia e o espaço por excelência para a realização da convivência e das trocas entre as diferentes culturas, tornando possível falar-se em gênese de espaços interculturais e intertransculturais, nos quais a multiculturalidade é estimulada (FREIRE, 1994, p. 157).

peso ou consideração. Assim, não é razoável ou justificável a existência de discriminação entre os indivíduos ou grupos no plano dos interesses (LUKES, 1991).

Enfatiza, também, que o direito constitucional deve ser respeitoso para com a "cidadania dos outros" (dos imigrantes, geralmente excluídos e marginalizados, que acorrem para os grandes centros urbanos ocidentais; dos indivíduos e dos grupos minoritários que reclamam o direito a ter direitos; e ainda das gerações futuras). Enfatiza, além disso, que o paradigma social-democrático deixa transparecer sua insuficiência decorrente do seu provincianismo. Isso porque não se encontra preparado para dar respostas a um problema que exorbita o âmbito de cada Estado nacional e que, por conseguinte, envolve o planeta inteiro. E assim, o denominado problema da "cidadania dos outros", em virtude de sua grandeza global, teria a possibilidade de inquietar toda a cultura das sociedades democráticas. Na concepção do autor, o caminho a ser seguido consiste no desenvolvimento do paradigma social-democrata para além dos limites do *welfare State* das atuais sociedades democráticas. Para tanto, deve-se fazer uma profunda revisão crítica na perspectiva de uma teoria e de uma práxis da justiça e do bem comum, que tenha alcance internacional (CARDUCCI, 2003, pp. 39-45).

Entende o direito constitucional como responsabilidade para com os outros. Tal responsabilidade é parte integrante da própria definição de liberdade, pelo fato de não existir ação humana que não seja contemporaneamente um "responder" a si mesmo, aos outros e à lei. Nessa linha de raciocínio, afirma que é dever de cada indivíduo, na pluralidade ontológica da condição humana – e, portanto, antes ou além de sua pertença a um governo, a uma etnia, a uma sociedade, a uma nação, a um Estado (e, para efeitos deste escrito, a uma religião) – dar respostas aos apelos dos outros. Em outras palavras e retomando os escritos de Isaiah Berlin, o mundo atual é caracterizado por uma liberdade na qual um é refém do outro (MARTÍNEZ ZORRILA, 2000, pp. 173 e ss.). Acrescenta, por fim, que só é possível a instalação de novas linhas de entendimento na integralidade planetária por meio da adoção de uma "cláusula antissacrifical". Consiste tal cláusula na obrigação de não-discriminação e na eliminação de todas as desvantagens que atinjam os interesses essenciais, cujas vítimas não são diretamente responsáveis.

Não é difícil imaginar a transportação de seu pensamento para a esfera da convivência social entre as religiões. Dentro de um pluralismo de valores (Isaiah Berlin), as religiões seriam reféns umas das outras. Ante as distinções inerentes aos seres humanos e, por conseguinte, aos agrupamentos sociais em que se encontram, nenhum conjunto de valores defendidos por qualquer confissão religiosa pode ser superior ao que é apregoado por outro grupo religioso. Daí, emerge o fato de que as religiões possuem uma obrigação de

respeitabilidade recíproca. Não se pode admitir um olhar de superioridade de uma religião em face das demais, tendo em vista o fato de que é preciso respeitar a cidadania dos outros (a expressão "cidadania" é aqui utilizada em sentido lato, nela se incluindo a opção religiosa dos indivíduos). Com base nesse pressuposto, deve haver um diálogo entre as religiões.

Se o direito constitucional não pode limitar o seu debate ao eixo Europa – Estados Unidos da América, de igual sorte, não pode haver um oligopólio (ou até mesmo um monopólio) dos espaços discursivos apenas entre as religiões majoritárias, dominantes ou historicamente mais consolidadas. É induvidoso que o "eu" e o "outro" do discurso só podem existir num momento de conversação inicial e com o cristalino propósito de que se possa ter ciência e consciência das diferenças. A partir daí, eles devem caminhar para a consolidação de uma unidade das diversidades religiosas.

Por fim, em razão da cláusula antissacrificial (segundo o princípio proposto por Rawls, como parte integrante de uma teoria normativa da democracia, baseada em um conceito não-utilitarista de cidadania), o direito constitucional tem o poder-dever de não discriminar quaisquer grupos que realmente sejam religiosos (mesmo os minoritários e os novos movimentos religiosos). De igual sorte, e até mesmo dentro de um quadro de reciprocidades no tratamento, deve haver o compartilhamento dessa lógica de não-discriminação entre as religiões e os seus seguidores para com os que adotam um pensamento religioso divergente.

1.2 PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: SUA IMPORTÂNCIA PARA O RESPEITO À DIVERSIDADE RELIGIOSA

Peter Häberle (2002) propõe a abertura do catálogo dos que estariam legitimados a interpretar a constituição. Busca, por conseguinte, uma hermenêutica constitucional nova, voltada para uma sociedade aberta e pluralista. Deve ser superada, no seu sentir, a tradicional ideia de que apenas uma sociedade fechada (a dos juízes) deve decodificar e interpretar a Lei Maior de uma nação. Segundo o seu entendimento, qualquer indivíduo que vive no contexto regulado por uma norma e que está integrado a esse contexto é, direta ou indiretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é partícipe ativo do processo hermenêutico. Acrescenta o autor que não são apenas os intérpretes jurídicos da constituição que vivem a norma, razão pela qual não seria razoável que lhes fosse conferido o monopólio de interpretação da constituição.

Para o pensador germânico, é preciso compartilhar as responsabilidades de interpretar o texto constitucional entre todos os agentes sociais. O objetivo é fazer com que a corte constitucional não se torne uma instância autoritária de poder (compondo um governo de juízes ou uma ditadura da magistratura) que determina, de forma monolítica, as interpretações oficiais a serem dadas aos comandos constitucionais. Segundo esclarece, é preciso fomentar a ideia de uma cidadania constitucional, de forma a propiciar a edificação de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição. Nesse cenário sugerido por Peter Häberle, todos teriam o direito de participar, de forma ativa, do processo de revelação e definição da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao tribunal constitucional funcionar como instância derradeira, porém não única, desse processo. A maior ou menor autoridade da corte constitucional ficaria, assim, a depender de sua capacidade de dialogar com a sociedade e gerar consenso moral e intelectual em torno de suas decisões (BINENBOJM, 2004, pp. 247 e ss.).

Nesse modelo teorizado pelo autor em análise, o raio de interpretação normativa seria alargado em decorrência da abertura para a legitimação de vários intérpretes da constituição. Eles seriam os participantes fundamentais da tentativa e do erro (*trial and error*), de descoberta e de obtenção do direito. Dessa forma, a sociedade seria cada vez mais aberta, livre e pluralista, na exata medida e proporção em que todos passariam a ser, potencial e efetivamente, instados a indicar alternativas para a hermenêutica constitucional.

Transportando-se a tese defendida por Peter Häberle para o fenômeno religioso, caberia também aos adeptos das religiões, bem como às próprias confissões religiosas, promoverem uma interpretação das normas de índole religiosa contidas no texto constitucional, retirando-se dos tradicionais intérpretes da constituição o monopólio do processo hermenêutico. O presente estudo irá suscitar, nas linhas que se seguem, a problematização da possibilidade de existência de uma interpretação distorcida e com viés teológico-confessional excludente, em lugar da atual interpretação jurídico-constitucional da temática religiosa.

Não se pode negar que essa abertura na interpretação da constituição geraria um grande risco de se firmar um juízo valorativo de um religioso ou de uma confissão religiosa acerca dos mandamentos constitucionais, relegando a um patamar secundário o discurso jurídico-constitucional. A preocupação reside no fato de que poderia ocorrer uma migração para uma alocução teológico-confessional de cunho exclusivista e não tolerante para com a diversidade. Certamente, esta não foi a pretensão de Peter Häberle quando propôs uma diluição da responsabilidade de interpretar a Lei Fundamental. Apesar dessa ressalva, o

presente estudo acredita que é oportuno destacar a possibilidade de ocorrência desse efeito colateral, o qual resultaria em um verdadeiro desvirtuamento das pretensões do pensador alemão. É preciso, portanto, evitar uma errônea leitura que poderia ser firmada pelos religiosos e pelas respectivas confissões religiosas, na condição de legítimos participantes da sociedade aberta de intérpretes da constituição. Com esse objetivo, cabe invocar o próprio Peter Häberle quando faz três importantes reflexões justificadoras, mesmo diante dos eventuais efeitos secundários da manutenção da proposta de democratização da interpretação constitucional:

a) A necessidade de fomentar um otimismo científico (contrapondo-se ao pessimismo científico de H. Schelsky, nos anos 70 do século passado) e um razoável grau de utopia, no sentido de acreditar em um respeitoso diálogo e uma harmoniosa convivência entre as religiões. Peter Häberle acredita que a utopia necessariamente acompanha a evolução e o crescimento do Estado constitucional. Lembra, por exemplo, que Locke possuía muitos pensamentos tidos por utópicos e que foram posteriormente experienciados por vários Estados. Lembra também que a criação do federalismo nos Estados Unidos da América foi vista, inicialmente, como uma utopia e que a paz perpétua concebida por Kant pode parecer utópica.

b) Na jurisdição constitucional, é necessário um maior refinamento do direito processual constitucional, no sentido de transformá-lo em um direito do pluralismo e da participação.

c) É preciso estimular o mundo da cultura e, por conseguinte, da diversidade cultural, de modo que não existiria um direito natural, mas sim um direito da cultura. No seu entendimento, apenas no campo do diálogo entre as variadas culturas é que se poderia estabelecer um ponto de equilíbrio. Possibilitar-se-ia, até mesmo, que existisse certa harmonização interpretativa (já que se está a falar de uma comunidade aberta de intérpretes da constituição) do fenômeno religioso e de seus desdobramentos constitucionais.

Entretanto, para além das valiosas considerações de Peter Häberle, não se pode descuidar da democratização do processo de interpretação da constituição (e aqui especificamente das normas constitucionais alusivas ao fenômeno religioso). Nesse sentido, poder-se-ia não entender como mais adequada a matriz norte-americana da existência de um direito constitucional jurisprudencial (*we are under a constitution but the constitution is what the judges say it is*). Sem desconsiderar as reflexões do autor germânico, é importante que seja mantido na corte constitucional o dever de contenção de interpretações constitucionais

discriminatórias, provenientes de qualquer grupo religioso. Com efeito, a jurisdição constitucional seria aqui justificada como um adequado meio de defesa dos direitos fundamentais (dentre os quais o da liberdade religiosa). Tal medida se impõe mormente quando, em casos de colisões de direitos fundamentais de índole religiosa, uma confissão pretenda interpretar a Carta Magna de forma distorcida.

Aqui emerge o poder-dever de atuação das cortes constitucionais, na qualidade de guardiãs supremas da constituição. É preciso, nesse aspecto, levar em consideração o fundacionalismo dos direitos fundamentais. Assim, diante de colisões entre direitos detentores de fundamentalidade ou entre estes e outros bens jurídicos do Estado ou da comunidade, as instâncias aplicadoras do direito não podem resvalar a sua hermenêutica para um critério meramente utilitarista e economicista. Pelo contrário, devem fundamentar-se em determinados princípios, de acordo com a ideia de ponderação (*balancing*) dos diferentes direitos em colisão (*competing rights*). Dessa forma, é possível chegar-se a um resultado compatível com a garantia, por todos os cidadãos, de um igualitário e adequado esquema de liberdades básicas (MACHADO, 1996, pp. 162 e 163).

Outro aspecto que não pode ser olvidado, ainda dentro do quadro do contributo constitucional de Peter Häberle, é o que diz respeito à dimensão e à intensidade do controle judicial acerca da compatibilidade vertical das normas em face da constituição. Segundo ele, existem leis que despertaram grande interesse da opinião pública. Tais leis foram germinadas após longo processo de discussões, sendo aprovadas após a participação e sob o rigoroso controle da opinião pública pluralista. Acredita que, em casos de eventual suscitação de inconstitucionalidade dessas leis, a corte constitucional deverá levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna. Significa que não pode ignorar a participação de inúmeros segmentos da sociedade civil organizada no processo democrático de interpretação constitucional, quando a sociedade entendeu compatível a norma infraconstitucional com os mandamentos inseridos na Carta Magna.

É nesse contexto e em clara linha de concordância com a tese levantada por Peter Häberle (2002, pp. 44-46) que uma lei de liberdade religiosa (como a que é proposta para o Brasil, ao final deste estudo) deve ser exaustivamente discutida por toda a sociedade, durante o processo legislativo. Como resultado desse processo, a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação (um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional).

Por conseguinte, há de existir uma conjuntura cada vez mais receptiva para fomentar a participação das estruturas sociais pluralistas como intérpretes da constituição. No caso

específico do fenômeno religioso, o tema deve ser amplamente debatido, seja em decorrência de uma pretensão legiferante, seja em razão de um ato administrativo que se pretende empreender, seja ainda em face de uma apreciação judicial de uma lide que envolva questões religiosas. Em qualquer hipótese, é preciso ouvir as representações confessionais, por meio da utilização e da estimulação de mecanismos de participação democrática (tais quais o *amicus curiae*, as audiências públicas e intervenções congêneres). Essa medida propiciará a participação leal (*faire beteiligung*) e efetiva dos diversos grupos de intérpretes da constituição. Só assim, poder-se-á, cada vez mais, fomentar o enriquecimento da diversidade religiosa.

2 AS MINORIAS RELIGIOSAS E AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Há diversas hipóteses concretas em que se estuda a temática das minorias. Isso pode ser exemplificado nos casos dos deficientes físicos, das mulheres, dos homossexuais, dos mais pobres e das raças não dominantes. Nesses estudos, são formuladas propostas de implementação de políticas públicas de ações positivas, como forma de permitir a existência de uma igualdade concreta e efetiva. A partir dessa realidade, pretende-se investigar, nesta parte do trabalho, a compatibilidade de também se utilizarem os mesmos mecanismos no caso específico das minorias religiosas.

Faz-se, a esse respeito, uma referência ao documento "Perspectivas Internacionais em Ação Afirmativa", resultado de um encontro de pesquisadores, ocorrido em agosto de 1982, no Centro de Estudos e Conferências de Bellagio (Itália). Nesse documento final do conclave, os especialistas se posicionaram no sentido de que a ação afirmativa poderia ser uma estratégia a ser adotada por membros de um grupo minoritário qualquer (religioso, étnico, racial, linguístico, de gênero), com o propósito de assegurar acesso ao poder, prestígio e riqueza (CONTINS e SANTANA, 1996, p 209) Em sua essência, este tópico pretende observar se é recomendável o uso dessas discriminações positivas no âmbito das minorias religiosas.

Inicialmente, é oportuno trazer à baila uma breve definição do que sejam políticas de ação afirmativa (*affirmative action*), bem como uma análise das suas diferentes categorias. Tais políticas são diretrizes públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial. São implantadas por meio da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável ou que sejam vítimas de preconceitos e estigma social. Essa igualdade não pode ser reduzida a uma mera proibição de

exclusão, devendo avançar para uma política de inclusão (SARMENTO, 2006, p. 154). É preciso não perder de vista que o verdadeiro propósito das *affirmative actions* consiste em compensar a desigualdade de oportunidades, tendo um olhar inclusivo para com aqueles que foram historicamente excluídos. Para Barbosa Gomes (2001, pp. 20 e ss.), as ações afirmativas também desempenham importante papel de neutralização dos efeitos da discriminação suportada.

Conforme parcela significativa da doutrina especializada, quatro são os argumentos mobilizados para a efetivação dessa política de inclusão: a) o robustecimento da autoestima do grupo distinguido com o tratamento especial; b) a promoção do pluralismo, de modo a facilitar a convivência de indivíduos com mundividências não-igualitárias (fator que solidifica a ideia da tolerância e da democracia); c) a implementação da justiça distributiva; d) a efetivação da justiça compensatória.

Parte-se do pressuposto, para a implementação de tais medidas, muitas vezes negado ao longo do tempo (mormente quando da prevalência do ideal liberal clássico de que bastaria a igualdade formal), da existência de desvantagens estruturais entre os diversos indivíduos e grupos de uma sociedade. Nessa hipótese, o Estado possui o dever de levar tais diferenciações em consideração, quando da gênese de suas ações e políticas públicas, para que elas tenham um cunho inclusivo.

Não parece defensável a argumentação mobilizada por muitos que se posicionam contrariamente à implantação das discriminações positivas, quando afirmam que haveria uma contradição entre o estabelecimento das políticas de ação afirmativa e o princípio da proteção geral contra a discriminação. Entretanto, convém lembrar que o preceito antidiscriminatório tem relação com o tratamento desrespeitoso e não com uma ação inclusiva do Estado para aqueles que anseiam por uma igualdade de oportunidades. Longe de serem incompatíveis com o preceito da igualdade de todos perante a lei, essas políticas servem para o seu aperfeiçoamento, tendo em vista que a hermenêutica constitucional majoritária defende a apreciação extensiva dos direitos fundamentais. No contexto de uma categorização das ações afirmativas, cinco são as principais medidas governamentais que podem ser desempenhadas em prol de uma igualdade substantiva (DRUMBL e CRAIG, 1997, pp. 80-123.), a saber:

a) A erradicação da discriminação, através da identificação e do desmantelamento das práticas discriminatórias, e a acomodação das reais diferenças entre os indivíduos.

b) A adoção de uma postura estatal neutral, mas que busque, ao mesmo tempo, implementar políticas que tenham o objetivo de melhorar as perspectivas dos membros dos grupos minoritários.

c) A execução de programas educativos e de conscientização, destinados a divulgar a existência e os caracteres dos grupos específicos, de modo a permitir uma maior interação desses grupos com o restante da sociedade.

d) A adoção de um tratamento preferencial em matéria de emprego e exercício de funções, mormente naquelas atividades em que, historicamente, existem dificuldades de acesso aos integrantes de grupos minoritários.

e) A redefinição do princípio do mérito, facilitando o acesso dos integrantes do grupo de adesão a postos sociais.

Feitos os comentários mais genéricos acerca da ação afirmativa, convém registrar que tais medidas proativas têm sido utilizadas com maior ênfase para as seguintes situações da vida em sociedade: inclusão das minorias raciais (seja em termos numéricos, seja em razão de ausência de poderio político); proteção dos deficientes físicos; salvaguarda das mulheres; acolhimento aos estrangeiros e imigrantes; amparo aos indivíduos que têm uma opção sexual pouco tradicional (homossexuais e transexuais) (SARMENTO, IKAWA e PIOVESAN, 2008). Em verdade, não tem sido corriqueiro o uso da política de ação afirmativa para os grupos religiosos minoritários. Este é o tema que precisa ser enfrentado, para que se possa afirmar se é viável e recomendável a utilização desse arquétipo de políticas inclusivas em prol das minorias religiosas.

O argumento filosófico a embasar a ação afirmativa reside na existência de grupos que devem ser contemplados com medidas especiais. Tais medidas são necessárias, porque esses grupos se encontram em situação permanente de desvantagem em função de condições não-voluntárias. E isso os tem impedido de acesso a uma real igualdade de oportunidades. A pergunta que cabe é se o melhor caminho a percorrer, no sentido de se estabelecer uma sociedade respeitosa para com as escolhas religiosas dos indivíduos, seria impor a essa mesma sociedade medidas especiais de tratamento para os grupos religiosos minoritários. Alguns estudiosos[4] já sinalizam que não é satisfatória a mera proibição legal da discriminação

[4] Sobre a necessidade de serem implementadas políticas de ação afirmativa em prol das minorias, aí se incluindo os agrupamentos religiosos minoritários, merece destaque o discurso de Silvio José de Albuquerque e Silva (representante da República Federativa do Brasil na OEA), proferido em 18 de abril de 2006. Na ocasião, ele se encontrava na qualidade de presidente do grupo de trabalho encarregado de elaborar um projeto de convenção

religiosa. Mostram também ser insuficiente a exigência judicial de uma indenização ou reparação por parte dos que venham a desrespeitar a opção religiosa de pessoas ou grupos. Tais pensadores defendem, como medida basilar, a implantação de uma série de iniciativas no campo educacional e das políticas públicas de promoção da igualdade de oportunidades no campo religioso.

Contudo, a criação de quotas para pessoas integrantes de minorias religiosas parece pouco consentânea com os preceitos constitucionais vigentes. Nesse sentido, é de se reconhecer que o estabelecimento de uma política de ação afirmativa, com base em reserva de lugares em faculdades ou cargos nos postos públicos de trabalho, para os integrantes de confissões religiosas minoritárias encontra óbice na tradicional formulação republicana do pluralismo denominacional. Tal modelo é caracterizado pelo deslocamento das questões religiosas do espaço público para o âmbito privado. Como resultado, haveria a coexistência de um sem-número de entidades religiosas, não estando quaisquer delas (aí se incluindo as minorias) credenciadas para receber um apoio estadual positivo (CANOTILHO, 2003, pp. 165 e 166). Pensar o contrário é ignorar a máxima das "igrejas livres no Estado indiferente". Ademais, seria possível identificar uma atitude sectária do poder público em face das religiões não beneficiadas com as ações afirmativas, o que não é aceito em uma visão laica e democrática.

Outro argumento que pode ser mobilizado para a não-aceitação das discriminações positivas deriva da interpretação da Suprema Corte dos EUA acerca da *establishment clause*. Como clara consequência da natureza não-preferencialista, entende-se que o Estado deve se manter numa posição de rigoroso distanciamento e neutralidade perante o dissenso interconfessional. Todavia, é admitida a postura ativa do Estado apenas e tão somente no sentido de tornar possível, ou razoavelmente viável, o livre exercício da religião, em condições igualitárias, por parte dos indivíduos e dos grupos religiosos. Logo, é necessário afirmar que a política de ação afirmativa não conseguiria ultrapassar óbices criados, por exemplo, pelo *Lemon test.*[5] Nesse caso, é de se esperar a decretação da inconstitucionalidade

---

interamericana contra o racismo e toda forma de discriminação e intolerância. Disponível no endereço eletrônico da Organização dos Estados Americanos (http://www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=06-0091).

[5] Sobre a importância do *Lemon test* e de outros mecanismos interpretativos da *establishment clause*, vide WEINGARTNER NETO, 2007, pp. 151-156. O autor aduz que a *establishment clause* é convocada para garantir a distância e a neutralidade estatal (*rectius*, imparcialidade, via não-confessionalidade) diante do fenômeno religioso. Para tanto, a Corte Suprema desenvolveu o *three prongeg test* (três princípios de controle da atividade estatal), também chamados de *Lemon test*, eis que formulado no caso *Lemon v. Kurtzman*. Decidiu-se que um ato do poder público não será inconstitucional pelo simples fato de "prestar algum auxílio à religião", salvo se tal ato não se revestir de propósito secular; se o seu efeito primário for a promoção ou inibição da religião e se provocar "envolvimento excessivo" entre os poderes público e a religião (p. 153).

da atuação governamental que pretendesse reservar cargos para os seguidores desta ou daquela religião.

Com efeito, é preciso levar em conta que o *Lemon test* é composto de conceitos não necessariamente determinados, possuindo a natureza de conceitos sensores (*sensitizing concepts*), fato que pode acarretar um julgamento casuístico. Essa é a principal crítica que lhe é atribuída. Mesmo levando em consideração esse aspecto, é preciso entender que o ato administrativo que estabeleça favorecimentos para as minorias religiosas não possui um propósito secular. Em consequência, o efeito primário da atuação administrativa concorreria para a promoção da religião beneficiada com a política de ação afirmativa (o que, por via reflexa, prejudicaria as demais religiões não agraciadas). Por fim, fica evidenciado um excessivo envolvimento entre os poderes públicos e a religião (MACHADO, 1998, pp. 59-66). Logo, os três elementos perquiridos no *Lemon test* seriam respondidos no sentido de enquadrar a política de ação afirmativa em prol das minorias religiosas como inadequada e inconstitucional.

Outra objeção importante no que diz respeito à aplicação de quotas para integrantes de grupos religiosos pode ser extraída das lições de Ronald Fiscus (1992). Para ele, as pessoas pertencentes às maiorias (religiosa, racial, ou lastreada em qualquer critério que indique uma discriminação historicamente relevante) não são necessariamente culpadas pela discriminação sofrida no passado por grupos minoritários. Todavia, por um meio reflexo ou oblíquo, acabam sendo responsabilizadas diretamente no presente, tendo suas oportunidades diminuídas em função da reserva para grupos minoritários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a construção de uma base filosófica para o tratamento do direito fundamental da liberdade religiosa, pode-se afirmar que a adoção de políticas de ação afirmativa não demonstra ser o mecanismo mais adequado para a superação da problemática da discriminação religiosa e a consequente inclusão dos que professam uma religião não-dominante. Com efeito, o papel do Estado com relação ao fenômeno religioso deve ser centrado na fiscalização e na punição em casos de afronta ao primado constitucional da liberdade religiosa. Ademais, deve-se ter em conta o papel do Estado, no sentido de adotar uma política de educação inclusiva e respeitosa para com as diversidades. Deve, portanto, atuar como formador de uma consciência social de tolerância e de respeito ao indivíduo em sua integralidade (aí se incluindo todas as opções que fizer em sua vida).

Em sede conclusiva, não parece adequado, recomendável e juridicamente defensável, na avaliação do presente trabalho, que o Estado vá além do que foi acima proposto, sob pena de tomar partido por uma confissão religiosa em detrimento das demais. A utilização do sistema de quotas em matéria religiosa poderia resvalar para uma política exclusivista (eis que seriam excluídos os seguidores das religiões dominantes), quando o que se pretende é a inclusão. Após todas essas considerações sobre as minorias religiosas, bem como sobre a pós-moderna e pós-industrial sociedade do pluralismo, como elementos preliminares da temática a ser desenvolvida neste estudo, serão analisadas, no capítulo que se segue, as principais pegadas históricas da liberdade religiosa.

REFERÊNCIAS

ANTHONY, Gordon. "Public law, pluralism, and religion in Europe: accommodating the challenge of globalisation". In: *Revue Europeenne de Droit Public*. Vol. 17, nº 1, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Brancosos" e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia constitucional*: sistemas juspolíticos e globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009.

CONTINS, M.; SANTANA, L. C. "O movimento negro e a questão da ação afirmativa". In: *Estudos Feministas*. Vol. 4, nº 1, 1996.

DRUMBL, Mark A.; CRAIG, John D. R. "Affirmative action in question: a coherent theory for section 15(2)". In: *Review of Constitutional Studies*. Vol. IV, nº 1. Toronto: Centre for Constitutional Studies, 1997.

FISCUS, Ronald J. *The constitutional logic of affirmative action*. Londres e Durban: Duke University Press, 1992.

FREIRE, Paulo. *Cartas a Cristina*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1994.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002 (reimpressão).

HOBE, Stephan. *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

JACOBY, Márcia; CARLOS, Sérgio Antônio. "O eu e o outro em Jean Paul Sartre: pressupostos de uma antropologia filosófica na construção do ser social". In: *Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line*. Ano V, nº 01, 2005.

KYMLICKA, Will. "The internationalization of minority rights". In: *International Journal of Constitucional Law*. Vol. 6, nº 1, 2008. pp. 1/32.

LUKES, S. "Equality and liberty: must they conflict?" In: *Moral conflict and politics*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. "A Constituição e os movimentos religiosos minoritários". In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXII, 1996.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. "A religião na jurisprudência do Supremo Tribunal americano". In: *Sub Judice: Justiça e Sociedade*. Nº 12, 1998.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional*: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

MALISKA, Marcos Augusto. "Constituição e Estado pós-nacional: reflexões sobre os desafios do direito constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes". In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Nº 8, 2008. pp. 495/510.

MARRAFON, Marco Aurélio. "A fraternidade como valor universal: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito". In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coordenadores). *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 431/444 (especial interesse pp. 439/441).

MARTÍNEZ ZORRILA, D. "El pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo y la inconmensurabilidad". In: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 109, 2000.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Nova Cultural Editora, 1987.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ZIZOLA, Giancarlo: "Prefazione: per um nuovo patto laico". In: GREGÓRIO, Faustino de. *Stato e chiesa nella storia del diritto: primato spirituale e difesa temporale*. 1 reimpressão. Roma: Aracne, 2002.