

Direito e religião ou as fronteiras entre o público e o privado

Law and religion or the frontiers between public and private

Geraldo Miniuci¹

Universidade de São Paulo, Brasil

gminiuci@usp.br

Resumo

Qual o significado da separação entre Estado e religião num ordenamento laico? Quer ela dizer que devemos confinar as atividades religiosas ao âmbito estritamente privado ou podemos tolerar manifestações públicas de credos? E quais seriam os limites do confinamento ou da tolerância? De que forma medi-los e como justificá-los? Quais as respostas que autoridades judicantes já deram a essas questões? Como foram essas repostas justificadas? Essas são as perguntas que orientaram este texto e toda a pesquisa que o antecedeu. No artigo, evidencia-se que a separação entre Estado e religião é um pressuposto geralmente aceito, mas não se sabe ao certo o que ele significa.

Palavras-chave: Direito, religião, estado laico.

Abstract

What is the meaning of the separation between church and state in a secular society? Does it mean that all religious activities should be restricted to the private sphere or must public manifestation of religion or belief be tolerated? And what would be the limits on restriction or on tolerance? How can these limits be measured and justified? What answers have already been given to these questions by judges?

¹ Doutor, Livre-docente em Direito Internacional e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Internacional. Largo de São Francisco, 95, 3º andar do prédio anexo, Sé, 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

How did they justify them? These are the queries which oriented this article and all the research behind it. The text shows that church-state separation is a generally accepted assumption, but no one really knows what it means.

Key words: Law, religion, lay state.

Introdução

Este texto resulta da pesquisa² que, tendo como objeto o conflito entre direitos fundamentais, foi dividida em duas partes: na primeira, o enfoque recai sobre a argumentação apresentada para justificar decisões judiciais que aliviaram esse conflito. Os julgados foram examinados pela ótica do modelo dedutivo, isto é, como um silogismo cuja premissa maior e a conclusão são normativas, e a premissa menor ou premissa fática, descritiva. Sob esse aspecto, identificaram-se dois tipos de justificativa de uma decisão judicial: segundo a terminologia usada por Wróblewski, citado por Atienza (2006, p. 40), há, de um lado, a justificação interna, que se apóia numa premissa maior; de outro, existe a justificação externa, que fundamenta a validade da premissa maior do argumento.

A primeira parte da pesquisa focalizou a justificação externa, examinando-lhe sua fundamentação, e, nesse ponto, foi possível perceber decisões que se amparam em premissas precárias, mal justificadas, deixando diversas questões em aberto. O exame de apenas alguns poucos casos, cujo objeto foram os conflitos que resultaram do exercício da liberdade de crença, mostram que uma mesma premissa pode ser apresentada para sustentar, pelo menos, duas conclusões contraditórias. Refere-se, aqui, ao conceito da separação entre Estado e religião, que, de conteúdo indeterminado, torna possível a descrição e a classificação das relações entre o público e o privado apenas num nível relativamente alto de abstração, em que se percebe apenas a essência do conceito, isto é, o seu mínimo denominador comum, sem o qual ele não poderia ser comunicado. Além disso, somente nos casos concretos é que será possível, quando for plausível, traçar a fronteira que separa uma esfera da outra.

Princípio fundamental de uma sociedade liberal, laica, multicultural e inclusiva, a separação entre Estado e religião, na fundamentação de decisões judiciais, pode funcionar como tópica, quiçá mesmo como retórica,

mas a argumentação que se ampara nesse conceito não é necessariamente racional, pois, ao menos nos casos estudados, uma simples referência à ideia obscura, porém amplamente aceita, que aponta para a separação entre Estado e religião, é considerada pelos julgadores como suficiente para decidir a disputa. Questões importantes ficam, no entanto, por responder. Qual o significado da separação entre Estado e religião num ordenamento laico? Quer ela dizer que devemos confinar as atividades religiosas ao âmbito estritamente privado ou podemos tolerar manifestações públicas de credos? E quais seriam os limites do confinamento ou da tolerância? De que forma medi-los e como fundamentá-los?

Desse modo, neste artigo, definimos, em primeiro lugar, os conceitos que orientam a análise a ser apresentada; em seguida, ocupamo-nos da liberdade de crença e de suas limitações, referindo-nos aos lados positivo e negativo do direito de crer; para, por fim, analisar como autoridades julgadoras traçaram, na prática, em processos selecionados, as fronteiras entre o público e o privado. Esses processos foram escolhidos ao acaso, no universo das colisões de direitos fundamentais idênticos, não com a intenção de mostrar uma tendência, mas de tão-somente apontar para possibilidades de interpretação e aplicação da norma. Nesse sentido, são examinadas, de um lado, decisão da corte constitucional alemã sobre lei do estado da Baviera, que determinava a fixação de crucifixo nas salas de aula das escolas públicas e decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), sobre interferência direta do sistema político na vida religiosa, quando a Universidade de Istambul, amparada em norma de vigência nacional, proibiu a seus estudantes o uso do véu islâmico e da barba; por outro lado, o Brasil é focalizado com a referência especificamente a dois casos, cujos apelantes são membros da Igreja Adventista: um que requereu abono de faltas às sextas-feiras, por ver-se impedido pela sua religião de comparecer ao estabelecimento de ensino naquele dia da semana; e o outro que, pelo mesmo motivo, requereu

² Pesquisa feita no Cebrap, com apoio da Fapesp (Processo no. 06/57607-0).

fosse declarado o direito de prestar prova do concurso vestibular em horário distinto dos demais candidatos.

Conflito entre direitos fundamentais: teoria

Alexy (1999, p. 68) observa que a maioria das constituições contém um catálogo de direitos humanos, mas nota também que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”. O autor distingue, então, entre dois tipos de colisões: de um lado, a colisão em sentido estrito, isto é, aquela em que o “exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”; de outro lado, há a colisão em sentido amplo, em que os direitos fundamentais colidem com “quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos” (Alexy, 1999, p. 68).

No conjunto das colisões em sentido estrito, temos as colisões de direitos fundamentais idênticos, que são de quatro tipos: o primeiro se caracteriza pelo confronto entre sujeitos que têm a mesma pretensão sobre o mesmo objeto, como, por exemplo, quando “dois grupos políticos hostis, por um motivo atual, querem demonstrar-se, ao mesmo tempo, no centro de uma cidade e há o perigo de choques” (Alexy, 1999, p. 69). O segundo tipo de colisão envolve o direito à vida e os casos em que pode ser possível legalmente matar alguém; o terceiro tipo de colisão de direitos fundamentais idênticos decorre do fato de que muitos direitos fundamentais, segundo o autor, têm um lado positivo e outro negativo, como, por exemplo, na liberdade de crença, que “compreende tanto o direito de ter e praticar uma crença, como também o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença” (Alexy, 1999, p. 69). Por fim, o quarto e último tipo de colisão ocorre quando os direitos fundamentais são sopesados com elementos fáticos: por exemplo, se considerarmos a igualdade jurídica, “então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de concretizar seu direito são tomadas ou estreitadas” (Alexy, 1999, p. 70).

Além das colisões de direitos fundamentais idênticos, Alexy aponta também para as colisões entre direitos fundamentais distintos e dá como exemplo o conflito entre a liberdade de manifestação de opinião e os

direitos de personalidade. Ferem a honra de soldados os pacifistas que os chamam de assassinos? Ou isso é apenas o exercício de um legítimo direito de manifestar a própria opinião?

As colisões em sentido amplo, por fim, se referem aos conflitos entre direitos fundamentais com bens coletivos, como, por exemplo, a tensão entre o direito à privacidade e a segurança do Estado; ou entre a liberdade de ação e o dever de pagar impostos; ou, ainda, entre a proteção da livre iniciativa individual e a do meio ambiente.

Alexy (1999, p. 73) observa que “o olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. Que limitações são essas? Como são impostas? Por que um sacrifício pode ser exigido? Eis as questões referidas a seguir, ao tratar do direito fundamental que é objeto deste trabalho: o direito de crer.

A liberdade de crença e seus limites interno e externo

De início é preciso diferenciar religião, poder religioso e pessoa religiosa. A primeira designa uma crença na salvação sobrenatural, fundada na fé, por isso uma ordem de conhecimento distinta de outras ordens de conhecimento, como as ciências naturais ou a filosofia. A expressão *poder religioso*, por sua vez, indica as entidades formadas por autoridades religiosas, que agem tanto como ator político, influenciando a organização da sociedade laica, como na condição de intérprete das sagradas escrituras, tendo poder para, a partir de seu entendimento da norma revelada, estabelecer regras de conduta ou de abstenção para a sociedade religiosa. Quanto maior for a distância que separa o poder religioso do poder temporal, exercido por reis, imperadores, primeiros-ministros ou presidentes, tanto maiores as probabilidades de que a pessoa religiosa se veja diante de dois comandos normativos conflitantes, em que um deles proíbe a realização daquilo que o outro obriga fazer. Essa tensão é perceptível, sobretudo, em Estados nacionais laicos, cujos membros da comunidade podem jurar fidelidade tanto a Deus como à Nação. A fé e o direito de crença, por um lado, e a condição de cidadão do Estado, por outro, asseguram essa possibilidade de ser leal a dois senhores ao mesmo tempo. Qual deles preferir? Nos termos da interpretação da norma revelada, feita pelo respectivo poder religioso, os sikhs, por exemplo, devem portar adaga de aço; as mulheres

muçulmanas, usar véu na cabeça; e os adventistas do sétimo dia, guardar o sábado. Ora, pode uma autoridade escolar proibir um aluno sikh de levar sua adaga para o estabelecimento de ensino, como ocorreu em 2001, em Montreal, no Quebec (RTP, 2006)? Ou será aberta uma exceção à regra geral que, visando a segurança coletiva, proíbe os alunos de portarem armas? O véu islâmico deve ser permitido em todas as situações e ambientes ou é possível pensar em limites ao seu uso? O candidato em concurso público, obrigado por sua religião a guardar o sábado, pode realizar as provas marcadas para aquela data em outro dia, ou esse tratamento excepcional fere o princípio da igualdade? Todas essas perguntas podem ser reduzidas a uma única, assim formulada: qual o espaço assegurado para o poder religioso e para a pessoa religiosa numa sociedade liberal e laica?

De modo geral, pode-se dizer que a liberdade de crença é composta por dois elementos: a crença em si e a conduta religiosa. Há uma dimensão interior, em que o sujeito desse direito, seja mediante conversão, seja reiterando a educação recebida da família, assume como válido um sistema de crenças qualquer; e há uma dimensão exterior, em que o titular do direito apresenta-se para os demais integrantes da sociedade agindo de acordo com as prescrições do sistema escolhido. Em outras palavras, a liberdade de crença é formada tanto pelo direito de abraçar uma crença (por exemplo: judaísmo, catolicismo ou islamismo) como pelo direito de seguir as normas religiosas dessa crença (por exemplo: usar quipá, carregar a cruz ou vestir o véu).

Outras perguntas se colocam neste momento. Haverá unidade essencial entre crença e conduta religiosa? É a proteção jurídica devida nas duas esferas? Assim, a seguir, numa visão liberal, mostramos que, embora partes do mesmo direito, não pode haver entre o credo e a conduta religiosa a pretendida unidade essencial e indissolúvel, pois a convivência de diversas religiões numa sociedade liberal, laica e inclusiva dependerá de restrições que se coloquem na dimensão exterior da liberdade de crença. Sem essas limitações, todas as normas de conduta religiosa terão vigência no conjunto da sociedade, e com precedência sobre as normas jurídicas que, regulando o funcionamento do Estado-nação, emitam comandos contraditórios ao ordenamento religioso. Não é, contudo, possível sequer conceber uma sociedade liberal, laica e inclusiva, na qual as normas jurídicas não possam ter precedência sobre as regras de

conduta religiosa. As limitações à liberdade de crença são inerentes a uma ordem social com essas características. Resta verificar como isso pode ocorrer.

Nessa sociedade liberal e diversificada culturalmente vigoram duas medidas: de um lado, “a medida moral de um universalismo igualitário, que exige igual respeito e a mesma consideração por cada um; [de outro lado,] a medida ética de um individualismo, segundo o qual cada pessoa deve ter o direito de conduzir sua vida segundo suas próprias preferências e convicções” (Habermas, 2007, p. 301). Isso significa que estão assegurados o direito a um tratamento igual e a proteção da dignidade humana.

Em semelhante ordem social, dois valores são essenciais: de um lado, a liberdade do proprietário particular de estabelecer, conduzir e manter relações econômicas com outros proprietários privados. De outro lado, o objeto deste artigo, a liberdade de crença, um direito com dois lados, o positivo e o negativo. O lado positivo compreende tanto o direito de conservar uma religião, professá-la, praticá-la, ensiná-la, divulgá-la, em público ou em particular, como o direito de mudar de religião ou de crença. O lado negativo, por sua vez, consiste no direito de não ter religião alguma e de ser preservado das práticas inerentes às tradições religiosas ou às comunidades de fé.

Trata-se, portanto, essa liberdade com dupla face, de um direito fundamental que se submete a restrições contidas nele próprio. Assim, o direito de manifestar a crença por meio do ensino, por exemplo, e o direito de não ser submetido à educação religiosa fazem parte do conteúdo da liberdade de consciência e de crença e são direitos fundamentais à luz de diversas normas jurídicas³. Por isso ambos valem, mas, para que possam valer ao mesmo tempo, deverão ser sopesados. Como avaliar e estabelecer o equilíbrio entre os lados positivo e negativo da liberdade de consciência, eis o desafio do intérprete da norma jurídica, seja ele o administrador, o legislador ou o julgador.

Para enfrentar semelhante tarefa, propomos transformar o problema numa questão de comunicação entre crentes e não crentes, obrigados a compartilhar o espaço no interior de uma sociedade liberal, laica e multicultural. A comunicação entre eles realiza-se mediante mensagens que se transmitem por símbolos, em vez de palavras escritas ou faladas. Objetos simbólicos, no entanto, não são portadores de significados; o senti-

³ Conforme, entre outros, artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigo 12.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; artigo 5º, VI, da Constituição Federal Brasileira e artigo 4º da Constituição Federal Alemã.

do que têm é dado por quem os observa. Às indumentárias serão atribuídos diversos significados: a batina do padre, o hábito da freira, o quipá do judeu ou o véu da muçulmana poderão ser vistos como símbolos de uma salvação ou, ao contrário, da repressão, mas é possível fazer uma leitura comum a eles: todos simbolizam uma crença religiosa. Quem os usa diz, sem palavras, “Deus existe”, e quem observa o padre, a freira, o judeu ou a muçulmana em seus trajes poderá afirmar, com segurança, de cada um, que eles acreditam no sobrenatural. As demais interpretações variam, pois dependem de outras condições. Mas corpos cobertos por batinas ou hábitos, assim como cabeças ornadas com quipás ou véus terão, pelo menos, uma interpretação permanente: neles, há a mensagem não verbalizada, que o fiel dá ao expor-se em público com seus trajes religiosos: “Deus existe.”

Se nada houver de errado em afirmar a existência divina, numa sociedade multicultural e tolerante, a questão será, então, saber em que condições isso pode ser feito, sem ferir os fundamentos dessa sociedade. Ao portar adereços religiosos, a pessoa religiosa torna-se emissora de uma mensagem sem palavras, mas, ainda assim, uma mensagem. As demais pessoas, por sua vez, vêem-se na condição de receptoras dessa mensagem. Numa sociedade liberal, laica e multicultural, o receptor deverá ter condições de aceitar o valor da asserção não verbalizada, rejeitá-lo ou ser-lhe indiferente. Se isso for possível, preservam-se os fundamentos da sociedade.

É preciso notar que participantes de ambientes diversificados, ao mesmo tempo em que se expõem às influências de outros participantes, também exercem a sua influência, numa troca recíproca. Em meios formados por contingentes populacionais variados, os grupos culturais se mantêm e sobrevivem, se seus membros, através das gerações, puderem ratificar suas tradições, à luz de ofertas alternativas, as quais possam recusar. Em outras palavras, “os direitos coletivos só podem fortalecer um grupo em sua autoafirmação cultural, se eles garantirem, simultaneamente, aos membros individuais o espaço de que eles necessitam [...] para se decidirem criticamente entre três alternativas possíveis: apropriação crítica, revisão ou recusa pura e simples” (Habermas, 2007, p. 337). Se não for possível o dissenso, e uma cultura fechar-se em si mesma, ela não terá condições de reproduzir-se. Sob esse aspecto, seria inadequado proibir que alunos de escolas públicas usem, nas dependências do estabelecimento de ensino, qualquer adereço religioso, pois é a possibilidade de exteriorizar a religiosidade que dá a todos os pares a oportunidade de, ao contatarem o diferente, reafirmarem seus valores.

O mesmo não seria possível inferir da situação em que a professora traja véu islâmico ou hábito de freira, pois aí não estamos mais numa relação simétrica entre camaradas da mesma escola, da mesma série, quiçá da mesma sala de aula, mas num intercâmbio assimétrico, entre professor, de um lado, e aluno, de outro. Se a jovem muçulmana de 14 anos transmite, mediante sua indumentária, uma determinada mensagem para seus colegas, estes também, em iguais condições, transmitirão a ela, com seu comportamento, uma mensagem talvez distinta, e a ela caberá decidir apropriar-se do que lhe é oferecido, rever sua crença ou recusar tudo e reafirmar a fé. A seus colegas também caberá aceitar, rejeitar ou ignorar o sobrenatural que a jovem, sem palavras, afirma existir. Para uma professora, no entanto, cuja função principal consiste em ensinar, a relação com os pupilos será, de fato e de direito, assimétrica e suas palavras terão, perante muitos alunos, a validade presumida. Uma professora com essas características, ao trajar indumentária religiosa, afirmará, sem palavras, a existência de Deus, e seus interlocutores, obrigados a frequentar as aulas, estarão forçosamente expostos a essa mensagem. Colegas de escola mantêm, entre si, ao menos formalmente, uma relação de coordenação. Entre professor e aluno, contudo, há muito mais uma relação de subordinação, em que aquilo que um fala o outro deve escutar calado e na qual um tem poderes para aplicar punições no outro.

O estudo acerca das limitações internas da liberdade de crença, sob a perspectiva da comunicação entre atores sociais, mostra que a fronteira entre o público e o privado pode ser traçada mediante o exame da adequação da restrição proposta às condições gerais de comunicação entre crentes de diversas religiões e entre crentes, de modo geral, e não crentes. No caso do véu islâmico, vimos que, no plano simbólico, uma mensagem sem palavras é transmitida, sinalizando a existência do sobrenatural. Entre o emissor e o receptor dessa mensagem pode haver uma relação em que os dois estejam coordenados entre si ou, senão, subordinados um ao outro. A subordinação fere o pleno exercício dos direitos assegurados pela liberdade de consciência e de crença, sobretudo no lado negativo, ou seja, no que diz respeito ao direito de não ter religião alguma e de ser poupado de práticas religiosas, incluindo aí pregações não verbalizadas e obrigatórias. Numa situação, contudo, em que, mantendo entre si relações simétricas, emissor e receptor estão coordenados, e a eventual subordinação de um ao outro é apenas voluntária, nesse caso a permissão para trajar indumentárias ou símbolos religiosos, de modo geral, representará apenas a inclusão do diferente, numa sociedade liberal, laica e multicultural.

Além das restrições internas, contidas na própria liberdade de crença, há outro tipo de limitação a esse direito, dessa vez de ordem externa: são as normas impostas pelo poder público, para proteger bens coletivos, como a segurança nacional, a ética ou os valores fundamentais do Estado-nação, apenas para ficarmos com alguns exemplos. Ao intérprete da norma cabe aqui sopesar não os lados positivo e negativo da liberdade de crença, mas a sua compatibilidade com esses e outros bens coletivos. Por que permitir que certos religiosos realizem exame vestibular em horário distinto daquele a ser observado pelos religiosos de outras confissões ou pelos não crentes? Por que dispensá-los do serviço militar, como acontece alhures, quando os demais religiosos e não crentes podem ser convocados? Por que permitir que alunos religiosos não participem de atividades escolares obrigatórias para todos, crentes e não crentes? Em suma, por que permitir exceções à regra geral? Na próxima parte, referimos-nos a casos concretos, apresentando e criticando algumas respostas possíveis dadas pelo respectivo judiciário para essa pergunta.

Direito e religião e a resposta do poder judiciário

Crucifixo em sala de aula (BVerfGE 93)

Em junho de 1983, no estado da Baviera, foi editada pela autoridade estadual competente norma que impunha às escolas públicas daquela unidade da federação alemã o dever de pendurar um crucifixo em cada uma de suas salas de aula. Em tradução livre, assim dispunha a regra que veio a ser contestada:

A escola apoia os pais ou responsáveis na educação religiosa dos filhos. Preces, serviços religiosos e orações em estabelecimentos de ensino são possibilidades desse apoio. Em cada sala de aula uma cruz deverá ser colocada. Professores e alunos são obrigados a respeitar os sentimentos religiosos de todos (VSO, 1983).

Contra essa regra insurgiu-se em nome próprio e como representante de seus filhos menores um casal cuja concepção de vida orientava-se pela antroposofia. A principal alegação dos pais consistia nisto, que o crucifixo, sobretudo por exibir 'um corpo humano moribundo' (BVerfGE 93, 2), exerceria sobre seus filhos uma influência contrária aos princípios que orientavam aquela família.

Eis um exemplo bem acabado de conflito entre os dois lados da liberdade de crença: o positivo e o ne-

gativo. Ambos são igualmente válidos, mas, em caso de conflito, os dois deverão ser sopesados para que possam continuar valendo ao mesmo tempo. Nesse sentido, fica a indagação de como sopesá-los.

O problema apresenta duas dimensões: a política e a simbólica, isto é, de um lado, as relações entre Estado e religião; de outro, o simbolismo da religião. Na primeira dimensão, vemos um sistema político que, embora laico, interfere no mundo da vida privada, e essa interferência se faz sentir por causa da dimensão simbólica. O crucifixo, em si mesmo, nada significa; o seu sentido é dado por quem o contempla: símbolo de uma religião, símbolo da cultura ocidental, símbolo de uma mensagem do evangelho, símbolo da opressão na Idade Média. São diversos os significados atribuíveis ao Cristo na cruz. Sua presença em estabelecimentos públicos poderá sugerir o vínculo informal do Estado com a fé cristã, mas, de novo, esse entendimento depende de quem o observa.

No processo, os autores da ação alegam violação de dois direitos fundamentais, previstos na constituição alemã, a saber, a liberdade de crença, de um lado, e o direito que têm os pais de cuidar e educar os filhos, nos termos do seu sistema de valores, de outro. Ora, se um crucifixo de 80 cm de altura, pregado numa parede, acima da lousa, de frente para a sala de aula, viola esses direitos, isso é uma questão que pode ser respondida tanto afirmativa como negativamente, depende da pessoa para quem o problema venha a ser colocado. Não importa a resposta que se dê, ela não estará necessariamente errada, nem necessariamente certa, pois será apenas o resultado de uma apreciação subjetiva da cruz num determinado contexto, e não a expressão de uma regra universal. Não fazem, portanto, sentido afirmações em que um sujeito procura minimizar ou potencializar, conforme suas preferências, os efeitos daquele símbolo sobre o outro sujeito, pois essa interferência, se ocorrer, dependerá dos sentimentos de cada indivíduo e de sua capacidade de interpretar a realidade.

Como regra geral, temos apenas isto, que ao crucifixo são atribuídos significados por quem o interpreta. Há uma multiplicidade de sentidos possíveis, em vista da multiplicidade de sujeitos. Quando dois sujeitos manifestam pretensões diferentes e conflitantes, atribuindo sentido distinto ao objeto, como poderá então o intérprete da norma decidir e fundamentar essa decisão? Como julgar a pretensão dos autores do recurso à corte constitucional? Podemos aceitar que se sintam lesados perante o símbolo de uma religião? Por quê?

A liberdade de crença, conforme afirmado, implica a liberdade de não ter crença alguma, seja ela qual for. Ao crucifixo são atribuídos diversos signi-

ficados, mas nenhum deles tem validade universal, e todos podem ser objetados. Por isso, a ninguém será dado impor a terceiros uma interpretação determinada sobre a cruz de Cristo ou qualquer símbolo religioso. Nesse sentido, podemos responder a pergunta acima dizendo que, perante um símbolo religioso, o sujeito poderá desenvolver sentimentos que se situarão entre a devoção absoluta e a rejeição completa. Disso resulta que tanto a violação desse símbolo, como sua imposição poderão suscitar sentimentos de revolta, por ferirem suscetibilidades.

Ao julgar o caso, a corte constitucional alemã concluiu que foram violados três direitos fundamentais previstos na constituição, a saber, a liberdade de crença, o direito dos pais de educar os próprios filhos e o direito à prestação jurisdicional. Desse modo, a seguir, é apresentada a fundamentação sobre a violação aos dois primeiros direitos.

A corte ampara-se, sobretudo, no artigo 4º da Constituição Alemã, que assegura a inviolabilidade das liberdades de crença, de consciência, de religião e de visões de mundo. Na interpretação daquela instância julgadora, do mencionado dispositivo é possível inferir, de um lado, que cada indivíduo terá o direito de decidir quais símbolos religiosos ele aceitará ou rejeitará, e, de outro lado, que a liberdade de crença pressupõe a neutralidade do poder público perante as diversas religiões e concepções de vida em geral. No caso do crucifixo, a lei fundamental foi violada nas duas dimensões: na simbólica e na das relações entre Estado e religião.

Na argumentação apresentada, a corte considerou os seguintes aspectos: em primeiro lugar, que o crucifixo em sala de aula representa o símbolo da cristandade e de uma certeza religiosa: de um lado, a da salvação da humanidade, com o sacrifício de Cristo; de outro, a vitória desse mesmo Cristo sobre o diabo e sobre a morte. Sofrimento e triunfo representados numa única imagem. Se, de um lado, numa sociedade democrática e tolerante, todos os indivíduos estão diariamente expostos a símbolos religiosos, e a cruz na sala de aula seria apenas mais um símbolo, de outro lado, apesar dessa constante exposição, há sempre, no espaço público, a possibilidade de afastar-se desses símbolos. Isso, contudo, não ocorre numa sala de aula de frequência obrigatória, decorada com crucifixo permanentemente pregado numa parede. Nessas circunstâncias, os alunos seriam forçosamente educados sob o signo da cruz, o que violaria a liberdade de crença.

É importante notar que, para aquela instância julgadora, o Estado ocidental, laico e neutro não poderá ignorar a herança cristã que marca sua história; tampou-

co será lícito que ignore a liberdade de crença daqueles pais que pretendem assegurar aos filhos educação impregnada de religiosidade, mas qualquer atividade educativa encaminhada nesse sentido, como, por exemplo, aula de religião, deverá ser opcional. Em outras palavras, a tensão entre as distintas concepções de mundo se desfaz mediante a permanente existência de uma porta de saída para quem pretende trocar de religião ou não praticar mais credo algum. Nenhuma crença prevalece sobre as demais, e o direito de todos é reconhecido. Eis, portanto, como foi sopesado o problema.

Em voto dissidente, três juízes consideraram que a cruz pode ser apreciada sob ângulos distintos: os cristãos talvez a vejam como portadora do significado sugerido pelos juízes majoritários, mas, perante os demais alunos, ela poderá ser tanto o símbolo dos valores da cultura ocidental, marcadamente cristã, como o símbolo de uma certeza religiosa que esses alunos não compartilham, rejeitam e até combatem. Se o crucifixo não tem o mesmo significado para todos, não será possível concluir que sua mera presença em sala de aula torne-o veículo para transmissão de uma única mensagem. Aos pais e alunos não crentes, que interpretam o símbolo de outra forma, resta-lhes, por dever de tolerância, aceitar o crucifixo.

Tanto os juízes majoritários como os dissidentes reconhecem que múltiplas interpretações podem ser dadas ao crucifixo. Trata-se de um símbolo cujo conteúdo é determinado por quem o observa. No que diz respeito a essa questão de que ora tratamos, os magistrados diferem apenas nisto, enquanto a maioria considera a cruz como símbolo de uma salvação, a minoria admite que isso é verdadeiro apenas para os crentes; para os não crentes, o significado é outro.

Está claro que o significado de um símbolo religioso depende de quem o observa. Disso resulta que o intérprete e aplicador do Direito não saberá avaliar o sentimento que a presença de uma cruz pregada em parede de escola provoca em terceiros: da devoção à rejeição, passando pela indiferença, tudo será possível no universo da subjetividade. Por essa razão, não cabe ao jurista procurar significados em símbolos, nem dizer o que determinado objeto representa para determinadas pessoas, pois isso somente elas poderão saber. O intérprete da norma deverá, em vez disso, zelar pela satisfação do direito de crer e de não crer. Para a maioria dos juízes da corte constitucional alemã que se manifestaram sobre o caso do crucifixo em sala de aula, essa liberdade de crença exige uma porta de saída para os não crentes. Para a minoria, a tensão se dilui com a tolerância dos não crentes, mas isso porque se está

nesse caso a assumir que o crucifixo não terá para eles nenhum impacto significativo, presunção que, não tendo sido demonstrada, não se sustenta como regra geral.

O caso Leyla Sahin versus Turquia (Corte Europeia de Direitos Humanos, caso n. 44774/98)

Como o anterior, esse caso resulta igualmente de uma colonização da vida privada pelo sistema político, porém com uma diferença: enquanto no primeiro houve uma interferência do poder público em favor de um símbolo religioso em escola pública de frequência obrigatória, neste, a intervenção deu-se em sentido contrário.

Em 23 de fevereiro de 1998, mediante circular administrativa, a Universidade de Istambul proibiu a suas estudantes o uso do véu islâmico e a seus estudantes, o uso da barba. A admissão em palestras, cursos ou orientações somente seria possível sem esses ornamentos de significado religioso. Caso houvesse desobediência, a circular previa a adoção de medidas disciplinares.

Nascida em 1973, de família tradicional e praticante da religião islâmica, para quem o uso do véu é um dever religioso, Leyla Sahin, também referida como demandante, matriculou-se na faculdade de medicina da Universidade de Istambul, na qual pretendia concluir os estudos que havia iniciado em outra instituição. Isso foi em agosto de 1997. No dia 12 de março do ano seguinte, em decorrência da medida parcialmente transcrita acima, à demandante não foi permitido fazer a prova escrita de oncologia, pois trajava o véu islâmico. Pela mesma razão, no dia 20 de março, não pôde matricular-se na cadeira de traumatologia ortopédica, nem participar, em 16 de abril, do seminário sobre neurologia, nem fazer a prova escrita sobre saúde pública, em 10 de junho.

Leyla Sahin acionou a justiça turca, alegando violação de direitos fundamentais e incompetência da autoridade universitária para instituir proibições dessa natureza. A ação foi julgada improcedente em primeira e em segunda instância, e essa improcedência teve como base, de um lado, a legislação ordinária em vigor na Turquia, que conferia ao órgão executivo das universidades o poder de disciplinar a indumentária dos estudantes, com o objetivo de manter a ordem, e, de outro lado, a decisão amparou-se também nos antecedentes judiciais da Corte Constitucional e da Suprema Corte Administrativa, que, em casos semelhantes, não consideraram a proibição ilegal.

O caso foi levado para a CEDH, que começou analisando a compatibilidade da circular baixada pela autoridade universitária com o artigo 9º, § 2, da Conven-

ção Europeia de Direitos Humanos, em cujos termos “a liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

Assim, a tarefa inicial da Corte consiste em verificar, primeiro, se a circular restringe o direito previsto no artigo 9º da Convenção, e, segundo, se essa restrição está prevista em lei e é necessária para proteger a saúde, a ordem, a segurança ou a moral.

Que a proibição determinada pela autoridade universitária constituía uma restrição à liberdade de manifestação da religião, isso nem o governo turco negou. Pacificada essa questão, sem muito esforço, o próximo passo consistiu em verificar se havia previsão legal para a medida. A Corte pôs-se, então, a avaliar o sentido do termo lei, contido na expressão “não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias [...]”. Amparados na jurisprudência, os juízes da CEDH concluíram que lei compreende tanto a lei escrita, como a lei dos tribunais. Em seguida, referiram-se a uma lei ordinária e à interpretação que lhe deu a Corte Constitucional turca, segundo a qual os estudantes são livres para vestir-se como quiserem, desde que não transgridam as normas em vigor. Em vista disso, a Corte conclui que há base legal para restringir a liberdade de manifestar a religião, expressa tanto numa lei escrita, como também em decisões da jurisprudência turca.

A Corte referiu-se, entre outras, a uma decisão proferida pela Suprema Corte Administrativa da Turquia a respeito da proibição, imposta em 1982 pelo Governo Central, do uso de véu em salas de aula de instituições de nível superior. A CEDH transcreve o seguinte trecho daquele julgamento: *[b]eyond being a mere innocent practice, wearing the headscarf is in the process of becoming the symbol of a vision that is contrary to the freedoms of women and the fundamental principles of the Republic* (CEDH, 1998).

Outra decisão referida pela CEDH foi a de julgamento realizado em março de 1989, pela Corte Constitucional da Turquia. Nele, os juízes turcos explicam que a secularização adquiriu status constitucional, em decorrência da experiência histórica do país e das particularidades do próprio islamismo. Conforme consta no relato do julgamento da decisão da CEDH, os magistrados da Corte Constitucional turca explicam que

Secularism is the civil organiser of political, social and cultural life, based on national sovereignty, democracy,

freedom and science. Secularism is the principle which offers the individual the possibility to affirm his or her own personality through freedom of thought and which, by the distinction it makes between politics and religious beliefs, renders freedom of conscience and religion effective. In societies based on religion, which function with religious thought and religious rules, political organisation is religious in character. In a secular regime, religion is shielded from a political role. It is not a tool of the authorities and remains in its respectable place, to be determined by the conscience of each and everyone [...] (CEDH, 1998).

Sempre amparada na corte constitucional, a CEDH faz suas as razões daquela instância superior de julgamento. Nesse sentido, reproduz os argumentos que atestam a diferença entre liberdade de religião, de consciência e de adoração, de um lado, e o direito de trajar adornos religiosos, de outro: todos têm o direito de vestir-se como quiserem, assim como as tradições e os valores religiosos devem ser respeitados, porém, numa sociedade majoritariamente islâmica, com vários graus de engajamento religioso, se o uso de adornos religiosos for permitido em qualquer circunstância, haverá como discriminar entre muçulmanos praticantes e não praticantes. A CEDH afirma, ainda, que é incompatível com os fundamentos de um Estado laico dar reconhecimento legal a símbolos religiosos em instituições públicas de ensino superior.

Após concluir que a medida contestada pela estudante turca tem amparo legal, a Corte pôs-se a verificar se a proibição de usar adornos religiosos em instituição de ensino superior de uma sociedade democrática era medida necessária “à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”, conforme exige o artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte parte dos seguintes pressupostos: em primeiro lugar, que as liberdades de pensamento, consciência e religião compõem os fundamentos de uma sociedade democrática; em segundo lugar, que o Estado democrático é neutro; em terceiro, que o artigo 9º não protege todos os atos motivados ou inspirados por crença ou religião, pois restrições podem fazer-se necessárias para assegurar a coexistência pacífica de diversas religiões. Disso segue-se que deverá haver um equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais de cada indivíduo, numa ponderação a ser feita pelas au-

toridades nacionais competentes. Em outras palavras, a Corte considera difícil identificar uma compreensão europeia comum acerca do papel da religião na sociedade; por essa razão, reconhece aos Estados a competência para regular a relação entre ambas. Àquela instância julgadora compete apenas verificar se há compatibilidade entre a medida nacional adotada e o objetivo estabelecido. A pergunta que se coloca pode ser, então, formulada nestes termos: a proibição de usar adornos religiosos é necessária para assegurar a paz social e o pluralismo religioso, num Estado democrático e laico?

Numa rápida incursão pelo direito comparado, a Corte observa que, há décadas, o véu islâmico é objeto de debates na Europa. Em vários países daquele continente, a questão que se colocou foi em torno de seu uso por alunas das escolas primárias e secundárias. Na Turquia, na Albânia e no Azerbaijão, porém, onde o véu islâmico ganhou um significado político, esse problema se colocou para as alunas das instituições de ensino superior.

Com base em decisões anteriores, a Corte reconhece que restrições podem ser impostas pelo poder público ao uso de adornos religiosos, pois, de um lado, no caso de uma estudante de medicina, além de ser próprio de determinadas profissões, como a médica, exigir-se vestimenta específica, de outro lado, no contexto de um país de maioria islâmica, o uso do véu permitiria que os fundamentalistas identificassem praticantes de não praticantes da religião e pudessem, com isso, escolher aqueles sobre quem exercer pressão. O uso livre e indiscriminado de trajes religiosos contribuiria assim para o rompimento da paz social. Sua restrição presta-se, portanto, a proteger o indivíduo de pressões externas, feitas por extremistas. Nesse sentido, proibir o uso de véu islâmico seria medida compatível com o objetivo de assegurar o pluralismo e a paz social na Universidade de Istambul⁴.

Em síntese: para definir o alcance do termo “lei”, a Corte ampara-se na própria jurisprudência. Para verificar se a restrição imposta está prevista em lei e se ela é necessária para proteger a ordem e a segurança, a Corte, não reconhecendo uma compreensão europeia comum acerca do papel da religião na sociedade, recorre à jurisprudência turca. Em qualquer dos casos, aquela instância julgadora terá a seu favor a presunção de validade do que já foi decidido no passado, sem necessidade de retomar a justificativa. Com base nisso, a Corte aceita a distinção entre fé e conduta religiosa, assume que as

⁴ Conforme consta no relatório do julgamento, a demandante demonstrou, por suas ações, a intenção de continuar a vestir-se com o véu. Foi advertida por escrito, num primeiro momento, suspensa por um semestre, num segundo momento, porém, mais tarde, em 2000, graças à entrada em vigor de nova legislação, Leyla Sahin foi anistiada. Naquele ano, no entanto, ela já se encontrava em Viena, onde continuou seus estudos e para onde se mudou em 1999, após abandonar a Universidade de Istambul.

regras civis devem ser preferidas às regras confessionais e reafirma o entendimento pelo qual a restrição ao uso de símbolos religiosos nas dependências da Universidade de Istambul é medida adequada para assegurar a paz naquela sociedade.

Estado, direito e religião no Brasil

As duas decisões examinadas até aqui se sustentam em premissas distintas. No caso do crucifixo, a corte constitucional alemã considerou a liberdade de crença em suas duas dimensões, a positiva e a negativa. Ambas deveriam ser sopesadas para que pudessem ser satisfeitas. Resguardado o direito de não se ver obrigatoriamente exposto à mensagem religiosa, é livre a manifestação de qualquer crença. Estabelecida essa premissa, e após considerar que um crucifixo colocado numa instituição de ensino, cuja frequência é obrigatória, não assegura que se possa fugir de proselitismos, a corte considerou inconstitucional a norma que determinava a colocação de crucifixos nas escolas públicas da Baviera.

No caso examinado pela CEDH, aquele tribunal amparou-se, sobretudo, na jurisprudência turca, reconhecendo a competência dos Estados para regular relações entre religião e sociedade, dada a dificuldade de identificar uma compreensão europeia comum acerca desse tema. Àquela instância julgadora coube apenas verificar se havia compatibilidade entre meios e fins, isto é, se a restrição imposta à manifestação da religiosidade era medida adequada para o fim que se pretendia atingir. Nesse sentido, a proibição de que médicas se apresentem, num centro cirúrgico, trajando véu e casaco pôde ser considerado um exemplo de restrição adequada para que não se coloquem obstáculos desnecessários aos procedimentos cirúrgicos. Mas se essa medida é também adequada para inibir a ação de grupos fundamentalistas, eis uma questão que foi apenas presumida, com base na jurisprudência da própria corte turca, proferida em caso anterior.

Esses dois casos ilustram, respectivamente, dois tipos de interpretação: uma feita pelo próprio órgão julgador encarregado do processo, outra em que ele se ampara na jurisprudência, isto é, numa interpretação que não é originalmente sua, mas com cujo conteúdo está de acordo. A seguir, examinamos dois casos julgados no Brasil e observamos que, no primeiro deles, a argumentação se ampara na doutrina, a qual se apresenta como premissa cuja validade não é demonstrada, mas

que se encontra pressuposta na autoridade do doutrinador citado. No segundo, o argumento se ampara na jurisprudência.

No Brasil, as relações entre Estado, direito e religião formam um quadro confuso, em que a separação entre o público e o privado não é tão evidente, pois, de um lado, o artigo 19, II, da Constituição Federal proíbe que União, Estados ou Municípios estabeleçam cultos religiosos ou igrejas ou mantenham com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança; de outro lado, porém, o preâmbulo do mesmo instrumento menciona Deus e o artigo 2º da Lei Federal 9.093/95 estabelece a Sexta-Feira da Paixão como feriado, além de reconhecer os feriados religiosos, em número não superior a quatro, conforme venha a ser declarado em lei municipal, de acordo com a tradição local.

A essa mistura entre o público e o privado no âmbito constitucional e infraconstitucional acrescentem-se ainda ações na justiça para reivindicar tratamento diferenciado por motivo de crença religiosa. Nesse sentido, costumam ser invocados tanto o artigo 5º, caput, incisos VI, VIII, XXV e LXIX, bem como o artigo 23, V, o artigo 206, I e o artigo 208, V, todos da Constituição Federal Brasileira, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença.

Em resposta a essas demandas, temos, de um lado, em favor do tratamento diferenciado, decisões que expressam o seguinte entendimento: quanto ao mérito, os autores das ações pleiteiam não um tratamento especial ou a imposição de uma opção religiosa, mas a fruição de um direito, reforçado, ademais, pelo dever de tolerância religiosa. De outro lado, contra o tratamento diferenciado, há decisões que invocam, sobretudo, a organização laica do Estado brasileiro e a igualdade de todos perante a lei. No centro do debate, explícita ou implicitamente, vemos, sobretudo, estas duas questões: como se configuram, no Brasil, as relações entre Estado e religião? Crença e conduta religiosa são indissociáveis?

Aulas às sextas-feiras

Vejam, a título de ilustração, a argumentação apresentada em relatório da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), ao julgar apelação em mandado de segurança⁵, cujo apelante é membro de igreja adventista e aluno do curso noturno da Faculdade

⁵ Apelação em Mandado de Segurança N. 2003.70.00.017703-1/Pr.

de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Em linhas gerais, ele alega que sua prática religiosa impõe-lhe o dever de guardar o período que se estende do pôr do sol na sexta-feira até o pôr do sol no sábado; por isto, por estar impedido de exercer atividades nesse intervalo de tempo, requereu que fossem atendidas uma das seguintes demandas: sua transferência para o período diurno; remanejamento de horário do noturno para o diurno somente às sextas-feiras; ou, não sendo possível qualquer dessas alternativas, abono de falta. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, pois, de um lado, atendê-lo violaria os princípios da isonomia e da legalidade, e, de outro lado, ao matricular-se no curso noturno, em vez do diurno, o impetrante deu causa à situação em que se encontrava.

Na apelação em mandado de segurança, a 3ª Turma do TRF 4 decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo, com base em premissas cuja validade haveria de ser encontrada, sobretudo, na doutrina, embora, de saída, para fundamentar a premissa inicial, de que não há uma separação rigorosa entre Estado e religião, a relatora tenha recorrido ao *Relatório do Desenvolvimento Humano 2004. Liberdade cultural num mundo diversificado*, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Desse estudo, que defende uma abordagem favorável à diversidade cultural e, ao mesmo tempo, aos fluxos globais de capital, bens e pessoas, foram extraídas as seguintes informações:

[...] que os feriados nacionais são um meio importante de reconhecer ou ignorar identidades culturais [...] Os Estados Unidos, por exemplo, têm somente um feriado cristão e nove não confessionais, ao passo que a Índia tem cinco feriados hindus, quatro muçulmanos, três não religiosos, três budistas-jainistas e sikhs e dois feriados cristãos. Na França, seis dos onze feriados nacionais são de origem religiosa, todos cristãos, e cinco não são confessionais, ainda que um em cada treze cidadãos franceses seja muçulmano. Da mesma forma, o Brasil somente permite aos Municípios estabelecer feriados religiosos em número máximo de quatro, “de acordo com a tradição local”, incluído a Sexta-Feira da Paixão (art. 2º da Lei n. 9.093/95), todos, portanto, são cristãos, excetuadas algumas exceções vinculadas ao sincretismo de religiões afro-brasileiras.

Não há, pois, como afirmar uma estrita separação entre Estado e religião, no contexto brasileiro, pois, se por um lado, assegura-se a proibição de patrocinar, subvencionar ou estabelecer cultos religiosos ou igrejas (art. 19, I, CF), por outro lado, ressalvada fica a colaboração com os mesmos cultos ou igrejas desde que presente o interesse público. Não há, pois, porque advogar, no sistema constitucional brasileiro, um sistema concorda-

tário, tal como o europeu, nem um modelo ao estilo dos Estados Unidos. Estas condições históricas de relacionamento religião/Estado é que explicam diferenças entre sentidos de secularismo, laicismo e laicidade como se vêem nas polêmicas do crucifixo na Alemanha, do “foulard” islâmico na França e na eleição de um presidente islâmico na Turquia (Apelação em Mandado de Segurança N. 2003.70.00.017703-1/Pr., p. 4).

Não existe relação clara entre as conclusões expostas e aquilo que é apresentado como seu fundamento, e isso enfraquece qualquer alegação baseada na premissa que assevera inexistir, no Brasil, uma estrita separação entre Estado e religião. Independentemente de como as relações entre um e outro estejam organizadas alhures, faltou demonstrar, afinal, qual é o entendimento daquela corte acerca do sentido dessa separação. Em que medida o número de feriados religiosos pode ser usado para aferir uma aproximação ou um distanciamento? Que tipo de aproximação sugere a colaboração com cultos ou igrejas? Por quê? Que outros elementos devem ser considerados nessa análise? Na antinomia religioso/secular, “o etos do cidadão liberal exige, de ambos os lados, a certificação reflexiva de que existem limites, tanto para a fé como para o saber” (Habermas, 2007, p. 9). O tribunal não traçou esses limites, nem sopesou os princípios em conflito. Em vez de uma análise mais apurada da extensão e intensidade da separação possível entre Estado e religião, asseverou-se, em primeiro lugar, a existência de um *princípio da não confessionalidade*, que se baseia em certas condições; acrescentou-se também que ao Estado incumbe a *função institucional de guardião da tolerância* e que existe, ademais, uma unidade essencial entre crença e conduta.

Os principais argumentos apresentados no relatório não se fundam, contudo, em estudo promovido por entidade internacional, mas na doutrina do Direito, seguindo, em linhas gerais, o padrão típico dos argumentos de autoridade, isto é, citam-se autores e suas conclusões, tomando o que dizem por verdadeiro. Em argumentos de autoridade, “é o prestígio pessoal do invocado que garante a tese sustentada. Vez ou outra, porém, ele toma a forma de um ‘topos’ de quantidade, quando é o grande número das opiniões que favorece a tese defendida. Muitas vezes qualidade e quantidade se combinam, quando a força do argumento provém do prestígio de que goza uma autoridade (qualidade) e da maioria de seus membros (quantidade) em favor de uma tese” (Ferraz Jr., 1994, p. 336). Nesse tipo de argumento, as palavras do doutrinador se apresentam como se contassem com uma presunção de validade: sua tese não é desenvol-

vida, nem seus fundamentos são apresentados; o que temos são apenas as conclusões a que chegaram os autores citados, como no exemplo a seguir, o qual reproduz a justificativa apresentada no relatório ora em exame para o entendimento segundo o qual existe uma unidade essencial entre fé e conduta religiosa:

Há que referir, inicialmente, que a liberdade religiosa não é adequadamente tutelada se admitisse “uma tão estreita quanto simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*) e conduta (*action*), que resultasse numa generosa protecção da primeira e na desvalorização da segunda” [...]. Antes, pelo contrário, a “liberdade de atuação segundo a própria crença” tem fulcro na “unidade essencial entre crença e conduta” [...], uma unidade incindível, de forma que ‘as restrições às condutas religiosas devem [...] observar rigorosos requisitos materiais e procedimentais, sendo certo que elas podem ser suficientes, por si só, para retirar conteúdo útil ao direito à liberdade religiosa’ [...]. Ainda que a questão das condutas seja algo problemático, um tratamento dicotômico ‘descaracterizaria o fenômeno religioso e subverteria completamente ou esvaziaria o programa normativo constitucional’ [...], que, assegurando a liberdade religiosa, determina amparar e proteger tanto a conduta religiosa, quanto a liberdade de atuação e conformação de acordo com as próprias convicções, ‘numa medida tão ampla quanto o permita uma ponderação de bens constitucionalmente saudável’ [...] (Apelação em Mandado de Segurança N. 2003.70.00.017703-1/Pr., fls. 5).

Como vemos, o Tribunal recorre às conclusões da doutrina para amparar sua tese, dizendo que tal ou qual autor afirmou que o tratamento dicotômico descaracteriza a religião. Típico argumento de autoridade, em que bastaram as palavras de Weingartner e de Machado nesse sentido. Por que as aceitar? Esses autores são representativos da doutrina? De qual doutrina? Contestar os dois autores, num debate acadêmico, obriga antes que se tome conhecimento de suas respectivas teorias, procurando inconsistências ou mostrando que ela não se aplica ao caso concreto. No curso de um processo, essa contestação pode realizar-se também mediante a contraposição de outros autores, igualmente renomados, mas que afirmem o contrário daqueles citados colegas. Nesse caso, porém, quando uma citação afirma e a outra nega, há uma neutralização do debate, acompanhada da necessidade de recorrer a outros tipos de argumentos, pois os doutrinários, apenas eles e na forma como são apresentados, de nada servem.

Alteração em cronograma

O segundo caso, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), refere-se a uma apelação cível⁶, em que a apelante, professora do quadro do magistério público estadual e adventista do sétimo dia, pleiteava alteração no cronograma de atribuições de aulas, pois, conforme estabelecera a direção regional de ensino, as atividades teriam início numa quinta-feira e terminariam no sábado. Como os docentes melhor classificados em concurso têm preferência na escolha e como a apelante acreditava que, por causa de sua colocação, ela seria chamada para manifestar-se somente no sábado, precisamente no período reservado ao descanso, foi solicitada à autoridade competente autorização para participar da atribuição de aulas até às 19h 30min da sexta-feira. O pedido foi indeferido e o caso levado ao judiciário que, tanto em primeira como em segunda instância, manteve a decisão administrativa.

A justificativa nesse sentido estruturou-se de forma distinta daquela apresentada no caso anterior: se, naquele, o Tribunal apoiou-se na doutrina, fazendo a validade de sua premissa repousar na reputação de doutrinadores, neste, a corte socorreu-se, sobretudo, da jurisprudência, para sustentar a tese segundo a qual qualquer tratamento diferenciado deverá ser antes previsto pela norma jurídica. Reproduz-se, assim, o seguinte entendimento do STJ sobre a matéria, que servirá de base para o seu julgamento: “ante a inexistência de tratamento discriminatório de candidatos, em razão de opção religiosa, em lei ou no presente edital, entendo inexistir para o Recorrente direito líquido e certo de realizar as provas discursivas fora da data e local [...]” (Apelação Cível N. 448.484-5/3-00. TJSP, fls. 5).

Esse entendimento jurisprudencial remete a questões controversas. Será constitucional a previsão legal de exceções? Pode a lei diferenciar os membros de uma sociedade segundo suas crenças? No caso referido, violaria essa diferenciação o princípio da isonomia de tratamento entre os participantes do processo de atribuição de aulas? Ou não se trataria de violação, mas de uma exceção que se resolveu prever, seja para que sirva como instrumento de uma política de reconhecimento do outro, seja porque se aceitaram as demandas dos atores religiosos?

São perguntas ainda em aberto, mas que foram tangenciadas no STF, em ação direta de inconstitucionalidade.

⁶ Apelação Cível N. 448.484-5/3-00. TJSP.

lidade (ADIN)⁷, na qual o Governador do Rio Grande do Sul ataca lei estadual que, entre outras disposições, assegurava a observância do dia de guarda e descanso no processo seletivo para investidura em cargo do poder público gaúcho, além de garantir ao aluno o direito de requerer, por motivo de crença religiosa, à instituição educacional em que estivesse matriculado, fosse ela pública ou privada, a realização de provas e trabalhos em dias que não coincidisse com o período de guarda religiosa. Ao servidor público, por sua vez, foi assegurado o repouso semanal remunerado aos domingos ou em outros dias da semana considerados de guarda pelo credo adotado.

Na justificativa que acompanhou o projeto, o proponente amparou seus argumentos na doutrina, no Direito Internacional e na Constituição do Brasil. Citou, nesse sentido, em primeiro lugar, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que reconhece a liberdade de consciência, em segundo, a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções*, que inclui no direito à liberdade de religião ou crença a liberdade de observar o repouso e os feriados religiosos, em terceiro, o Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a adoção de medidas restritivas que possam limitar essa liberdade, e, por fim, a Constituição do Brasil, art. 5º, § 2 que assegura a validade dos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte; o inciso II, que faz da lei a fonte das obrigações de fazer ou não fazer; o inciso VI, que torna inviolável a liberdade de consciência e de crença; e o inciso VIII, pelo qual “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

O autor da proposta afirma que todas as ações administrativas, sejam as do setor público, sejam as do setor privado, submetem-se a esses dispositivos constitucionais. O projeto de lei foi apresentado com o objetivo de disciplinar o respeito às crenças religiosas e de permitir que fiéis pudessem cumprir tanto as obrigações impostas por sua crença como aquelas impostas pelos administradores. Assim, na guarda de dia santificado, à pessoa deverá ser dada alternativa para realizar prova em horário compatível com sua crença, bem como para exercer outras atividades estudantis. Aos servidores públicos civis do Rio Grande do Sul foi assegurado o direito de requerer, por motivo de cren-

ça religiosa, o repouso semanal remunerado em dia da semana compatível com a sua religião, desde que seja compensada a carga horária exigida pela lei do serviço público gaúcho.

O relator considerou a lei inconstitucional por vício de iniciativa⁸, razão pela qual não se tratou do mérito do caso. Mas, em voto separado, porém não dissidente, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao manifestar sua aprovação ao relatório, lançou as seguintes perguntas: “seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos ‘dias de guarda’ religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz os seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho?” (ADIN N. 2.806-5, Rio Grande do Sul, fls. 367). Feito esse questionamento, concluiu que, embora as respostas a essas perguntas sejam desnecessárias para fundamentar o acórdão, há, além de vício de iniciativa, violação do caráter laico da República, sendo a lei, portanto, materialmente inconstitucional.

Nesse voto separado, perguntas são lançadas, uma resposta é oferecida, porém sem justificativa ou fundamento. Há uma conclusão que sinaliza apenas no sentido do pragmatismo, da operacionalidade do direito reconhecido, em suma, do pressuposto de que é impossível universalizar, na prática, todas as demandas provenientes dos segmentos religiosos da sociedade, incluindo o direito de não trabalhar na segunda-feira. Sugere com isso que, distinguindo-se da crença, a conduta religiosa poderá sofrer restrições, pois não há, entre ela e a fé, nenhuma unidade essencial.

Considerações finais

A separação entre Estado e religião é condição necessária para organizar uma sociedade liberal, laica e diversificada culturalmente. Qual deverá ser, no entanto, o tamanho dessa separação? A partir de que momento será possível afirmar que a interferência da religião nos negócios do Estado ou do Estado nos negócios da religião extrapolou os limites de uma organização social multicultural?

Vimos que, no acórdão do TRF 4 e no voto separado proferido no curso da ADIN proposta pelo governo do Rio Grande do Sul, a decisão se apoiou em premissas cuja validade ficou por ser demonstrada. Se

⁷ ADIN N. 2.806-5, Rio Grande do Sul.

⁸ Resultado de iniciativa de membro da Assembleia Legislativa, a lei dispunha sobre matéria da competência privativa do Chefe do Executivo.

a separação entre Estado e religião não é estrita, como foi alegado no primeiro acórdão, com amparo na doutrina, qual então sua dimensão? Se, ao contrário, ela é rigorosa, como pretendeu o voto separado no STF, qual a extensão desse rigor?

Não são perguntas fáceis de responder. Afinal, o que podemos considerar como suscetível de ferir os fundamentos de uma sociedade liberal, laica e multicultural? A introdução de ensino religioso com frequência obrigatória em escola pública? A alteração no calendário de provas ou o abono de faltas para permitir que estudante cumpra suas obrigações religiosas, no momento em que deveria estar em sala de aula? E no caso dos alunos que trajam indumentária religiosa, como véus, quipás e turbantes, em estabelecimentos públicos de ensino? Como tratá-los? Se presumirmos a unidade entre crença e conduta, como então resolver situações em que, por exemplo, sikhs reivindicuem o direito de portar punhal, ou açougueiros de determinadas confissões reclamem o direito de abater animais seguindo métodos considerados cruéis por certos membros da sociedade, mas que, sob a perspectiva religiosa, são tidos como puros? Deverão ser abertas exceções às leis gerais, que dispõem sobre segurança da população ou proteção dos animais? Se for aceita a unidade entre crença e conduta, podemos responder afirmativamente e admitir o punhal e o método de abate; se houver diferença, no entanto, será possível proibi-los, pois a separação permite que se imponham limites não na liberdade religiosa, mas no seu exercício, restringindo formas e práticas consideradas incompatíveis com outros valores a serem igualmente preservados.

Essas e outras questões semelhantes em conteúdo indagam sobre dois tipos de limites: os limites oriundos do direito de crença e os limites nas relações entre Estado e grupos religiosos. No primeiro caso, há que sopesar o direito de aderir a um sistema de crenças, e de agir de acordo com ele, com o direito de não ter crença alguma ou de ter outra crença, com outros fundamentos religiosos. Se o uso, por estudantes, de símbolos religiosos em sala de aula não violar os direitos dos demais estudantes de em nada crerem ou de abraçarem outra fé, não haverá razão para proibi-los.

No segundo caso, o limite encontra-se nas relações entre Estado e grupos religiosos. O intercâmbio entre essas duas esferas pode desenvolver-se seguindo, basicamente, dois modelos de relações: um concebido para evitar a intervenção do poder público nos assuntos religiosos; outro para evitar a intervenção das instituições religiosas nos assuntos do poder público. Na prática, observa-se que eles não são aplicados em toda sua pureza. No Brasil, verifica-se que as relações entre

Estado e grupos religiosos oscilam entre os dois modelos, sem se definir inteiramente por um deles, dando margem a muita confusão: conforme observado, vedase ao poder público tanto estabelecer e subvencionar cultos religiosos ou igrejas, como embarçar-lhes o funcionamento. A Constituição Federal, no entanto, faz menção a Deus, fato que lança uma questão teológica, irrespondível pelo intérprete da norma jurídica: de que Deus falamos? Numa sociedade diversificada, o divino é representado de várias maneiras, alguns de seus crentes não admitem sequer que seu nome seja escrito por completo, outros o imaginam como um ser supremo amorfo, enfim, num ambiente multicultural, não há espaço para apenas um Deus, mas vários, sejam eles de religiões monoteístas ou politeístas. O legislador constituinte, contudo, preferiu o monoteísmo, e nele, o Deus daqueles que se permitem escrever-lhe o nome e afirmar que estão sob sua proteção.

Essa preferência por determinados sistemas de crenças em detrimento de outros se manifesta igualmente nos símbolos religiosos em instituições públicas, a exemplo dos crucifixos em tribunais estatais, dentre eles o STF. Ora, sabemos que a cruz é um símbolo da cristandade, de modo geral, e o crucifixo, dos católicos, em particular. Quem os exhibe afirma que Deus existe; quem os observa pode permanecer indiferente, revoltar-se com a imagem do Cristo moribundo ou acreditar que um ou outro abençoa e iluminam caminhos. São inúmeras as interpretações e essas são algumas, mas nada disso faz sentido quando trazido para uma instituição pública de um Estado laico, a quem não cabe reconhecer ou negar a existência de deuses e que, por não possuir instrumentos para decidir sobre normas religiosas em conflito, nada poderá fazer, por exemplo, a respeito da desavença entre cristãos que não admitem a representação do corpo de Jesus Cristo e aqueles que a idolatram. Em situações como a brasileira, torna-se difícil precisar o conceito de separação entre Estado e religião, que se revela mais elástico. Cada intérprete define-o conforme suas próprias percepções, fazendo sua exegese acerca do que entende por essa separação, cujo sentido está ainda em aberto, a ser precária e provisoriamente definido no caso concreto.

Referências

- ALEXY, R. 1999. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático". *Revista de Direito Administrativo*, 217:67-79.
- ATIENZA, M. 2006. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed., São Paulo, Landy Editora, 238 p.
- FERRAZ JR, T. 1994. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 368 p.

HABERMAS, J. 2007. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 399 p.
RTP. 2006. Disponível em: <http://www1.rtp.pt/noticias/?article=123477&visual=3&layout=10>. Acesso em: 24/11/2010.
VSO. 1983. Bayrische Volksschulordnung. 21.6.1983. § 13 Abs. 1. Satz 3.

Fontes primárias

ADIN N°. 2.806-5. Rio Grande do Sul

Apelação em Mandado de Segurança N° 2003.70.00.017703-1/Pr:TRF – 4
Apelação Cível N° 448.484-5/3-00.TJSP
BVerfGE 93, I – Kruzifix. Urteil 16. Mai 1995.
Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). 1998. Caso no. 44774/98

Submetido em: 03/03/2010

Aceito em: 06/08/2010