

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E RELIGIÃO:
UMA CONTRIBUIÇÃO POSSÍVEL**

JOÃO ALFREDO BELTRÃO VIEIRA DE MELO FILHO

RECIFE
2010

JOÃO ALFREDO BELTRÃO VIEIRA DE MELO FILHO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E RELIGIÃO:
UMA CONTRIBUIÇÃO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada à Pró-reitoria de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco, com área de concentração em Direito Processual e linha de pesquisa Jurisdição e Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira.

M528i Melo Filho, João Alfredo Beltrão Vieira de
Interpretação constitucional e religião : uma contribuição
possível / João Alfredo Beltrão Vieira de Melo Filho ; orientador
João Paulo Allain Teixeira, 2010.
92 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual,
2010.

1. Direito constitucional. 2. Religião e cultura. 3. Democracia.
4. Pluralismo religioso. 5. Direitos humanos. 6. Religião e sociologia.
I. Título.

CDU 342

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E RELIGIÃO:
UMA CONTRIBUIÇÃO POSSÍVEL**

JOÃO ALFREDO BELTRÃO VIEIRA DE MELO FILHO

Banca examinadora:

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (orientador)

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Prof. Dr. Bruno César Machado T. Galindo

Data: 24 de agosto de 2010

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar e discutir a relevância da religião como um elemento cultural no qual está fundamentada a sociedade pluralista ocidental e pós-moderna e, conseqüentemente, o direito, em contraponto a recentes tendências antidemocráticas que propugnam uma retirada da religião da arena pública, em razão de uma suposta superação de sua cosmovisão como elemento constitutivo e orientador dessa mesma sociedade. É destacada a influência da religião no surgimento da democracia moderna, como fonte de elementos pré-políticos do Estado constitucional, como também é pontuado o diálogo entre fé e razão e a possibilidade de relação entre religião e direito mediada pela linguagem dos direitos humanos. Defende o autor que a visão religiosa de mundo pode contribuir para a interpretação de enunciados normativos constitucionais que expressam valores, e as confissões religiosas aparecem como veículos do discurso religioso no espaço público e pluralista. O autor elege o procedimento de controle de constitucionalidade abstrato como singular momento em que o discurso religioso pode ingressar legitimamente na atividade democrática de interpretação e concretização constitucional. A figura do *amicus curiae* é rapidamente estudada, apontando-se suas características e modo de atuação perante o Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se o aspecto procedimental da atuação das confissões religiosas para o aprimoramento da democracia.

Palavras-chave: Religião – Sociedade – Pluralismo – Democracia – Constituição – Interpretação constitucional – Jurisdição constitucional – *Amicus curiae*.

ABSTRACT

This research aims to demonstrate and discuss the relevance of religion as a cultural element which is based on a pluralistic post-modern western society, and hence the right, in counterpoint to recent anti-democratic tendencies which advocate the withdrawal of the religion of the public arena, because of an alleged breakdown of its worldview as a constituent element of this society. It is highlighted the influence of the religion in the emergence of modern democracy as a source of political elements of the pre-constitutional state, it is also punctuated the dialogue between faith and reason and the possibility of relationship between religion and law mediated by the language of human rights. The author argues that the religious vision of the world can contribute to the interpretation of normative statements that express constitutional values, so religious denominations appear as vehicles of religious discourse in public space and pluralistic. The author chooses the procedure for judicial review as an abstract singular moment when the religious discourse can legitimately get into the democratic constitutional interpretation and implementation activity. The figure of the *amicus curiae* is quickly investigated, pointing to their characteristics and performance before the Supreme Court, pointing to the procedural aspects of the performance of religious faiths for the betterment of democracy.

Keywords: Religion - Society - Pluralism - Democracy - Constitution - Constitutional interpretation - Judicial review - *Amicus curiae*

...nenhuma sociedade moderna, realmente aberta, pode edificar-se sobre a erradicação das identidades que a fundam, a amnésia das comunidades que a compõem, a redução abstrata do povo que lhe dá sentido.

(Jean-François Colosimo)

“Venham, vamos refletir juntos”, diz o Senhor.
(Isaías 1.18, Nova Versão Internacional)

AGRADECIMENTOS

Ao Criador.

A Ana, minha esposa, verdadeira companheira e incentivadora.

Ao meu pequeno João Miguel, herança de Deus.

Você já é um vitorioso, meu filho!

*Aos meus pais, João Alfredo e Maria Verônica,
e a Odete Melo de Souza, avó querida,
que contribuíram para a realização do mestrado.*

*Aos professores doutores
Virgínia Colares, Roberto Wanderley Nogueira,
João Paulo Allain Teixeira, Jayme Benvenuto e Gustavo Santos.
Cada um, ao seu modo, me fez ver o direito, o magistério, a vida e o mundo sob
uma nova e instigante perspectiva.*

*À coordenadora do curso, Dra. Marília Montenegro,
presença indispensável na fase final deste trabalho.*

A todos minha singela homenagem.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – RELIGIÃO NO ESPAÇO PÚBLICO	4
1.1. RELIGIÃO: UM FATO SOCIAL	4
1.2. ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS E ESTADO	15
1.3. UMA PROPOSTA DE ENRIQUECIMENTO RECÍPROCO E “CORRELAÇÃO POLIFÔNICA” ENTRE RELIGIÃO, POLÍTICA E DIREITO	22
1.3.1. FUNDAMENTOS PRÉ-POLÍTICOS DO ESTADO	23
1.3.2. O TEOLÓGICO NA POLÍTICA	29
1.3.3. ESPAÇO PARA A RELIGIÃO	33
1.4. CONCLUSÃO	38
CAPÍTULO 2 - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COMUNIDADE DE INTÉRPRETES	41
2.1. A INSUFICIÊNCIA DO MODELO TRADICIONAL DE INTERPRETAÇÃO RELATIVAMENTE ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS	41
2.2. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	44
2.3. A ABERTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA	49
CAPÍTULO 3 - PROCEDIMENTALIZANDO A PARTICIPAÇÃO DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS NA CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: O <i>AMICUS CURIAE</i>	55
3.1. O CONTROLE CONCENTRADO-ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UM PROCESSO OBJETIVO	55
3.2. O <i>AMICUS CURIAE</i>	63
3.2.1. ORIGENS	63
3.2.2. DEFINIÇÃO E NATUREZA DO <i>AMICUS CURIAE</i>	65
3.2.3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO CONTROLE DE CONCENTRADO-ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	68
3.2.3.1. REQUISITOS	68
3.2.3.2. FORMA DE ATUAÇÃO	71
3.3. A RELEVÂNCIA DO <i>AMICUS CURIAE</i> PARA A ABERTURA INTERPRETATIVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO-ABSTRATO E COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE CONFISSÕES RELIGIOSAS	74
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos dez anos, o mundo assistiu ao recrudescimento do fanatismo religioso de origem islâmica, ao aumento da influência da “direita religiosa” na política estadunidense no governo do ex-presidente George W. Bush, a uma sempre crescente polêmica em torno do debate entre ciência e religião motivado pelos questionamentos à teoria da evolução lançadas pelos “criacionistas” e adeptos do *design* inteligente e o choque cultural de matiz religioso a se processar no continente europeu ocasionado por um aumento da população de imigrantes e pelos seus descendentes, motivando reações contra uso de véus pelas muçulmanas e proibição de construção de minaretes em mesquitas suíças.

No polo secular, verifica-se uma postura radical de um ateísmo novo, agora militante, fenômeno observado notadamente no Reino Unido e Estados Unidos da América, com ampla promoção via importantes órgãos da imprensa mundial e forte e aberta adesão de destacada parcela da intelectualidade influenciada por esse movimento ateísta.

Nesse turbilhão, vivencia-se uma crescente onda de laicismo no mundo ocidental em que a nota tônica é empurrar a religião para a esfera estritamente individual, expulsando-a do âmbito público. Sem exagero, verifica-se que o laicismo contemporâneo caminha para uma cultura de intolerância e poder-se-ia mesmo indagar até que ponto essa postura, vista por alguns como “brilhante”¹ e libertária, em contraste a um propalado obscurantismo religioso, ameaça a democracia.

Não se pode olvidar que a religião é um dado cultural fortemente arraigado nas mais variadas sociedades, inclusive as mais secularizadas. A religião forjou várias instituições caras ao liberalismo e está na base do Estado Social.

Com a promulgação de constituições “abertas”, adaptadas a um mundo pluralista, negar voz às religiões – mais especificamente às entidades religiosas – é esquecer esse legado e impor políticas que vão de encontro ao próprio Estado Democrático de Direito, falseando o sentido de um Estado laico ou leigo, fundamentado

em uma visão secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade,

¹ O adjetivo inglês *bright* (“brilhante”) passou a ser empregado por alguns ateus influentes da atualidade, destacando-se Daniel Denett e Richard Dawkins.

podem exercer influência política, na proporção direta do seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.

A relação entre temporal e espiritual, entre norma e fé, não é relação de contraposição, e sim de autonomia recíproca entre dois momentos distintos do pensamento e da atividade humana. Igualmente, a separação entre Estado e Igreja não implica, necessariamente, um confronto entre os dois poderes.²

Nossa proposta é ressaltar essa realidade (mas sem nenhuma pretensão de exaustão do tema), demonstrando que, se muitos desejam um grande expurgo da religião no mundo, o direito, por sua vez, protege e legitima o discurso religioso na esfera pública. Não que esse discurso deva ser absorvido pelo direito, o que poderia representar uma ingerência indevida do subsistema religioso no âmbito jurídico, mas importa o registro de que, pelo menos, existe um procedimento, direitos e instituições estatais que asseguram a manifestação de confissões ou outras entidades religiosas na arena democrática.

Com esse objetivo, e dada a complexidade do tema, desenvolvemos nossa monografia enfatizando a participação de confissões religiosas no processo de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade e apresentando a figura do *amicus curiae* como veículo dessa atuação.

No primeiro capítulo, fixamos a religião como um dado social, as suas possíveis relações com o Estado e os fundamentos legitimadores de sua participação na formação da vontade política e jurídica do Estado. Nesse ponto, destacamos debate ocorrido em janeiro de 2004, na Academia Católica da Baviera, em Munique, Alemanha, travado entre Jürgen Habermas e o então cardeal Joseph Ratzinger, atual Papa Bento XVI.

No segundo capítulo discorremos sobre a interpretação construtivista da constituição e sua eficácia e legitimação por meio de uma ampla atuação da “comunidade aberta” de intérpretes. Aqui, ganha importância a visão de Peter Häberle e, novamente, Jürgen Habermas, cujo pensamento perpassa todo o nosso trabalho.

Instalado o palco para a participação das confissões religiosas na arena pública, o terceiro capítulo ocupa-se do controle de constitucionalidade e da figura

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Ginafranco. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 670.

do *amicus curiae* como importantes vias e instrumentos voltados à viabilização dessa atuação.

CAPÍTULO 1

RELIGIÃO NO ESPAÇO PÚBLICO

1.1. Religião: um fato social.

A religião é um elemento cultural,³ exercendo papel central na história da humanidade.⁴ E não há sinais de que isso um dia chegue a mudar, não obstante existir aqueles que aguardam o fim das religiões e até apregoam os supostos benefícios daí advindos.⁵

É certo que, no Ocidente cristão, as instituições religiosas perderam muito de sua autoridade de séculos atrás. É característica do pós-modernismo a desvinculação do homem de centros heterônomos de autoridade. O homem pós-moderno cada vez mais adentra num “processo de personalização”, obedecendo apenas a si mesmo, pretendendo exercer o senhorio do seu próprio destino, determinando suas escolhas num mundo repleto de opções políticas, ideológicas e religiosas. Além disso, ele não se fixa permanentemente àquilo a que aderiu em dado momento: há espaço para mudanças de rumo, novas experiências e sensações;⁶ busca formar sua própria identidade a partir da autocompreensão e do

³ “Em Sociologia a cultura se refere à totalidade do que aprendem os indivíduos como membros da sociedade. A velha (1871) mas ainda citadíssima definição de Tylor indica-lhe a amplitude: ‘A cultura é o todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer aptidões adquiridas pelo homem como membro da sociedade’”. “A cultura é, manifestamente, um conceito tão inclusivo que seus principais componentes devem ser identificados, rotulados, analisados e relacionados uns aos outros. Esses componentes poder ser agrupados, em linhas gerais, em três grandes categorias: as instituições, a saber, as regras ou normas que governam o comportamento; as idéias, isto é, toda a variedade de conhecimentos e crenças – morais, teológicos, filosóficos, científicos, tecnológicos, históricos, sociológicos, e assim por diante; e os produtos ou artefatos materiais que os homens produzem e usam no curso de sua existência coletiva”. “... devemos encarar a religião como um dos elementos do todo complexo e interdependente que são a sociedade e sua cultura” (CHINOY, Ely. **Sociedade: uma introdução à sociologia**, 20. ed. Tradução Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 2006, pp. 56, 58, 59 e 501).

⁴ “Os registros das primeiras sociedades, cujas evidências encontramos somente em ruínas arqueológicas, deixam vestígios claros de símbolos e cerimônias religiosas. No decorrer da história, a religião continuou a desempenhar papel central na experiência humana, influenciando nossa forma de perceber os ambientes deste mundo em que vivemos e de reagir a eles” (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, 4. ed. Tradução Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 426).

⁵ Cf. McGRATH, Alister; McGRATH, Joanna. **O delírio de Dawkins: uma resposta ao fundamentalismo ateu de Richard Dawkins**. Tradução Sueli Saraiva. São Paulo: Mundo Cristão, 2007, cap. 4, especialmente pp. 107-119.

⁶ Vivemos “uma nova fase na história do individualismo ocidental”, em que “o universo dos objetos, das imagens e da informação, bem como os valores hedonistas, permissivos e psicológicos que estão ligados a ele, geraram, simultaneamente a uma nova forma de controle dos comportamentos,

que lhe ocorre em volta, independentemente de algum “outro” que lhe indique “o caminho”, o que inclui uma divindade.⁷

Apesar disso, lembrando Friedrich Nietzsche, Deus não morreu. Percebe-se facilmente que a religiosidade permanece, desafiando o que os sociólogos costumam denominar de “tese da secularização” baseada nas observações de Max Weber (“um dos argumentos mais amplamente aceitos da sociologia da religião até a década de 1990”), segundo a qual “as consciências, as ações e as instituições religiosas provavelmente não desaparecerão, mas estão em declínio no mundo inteiro”.⁸

O contato com o transcendente e o sagrado persiste em fazer parte da vida cotidiana, influenciando escolhas e definindo cosmovisões. Se na Europa secularizada as grandes catedrais tendem a se tornar museus, é certo também que aumentou o interesse pelas religiões orientais e práticas esotéricas, havendo mesmo uma sutil volta a elementos mágicos e “pagãos” das sociedades pré-cristãs do que hoje entendemos por Ocidente.⁹

uma diversificação incomparável dos modos de vida, uma flutuação sistemática da esfera privada, das crenças e dos modos de agir”. “Nosso tempo conseguiu eliminar a escatologia revolucionária instaurando uma revolução permanente do cotidiano e do indivíduo: privatização ampliada, erosão de identidades sociais, desgaste ideológico e político, desestabilização acelerada das personalidades. Estamos vivendo uma segunda revolução individualista. Uma idéia central organiza as análises que se seguem: à medida que as sociedades democráticas avançadas se desenvolvem, encontram sua inteligibilidade à luz de uma lógica nova, a qual denominamos processo de personalização, que remodela continuamente e em profundidade o conjunto dos setores da vida social” (LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Tradução Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005, prefácio, pp. XV e XVI).

⁷ Sobre a diversidade cultural e a construção da identidade individual, escreveu Stuart Hall: “Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX. Isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, nos tinham fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais. Estas transformações estão também mudando nossas identidades pessoais, abalando a idéia que temos de nós próprios como sujeitos integrados” (HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**, 11. ed. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 9).

⁸ BRYM, Robert J.; LIE, John; HAMLIN, Cynthia Lins; MUTZEMBERG, Remo; SOARES, Eliane Veras; MAIOR, Herald Pessoa Souto. **Sociologia**: sua bússola para um novo mundo. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 401.

⁹ “Apesar de as igrejas tradicionais estarem enfrentando uma diminuição na quantidade de seus membros nas últimas décadas, outras formas de atividades religiosas estão em ascensão. Os sociólogos empregam o termo novos movimentos religiosos (NMRs) para referirem-se coletivamente à ampla variedade de cultos, seitas e grupos religiosos e espirituais que surgiram nos países do Ocidente, incluindo o RU, ao lado das religiões predominantes. Os NMRs abrangem uma diversidade enorme de grupos – dos grupos espirituais e de auto-ajuda do movimento Nova Era (*New Age*) a seitas exclusivas como as do Hare Krishnas (*International Society for Krishna Consciousness/Sociedade Internacional para a Consciência de Krishna*)” (GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 443). Ver também GUILLEBAUD, Jean-Claude. **A força da convicção**: em que podemos crer? Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, pp. 137-148.

O conceito de religião é marcado pela imprecisão e nunca se apresenta neutro.¹⁰ Trata-se de “uma categoria alarmantemente ampla e difusa, sem qualquer característica realmente distinta”.¹¹

A sociologia sempre enfrentou o tema e suas nuances, sabedora dessa pulverização de sentidos que dificulta ou mesmo torna impossível traçar um conceito abrangente ou universal do fenômeno religioso.

Ely Chinoy, por exemplo, assinala dois problemas: o de se enxergar a religião a partir de uma perspectiva particularista, e o da própria “complexidade” do fenômeno, “que pode incluir uma teologia (corpo de doutrina formal), um ritual, um tipo de experiência pessoal, um conjunto de valores morais e uma organização de fiéis e sacerdotes ou profetas”. Lembra também que a variedade de “crenças e práticas identificadas como religiosas” é de tal monta que “não se prestam a nenhuma caracterização simples”. Para algumas culturas, a religião implica a existência de um deus ou deuses; em outras, como o confucionismo, o budismo e o xintoísmo, essa figura desaparece. Há religiões em que um corpo doutrinário é imprescindível à sua formação; outras, pelo contrário, baseiam-se tão-somente em rituais, prescindindo de um credo. Outro problema citado pelo autor é o da diversidade de objetos suscetíveis de “adquirir significação religiosa, quer como símbolos sagrados quer como objetos de tabu”, ocorrendo uma variedade inumerável de “atitudes e opiniões com que os homens os encaram”, diferindo, portanto, a relação entre o profano e o sagrado. Nesse ponto, remete a Émile Durkheim, para quem o contraste “entre sagrado e profano” é o que distingue o pensamento religioso, lembrando o conceito de religião elaborado pelo sociólogo francês e estudioso das religiões: “um sistema unificado de crenças e práticas relativas a coisas sagradas, isto é, a coisas colocadas à parte e proibidas – crenças e práticas que unem numa comunidade moral única... todos os que as adotam”.¹²

Anthony Giddens observa a religião a partir dos seus três elementos: “símbolos”, “reverência ou temor” e “rituais”:

¹⁰ “Da miríade de definições de religião oferecidas nos últimos 150 anos, todas apresentadas como ‘científicas’ ou ‘objetivas’, nenhuma foi suficientemente flexível ou representativa para merecer apoio permanente. Além disso, as definições de religião raramente são neutras. Não raro são elaboradas visando a favorecer crenças e instituições com as quais se tem afinidade e penalizar aquelas a que se é hostil, refletindo com frequência pouco mais que os ‘propósitos e preconceitos particulares de estudiosos individuais’” (McGRATH, Alister; McGRATH, Joanna. *Op. cit.*, p. 83).

¹¹ McGRATH, Alister. **Paixão pela verdade**: a coerência intelectual do evangelicalismo. Tradução Hope Gordon Silva. São Paulo: Shedd, 2007, p. 175.

¹² CHINOY, Ely. *Op. cit.*, pp. 489-492.

Aparentemente, as características que todas as religiões têm em comum são as seguintes. As religiões envolvem um conjunto de *símbolos*, que invocam sentimentos de *reverência* ou de *temor*, e estão ligadas a **rituais** ou cerimônias (como os serviços religiosos) dos quais participa uma comunidade de fiéis. Cada um desses elementos necessita de alguma elaboração. Mesmo que as crenças de uma religião possam envolver deuses, ou não, quase sempre existem seres ou objetos que inspiram atitudes de temor ou de admiração. Em algumas religiões, por exemplo, as pessoas acreditam em uma “força divina” – e não em deuses personalizados – e a reverenciam. Em outras religiões, existem imagens que não são deuses, mas que são veneradas – como Buda ou Confúcio. Os rituais associados à religião são bastante diversos. Os atos rituais podem incluir rezas, cânticos, canções, a ingestão de certos tipos de alimentos – ou sua abstenção –, o jejum em determinados dias e assim por diante. Por estarem voltados para os símbolos religiosos, os atos rituais são geralmente considerados bastante diferentes dos hábitos e dos procedimentos da vida comum. (...).¹³

Dentre os juristas de língua portuguesa, destaca-se Jónatas Machado, que, a propósito do tema da liberdade religiosa, e mais precisamente ao investigar “o conteúdo constitucional do conceito de religião”, do qual depende a “validade normativa desse direito”, apresentou três definições: “substancial-objectivo”, “funcional-subjectivo” e “tipológico”.

A primeira está baseada “no sentido comum de religião”, pois faz referência “ao sobrenatural, a entidades ou instituições supremas, objectos de culto, símbolos e ritos, valores últimos, problemas últimos de sentido, visões globais do mundo, etc. etc.”. A religião é o resultado dos “elementos divindade, moralidade e culto”, aproximando-se do conceito sociológico. Tal definição, porém, não se afiguraria a melhor, em razão de traduzir o “senso comum”, privilegiando-se as correntes religiosas majoritárias em dada comunidade. A segunda vincula-se à “consciência moral-prática do sujeito”, ao “elemento subjectivo da sinceridade com que uma crença é individualmente sustentada”. Religião é aquilo que o religioso diz que é, prescindindo-se “de quaisquer exigências objectivas ligadas, designadamente, ao seu carácter aceitável, lógico, consistente e compreensivo”. A ênfase está naquilo que o crente diz ser religião, “e não na natureza objectiva, ou na conformação institucional, de uma determinada crença”. Igualmente tem-se uma noção problemática, caindo-se “num indesejável e incerto subjectivismo”, dificultando “qualquer controlo jurisdicional ou administrativo”. Já a última definição leva em conta os “elementos geralmente considerados típicos do fenómeno religioso, que constituem as suas *parecenças de família* (Wittgenstein)”, assim

¹³ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 427 (negrito e itálicos no original).

listados pelo autor português: “visão global de mundo”, “apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extra-racional”, “consciência subjectiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente”. Destaca-se o aspecto heterônomo da religião, pelo qual “os imperativos religiosos são entendidos pelo sujeito não como emanações endógenas da sua própria consciência, mas sim como imposições inelutáveis, de natureza objectiva e exógena”. Para uma compreensão do fenómeno religioso necessário à proteção jurídica da liberdade religiosa, tais elementos devem “ser entendidos na unidade simbólica que virtualmente estabeleçam com comportamentos determinados, decorrentes dos imperativos rituais éticos e morais a que possam dar lugar”. Esta, a tipológica, seria a melhor definição de religião, afastando-se os riscos oriundos “de um conceito demasiado estrito, quer de um conceito excessivamente lato de religião, combinando, de forma equilibrada, os elementos objectivos e subjectivos atendíveis”.¹⁴

Passando-se agora ao destaque da religião como elemento cultural elementar, reconhecamos que ela não constitui apenas um estilo de vida ou somente a fonte de explicações para questões complexas da existência e para aquilo que o homem não vê uma explicação racional. Sua influência ou mesmo fundamento na formação da cultura, valores, política, economia, direito e quaisquer outros elementos sociais é de uma singularidade tal que Émile Durkheim sugere a religião como uma “fonte de tudo”:

A religião contém em si, desde o princípio, mas em estado confuso, todos os elementos que, dissociando-se, determinando-se, combinando-se de mil maneiras consigo mesmos, deram origem às diferentes manifestações da vida coletiva. Foi dos mitos e lendas que nasceram a ciência e a poesia; foi da ornamentação religiosa e das cerimônias de culto que vieram as artes plásticas; o direito e a moral nasceram de práticas rituais. Não poderemos compreender nossa representação do mundo, nossas concepções filosóficas sobre a alma, sobre a imortalidade, sobre a vida, se não conhecermos as crenças religiosas que foram sua forma primeira.¹⁵

Por sua vez, Max Weber liga o surgimento e expansão do capitalismo moderno às denominações religiosas cristãs que surgiram a partir da Reforma Protestante.¹⁶ É dele esta assertiva a respeito do relevante papel da religião na

¹⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 208-220.

¹⁵ DURKHEIM, Émile. **Journal sociologique**, PUF, 1969, p. 138. *Apud* GUILLEBAUD, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 304.

¹⁶ Na obra em que o sociólogo alemão aborda o tema, logo de saída é inserido o dado de que os homens de negócio e grandes capitalistas, como também aqueles operários qualificados de alto nível e pessoal especializado têm em comum o fato de serem majoritariamente protestantes, identificando

história: “se a história é como um trem, puxada ao longo de seus trilhos por interesses econômicos e políticos, então as idéias religiosas são como mecanismos de desvio, determinando exatamente que trilhos o trem seguirá”.¹⁷

Ao tempo da Reforma, cujos “problemas sociais, econômicos e políticos concretos de vários grupos corriam paralelos e ligavam-se estreitamente a um crescente descontentamento no seio da Igreja Católica”, o discurso de Martinho Lutero foi amplamente aceito por vários grupos em razão “de suas relações com as condições concretas que eles enfrentavam, inclusive as conseqüentes da situação religiosa corrente”. O fato de Lutero propugnar “a rejeição da autoridade eclesiástica” e enfatizar “a igualdade de todos os homens diante de Deus” conferia a justificativa para “a rebelião contra as exações e explorações de que eram vítimas” dos camponeses sob o jugo católico romano. O discurso de fundo religioso foi “o mais poderoso reagente possível” para precipitar a revolta e profundas mudanças sociais na Europa.¹⁸

Nessa esteira, há quem associe a democracia moderna ao cristianismo,¹⁹ particularmente ao cristianismo reformado, que coincide com o início da Idade Moderna.²⁰

Discorrendo sobre o tema, John Witte, Jr., após elaborar um conceito abrangente de democracia,²¹ destaca que a teologia reformada estava “cheia de implicações democráticas” baseada na ideia de liberdade:

no estilo de vida daqueles que seguem essa vertente religiosa elementos que favorecem o empreendedorismo capitalista (WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 37-44).

¹⁷ BRYM, Robert. J. *et al.* *Op. cit.*, p. 398.

¹⁸ CHINOY, Ely. *Op. cit.*, pp. 505 e 506.

¹⁹ Em sentido contrário: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 205-251. O jurista austríaco não concebe como um sistema de crenças em verdades absolutas possa gerar tolerância, diálogo e um ambiente aberto para o exercício livre do pluralismo político e ideológico.

²⁰ “Foi a contragosto que os católicos aprenderam as primeiras lições de democracia por ocasião da Reforma do século XVI” (HOORNAERT, Eduardo. “Lições de um passado comum”. **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 322, 2007/4, p. 17). “A democracia emergiu como teoria formal e forma de governo civil e organização social apenas no início dos tempos modernos” (WITTE, JR., John. “Primeiros fundamentos protestantes modernos da democracia” **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 322, 2007/4, p. 28).

²¹ “Concebida de forma mais plena, a democracia é uma fusão de idéias e instituições sociais, políticas e jurídicas diferentes. Democracia abrange os ideais de liberdade e fraternidade, pluralismo, tolerância e privacidade. Insiste num governo limitado que seja acessível e responsável perante o povo. De forma típica, confecciona uma constituição e uma carta de liberdades civis e políticas, um sistema de representação popular e controle político, e uma garantia de direitos processuais em causas civis e criminais. Mostra também um compromisso com governo majoritário e proteção a minorias, com eleições políticas populares regulares, com educação patrocinada pelo Estado e programas de bem-estar social, com proteção e promoção da propriedade privada e economias de

liberdade da consciência individual em face das leis canônicas católicas e dos controles clericais, liberdade dos funcionários políticos em face do poder e dos privilégios eclesiásticos, liberdade do clero local em face do governo papal central e da coleta de taxas. (...).

A Reforma quebrou finalmente a unidade da cristandade ocidental e com isso lançou as bases para o sistema ocidental moderno de pluralismo político e religioso. A Reforma quebrou a superioridade política da autoridade clerical e do direito canônico e com isso conferiu novo poder às autoridades civis e à lei civil. A Reforma quebrou a primazia do cristianismo corporativo e com isso deu nova ênfase ao papel do indivíduo na economia da salvação e aos direitos individuais a isso ligados.²²

Buscando comprovar sua tese, o articulista detalha as contribuições dos luteranos, dos anabatistas e dos calvinistas para o desenvolvimento da democracia moderna, ressaltando os seguintes valores cuja gênese encontra-se principalmente nesses três grupos: liberdade de consciência e de crença; a separação entre Igreja e Estado, mas sem rejeitar a possibilidade de influência mútua; pluralismo religioso e político assegurado pelo princípio *cujus regio, eius religio*, buscando-se proteger aquelas unidades políticas que adotaram o protestantismo contra incursões católicas de “reconquista”; proteção das minorias; ampla participação da membresia no governo e culto, iniciando-se a prática democrática dentro das igrejas; preeminência das comunidades locais em detrimento de um sistema geral hierarquizado de governo eclesiástico; eleição e mandato por tempo limitado dos integrantes da liderança das várias comunidades religiosas; livre acesso à Bíblia, esta escrita no vernáculo.²³

Juristas igualmente perceberam a relação, chegando ao mesmo resultado. Identificaram a luta pela liberdade de religião como “a base e a origem dos demais direitos fundamentais, como liberdade de expressar opinião, liberdade de associação, liberdade de reunião lícita, liberdade de imprensa etc.”,²⁴ situando a origem desses valores na Reforma Protestante.²⁵

mercado, entre outras coisas. As dezenas e dezenas de democracias existentes no mundo hoje moldaram estas ideias e instituições democráticas fundamentais num grande variedade de formas políticas” (WITTE, JR., John. *Op. cit.*, p. 28).

²² WITTE, JR., John. *Idem*, p. 29.

²³ WITTE, JR., John. *Idem*, pp. 29-39.

²⁴ SANTOS, Lourdes Sima. “Da proteção à liberdade de religião ou crença no Direito Constitucional e Internacional”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, abr./jun. 2005, p. 164.

²⁵ “Seja como for, aceitando-se ou não a Reforma Protestante, como o impulso inicial para a luta pela liberdade de Religião e crença, é inquestionável que o despertar para a necessidade de garantir-se juridicamente a liberdade de religião, ocorreu em meio a vários fatos históricos importantes, *todos concretizados após o início da reforma protestante* (ponto inicial decisivo da reforma protestante: 31/10/1517), tais como: a Independência das Colônias Norte Americanas, a Revolução Francesa, a

São de Jorge Miranda os seguintes parágrafos:

Como fenómeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenómeno religioso tem tido, sempre, importantíssima projecção política e jurídicopolítica. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se fortemente no Direito Internacional.

(...).

A liberdade religiosa está no cerne da problemática dos direitos humanos fundamentais e que não existe plena liberdade cultural, nem plena liberdade política sem liberdade religiosa.²⁶

Como informa Jayme Weingartner Neto, Georg Jellinek desenvolveu a tese “de que a liberdade religiosa, nas colônias anglo-americanas, está na origem da ideia da consagração legislativa de um direito universal do homem”.²⁷ Nas palavras do professor de Heidelberg, tal ideia “não é de origem política, e sim religiosa. O que até aqui se tem recebido como obra de uma Revolução, é na realidade fruto da Reforma e de suas lutas”.²⁸

Até a ciência moderna é tida como fruto da perspectiva religiosa de mundo (no caso, a perspectiva judaico-cristã). “Nos dias de hoje, os mais diversos estudiosos reconhecem que o Cristianismo forneceu tanto os pressupostos intelectuais quanto a sanção moral para o desenvolvimento da ciência moderna”.²⁹

Nancy R. Pearcey e Charles B. Thaxton escreveram:

Não deve causar grande surpresa o fato de o Cristianismo ser um aliado importante da iniciativa científica. Afinal, a ciência moderna surgiu dentro de uma cultura impregnada pela fé cristã. Esse fato histórico, por si só, já é sugestivo. Foi a Europa cristianizada – e nenhum outro lugar – que se tornou o berço da ciência moderna.

Por meio do mais puro conhecimento pragmático e de regras práticas, várias culturas da antiguidade – desde chineses até os árabes – produziram um nível de erudição e tecnologia maior do que a Europa medieval. E, no entanto, foi na Europa cristianizada e não nas culturas mais avançadas, que nasceu a ciência moderna como disciplina sistemática e autocorretiva.³⁰

Independência das Colônias Latino Americanas, a Abolição dos Escravos em vários países das Américas etc.” (sic) (SANTOS, Lourdes Sima. *Idem*, p. 165).

²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, tomo IV, pp. 405, 407 e 408.

²⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30.

²⁸ JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre e do ciudadano** (trad. Adolfo Posada). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 125. *Apud* WEINGARTNER NETO, Jayme. *Op. cit.*, p. 30.

²⁹ PEARCEY, Nancy R.; Thaxton, Charles B. **A alma da ciência**: fé cristã e filosofia natural. Tradução Susana Klassen. São Paulo: Cultura Cristã, 2005, p. 16.

³⁰ PEARCEY, Nancy R.; Thaxton, Charles B. *Idem*, p. 20.

Os autores apontam alguns fatores característicos da cosmovisão judaico-cristã para referendar a tese (a apresentação a seguir não passa de uma síntese apertada): 1) a natureza constitui um objeto passível de estudo científico e filosófico; 2) diferentemente de algumas visões, como a grega, em que o mundo material é mal e desordenado, a Bíblia ensina que o mundo tem grande valor como criação de Deus, liberando a realidade material para receber atenção científica; 3) a natureza não é uma divindade, mas simples criação. As religiões pagãs são tipicamente animistas ou panteístas e tratam o mundo natural como a habitação do ser divino ou como uma emanção da própria essência de Deus. A desdeificação da natureza foi uma precondição essencial para a ciência; 4) um ser racional formou o mundo, propiciando seu estudo, pois considerado um lugar onde os acontecimentos ocorrem de modo confiável e regular; 5) a natureza é compreensível e regida por leis (leis naturais); 6) as leis naturais podem ser exprimidas por meio de fórmulas matemáticas; 7) o homem foi criado à imagem de Deus, portanto reflete a mesma racionalidade pela qual Deus ordenou a criação, podendo entendê-la; 8) como Deus criou o universo livremente, e não por uma necessidade lógica, então não pode ser obtido o conhecimento acerca do mundo pela dedução lógica, devendo o homem, antes, sair, observar e experimentar; 9) tudo foi feito para a glória de Deus e o benefício do homem, o que implica a afinidade essencial do ser humano não com a natureza, mas com Deus, o Criador. Portanto, a mente humana é capaz de transcender a natureza e confrontá-la como um objeto de estudo. Os seres humanos, além de amoldarem-se à natureza, podem manipulá-la tanto em termos teóricos nas fórmulas matemáticas com em termos práticos pela experimentação.³¹

Passando para a uma análise mais detida da política, John Gray, logo no primeiro parágrafo de sua mais recente obra, ataca:

A política moderna é um capítulo na história da religião. Os grandes movimentos revolucionários que tanto influenciaram a história dos dois últimos séculos foram episódios da história da fé: momentos do longo processo de dissolução do cristianismo e ascensão da moderna religião política. O mundo em que vivemos no início do novo milênio está coberto de escombros de projetos utópicos, os quais, embora estruturados em termos

³¹ PEARCEY, Nancy R.; THAXTON, Charles B. *Op. cit.*, pp. 21-38. Sobre o item 2, explicam: “O trabalho manual era relegado aos escravos, enquanto os filósofos procuravam levar uma vida de ócio, a fim de buscar as ‘coisas mais elevadas’. Vários historiadores acreditam que ele é um dos motivos pelos quais os gregos não desenvolveram uma ciência empírica, que requer observação prática e de primeira mão, bem como experimentação” (*Idem*, p. 22).

seculares que negavam a verdade da religião, constituíam de fato veículos para os mitos religiosos.³²

Em outra parte, o pensador inglês assevera que “as ideologias iluministas dos últimos séculos têm sido em grande medida formas maldisfarçadas de teologia”.

Versões seculares de crenças religiosas são vistas de revolucionários a humanistas liberais, de nazistas a comunistas. A ideia de revolução “como um acontecimento transformador da história se deve à religião”. As “teorias do progresso” não passam de “mitos que atendem à necessidade humana de significado”. “Foi o cristianismo que introduziu a crença de que a história humana é um processo teleológico”. A crença do fim do mundo com uma posterior era de paz e harmonia entre os homens foi substituída por utopias seculares, passando-se agora a acreditar que a humanidade poderia sozinha chegar a essa era de prosperidade universal. A exportação da democracia intentada pelos Estados Unidos da América para o Oriente Próximo guarda muito dessa crença utópica, sendo o fervor missionário da política estadunidense uma importante evidência do fenômeno.³³

Nem o ateísmo mais virulento escapa da análise de John Gray:

Se as religiões políticas do século passado renovaram as crenças cristãs, o humanismo secular hoje não é diferente. Pensadores darwinistas como Richard Dawkins e Daniel Denett são adversários militantes do cristianismo. Mas seu ateísmo e seu humanismo são variantes de conceitos cristãos. (...). (...). A comédia da descrença militante está no fato de que o credo humanista nela encarnado vem a ser um subproduto do cristianismo.³⁴

A prova estaria no fato de que todo o sistema de pensamento secular considera o ser humano radicalmente distinto dos outros animais, e isso apenas pode ser afirmado sobre uma base teológica. Gray denuncia a contradição de alguns humanistas modernos, que se apegam ao naturalismo científico ou filosófico – que implica vislumbrar todas as formas de vida como parte do universo material –, mas, ao mesmo tempo, reconhecem nos seres humanos “atributos diferentes dos outros animais”, negando o “pressuposto” de que “as leis de evolução que governam os outros animais também governam os seres humanos”.³⁵

Ainda seguindo o raciocínio de John Gray, o próprio secularismo precisa ser devidamente compreendido para evitar o engano de que significaria ausência de

³² GRAY, John. **Missã negra**: religião apocalíptica e o fim das utopias. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 11.

³³ GRAY, John. *Idem*, pp. 11-59.

³⁴ GRAY, John. *Idem*, pp. 281 e 282.

³⁵ GRAY, John. *Idem*, p. 282.

religião. O único significado possível para o secularismo reside na diminuição da influência “das crenças religiosas tradicionais” ou na “falta de poder das Igrejas e outros organismos religiosos”. Porém, imaginar o secularismo como um completo vácuo religioso é impossível e ingênuo, visto que “as sociedades seculares pós-cristãs são formadas pelas crenças que rejeitam”,³⁶ como tenta demonstrar em todo o seu livro. E arremata:

O irrealismo dessa posição secularista não decorre apenas de uma ignorância da história. Aqueles que exigem que a religião seja exorcizada da política acham que isto pode ser conseguido excluindo-se as fés tradicionais das instituições públicas; mas os credos seculares se baseiam em conceitos religiosos, e suprimir a religião não significa que ela deixe de controlar o pensamento e os comportamentos. Como o desejo sexual reprimido, a fé acaba voltando, frequentemente em forma grotesca, para governar a vida daqueles que a negam.³⁷

A absorção do pensamento religioso pela política nos modernos Estados seculares vê-se, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988. Fácil lembrar o seu preâmbulo, no qual os “representantes do povo brasileiro” invocaram a “proteção de Deus” para o estabelecimento de um “Estado Democrático” em uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, modelo seguido por vinte e seis das vinte e sete unidades federadas que compõem a União.³⁸ José Afonso da Silva o conceitua como “a expressão solene de propósitos, uma afirmação de princípios, uma síntese do pensamento que dominou na Assembleia Constituinte em seu trabalho de elaboração constitucional”, e a respeito da invocação divina, diz que

um Estado leigo não deveria invocar Deus em sua Constituição. Mas a verdade também é que o sentimento religioso do povo brasileiro, se não impõe tal invocação, a justifica. Por outro lado, para os religiosos ela é importante. Para os ateus, há de ser indiferente. Logo, não há por que condená-la. Razão forte a justifica: o sentimento popular, de quem provém o poder constituinte.³⁹

A Constituição também fala em “colaboração de interesse público” entre entidades religiosas e o Estado (art. 19, inc. I), assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva como um direito fundamental (o que foi regulamentado pelas Leis n. 6.923/81, 7.210/84, art. 24, e 8.069/90, art. 124, inc. XIV), prevê o ensino religioso nas escolas públicas de ensino

³⁶ GRAY, John. *Op. cit.*, p. 283.

³⁷ GRAY, John. *Idem*, p. 284.

³⁸ A exceção foi a Constituição do Acre.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 20 e 25.

fundamental (art. 210, § 1º),⁴⁰ reconhece, na forma da lei (no caso, a Lei n. 1.110/50), o casamento religioso com efeito civil (art. 226, § 2º) e, para evitar qualquer tipo de embaraço ao exercício da religião e sua organização, veda a instituição de impostos sobre “templos de qualquer culto” relativamente às suas “finalidades essenciais” (art. 150, inc. VI, e § 4º).

Aqui, voltamos à afirmação inicial: religião é elemento indissociável ao ser humano e, por óbvio, à sociedade. Não apenas fornece explicações existenciais, mas também determina a história dos povos e sua constituição, estando presente até nos foros onde é abertamente rechaçada, quebrando ilusões laicistas.

Haveria como aprofundar todo esse apanhado de conceitos e ideias, mas sairíamos do rumo deste trabalho. A religião e a crença apresentam vários outros contornos, alguns negativos até (mas não exclusivos dela), como o fanatismo, alienação frente aos problemas do mundo, o que atrasaria necessárias mudanças sociais (Karl Marx); a desagregação (no lugar da coesão propugnada por Durkheim); como também guerras. Contudo, até mesmo esses aspectos ditos negativos igualmente cimentam nossa conclusão de que a religião não apenas é um elemento anímico que, talvez, devesse ser circunscrito à esfera privada dos indivíduos, mas também uma força propulsora que influencia, inspira, determina e orienta todos os aspectos da cultura, mesmo naquelas sociedades autoproclamadas seculares.

1.2. Organizações religiosas e Estado.

Qualquer estudo sobre religião, mesmo elementar, impõe, para uma razoável compreensão do fenômeno, lançar um olhar sobre os tipos ou formas de organização religiosa. E não só. A importância do tema também está relacionada com o modo como as religiões exercem influência no meio social. Como ressalta Ely Chinoy, “a influência de qualquer religião, sua reação a pressões externas, e suas funções na sociedade sofrem considerável influência da estrutura social da comunidade religiosa”.⁴¹

Sem negar as dificuldades de serem traçadas linhas divisórias satisfatórias, a sociologia, tradicionalmente, costumava classificar as comunidades

⁴⁰ Mas de caráter antropológico e fenomenológico, excluindo qualquer forma confessional, conforme o art. 33 da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases na Educação Nacional – LDB).

⁴¹ CHINOY, Ely. *Op. cit.*, p. 522.

religiosas entre “igrejas” e “seitas”. Hoje, porém, a essas espécies acrescentam-se as categorias “denominação” e os “cultos”.

As igrejas são caracterizadas pela sua plena acomodação à sociedade, algumas delas, inclusive, ganhando *status* de “igrejas oficiais”, como, por exemplo, a Igreja Anglicana (Reino Unido), a Igreja Luterana (países da Escandinávia) e a Igreja Católica Romana ao tempo do Brasil imperial. São estruturas burocráticas e hierarquizadas, tendendo a perdurar com o passar dos anos. Normalmente, a qualidade de membro dá-se pelo nascimento. Já as seitas são comunidades menores, fortemente influenciadas pela figura de um líder carismático. A adesão às seitas exige o cumprimento de requisitos, como familiarização com seu sistema de doutrinas, sendo seus membros profundamente a ela apegados. As seitas são menos inclusivistas e comumente defendem serem as detentoras da “verdade”. São de existência curta, mas, quando persistem, tendem a se transformar em igrejas. Por sua vez, a denominação é o que alguns consideram como o meio termo entre a igreja e a seita. Para esses, a denominação nada mais é do que uma seita que sobreviveu, adotando estrutura e características de igreja e, conseqüentemente, ganhando respeitabilidade social. Por derradeiro, há ainda os cultos, muito assemelhados às seitas. Seus participantes não ingressam formalmente no culto, mas exercem sua crença pelas simples reunião com pessoas que adotam as mesmas opiniões. Diferem das seitas em razão do caráter transitório da filiação dos seus membros e por estes se submeterem a pouca ou nenhuma disciplina. Além disso, podem manter outros vínculos religiosos. São exemplos o espiritualismo, a astrologia ou a meditação transcendental.⁴²

O fato de uma comunidade de fiéis adotar uma forma de organização é decorrência de uma dos aspectos do direito de liberdade religiosa, como pontua José Afonso da Silva, para quem esse direito fundamental “compreende três formas de expressão (três *liberdades*): (a) a *liberdade de crença*; (b) a *liberdade de culto*; (c) e a *liberdade de organização religiosa*. Todas estão garantidas na Constituição”.⁴³

⁴² BRYM, Robert J. *et al. Op. cit.*, pp. 405 e 406; CHINOY, Ely. *Op. cit.*, pp. 522 e 523; GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, pp. 433 e 434.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *cit.*, p. 248 (itálicos do autor). No mesmo sentido, porém fundamentado: “A titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas colectivas reveste-se de particular importância no caso do fenômeno religioso. A história demonstra a existência e influência de inúmeros *grupos que surgem da dinâmica social do homem e da religião*. No caso particular do Cristianismo, por exemplo, a ideia de assembleia (*ecclesiae*), marcou tão profundamente os hábitos sociais que se torna hoje difícil conceber a religião desligada da sua dimensão associativa. Acresce que um dos actos mais significativos através dos quais o indivíduo

Com efeito, ao assegurar o art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal de 1988, o livre exercício dos cultos religiosos, consagrou a liberdade de organização religiosa, significando a “possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”.⁴⁴

Essa organização dos diferentes grupos, além de significar uma afirmação do direito de liberdade religiosa, sistematiza ou otimiza a participação dessas entidades na arena pública, reconhecendo-se sua condição de “atores religiosos, políticos e sociais independentes”. Ademais, organizadas, as diferentes confissões desempenham “um papel positivo... no desenvolvimento da personalidade individual e mesmo na sua defesa perante as tendências omnicomprensivas do Estado”.⁴⁵

De acordo com o Código Civil brasileiro, art. 44, as confissões religiosas, quando constituídas formalmente, assumem a condição de pessoas jurídicas de “direito privado”, “na modalidade de associações”,⁴⁶ sendo – vale frisar – livre a sua “criação”, “organização”, “estruturação interna” e “funcionamento”, conforme dispõe o § 2º do mesmo artigo.

A opção brasileira foi a mais correta, no que concordamos com as observações de Jónatas Machado a respeito do assunto.

Para o autor português, é problemática a atribuição de pessoa jurídica de direito público às entidades religiosas por duas razões: 1ª) possibilidade de “utilização do *jus imperii* característico do direito público como braço do poder secular para a prossecução de finalidades especificamente confessionais”; 2ª) “justificação e consolidação de posições tradicionais de privilégio e discriminação, perpetuando resquícios das antigas formas de unidade teológico-política”. O autor lembra que, se assim fosse, surgiria uma “disfunção sistêmica (*Systemwidrigkeit*)”, uma interferência danosa ao subsistema jurídico, incompatível com a concepção de

exerce a sua liberdade religiosa consiste, justamente, na adesão a uma comunidade moral de natureza religiosa. Assim, dado o carácter eminentemente social do fenómeno religioso, o reconhecimento do direito à liberdade religiosa individual tem como corolário o respeito pela autonomia das formações sociais a que aquele naturalmente dá lugar” MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, p. 235).

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 250. Mas não só “igrejas”. A Constituição fala em “cultos”, sem sombra de dúvidas um termo bem mais amplo. Concordamos com Jónatas Machado quando elogia a Constituição portuguesa, que traz o conceito de “confissão religiosa, concebido aqui em termos estritamente jurídicos, desligado de quaisquer referências históricas ou teológicas” (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, p. 238).

⁴⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Idem*, p. 236.

⁴⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Op. cit.*, p. 139.

Estado democrático e pluralista. Aliás, o fato de as confissões religiosas organizarem-se sob o regime de direito privado “em nada limita as suas aspirações de *performance* no espaço público ou contribui para desvalorizar ou degradar a religião”. Assumirem a condição de pessoas jurídicas de direito privado também não implica sua redução “ao foro privado da consciência individual”. Basta trazer à lembrança os partidos políticos, também pessoas jurídicas de direito privado, e que nem por isso “deixam de desempenhar importantes funções públicas e mesmo constitucionais”. E arremata:

O direito privado, devidamente modelado em função dos valores constitucionais, não é de maneira nenhuma incompatível com o reconhecimento às confissões religiosas da sua autonomia institucional e normativa e de amplas possibilidades de intervir na esfera pública. A nosso ver, a personalidade jurídica de direito público só faz verdadeiramente sentido num Estado confessional ou quase confessional, em que, a coberto de uma missão pública das Igrejas (*Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen*) se perpetuam resíduos dos sistemas hierocráticos e regalistas tradicionais.⁴⁷

A atuação das confissões religiosas na esfera pública ganha importância no contexto do Estado Social porque nele se admite uma relação de “cooperação”, ligando-as ao Poder Público, o que, no entanto, não implica “confusão” ou “união” entre as duas esferas (para usar expressões conhecidas na doutrina brasileira).⁴⁸ É precisamente a “colaboração de interesse público” mencionada no inciso I do art. 19 da Constituição Federal de 1988, confirmando o fato de que “as confissões religiosas integram a sociedade civil”.⁴⁹

Recorrendo novamente ao magistério de Jónatas Machado, verifica-se que, com o advento do Estado Social, houve um alargamento das áreas de atuação pelo Estado, este “assumindo um papel fundamental na estruturação da vida econômica, social e cultural”. Agora temos o “Estado-comunidade, profundamente comprometido na criação das condições materiais-fáticas necessárias ao progresso humano, individual e coletivo”. O Estado Social passou a ser o “princípio estruturante da ordem constitucional”. Integrando as confissões religiosas o rol de “pessoas

⁴⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, pp. 242 e 243, nota 799.

⁴⁸ “Confusão” significa uma exata correspondência entre Estado e religião, como numa teocracia; “união”, por sua vez, traduz-se em “relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração”; por fim, o regime de “separação” implica uma indiferença estatal à matéria religiosa, o que, no Brasil, motivou a redação do inciso I do art. 19, da Constituição Federal de 1988, o qual impede que o Estado estabeleça “cultos religiosos ou igrejas”, subvencione-os, embarace-lhes o funcionamento ou com eles ou seus representantes mantenha “relações de dependência ou aliança”. (cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pp. 250 e 251).

⁴⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Idem*, p. 365.

colectivas empenhadas na realização de actividades de relevo nos planos económicos, social e cultural”, não podem ser excluídas dos programas de ação estatais. A separação entre religião e Estado não pode ignorar essa realidade, abrindo caminho para a cooperação aludida.⁵⁰

É precisamente aí, na consecução dos objetivos precípuos do Estado Social, que se pode justificar a relação entre Estado e organizações religiosas, terminando por serem incluídas “em programas governamentais em que a realização das finalidades sociais e culturais de relevo constitucional é feita em cooperação com as diversas forças da sociedade civil”. Para tanto, o Estado deve tomar algumas cautelas: primeiramente, agindo “dentro dos limites impostos pela própria intencionalidade intrínseca do Estado social”, isto é, sempre mantendo em vista “a efectivação de uma igual e real liberdade de todos os cidadãos, com particular relevo para aqueles que se encontram numa posição social, económica ou politicamente mais desfavorecida”. Dessarte, afastam-se os riscos de confundir “religião com serviço público, promover uma confissão religiosa determinada ou afirmar a existência de competências estaduais em matéria religiosa”. Além dessa primeira cautela, agregue-se que “os poderes públicos devem atender a princípios e não ao peso político diferenciado das diversas confissões religiosas”, assegurando-se que “os benefícios concedidos às confissões religiosas não resultem apenas da sua capacidade para pressionar o processo político-legislativo, devendo, ao invés, fundamentar-se à luz de uma correcta aplicação dos princípios constitucionais”, resultando um tratamento isonômico entre as diferentes confissões, inclusive as minoritárias.⁵¹

Convergindo a esse pensamento, José Afonso da Silva escreve que a colaboração entre Estado e organizações religiosas “não poderá ocorrer no campo religioso”, lembrando a previsão do art. 213 da Constituição que prevê a destinação de verbas públicas a escolas confessionais, mas sob os requisitos listados nos incisos do mesmo enunciado constitucional. “Demais, a colaboração estatal tem que ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões”.⁵²

Enfim, ainda que o “princípio da separação institucional” trace uma nítida linha divisória “jurídico-política” entre os organismos religiosos e o Estado, o

⁵⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op.cit.*, p. 362.

⁵¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Idem*, p. 365.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 252.

“princípio da colaboração” quebra a rigidez do primeiro, fomentando “a cooperação legal entre o Estado e as religiões, em ordem a que se realize o bem comum e o interesse público”, cujas hipóteses seguem enumeradas exemplificativamente: “atividades assistenciais; a promoção dos direitos humanos; a formação cultural e educacional dos cidadãos; as campanhas educativas e preventivas no âmbito da Saúde Pública, do Trânsito, do Meio Ambiente e Cidadania”.⁵³

Contudo, cabe-nos lembrar que não são apenas confissões ou comunidades religiosas que podem atuar na esfera pública. Outras pessoas jurídicas podem igualmente ser constituídas e exercer atividades ligadas à religião, no Brasil revestidas também de natureza privada. Na esfera privada não há proibição de “que interesses religiosos, globais ou parcelares, estejam na base da constituição de associações, ainda que estas não se compreendam como confissões religiosas ou como vinculadas a confissões religiosas”, estando aí abarcadas as fundações.⁵⁴

Um último ponto merece menção. Não podemos restringir a participação das confissões ou outras entidades religiosas apenas ao aspecto puramente fideístico (aqui inserida a defesa da liberdade religiosa sob os três aspectos apontados por José Afonso da Silva) e assistencial. A religião engloba um feixe complexo de ideias e valores que permeia a cultura, a sociedade e suas instituições, incluído o direito. Num ambiente democrático, pluralista, e, no caso do Brasil, com uma Constituição de inspiração comunitarista, as confissões religiosas e outros organismos confessionais podem assumir uma postura de inserção social e política, participando ativamente da arena pública. Como escreve Gisele Cittadino, é “a principal característica ‘comunitária’ do texto constitucional” a “ideia de ‘comunidade de intérpretes’”,⁵⁵ a qual se funda em valores compartilhados oriundos de um processo histórico de tradições mantidas ao longo dos tempos, obviamente conformadores da mentalidade do corpo social e suas instituições.

Exemplo que chama atenção pelo protagonismo social e político é o da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), instituição atrelada à Igreja Católica, por intermédio de suas “campanhas da fraternidade”, de “comissões episcopais”, “pastorais” e emissões de “notas” à imprensa, com temas e

⁵³RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988** (coord. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

⁵⁴MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, p. 253.

⁵⁵CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distribuíva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

competências os mais variados, desde assuntos estritamente religiosos, como a promoção do ecumenismo, até questões econômicas, indígenas e ecológicas, passando pela bioética.⁵⁶

No plano jurisdicional, a CNBB interveio na qualidade de *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) n. 3.510/DF, na qual se discutiu a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança). A mesma entidade tentou ingressar nessa qualidade na ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental) n. 54/DF, mas sem sucesso, sendo-lhe, porém, permitido participar de audiência pública, juntamente com outro organismo de natureza religiosa – a Igreja Universal do Reino de Deus – em 26 de agosto de 2008. Na ADIn n. 2999/DF também há registro da atuação da CNBB, mas a ação foi inadmitida, conforme julgamento ocorrido em 13/03/2008 no Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

O direito à vida e à saúde estavam em discussão nessas ações, sendo, nesse contexto, certo o entrecruzamento e o choque entre perspectivas religiosas, filosóficas e científicas.

Hans Kelsen resume democracia com a expressão “discussão”,⁵⁸ mas uma discussão baseada no respeito entre opiniões divergentes. Desse processo dialético é criado e interpretado o direito, e a própria democracia sai fortalecida. E lembra:

O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são livres e iguais.⁵⁹

Se os valores que compõem a sociedade são todos relativos, em um primeiro momento colocam-se num mesmo plano de legitimidade, devendo, assim, ser considerados e ouvidos todos aqueles que os propugnam. Destarte, a seara do religioso resta contemplada no espaço público, tema que vem ganhando atenção entre alguns pensadores, os quais destacam a necessidade de um diálogo permanente entre o secular e o religioso, mediado pelo laicismo.

⁵⁶ www.cnbb.org.br. Acesso em 11 de junho 2010.

⁵⁷ [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(CNBB%20amicus%20curiae\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(CNBB%20amicus%20curiae)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas). Acesso em 11 de junho de 2010.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 183: “democracia é discussão”.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 202.

1.3. Uma proposta de enriquecimento recíproco e “correlação polifônica” entre religião, política e direito.

Falar em algum tipo de diálogo entre religião e direito pode soar incomum no ambiente laico. O que se entende é que o Ocidente há muito se livrou das influências religiosas que tanto caracterizaram o comunitarismo medieval. Com a privatização da fé iniciada com Iluminismo, não haveria mais espaço no âmbito público para a religião, tendo esta deixado de ser o único instrumento de coesão social. Iniciou-se uma

autonomização de subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, dotados de uma racionalidade específica de acordo com a sua própria teleologia intrínseca, capazes de gerarem as condições de sua própria legitimidade e permanência.⁶⁰

Melhor explicando, cada um desses subsistemas desempenha diferentes funções no sistema social: a moral foi ocupada pela deontologia; a política deixou de ser o veículo para a promoção do bem comum, tornando-se uma

instância sistêmica de finalização (*goal-attainment*), de agregação de preferências e de alocação autoritativa de valores, num contexto social influenciado pela distribuição e utilização do poder e pelos fluxos multidireccionais de informação (*inputs, outputs, feedback*) que se estabelecerem entre governantes e governados.⁶¹

Por sua vez, o direito buscou afirmar-se como subsistema autorreferencial e autopoietico, contentando-se “com a prossecução de um mínimo ético, mantendo-se cognitivamente aberto e normativamente fechado em relação a qualquer ordem de valores holística”. Já a religião foi transformada em “um sistema de orientação cognitiva relativo aos problemas de sentido”, restrita aos “domínios das preferências individuais”.⁶²

O recuo da religião na modernidade ou a falta de um “discurso teológico unificador”, porém, parece ser a origem “da chamada crise de legitimação e legitimidade das democracias ocidentais”. Tornou-se problemático “garantir a

⁶⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, pp. 94 e 95.

⁶¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Idem*, p. 95.

⁶² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Idem, ibidem*.

permanência de valores comuns, de manter a sociedade unida, na ausência de uma ampla e firme base religiosa”.⁶³

Parece que, em decorrência da admissão dessa crise, surgiu e vem ganhando corpo, “no ocidente, uma nova ordem política e cultural que passa pela reacomodação dialética entre razão e fé”.⁶⁴

1.3.1. Fundamentos pré-políticos do Estado.

O debate entre Jürgen Habermas e o então cardeal Joseph Ratzinger (hoje Papa Bento XVI), ocorrido em 19 de janeiro de 2004, na Academia Católica da Baviera, Munique, Alemanha, reflete a noticiada reacomodação ao tratarem os pensadores, na ocasião, a respeito dos “fundamentos pré-políticos do Estado” (no caso, o Estado constitucional).

Quem primeiro expôs suas ideias foi Habermas. O filósofo iniciou sua fala trazendo o problema de como o Estado Democrático de Direito poderia “renovar as condições normativas de sua existência a partir de seus próprios recursos” e se esse mesmo Estado dependeria de “tradições éticas de origem ideológica ou religiosa que sejam obrigatórias dentro da coletividade”,⁶⁵ enfrentando o questionamento sob a perspectiva “cognitiva” e a “motivacional”.

Primeiramente, escorado em Immanuel Kant, defende que “uma justificativa não-religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado constitucional democrático” é o liberalismo político (na forma republicana). O processo democrático é legítimo “na medida em que satisfaz as condições de uma formação inclusiva e discursiva da opinião e da vontade”, justificando “uma presunção de aceitabilidade racional dos resultados”. Essa “institucionalização jurídica de tal processo de criação democrática do direito exige a garantia simultânea tanto dos direitos básicos liberais quanto dos políticos”. Tal concepção de Estado constitucional (procedimentalista) reside apenas “na fundamentação autônoma dos princípios constitucionais que pode ser aceita racionalmente por todos os cidadãos”. Conclui que o Estado constitucional liberal “basta a si mesmo

⁶³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, p. 96.

⁶⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Op. cit.*, p. 39.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião, 2. ed. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007, pp. 23 e 24. Segue o argumento de Habermas até à p. 57.

para se legitimar, pois dispõe de um acervo cognitivo de argumentos que independe das tradições religiosas e metafísicas”.

Quanto ao aspecto “motivacional”, não há dificuldade em perceber que os cidadãos, satisfeitos previamente a condição do estabelecimento do Estado constitucional, irão exercer seus direitos e deveres a partir da ordem jurídica democraticamente estabelecida.

Mas, pergunta-se, o que dizer daqueles cidadãos que irão participar da constituição desse mesmo Estado – os cidadãos “co-legisladores democráticos”? O que os motiva a exercerem “ativamente seus direitos de comunicação e participação, não só num legítimo interesse próprio, mas também em vista do bem comum”? Aqui, não existe ainda uma ação motivada por coação legal, o que “exige um dispêndio mais custoso de motivação” para o exercício da “solidariedade cidadã”.

Na busca dessa motivação, Habermas reconhece que, num momento inicial, elementos culturais como “um fundo religioso e uma língua comuns, além de uma renovada consciência nacional” – que ele denomina “pressupostos pré-políticos” – “contribuíram para o surgimento de uma solidariedade civil altamente abstrata”. Mas a moderna “mentalidade republicana se descolou quase por completo desses pressupostos”. O Estado liberal é capaz “de reproduzir seus pressupostos motivacionais a partir de suas próprias reservas”. Em outros termos, “as práticas democráticas desenvolvem também sua própria dinâmica política”.

A forma como a atividade democrática se desenvolve e funciona como fator motivador de participação social, conferindo *status* secular à constituição, pode ser sintetizado neste parágrafo:

O Estado de direito constituído democraticamente não garante apenas liberdades negativas para os membros da sociedade preocupados com o seu próprio bem-estar. Ao permitir as liberdades comunicativas, ele incentiva também a participação dos cidadãos no debate público sobre temas que dizem respeito a todos. O “vínculo unificador” que estaria faltando é formado pelo próprio processo democrático – uma prática comunicativa que só pode ser exercida em comum e na qual se discute, em última análise, o verdadeiro entendimento da constituição.⁶⁶

Mas esse sistema político pode ser posto em risco por “eventuais causas externas”. Habermas denuncia a possibilidade de um “desvio na modernização da sociedade como um todo”, cuja consequência é o “enfraquecimento do vínculo

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Op. cit.*, p. 36.

democrático, esgotando aquele tipo de solidariedade da qual o Estado democrático depende, sem que possa reclamá-la juridicamente”. As “sociedades liberais prósperas e pacíficas” deixariam de existir, dando lugar a “mônadas isoladas que, interessadas tão-somente em seus próprios interesses, usam entre si seus direitos subjetivos apenas como armas”.

“Evidências” dessa mudança são os “mercados que não podem ser democratizados”, que a cada dia assumem “funções de regulação em áreas da vida que até hoje foram mantidas coesas de maneira normativa, isto é, politicamente, ou por meio de formas pré-políticas de comunicação”. Com isso, os cidadãos “passam a obedecer cada vez mais aos mecanismos de ação voltados para o sucesso e para as próprias preferências”. Igualmente, há o privatismo do cidadão, fazendo encolher “o âmbito sujeito a imposições de legitimação pública”. Esse privatismo é reforçado pela desilusão gerada pela dificuldade de a comunidade internacional desenvolver satisfatoriamente seus próprios mecanismos de formação democrática de opinião e vontade. A tese é que os cidadãos tornam-se cada vez mais despolitizados também quando confrontados com os conflitos e graves injustiças sociais “de uma sociedade mundial extremamente fragmentada”.

Para enfrentar o problema do fenecimento da “solidariedade social de vários âmbitos da vida” e o “enfraquecimento de sua ação coordenadora sobre valores, normas e o uso da linguagem voltado para o entendimento”, cabe aos Estados constitucionais lançar mão de “todas as fontes culturais de uma maneira moderada, porque é nelas que se abastecem a consciência normativa e a solidariedade dos cidadãos”, e uma dessas fontes é a religião.

O filósofo alemão reconhece que nas comunidades religiosas é possível a “expressão de sensibilidades suficientemente diferenciadas para uma vida malograda, para patologias sociais, para o fracasso de projetos de vida individuais e as deformações de nexos de vida truncados”. Lembra também que o cristianismo legou

redes conceituais normativas extremamente carregadas, como, por exemplo, responsabilidade, autonomia e justificação, ou história e memória, recomeço, inovação, ou despojamento, internalização e incorporação, individualidade e comunidade. Mesmo transformando o sentido originalmente religioso, contudo [a filosofia] não o deflacionou ou consumiu a ponto de torná-lo vazio. A transformação da condição de similaridade com Deus do ser humano em dignidade igual e incondicional de todos os seres humanos é uma dessas transposições preservadoras que, para além dos limites da comunidade religiosa, franqueia ao público em geral, composto de

crentes de outras religiões e de descrentes, o conteúdo de conceitos bíblicos.⁶⁷

Assim, “a religião consegue manter seu lugar num ambiente cada vez mais secularizado”, como também se reconhece às comunidades religiosas sua “contribuição funcional” voltada “à reprodução de motivos e atitudes”.

Jürgen Habermas encerrou seu discurso admitindo francamente que a secularização não expulsa da arena pública a religião, podendo esta, inclusive, utilizar-se de sua própria linguagem:

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. Uma cultura política liberal pode até esperar dos cidadãos secularizados que participem de esforços de traduzir as contribuições relevantes em linguagem religiosa para uma linguagem que seja acessível publicamente.⁶⁸

Por sua vez, o cardeal Ratzinger introduziu seu discurso levantando “a questão do controle jurídico e moral do poder” num mundo cada vez mais interdependente nos mais variados âmbitos e numa época em que a humanidade atingiu um estágio de poder criar e destruir até então nunca visto.

Impõe-se, por isso, com urgência a pergunta como as culturas em contato entre si podem encontrar bases éticas que levem sua convivência ao caminho correto, de modo que seja possível construir uma forma comum de responsabilidade jurídica para submeter o poder ao controle e à ordem.⁶⁹

Na busca dessa forma ou ponto comum compartilhado por toda a humanidade, propõe primeiramente uma análise da relação entre o poder e o direito, cuja intermediação está a cargo da política. Sem ela, não há como o poder submeter-se ao direito e ser empregado de maneira sensata. O direito é crucial contra o arbítrio e assegura a “liberdade de forma compartilhada por todos”.

Ressaltado o papel do direito na sociedade, passa-se ao exame da sua verdadeira origem e natureza, identificando-se no direito “um veículo de justiça e não um privilégio daqueles que detêm o poder de instituir o direito”.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Op. cit.*, p. 50.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Idem*, p. 57.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Idem*, p. 62. Segue uma síntese dos seus argumentos até a página 90.

A democracia, com seus instrumentos de formação e expressão de vontade, afasta o problema de a criação do direito ficar a cargo de uns poucos, mas, mesmo assim, permanece a possibilidade de as majorias serem “cegas ou injustas”. Não se poderia falar “em justiça ou um direito geral” na hipótese de a maioria infligir perseguições e impor limitações desarrazoadas a minorias religiosas ou étnicas.

Vê-se, portanto, que o princípio da maioria continua deixando sem solução a questão dos fundamentos éticos do direito: será que não existe aquilo que nunca poderá vir a ser direito, isto é, que será sempre injusto? E não existirá, inversamente, também aquilo que, por sua essência, há de ser sempre direito, sendo anterior a qualquer decisão de maioria e devendo ser respeitado por ela?⁷⁰

O que o cardeal chama de “elementos normativos dessa natureza” foram incorporados na Idade Moderna pelas declarações dos direitos humanos: “valores em si que decorrem da essência do ser humano e que, por esse motivo, são invioláveis em todos os detentores dessa essência”. Assim, há uma relação entre o direito e o que o cardeal nomeia como essência do ser humano, tornando perceptível a origem e natureza do direito numa categoria de valores atrelados a essa mesma essência.

Falando sobre o poder, concentra-se Ratzinger nos atuais desafios decorrentes das “novas formas de poder”: o poder de destruição ligado ao terror de matiz religioso e o poder de manipulação da vida humana, pela qual o ser humano torna-se um produto, modificando “substancialmente a relação consigo próprio”.

A colocação desses dois tópicos abre ensejo a questionamentos sobre a religião e a razão.

Os ideólogos e fomentadores do terrorismo islâmico apresentam os seus métodos “como resposta dos povos impotentes e oprimidos à soberba dos poderosos e como castigo justo por sua presunção, sua arrogância blasfema e sua crueldade”, argumentos bastante convincentes em dadas situações, pondera. Então, poder-se-ia supor, seria o caso de encarar a religião como “um poder arcaico e perigoso que constrói falsos universalismos, engendrando a intolerância e o terror”, fazendo-se necessária sua restrição pela razão, ficando-lhe sujeita.

Entretanto, a razão não estaria imune à crítica ou a algum tipo de limitação. Com o avanço científico em áreas da biologia, genética e reprodução humana, “o homem desceu às nascentes do poder de onde brota sua própria

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Op. cit.*, pp. 67 e 68.

existência”. Está liberado o espaço para uma ampla gama de experimentos, incluída a criação de seres humanos “corretos” e o descarte daqueles resultantes de eventuais falhas nesse processo. Assim, seria igualmente necessária alguma tutela sobre a razão.

A conclusão do atual papa seria a reflexão mútua entre a religião e a razão, “uma mostrando à outra os respectivos limites, para que possam prosseguir em seu caminho positivo”.

Com isso surge novamente a pergunta como se pode encontrar numa sociedade mundial, com seus mecanismos de poder e suas forças indomadas, além de diferentes visões daquilo que é moral e direito, uma evidência ética eficaz que disponha de suficiente força motivacional e de persuasão para responder aos desafios mencionados, ajudando a vencê-los.⁷¹

A resposta passaria pelos direitos humanos, cuja inteligência depende do “pressuposto de que o ser humano, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, é um sujeito de direitos, de que seu próprio ser traz em si valores e normas que podem ser encontrados, mas não inventados”, constituindo o elemento comum “numa sociedade mundial” com suas “diferentes visões daquilo que é moral e direito”.

Joseph Ratzinger parece identificar os fundamentos pré-políticos do Estado constitucional nessa classe de direitos, e não hesita em vislumbrar sua universalidade. Contudo, nesse ponto, sua fala é temperada pela necessidade de enxergá-los sob uma perspectiva intercultural, admitindo que o cristianismo e o racionalismo ocidental, apesar de suas pretensões de universalidade, “são aceitos e compreendidos somente em algumas partes da humanidade”. A dificuldade é assim descrita:

Fato é que nossa racionalidade secular, por mais que ela pareça evidente a nossa mente de formação ocidental, não o é para qualquer mente. Em sua tentativa de ser evidente, essa racionalidade esbarra em limites. Sua evidência está ligada, de fato, a determinados contextos culturais, o que a obriga a reconhecer que, como tal, ela não é transparente para toda a humanidade, de modo que não pode ser operacional no todo. Com outras palavras, aquela fórmula universal, racional ou ética ou religiosa, que seja aceita por todos e que poderia sustentar o todo, não existe. Pelo menos no momento atual, ela não é alcançável. Por isso, também o assunto denominado etos mundial continua sendo apenas uma abstração.⁷²

⁷¹ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Op. cit.*, p. 75.

⁷² HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Idem*, pp. 85 e 86.

Ele concorda com Habermas quando admite a necessidade de uma disposição ao aprendizado e à autolimitação entre o campo religioso e o da razão, num intercâmbio em que ambos saem ganhando. Para esse desiderato, duas premissas são postas.

Em primeiro lugar, a “luz divina da razão” funcionaria “como uma espécie de órgão de controle que a religião deve usar constantemente para sua purificação e reordenação”. Por sua vez, a religião teria a incumbência de mostrar os limites da razão. Esta, ao “se emancipar completamente, deixando de lado a disposição de aprender e de se correlacionar”, torna-se “destruidora”. A religião desarmaria esse potencial destruidor contido na ciência e na técnica pura e simples.

Em seguida, a “regra fundamental” de uma “correlacionalidade entre razão e fé, entre razão e religião”, deve ser realizada dentro “do contexto cultural do presente”. O cristianismo e o racionalismo secular, que “determinam a situação do mundo como nenhuma outra das forças culturais”, devem interagir com as outras culturas expandindo a dinâmica dessa interação tornando-a uma “correlação polifônica”.

Tal movimento resgataria ou enfatizaria “aqueles valores e normas que, de alguma forma, são conhecidos ou vislumbrados por todos os homens” e que manteriam “o mundo unido”.

1.3.2. O teológico na política.

As reflexões de Juergen Manemann⁷³ (sob a perspectiva cristã) igualmente auxiliam a quebrar eventuais preconceitos laicistas que defendam o enclausuramento do fenômeno religioso ao âmbito estritamente privado e a amputação ou limitação da atuação social de organismos religiosos, considerada por alguns uma ingerência indevida de visões fundamentalistas e antidemocráticas.⁷⁴

Afastado o risco de o cristão tornar o cristianismo “uma nova religião política, como uma arma no embate das culturas”, e superada a timidez religiosa imposta pela modernidade, é o momento de assumir e, talvez, reforçar a

⁷³ MANEMANN, Juergen. “A permanência do teológico na política: chances e riscos para o cristianismo na atual crise da democracia”. **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 311, 2005/3, pp. 52-64. Segue uma síntese do seu argumento.

⁷⁴ Cf., por exemplo, as críticas de VENTURA, Mirian. “Pontos de contato constitucionais entre Estado e instituições religiosas”. *In*: http://www.mujaresdelsur-afm.org.uy/documentos/estado_laico_5.pdf.

permanência do teológico ou religioso na política, destacando-se sua importância numa sociedade cada vez mais individualista.

A teologia teria, sim, seu lugar no mundo pós-moderno e sua contribuição para o fortalecimento da democracia seria ímpar, pois constituiria um meio de manifestações públicas de anseios humanos. A religião teria como tarefa política básica o incentivo à manifestação de ideias e sentimentos, mantendo-se coerente com a “dimensão pática do monoteísmo, que visa que seja reconhecido o sofrimento alheio” e trazendo os indivíduos ao centro do palco social, resgatando-lhes “sua singularidade e individualidade”.

Tal manifestação constituiria a resistência contra as opiniões distorcidas nas pesquisas de opinião e o trabalho para fazer com que os sofrimentos se tornem visíveis, a respeito dos quais os que sofrem não falam, ou porque os consideram como não tendo importância para os outros, ou talvez mesmo porque não chegaram a ter consciência deles, ou simplesmente por não se lembrarem de comunicá-los. Esta tarefa poderá contribuir para romper a “melancolia democrática” (P. Bruckner). Seria um passo não apenas para a democratização da democracia, mas também para a *democratização da teologia*. (...).

Com esse trabalho socrático de trazer à tona o sofrimento, a teologia cristã assumiria uma função articuladora entre a esfera privada e a esfera pública, e impulsionaria os processos de transformação sócio-política da humanidade. Na esteira da repolitização do privado e da renormatização do público, a moral confrontar-se-ia com os problemas públicos, e o público com as questões da moral. São manifestas as consequências eclesiológicas ligadas a isto: As igrejas teriam que entender-se mais como *public churches*, e menos como fornecedoras de uma *civil religion*.⁷⁵

Assim, a teologia

poderia liberar na sociedade energias comunicativas, e com isto estaria contribuindo para estabilizar o projeto democrático, porque a existência das modernas instituições democráticas depende das energias comunicativas e narrativas-memorativas que nela investem os cidadãos, ao se reconhecerem como iguais.⁷⁶

A preocupação de Manemann reside em que os “processos da economia e da técnica” são ameaças a essas energias comunicativas. A própria política igualmente corre o risco de tornar-se “mero negócio ou em técnica pura e simples”, concluindo que “seria bom que ela não se fechasse às recordações e narrativas do cristianismo, já que nelas está presente o potencial capaz de libertá-la das algemas da economia e da tecnocracia”.

⁷⁵ MANEMANN, Juergen. *Op. cit.*, p. 54.

⁷⁶ MANEMANN, Juergen. *Idem*, p. 55.

A política deve se deixar influenciar e nunca perder de vista a narrativa cristã se pretende não sucumbir às forças meramente tecnológicas e econômicas. Sem um tipo de “resistência moral e religiosa que surge da memória do sofrimento acumulado ao longo da história” a política perde seu referencial libertador. Entretanto, convém esclarecer que a interação entre política e moral não implica uma “recaída na canonização política de um determinado sistema moral”, nem significa “um choque totalitário de práxis política e ética”. Citando J. B. Metz, o contato entre política e religião “exige”

a mobilização das forças espirituais e morais por meio de uma radical democratização da infra-estrutura da sociedade, um reerguimento, a partir de baixo, da liberdade e da eficaz responsabilidade. Assim se estaria resistindo à decomposição da fantasia política e da ação política em uma questão de puro planejamento. Pois só a autonomia da dimensão política é que torna um futuro humano possível.⁷⁷

O cristianismo pode trazer sua contribuição na “esfera da sociedade civil”, devendo-se deixar aberto o caminho para essa participação, permitindo-se a exposição e debate entre ideias conflitantes. Nesse ponto, entendemos que um ambiente genuinamente democrático não pode ser hostil à religião. O franqueamento das inserções do discurso religioso nas mais variadas questões de interesse público permite identificar uma sociedade como pluralista e democrática.

Das discussões advindas da interação entre o religioso e o político

surgem novas perspectivas morais, que forcem a admitir pontos de vista diferentes. Mesmo quando, ou precisamente quando, não se chega a um consenso, e para se decidir tem-se que recorrer ao direito, é que as sociedades em que tais discursos são possíveis tornam-se portadoras de uma maneira ampliada de pensar (I. Kant).⁷⁸

A incerteza nascida de um ambiente ricamente pluralista e os debates decorrentes conferem a “vitalidade” à sociedade civil, sendo-lhes mesmo constitutivo.

A secularização num contexto de sociedade aberta, portanto democrática, representou um ganho para a religião a partir do momento em que foi percebida (ou gerada) a necessidade de uma recuperação de sua relevância na esfera pública.

Política e religião, como a dimensão do outro, encontram-se assim em uma inseparável interconexão. Pela religião a política é preservada de ficar restrita à manutenção da ordem e de viver na ilusão da pura imanência. A

⁷⁷ MANEMANN, Juergen. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁸ MANEMANN, Juergen. *Idem*, p. 57.

religião lembra à política a necessidade da desencorporação do poder, (...).⁷⁹

A teologia, fundada na memória da morte de Jesus e sua função redentora,

advoga em favor de uma consciência política, de uma ação política a partir das histórias do sofrimento dos seres humanos. Com isto ela consegue romper os perigos de uma sociedade baseada em uma diferenciação funcional e que não consegue considerar o todo.⁸⁰

A teologia conseguiria a interligação entre o particular e o todo, podendo-se, finalmente, “falar de política propriamente dita”.

Uma observação levantada por Juergen Manemann que chama atenção seria os benefícios de uma redescoberta de aspecto elementar da religião monoteísta: a noção de “um Deus único, que cria a base para se entender a realidade como unidade”. À luz dessa premissa fundamental, a humanidade estaria melhor preparada para refrear os conflitos entre povos e culturas. Sendo a origem de todos única e transcendente ao homem (Deus), impõe-se a desconstrução de “exigências absolutas que levam a uma política que negue a outros o direito de viver e que culminem na destruição”.

É levantada a tese de que o monoteísmo cristão é perfeitamente compatível com a democracia, pois ambos reconhecem a “singularidade do outro”.

Com isto, o que ocupa o primeiro plano não é a soberania abstrata do povo, mas sim o reconhecimento de sua alteridade. Dessa forma fica claro que a democracia não é simplesmente uma determinada forma de governo, mas sim uma maneira de ser (...).⁸¹

O autor segue afirmando que as “sociedades democráticas são, pois, fundamentadas por um questionamento institucionalizado”.

A democracia significa a viabilização da “convivência pública com a incerteza”, e a religião pode garantir essa abertura na medida em que leva a política a não se limitar “à conservação da ordem dada de antemão, nem viva na ilusão de uma pura imanência”. Como a religião “não coloca a sociedade numa fôrma”, aparece como elemento simbólico que confronta a sociedade “com algo que não é produzido por ela própria” (um “outro mundo”), condição básica para que a

⁷⁹ MANEMANN, Juergen. *Op. cit.*, p. 58.

⁸⁰ MANEMANN, Juergen. *Idem*, p. 59.

⁸¹ MANEMANN, Juergen. *Idem*, p. 61.

sociedade reflita sobre si mesma. Uma autorreflexividade da sociedade apenas é possível com essa confrontação promovida pela religião.

Encerra defendendo a “permanência do elemento teológico-político na democracia moderna”, fundado na “solidariedade bíblica”, que, por sua vez, baseia-se na realidade de um “Deus que de si mesmo diz que ele é o fim que salva” e é defensor dos “ameaçados de sucumbir”. Tal ideia faria surgir um humanismo “perfeitamente de acordo com o etos da democracia, como o mostra um olhar para os direitos humanos – o princípio gerador da democracia”.

1.3.3. Espaço para a religião.

Eduardo Bittar reservou um capítulo inteiro em prestigiada obra para tratar da relação entre direito e religião.⁸²

Inaugurou suas considerações apontando os dois maiores obstáculos à admissão dessa relação – o sectarismo e o positivismo. Por tais razões, a possibilidade de diálogo entre esses dois subsistemas é passada ao largo. O autor denuncia que o jurista a evita por ser “aprisionado dentro das grades do direito como técnica especializada,⁸³ e que, portanto, para produzir ciência, não poderia exprimir juízos religiosos”. Contudo, é equivocado fugir de “um tema que tem se intensificado em importância na sociedade contemporânea”.

Com efeito, não se pode fechar os olhos para a relação entre o direito e a religião diante de tantas “questões complexas” que caracterizam a sociedade na pós-modernidade, na qual

⁸² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. Conforme o método por nós adotado (com o fim de evitar um sem número de notas de rodapé), segue o pensamento do jusfilósofo paulista a partir da p. 445.

⁸³ “A relação que o direito estabelece com sua realidade interna, e que aparece como uma dimensão de tecnificação do direito é o traço mais marcante de sua exteriorização, e é o que o faz parecer a nossos olhos um elemento desvinculado de outras relações, senão aquelas que ele possui na lógica interna de sua operacionalização. A aparente desvinculação do direito com o todo social está diretamente relacionada com o fechamento necessário que o direito possui e desenvolve, buscando em suas próprias definições os limites e os fundamentos de sua própria existência. A posição peculiar do direito de estar situado entre o mundo da realidade, resultado das relações de causa e efeito, portanto o mundo do é, e sua dimensão de realidade, aparentemente colocada acima desse mundo material, e voltada para uma realidade tautológica do encaminhamento da conduta dos indivíduos em um dever-ser, é o que o faz parecer um sistema isolado, um universo fechado, um mundo à parte de toda realidade que se entrelaça, que relaciona, e que tem uma firme ligação de interdependência. A perspectiva positivista reduz o direito àquilo que ele possui de material, de próximo de, instrumental, de posto” (BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: Edusp: Ícone, 1993, pp. 80 e 81).

temas considerados religiosos acorrem à esfera pública, para debates, ou então quando dogmas contidos em crenças religiosas são resvalados pela necessidade de tomada de decisões político-jurídicas, momentos em que surgem conflitos que devem ser resolvidos com base em uma linguagem laica, cuja orientação se procura cercar na dimensão desta investigação.⁸⁴

Essas questões são arroladas pelo próprio Bittar: a) a interação entre um Estado moderno e laico e as religiões; b) se o Estado pode “impor o racionalismo”; c) se as diversas religiões são conciliáveis entre si; d) pluralismo religioso e resolução de casos difíceis (“eutanasia, aborto anencefálico, transfusão de sangue de testemunhas de Jeová, utilização científica de células-tronco embrionárias”); e) promoção de políticas públicas em torno de métodos contraceptivos, planejamento familiar e legalização do aborto, por exemplo.

A essa lista, poderíamos também acrescentar o ensino religioso nas escolas públicas e, como hoje se vê no Brasil, o debate em torno da criminalização da homofobia, pela qual textos, dogmas e práticas religiosas se subsumiriam a novos tipos penais cujo objeto jurídico seja a proteção da homossexualidade.⁸⁵

Perante um tema tão desafiador, cujo enfrentamento se faz necessário a qualquer “cultura jurídica que se queira capaz de refletir e ecoar a lógica dos direitos humanos”, Eduardo Bittar propõe que se comece pelo reconhecimento da cultura da diversidade religiosa “como um patrimônio simbólico insuprimível da humanidade” e o “peso axiológico” da religião para a vida humana, devendo ser afastado da investigação qualquer sectarismo “pró-fé” ou “pró-razão” e tendo-se em vista o incremento ou manutenção de um “espaço para todos”.

O discurso religioso é visto pelo autor como fonte inspiradora da sistematização dos direitos humanos. Explica que, com a modernidade e, notadamente, o Iluminismo, “questões religiosas e axiológicas englobadas como pertencentes às preocupações eclesiásticas são transmutadas de sua originária feição religiosa para dentro do discurso filosófico”. Por sua vez, o discurso filosófico jusnaturalista, munido também de outros valores oriundos da “emancipação burguesa”, funda-se em ideias como a “natureza humana”, “valores absolutos e inalienáveis” e “direitos civis como decorrência de direitos naturais”, fortemente enraizadas em uma perspectiva “ontológico-metafísica” de mundo e do homem.

⁸⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Op. cit.*, p. 448.

⁸⁵ Cf. a redação original do Projeto de Lei 5003-b/2001, oriundo da Câmara dos Deputados, e que passou a ser designado, no Senado, por PLC (Projeto de Lei da Câmara) n. 122/2006.

Convém transcrever esta passagem:

O que não se pode esquecer, nesse campo, é que, em grande parte, um sem-número de valores anteriormente referidos à tradição religiosa, na passagem da pré-modernidade à modernidade, foi drenado para o interior do discurso moderno e jusnaturalista dos direitos humanos. Isso significa dizer que, em grande parte, valores espirituais ou tradições morais, como aquisitivos culturais, foram transmitidos veladamente do discurso teológico-cristão pré-moderno ao discurso filosófico moderno.⁸⁶

Bittar demora-se em descrever a situação atual do Ocidente: laicização e consequente privatização da religião, o que foi positivo, ressalta ele, tendo em vista os riscos totalitários de uma única cosmovisão todo abrangente, passando o homem ocidental a conviver com vários subsistemas sociais guiados e regidos por uma normatização estatal, sendo a religião apenas um deles. Em contrapartida, assiste-se a um fortalecimento do fenômeno religioso, porém ainda dentro das limitações fixadas pela modernidade, pela conjuntura política decorrente da separação entre Igreja e Estado e o fortalecimento da democracia. E essa volta à religião não se caracteriza apenas por ser somente uma resposta às angústias e incertezas e ao vazio existencial do homem pós-moderno. Sua marca também é o pluralismo religioso.

Num mundo relativista e em que cada vez mais se questiona “a ordem das coisas”, com a “perda de tradições” e “desmistificação do mundo”, há uma “necessidade de apelo à transcendência”, mas não sem o perigo de “radicalismos” e “reinstauração dos fundamentalismos”.

Nesse ambiente tão rico em diversidade de ideias, mas, também por isso, tão arriscado e incerto, “o direito tem uma função fundamental de encaminhar os modelos pelos quais as religiões entram na esfera pública”, sendo a laicização um deles.

Postos esses marcos, o subsistema jurídico num contexto democrático não pode afastar o discurso religioso e deixar de incorporar possíveis contribuições da religião. Como Habermas, Eduardo Bittar a vê “como uma forma de agir comunicativo, participando da formação do mundo da vida, e, exatamente por isso, se reproduzindo no tempo e no espaço, entre as gerações, como forma de expressão do caráter simbólico humano”.

As religiões são expressão da forma comunicativa de ação, e por isso preservam sua força particular no fato de apelarem para a produção de

⁸⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Op. cit.*, p. 470.

condições de interação privilegiadas do ponto de vista comunicativo. A genuína interlocução religiosa pressupõe convencimento. Ao abordar esse tópico, é Habermas quem afirma que “a força retórica da fala religiosa continua exercendo o seu direito, enquanto não tivermos encontrado uma linguagem mais convincente para as experiências e inovações nela conservadas”. Daí a continuidade da importância, não absorvida completamente nem pela força das explicações científicas e nem pela profunda emergência da *ratio* tecnológica.⁸⁷

A forte ligação entre a religião e os direitos humanos patenteia essa “importância” da linguagem e mundivisão religiosa para o direito e para a própria política, não só comparecendo como um contributo hermenêutico,⁸⁸ mas também em razão de muitas serem as religiões profundamente comprometidas “na luta pela afirmação de uma cultura dos direitos humanos” (mesmo que a motivação do fiel seja a “incrementação da doutrina em forma de linguagem da vida cotidiana”), luta esta que passa a ser compartilhada (cobeligerância) “em espaços ecumênicos, através de movimentos sociais e pastorais, por meio de ONGs e entidades de classe, em trabalhos associativos, em entidades da sociedade civil, em comunhão de ideais”.

Eduardo Bittar destaca que um dos aspectos da epistemologia da pós-modernidade é a de que “a idéia de alcance de uma fonte precisa de conhecimento escapa tanto ao saber científico como ao filosófico”. Nem a razão, nem a teologia teriam acesso à “Verdade”. Aqui, qualquer pretensão de absolutismo ideológico deve sequer ser cogitada e as condições de coexistência entre as várias visões de mundo devem ser asseguradas.

Possíveis – e esperados até – embates e disputas pela hegemonia deverão se dar sem coação e “exclusivamente com base em um critério de persuasão e comunicação”, tudo ancorado em “seguras amparas legais e sem a pretensão de eliminação do outro”.

Tais regras devem reger não apenas o debate entre o secular e o religioso, mas também entre as várias vertentes religiosas, o que define e protege o próprio pluralismo. Sem isso, a sociedade descambará para um “obscurantismo dialógico” no qual todos os lados saem perdendo.

⁸⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Op. cit.*, p. 468.

⁸⁸ “A história da idéia de dignidade da pessoa humana traduz muito bem essa idéia, cultivada na base de crenças ancestrais e visões de mundo estóico-cristãs. Assim, fica claro que o tema dos direitos humanos, como revestimento laico de valores, suscita a possibilidade de leituras divergentes, e, exatamente por isso, se torna apropriável na perspectiva das doutrinas religiosas, que podem conferir maior ênfase a este ou àquele direito, na forma de suas tradições e interpretações” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Idem*, p. 470).

É apropriado encerrar a tese de Eduardo Bittar transcrevendo este texto:

...um Estado laico não é aquele que *afirma* o racionalismo como detentor da *verdade*, negando espaço à religião como o lugar da *inverdade*, nem defende a religião em detrimento do papel da ciência, mas é aquele que abre campo e possibilita a afirmação de ambas as formas de avaliação e interpretação da vida e do mundo. Por isso, procedimentos políticos e judiciais devem ser claramente abertos e porosos a ambas as faces do debate público, dando campo ao dissenso entre religião e razão; o contrário disso, pode-se afirmar, é o *obscurantismo dialógico*, pois daí adviria a possibilidade de calar uma parcela considerável daqueles que pleiteiam reconhecimento de sua visão de mundo e da expressão de seu discurso. Desse obscurantismo procedimental e dialógico se nutriria a perversão do princípio de funcionamento de uma formação laica de Estado, (...).

1.3.4. Reutilizando a religião.

Refletindo sobre se ainda precisaríamos da religião para construir uma sociedade, Jean-Claude Guillebaud, apoiado em vários pensadores franceses, não enxerga dificuldade em aceitar a influência da religião ou de uma tradição fundada no cristianismo para conferir um mínimo de coesão social (nesse último caso, evidentemente, naqueles países de raízes cristãs).

Citando Jacques Julliard, destaca ser “um absurdo” pensar na completa apartação entre o Estado e a tradição cristã (apesar de desejável a separação entre Estado e Igreja).⁸⁹

Lembrou também Paul Thibaud, para quem a democracia moderna é direta ou indiretamente, dependente do cristianismo. O “voluntarismo democrático” bebe diretamente do “messianismo judaico” e “da tradição evangélica”, esta fundada principalmente nas bem-aventuranças pronunciadas no chamado “Sermão da Montanha”, “que afirmam que nosso mundo deve ser melhorado para ser transfigurado e corresponder a seu destino”. A desvinculação precipitada desse “manancial de memória” paralisa a sociedade e a faz adentrar num processo de “frustração” coletiva em que tudo se exige “porque fomos privados do essencial. É pela falta de projetos para ir além, para construir o Bem, que ficamos obcecados com a erradicação do Mal, chegando ao absurdo de requerer depurar o passado”.⁹⁰

Mas reconhecer o quão tributário da religião é o mundo secularizado não significa uma recristianização ao modo pré-moderno. Em sociedades “já definitivamente secularizadas e plurais” tal empreitada seria percebida como uma

⁸⁹ GUILLEBAUD, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 306.

⁹⁰ GUILLEBAUD, Jean-Claude. *Idem, ibidem*.

afronta à democracia e de pronto rechaçada. Na verdade, do ponto de vista laico (o vitorioso nessa época pós-moderna), significa o reconhecimento da necessidade “de um herança identificável” e sua “reutilização crítica”.

Essa reutilização deve ser obra tanto dos agnósticos quanto dos religiosos. Os primeiros devem ser abertos ao que a religião, qualquer que seja ela, teria a lhes mostrar, enriquecendo sua visão de mundo. Já os segundos teriam de abrir os olhos e ouvidos ao que sua própria tradição religiosa teria ainda a lhes ensinar, admitindo a possibilidade de redescobertas ou correções de rumo. A religião seria “portadora de um *saber* antropológico que ainda espera ser mais bem decifrado”.

O retorno à religião perderia qualquer conotação puramente mística ou metafísica, representando apenas uma revalorização de tradições históricas que constituem o “inconsciente coletivo” do Ocidente. É nessa laicização da crença religiosa (e não no seu desaparecimento, como pregam alguns mais afoitos) que residiria o ponto de convergência entre o secular e o religioso e o eixo principal de uma equilibrada vivência democrática. Pondera Guillebaud:

O sagrado, em tais condições, consiste essencialmente em *uma certa relação com a memória comum*, feita de reapropriação, de reinterpretção e de superação (...). O que faz sentido não é mais o dogma imposto, mas a busca comum, inclusive no que ela tem de mais desestabilizador para o conformismo ambiente. Podemos concordar com Marcel Gauchet nesse ponto, mesmo que não estejamos de acordo com as conclusões que ele daí tira: “Nós continuamos participando daquilo que estava no centro mesmo da experiência religiosa, mas o utilizamos de maneira diversa”. O que pode nos reunir não é, na verdade, o que sabemos – ou cremos saber –, e sim o que estamos buscando juntos.⁹¹

1.4. Conclusão.

Somente aqueles (e não são poucos) que não entenderam em que, de fato, consiste o secularismo e a perspectiva pós-moderna é que desejam e pregam o fim das religiões e suas tradições. Não perceberam que isso implica negar seu próprio mundo. Um mundo construído sob uma base judaico-cristã e impregnado de seus valores, mesmo que ocultados sob uma nova rotulagem jurídica.

Identificar no homem características que o tornam único no mundo e revesti-lo de uma dignidade intrínseca não observável em outros seres vivos é admitir indiretamente uma origem distinta, o que no fundo não passa de um eco do

⁹¹ GUILLEBAUD, Jean-Claude. *Op. cit.*, pp. 307 e 308.

relato bíblico da Criação, pelo qual o ser humano foi feito à “imagem e semelhança de Deus”. Poderíamos apontar aqui uma espécie de fonte primeira do princípio da dignidade da pessoa humana, o que nos leva ao princípio da isonomia. Se as pessoas têm uma origem comum e gozam da mesma dignidade, devem ser encaradas e tratadas como iguais em essência.

Tal igualdade repele qualquer pretensão de tirania, sendo o homem livre. Seu débito é para com seu criador e sua própria consciência, num exercício responsável de sua autonomia perante os outros indivíduos.

A liberdade responsável permite ao homem escapar dos embaraços advindos de uma miopia individualista, levando-o a interagir com seus iguais para o bem da comunidade onde vive.

Nesse movimento de liberdade e interação é que é construída a ideia moderna de democracia, cujo estágio hoje alcançado permite mesmo a crítica aos próprios “fundamentos pré-políticos” do Estado constitucional, encontrados nas tradições religiosas do Ocidente.

Por todo o até aqui exposto, sendo o direito também um dado cultural e o instrumento a serviço da promoção da ordem social, não poderá passar ao largo de argumentos, proposições e visões de mundo com fundamentos na religião (e, pelo que se viu acima, a abrangência do religioso não pode ser subestimada, mesmo na esfera jurídica).

Mas não se pretende aqui defender que o direito deva absorver o discurso religioso sem nenhum tipo de filtragem sistêmica. A proposta é tentar mostrar o direito numa posição propícia a assumir o subsistema religioso como um dado indissociável da realidade em que o próprio direito foi construído para regular e dar sentido, assim encarando-o *também* como uma alternativa legítima que sedimenta a construção de soluções práticas para os impasses da vida nas comunidades ditas abertas e democráticas. Negar essa possibilidade é incorrer num “obscurantismo dialógico” completamente divorciado dos postulados que sustentam uma verdadeira coexistência fundada no pluralismo pós-moderno.

É na interpretação da Constituição que podemos encontrar um importante momento para o exercício e observação desse diálogo fortalecedor da democracia entre religião e direito, isso porque é a Lei Maior (mais do que qualquer outro corpo normativo) a encruzilhada entre o político e o jurídico, assentada sobre

um substrato cultural construído por condicionamentos sociais vividos ao longo da história formados por valores de matiz também religioso.

O capítulo seguinte se ocupará de uma rápida análise da interpretação da Constituição numa sociedade aberta, servindo de transição para uma abordagem eminentemente instrumental da relação entre religião e direito ainda no contexto da interpretação constitucional via controle abstrato de constitucionalidade.

CAPÍTULO 2

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMUNIDADE DE INTÉRPRETES

2.1. A insuficiência do modelo tradicional de interpretação relativamente às normas constitucionais.

A interpretação, objeto da hermenêutica, encontra sua origem etimológica no termo latino *inter*, que significa “entre” e a expressão indoeuropéia *pre*, falar. “Indica, assim, a idéia de pôr em contato duas partes falantes, remetendo à idéia de mediação”.⁹²

No campo jurídico, interpretar é fixar o significado e alcance da lei.⁹³

Partindo-se dessa concepção básica, a atividade interpretativa se encaixa perfeitamente à figura do juiz, pois seria ele o mediador, o oráculo, o revelador do sentido da norma jurídica quando do exercício da atividade jurisdicional.

Conforme Maria Helena Diniz, com base em lição de Machado Neto, a interpretação está encarregada de uma tripla função:

- 1) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; 2) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; e 3) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.⁹⁴

Lembrando a origem dos métodos clássicos de interpretação na doutrina de Savigny, Luís Roberto Barroso ensina que, comumente, aparecem tais métodos em número de quatro: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.⁹⁵ Com pequenas variações, a doutrina costuma apresentar tais elementos como suficientes para a atividade interpretativa.⁹⁶

Pelo primeiro, o intérprete entende a norma a partir da literalidade do texto, bastando o conteúdo semântico dos termos. Pelo método histórico, a atenção

⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

⁹³ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 415.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 125.

⁹⁶ Por exemplo, a enumeração de Maria Helena Diniz: gramatical, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico (*Op. cit.*, p. 423).

do intérprete se volta para o momento em que a lei foi criada, o contexto histórico e cultural da época, os debates no parlamento quando da sua elaboração e discussão. Já o terceiro tem em perspectiva todo o sistema jurídico, vendo-se a norma como parte de uma estrutura que lhe serve de referencial, sendo, pois,

“fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”.⁹⁷

Por último, o método teleológico orienta o intérprete da norma a entendê-la em razão de sua finalidade, finalidade esta condicionada ao “valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”.⁹⁸

Eis, pois, os métodos tidos por tradicionais de interpretação, inspirados na dogmática jurídica positivista, que deita raízes numa visão formalista do direito, pela qual a interpretação volta-se tão-somente para o desvendamento da intenção contida na norma (*mens legis* ou *mens legislatoris*), sem admitir nenhum papel criativo por parte do seu intérprete e aplicador.⁹⁹

Contudo, a metodologia interpretativa tradicional não é suficiente quando entram em cena as normas constitucionais editadas sob o influxo do paradigma neoconstitucionalista, surgido após a II Guerra Mundial, na então Alemanha Ocidental – com a promulgação da sua Constituição em 1949 (“Lei Fundamental de Bonn”) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, criado em 1951 – e na Itália – que teve sua Constituição em 1947 e sua corte constitucional em 1956.¹⁰⁰

Observou-se uma redefinição da posição da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições. O estreitamento do contato entre as noções de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política: “Estado democrático de direito”, “Estado constitucional de direito” ou “Estado constitucional democrático”. Esse Estado é reputado como o “marco histórico” do neoconstitucionalismo.¹⁰¹

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 136.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 138.

⁹⁹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, pp. 25 e 26.

¹⁰⁰ O Brasil adotou o paradigma neoconstitucionalista tardiamente, apenas com a promulgação da Constituição de 1988.

¹⁰¹ Uma análise do neoconstitucionalismo à luz de seus marcos histórico, filosófico e teórico encontra-se em: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 15, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007, pp. 131 a 141.

Como “marco filosófico”, o neoconstitucionalismo inspirou-se no pós-positivismo, isto é, na superação dos modelos puros do jusnaturalismo e do positivismo mediante um conjunto amplo e ainda em construção de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Como explica Luís Roberto Barroso,

“o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo no paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”.¹⁰²

E como destaca a professora Lilian Balmant Emerique,

A separação estritamente estabelecida no positivismo jurídico entre direito e política, direito e valores, Estado e sociedade, é relativizada pelo paradigma pós-positivista, no qual se assenta o neoconstitucionalismo. A atividade interpretativa não anula, antes passa a exigir que sejam feitas escolhas valorativas de caráter político, moral etc.¹⁰³

Por fim, o “marco teórico” do neoconstitucionalismo repousa sobre três bases: a) a *“força normativa” da Constituição*, o que significou o reconhecimento do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, não podendo mais ser encarada como um repositório de promessas vagas e de simples exortações ao legislador ordinário, mas conjunto de princípios e regras cuja normatividade deve ter pleno cumprimento, com a promoção da realização prática dos seus comandos, implicando, enfim, um compromisso com a sua efetividade; b) a *expansão da jurisdição constitucional*, pela qual o Judiciário ganhou papel de destaque na vida institucional, no fortalecimento da democracia e na realização das normas constitucionais, expansão esta inspirada pela concepção estadunidense de supremacia da Constituição, o que envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, ficando estes imunizados em relação ao processo político majoritário:

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo ..., p. 133.

¹⁰³ EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. 68, ns. 1 e 2. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 358.

sua proteção passava a caber ao Judiciário. A partir dessa época, dezenas de países, primeiramente na Europa e depois em outras partes do mundo, vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais; c) *a nova interpretação constitucional*, noção que merece uma atenção maior.

2.2. A nova interpretação constitucional.

A norma constitucional é revestida de certas peculiaridades que lhe conferem um caráter distinto das demais, determinando, por conseguinte, a especificidade da sua interpretação. Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, tais particularidades são em número de sete.¹⁰⁴

A primeira é a supremacia hierárquica das normas constitucionais, o que faz delas “parâmetro da validade e de identificação do sentido das normas infraconstitucionais”. Essa característica está associada à constitucionalização do direito: “A suprallegalidade formal e material da Constituição faz com que esta irradie sua eficácia sobre toda a ordem jurídica, conformando a atividade do Estado e da vida social”.

Em segundo lugar, outro fator distintivo é a “natureza da linguagem” das normas constitucionais, visto que, em geral, “veiculam proposições que contêm conceitos indeterminados, sendo dotadas de alto grau de abstração e baixa densidade semântica”. Daí emerge a necessidade de os preceitos constitucionais “serem concretizados pela ação legislativa e judicial”, o que é um dado positivo, pois “as chances de preservação do texto constitucional serão maiores quando este for dotado de plasticidade suficiente para adaptar-se aos câmbios sociais e políticos”.

Outra diferenciação baseia-se na “estrutura normativa” dos preceitos constitucionais. Em sua maioria, não aparecem “sob a forma bidimensional preceito/sanção (hipótese e consequência jurídica)”, como, por exemplo, as normas de organização¹⁰⁵ e as programáticas.¹⁰⁶

¹⁰⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, pp. 49 a 54. Os parágrafos que seguem apresentam um resumo do pensamento da autora a respeito das enumeradas características da norma constitucional.

¹⁰⁵ Compreendem “disposições de natureza organizativa da estrutura do Estado, dos Poderes Públicos e de suas relações entre si e com os governados, através da definição de competências e respectivas funções”, ditando “preceitos desde logo incidentes sobre o assunto de que cogitam” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184).

Uma quarta característica apontada pela professora Jane Reis Gonçalves Pereira consiste na “carga política mais acentuada” das normas constitucionais. “Disso resulta que o processo de interpretação das normas constitucionais seja mais permeável à política do que o das normas em geral” e que “o juiz constitucional terá que ter sempre em conta as conseqüências políticas de sua decisão”.

Acrescente-se “o caráter inicial e juridicamente ilimitado do Poder Constituinte originário”, o qual define “uma interpretação mais ampla e liberal das normas constitucionais, em contraposição ao direito infraconstitucional, que é juridicamente limitado”.

Em penúltimo lugar, leve-se em consideração o fato de a interpretação constitucional ser realizada em caráter exclusivo ou definitivo por cortes constitucionais ou supremas.

Por derradeiro, a Constituição diferencia-se das demais normas jurídicas pelo fato de sua aplicação não ser forçada como as demais leis. “Quando uma lei é violada por um indivíduo, o aparato estatal pode ser posto em funcionamento para fazer cessar a violação. Isso não se dá da mesma forma em relação à Constituição”. Isso porque não há um órgão acima e fora do governo que garanta a efetividade dos comandos constitucionais na hipótese de serem molestados “pelos órgãos de poder do Estado”.

Tende-se a “refutar essa tese recorrendo-se à idéia de que o *judicial review*” como “um instrumento eficiente para assegurar o cumprimento da Lei Maior. Mas mesmo esse mecanismo pode restar frustrado, na hipótese de o próprio Judiciário desrespeitar os comandos constitucionais”.

Pois bem. Como anota Luís Roberto Barroso,¹⁰⁷ a especificidade das normas constitucionais demandou o desenvolvimento ou sistematização pela doutrina e jurisprudência de rol próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

¹⁰⁶ São aquelas “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 138).

¹⁰⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo..., pp. 137-141.

Acrescente-se que a chamada nova interpretação constitucional assenta-se sobre duas premissas: 1ª) o papel da norma não é mais de oferecer em seu relato abstrato a solução para os problemas jurídicos, pois se verificou a insuficiência desse relato abstrato. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; 2ª) não é satisfatório que o papel do juiz se restrinja a identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida – uma atividade eminentemente técnica. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Tais mudanças, tanto em relação ao papel da norma quanto ao do intérprete, são ilustradas pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas, incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação:

- a) as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões abertos, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém totalmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como “ordem pública”, “interesse social” e “boa-fé”, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. A função do intérprete vai além da revelação da norma, integrando o texto normativo com a sua própria avaliação;
- b) o reconhecimento de normatividade aos princípios, normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. A menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também

aqui se impõe a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance;¹⁰⁸

- c) a existência de choques entre normas constitucionais tanto de princípios como as de direitos fundamentais é fenômeno natural no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Já são esperadas colisões entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, entre o direito de privacidade e a liberdade de expressão, entre a liberdade de reunião de alguns e o direito de ir e vir dos demais. A resolução do conflito de normas de igual hierarquia passa pela atuação do intérprete que criará o Direito aplicável ao caso concreto;
- d) a ponderação surge como mecanismo para solucionar tais situações de colisão. A subsunção não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária (hierárquico, cronológico e da especialização). Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, como última opção de superação do dilema, procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional;
- e) já a argumentação repousa na razão prática, no controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis (*hard cases*), que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: 1º) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal

¹⁰⁸ “A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I, p. 47).

que lhe sirva de fundamento; 2º) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade; 3º) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

É evidente que essa profusão de critérios e referenciais interpretativos, os quais não afastam a aplicação dos tradicionais, confere à interpretação e concretização das normas constitucionais um grau de complexidade não observado nas demais normas integrantes do ordenamento jurídico.

Pensamos que os fatores mais influentes para a configuração dessa complexidade, dentre os relacionados acima, são: a) a indeterminação de sentido de muitos preceitos constitucionais, notadamente aqueles que exprimem direitos e garantias fundamentais, pois refletem valores ou são os próprios valores expressos sob a forma de um código linguístico jurídico, e b) o fator político que animou e anima o legislador constitucional, levando o juiz a entender e aplicar a norma constitucional tendo em conta a necessidade de realizar o intento do constituinte originário, que, por sua vez, pretendeu reunir no texto constitucional as várias ideologias que formaram a Constituição, e considerando ainda os anseios sociais de realização da Constituição.

Fica, assim, o juiz sob o influxo de fatores metajurídicos que permeiam o texto constitucional e estão mesmo fora dele ao exercer sua função de intérprete.

Nesse ponto, não podemos deixar de pelo menos fazer menção à discussão tormentosa a respeito da legitimidade do Poder Judiciário de completar o trabalho do legislador, de ditar o rumo das políticas públicas, de determinar o significado dos direitos fundamentais, ora ampliando, ora restringindo seu raio de incidência e seu sentido, sem que os seus membros tenham sido eleitos pelo povo.

Fala-se do “déficit democrático” do Judiciário, levantando-se o questionamento acerca do problema de ser dele ou não o monopólio da interpretação das normas constitucionais.

Sob a perspectiva dos paradigmas pós-positivista e neoconstitucionalista, já há algum tempo vem a doutrina se debruçando sobre a possibilidade teórica e a formulação de procedimentos e instrumentos de participação popular na interpretação constitucional, tornando essa atividade presidida pelo Judiciário não mais de sua exclusividade.

2.3. A abertura da interpretação constitucional e deliberação democrática.

A superação do déficit democrático do Poder Judiciário passa, certamente, pelo tema da abertura da interpretação constitucional.

Para Peter Häberle, o juiz deveria exercer sua função estatal considerando o ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição, ou seja, uma “comunidade de intérpretes da Constituição”. O ato de interpretação, destarte, restaria integrado à realidade pública e, conseqüentemente, haveria um aperfeiçoamento do processo constitucional.

Em prestigiada obra,¹⁰⁹ o autor alemão desenvolve amplamente a ideia da adoção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista. Para isso, ele dividiu a tese em duas partes: a primeira voltada para a análise da interpretação; a segunda, para quem pode exercer essa atividade.

Ele inicia criticando uma espécie de teoria da interpretação constitucional preocupada apenas com a investigação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional (justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, harmonização funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum) e sobre os métodos de interpretação.

Há a necessidade de se discutir um novo problema relativo aos participantes da interpretação constitucional, pois verificada a existência de um círculo muito abrangente de atores do processo de interpretação pluralista, não mais restrito à figura do juiz e aos procedimentos formalizados.

Agora, exige-se a incorporação das ciências sociais e de métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral, criando condições para que a teoria da interpretação constitucional alie a Constituição e realidade constitucional.

Häberle apontou o problema de a interpretação constitucional ser até então algo de uma sociedade fechada, tomando parte dela somente aqueles

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

intérpretes jurídicos vinculados às corporações e aqueles participantes formais do processo constitucional.

Tal conjuntura formalística e restritiva negava a verdadeira natureza da interpretação constitucional, que, em realidade, trata-se de mais um elemento da sociedade aberta. “Todas as potências públicas”, todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos, enfim, “todos os participantes materiais do processo social” estão envolvidos na prática interpretativa, “sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade”. O pluralismo da sociedade define a variedade e abertura de critérios da interpretação constitucional.¹¹⁰

Aprofundando sua tese, Häberle esclarece que a interpretação da Constituição pode ser realizada por “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública”. Constituem intérpretes em sentido amplo num primeiro momento da atividade (“pré-intérpretes”). “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”. Contudo, essa abertura não esvazia a jurisdição constitucional, permanecendo, em geral, como a portadora da última palavra sobre a interpretação.

A abertura descrita acima representa a democratização da interpretação constitucional, significando que “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas”. Daí não se poder mais cogitar em “monopólio da interpretação da Constituição”.

¹¹⁰ A propósito do conceito de pluralismo, segue a lição de Marcelo Campos Galuppo: “O pluralismo emerge no mundo social exatamente quando a unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que seja a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário, é substituída pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade e que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário.” As características do pluralismo são: a) a autonomia (“poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central”); b) a descentralização (“deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias”); c) a participação (“intervenção dos grupos, sobretudo aqueles minoritários, no processo decisório”); d), o localismo (“privilégio que o poder local assume frente ao poder central”); e) a diversidade (“o privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade”); f) a tolerância (“estabelecimento de uma cultura de convivência entre os vários grupos baseada em regras ‘pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação’) e g) “o esforço de grupos divergentes para se tornarem hegemônicos”, tentando impor o seu projeto (GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo. Hermenêutica e jurisdição constitucional*: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho (coord. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 54 e 55).

E de que modo se realizaria essa interpretação democratizada? Em razão do extenso catálogo de direitos fundamentais, “no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção” dessa categoria de direitos.

A ampla gama de participantes atua tanto no “processo de formação”, quanto no “desenvolvimento posterior” do direito.

Passando à identificação de quem seriam os participantes da interpretação aberta da Constituição, Häberle explica que sua visão sobre o tema é de cunho “sócio-constitucional”, critério decorrente do conceito “republicano” de interpretação.

Sua lista compreende: *a)* recorrente e recorrido, ou requerente e requerido, no recurso constitucional; autor e réu. Todos aqueles que “justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um diálogo jurídico”; *b)* os titulares do direito de manifestação ou de integração à lide, ou que sejam convocados eventualmente pelo próprio tribunal constitucional; *c)* pareceristas e *experts*; *d)* peritos e representantes de interesses nas audiências públicas no parlamento, peritos nos tribunais, associações, partidos políticos; *e)* grupos de pressão organizados; *f)* requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; *g)* mídia, cidadãos, associações, partidos políticos fora do seu âmbito típico de atuação organizada, igrejas, teatros, escolas, pedagogos, associação de pais; *h)* a doutrina constitucional.

Diante de um rol tão diversificado e abarcante (não somente quanto aos atores, mas também quanto aos momentos e lugares em que a interpretação pode ocorrer), percebe-se sem dificuldade que a atividade não pode ser circunscrita a uns poucos. “A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política”. No âmbito jurisdicional, um exemplo singelo seria a interposição de um recurso constitucional por um cidadão no exercício do controle de constitucionalidade difuso.

É insustentável, portanto, segundo Peter Häberle, um processo de interpretação constitucional que fique nas mãos de órgãos estatais ou dos participantes diretos do processo. Ele diz respeito a todos. E mesmo

nas funções estatais (Legislação, Governo, tal como a Administração e Jurisdição) e nas relações a elas subjacentes não se podem perder de vista as pessoas concretas. Os parlamentares, os funcionários públicos, os juízes (“*personalização*” da interpretação constitucional).¹¹¹

¹¹¹ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, pp. 24 e 25.

O processo político é lembrado por Häberle, cuja relevância está na sua aptidão de gerar movimento, inovação e mudança que contribuem “para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente”.

O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.¹¹²

O grande desafio à tese é a existência de um considerável número de intérpretes, o que implica uma pulverização de interpretações, o que, por sua vez, cria a dificuldade de identificação daquela que seria a correta. Então, seria o caso de se questionar a legitimidade daqueles que “não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição”.

A superação desse óbice passa pela correta compreensão da interpretação como “um processo aberto”, e não como um processo de passiva submissão” ou uma mera recepção de ordens. Sendo um processo aberto, há “possibilidades e alternativas diversas”.

O fato é que há uma necessidade, reconhecida amplamente, de “integração da realidade no processo de interpretação”, e isso só se opera mediante a “ampliação do círculo de intérpretes”, uma vez que são exatamente esses “intérpretes em sentido amplo” os componentes da “realidade pluralista”.

Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)

(...).

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade.¹¹³

Essa abertura, no caso brasileiro, é prevista na nossa Constituição, a qual define como fundamento do Estado o pluralismo político (art. 1º), como também faz parte da sua gênese, pois promulgada sob o influxo do constitucionalismo societário e comunitário, que toma o Texto Fundamental como uma estrutura normativa

¹¹² HÄBERLE, Peter. *Idem*, p. 27.

¹¹³ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, pp. 30 e 31.

abarcadora de um conjunto de valores integrantes do ambiente sociocultural da comunidade, ideia que enfatiza a noção de constituição aberta.¹¹⁴

A possibilidade de a comunidade de intérpretes participar da efetivação da Constituição, emprestando-lhe força normativa, reforça a democracia, auxilia a conferir legitimidade às cortes constitucionais e garante a realização dos direitos fundamentais.

Como explica a professora Gisele Cittadino, ao tratar dessa temática:

É, portanto, pela vida da participação político-jurídica, aqui traduzida pelo alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição. Ressalte-se quando o constitucionalismo “comunitário” se refere à concretização da constituição, através da ampliação do círculo de seus intérpretes, busca, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados. (...). (...). Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. (...).¹¹⁵

Aquele noticiado déficit de legitimidade das cortes constitucionais é remediado, ao menos do ponto de vista procedimental,¹¹⁶ pela abertura dos intérpretes da Constituição.

Explica Gustavo Binbenbojm que,

para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder – compondo um *governo de juízes* – que dita, de forma monolítica, as interpretações *oficiais* a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a ideia de cidadania constitucional, de forma a criar uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de *revelação* e *definição* da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última – mas não a única – de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.¹¹⁷

¹¹⁴ Cf. CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 16.

¹¹⁵ CITTADINO, Gisele. *Idem*, p. 19.

¹¹⁶ A jurisdição constitucional, na qual se realiza o controle de constitucionalidade abstrato (assunto que nos ocuparemos no próximo capítulo), trata-se eminentemente de procedimento, visto que prioriza a prática e a operação sobre aspectos substanciais envolvidos no julgamento das questões constitucionais (cf. SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998, p. 341).

¹¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 279.

A sociedade vista como a comunidade de intérpretes da constituição favorece a atuação das confissões religiosas na deliberação democrática e na formação de consensos.

Seguindo a proposta do nosso trabalho, o próximo capítulo apresentará um modo particularmente relevante de atuação das confissões religiosas na arena pública, entrando em cena o instituto processual do *amicus curiae* como instrumento de efetivação dessa participação.

CAPÍTULO 3

PROCEDIMENTALIZANDO A PARTICIPAÇÃO DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS NA CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DO *AMICUS CURIAE*

3.1 O controle concentrado-abstrato de constitucionalidade no Brasil: um processo objetivo.

Controlar ou fiscalizar a constitucionalidade das leis significa verificar a sua consonância aos valores constitucionais vigentes (controle material) ou se seu processo de formação obedeceu aos ditames formais exigidos pela Constituição (controle formal).

O primeiro é um controle de “conteúdo da norma”, descendo “ao fundo da lei”, decidindo-se “sobre o teor e a matéria da regra jurídica”.¹¹⁸ Já o segundo ocupa-se com incompatibilidades entre as demais normas e a Constituição no que pertine à competência do órgão de onde emanaram ou quanto a formalidades e procedimentos nela estabelecidos. Mas também se verifica hipóteses de não criação de “atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais” – é a inconstitucionalidade por omissão.¹¹⁹

Como os órgãos legislativos derivam sua competência da Constituição, fica-lhes vedada a introdução no ordenamento jurídico de “leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, consistentes com a ordem jurídica estabelecida”,¹²⁰ devendo, pois, ser extirpadas do mundo jurídico. Em caso de omissão inconstitucional, a medida será no sentido de provocar a elaboração da norma faltante.

No Brasil, promulgada a norma e identificado esse desacerto, lança-se mão do controle jurisdicional de constitucionalidade (repressivo), cabendo ao Poder Judiciário solucionar a questão, restaurando a supremacia da Constituição,

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 299.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 297.

fundamento do controle, homenageando-se o “princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico”.¹²¹

Nos “regimes de democracia representativa e pluralista”, os mecanismos de controle de constitucionalidade são a marca do “aprofundamento do Estado de Direito”,¹²² componentes da jurisdição constitucional,

“atividade que visa garantir a aplicação dos princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto de fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a fiscalização da constitucionalidade”.¹²³

Ainda sobre essa atividade, Gustavo Binbenojm ressalta sua função protetiva dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, uma vez que, por meio dela, podem ser anulados “determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos”. Precipuamente, a jurisdição constitucional encontra sua legitimidade quando “anula leis ofensivas” aos “princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados”, que são “condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático”.¹²⁴

Pois bem. Pode ser classificado o controle de constitucionalidade levando-se em consideração a “titularidade do poder de realizá-lo” – cujas espécies são o controle difuso (que pode ser concreto ou abstrato) e o concentrado (sempre abstrato) – e “a forma de provocá-lo”, sendo por via incidental ou por via principal ou direta.¹²⁵

A via difusa existe no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1891, consistindo no controle de constitucionalidade realizado por qualquer órgão jurisdicional, inclusive juízes monocráticos de primeira instância. Diz-se concreto porque realizado no âmbito de um conflito de interesses, polarizado entre demandante e demandado em disputa num processo judicial, produzindo a decisão

¹²¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 296; SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 46.

¹²² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, tomo II, p. 387.

¹²³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 94.

¹²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 278.

¹²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)”. **Ações constitucionais** (org. DIDIER JUNIOR, Fredie), 2. ed. Salvador: Podium, 2007, pp. 321 e 327.

efeitos apenas na esfera jurídica das partes. Surge incidentalmente no âmbito de uma lide, não sendo a declaração de inconstitucionalidade o “objeto litigioso” do processo,¹²⁶ sendo a defesa da constitucionalidade meramente reflexa. O argumento da inconstitucionalidade está diretamente ligado às estratégias da parte em fazer prevalecer a tese apresentada no processo, com a sua consequente vitória frente à parte contrária. Mas também poderá a inconstitucionalidade ser declarada de ofício pelo órgão jurisdicional, situação esta pela qual, obviamente, a apreciação do tema não decorre da provocação das partes, mas por configurar evidente matéria de ordem pública. Tal controle, porém, será abstrato quando o STF, mediante julgamento de um caso concreto, “decreta, em caráter incidental e definitivo, a inconstitucionalidade de ato normativo, e, ato-contínuo, oficia o Senado Federal para que, na forma do art. 52, X, CF, edite Resolução suspendendo os efeitos (total ou parcialmente) da dita lei”, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.¹²⁷

Já a via concentrada realiza-se por meio de uma ação direta, exclusiva para a discussão relativa à (in)constitucionalidade, cuja competência pertence ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da estrutura judiciária brasileira.

Um dos legitimados (art. 103 da Constituição Federal de 1988) propõe a ação perante o Supremo Tribunal Federal, nele transcorrendo todo o procedimento, até decisão final. O controle concentrado gera um processo objetivo, ou seja, não tem por base um conflito de interesses, mas tão-somente o debate referente à inconstitucionalidade em tese de um ato normativo (controle abstrato), não apresentando a mesma conformação do processo dito subjetivo, no qual há pessoas em disputa de um bem, entendido este como tudo aquilo que o homem atribua algum valor, podendo ser material ou imaterial.¹²⁸ Outra distinção é que, enquanto no controle difuso a questão da inconstitucionalidade alcança o Supremo Tribunal Federal mediante o recurso extraordinário (art. 103, CF/88), no controle concentrado a discussão chega àquele órgão mediante uma ação própria, dizendo-se aqui

¹²⁶ O objeto litigioso identifica-se com “o mérito da causa, que coincide com a pretensão trazida pelo demandante para ser apreciada pelo juiz” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 308).

¹²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 323. Acrescentam os autores na mesma página: “É também o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato”.

¹²⁸ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

originária a competência do STF para o processamento da referida ação (daí porque controle por via principal).

O controle de constitucionalidade por via de ação direta adquiriu a sua atual conformação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, num esforço de atribuir ao Supremo Tribunal Federal feição de corte constitucional, intensificando o seu caráter de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*).

O art. 103 prevê como legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (veículos do controle concentrado) o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ação declaratória de inconstitucionalidade é manejada no intuito de retirar do ordenamento lei incompatível formal ou materialmente com a Constituição Federal. Na hipótese de omissão inconstitucional, a Suprema Corte brasileira dará ciência ao Poder competente para suprir a lacuna, legislando sobre o ponto imprescindível à efetividade “das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de direitos sociais”.¹²⁹ Por sua vez, a ação declaratória de constitucionalidade visa à mera certificação por parte do STF de constitucionalidade de determinada lei cuja compatibilidade ou não com a Constituição é objeto de séria controvérsia nos diversos órgãos do Judiciário nacional. Sua finalidade, portanto, é a proclamação da constitucionalidade da norma, afastando as dúvidas existentes em torno da sua validade frente à Lei Maior.¹³⁰

Consoante o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto todos os atos normativos da União ou dos

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 332 e 333.

¹³⁰ A inconstitucionalidade não se afere apenas em cotejo com o texto constitucional expresso, como deixa claro a doutrina: “O conceito de Constituição abrange todas as normas contidas no texto constitucional, independentemente de seu caráter material ou formal. Tal conceito abrange, igualmente, os chamados princípios constitucionais materiais, que não estão mencionados expressamente na Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233). O mesmo autor lembra que o tratado de direitos humanos aplicável internamente mediante procedimento de formulação e aprovação de emenda constitucional, “configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais” (*op. cit.*, p. 239).

Estados. Se o controle for à luz da Constituição estadual, leis estaduais e municipais sofrerão o controle abstrato (art. 125, § 2º, CF/88). Já a ação declaratória de constitucionalidade tem por objeto apenas a lei ou ato normativo federal, ficando de fora o direito estadual.

No quadro de meios de controle de constitucionalidade jurisdicional, acrescenta-se a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da CF/88, e regulamentada pela Lei n. 9.882/99, cuja finalidade é reparar lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.¹³¹

Julgado procedente o pedido formulado na ADPF, o STF notifica as “autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” violado (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882/99). Seus titulares são os mesmos da ADIn e ADC e o art. 11 prevê a declaração de inconstitucionalidade no procedimento da ADPF, o que a insere no sistema de fiscalização de constitucionalidade.

A decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade (ADIn, ADC e ADPF) é caracterizada por ter eficácia “contra todos” (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação a todos os órgãos públicos, de todas as esferas do Poder (§ 2º do art. 102 da CF/88, parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e § 3º do art. 10 da Lei n. 9.882/99). Tal abrangência é decorrência direta da supremacia da Constituição e da competência do STF, cuja atuação jurisdicional atinge todo o País, fazendo valer a correta interpretação e aplicação da Lei Maior.

Tais ações consubstanciam o chamado “processo objetivo”, assim entendido em decorrência da ausência de embate entre partes antagônicas em torno de um bem. Discute-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em tese de lei

¹³¹ O preceito fundamental é conceituado “como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dá vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. “Arguição de preceito fundamental”. **Ações constitucionais** [org. DIDIER JUNIOR, Fredie], 2. ed. Salvador: Podium, 2007, p. 412). São os princípios fundamentais (art. 1º ao 4º), os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes frente aos particulares (art. 5º ao 11), os “princípios constitucionais sensíveis” (art. 34, VII), as chamadas cláusulas pétreas, sejam as explícitas (art. 60, § 4º, I a IV), sejam as implícitas (inerentes ao sistema constitucional, como “a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador, bem assim a impossibilidade de alterar o processo constitucional de emenda), e as “normas de organização política do Estado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto constituem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 414).

ou ato normativo, sendo o acórdão proferido pelo STF de natureza declaratória, de mera certificação da (in)constitucionalidade, com a abrangência geral acima noticiada.¹³²

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o controle abstrato de normas é objetivo porque o autor (qualquer dos legitimados do art. 103, CF/88) “não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público”, qualificado pelo jurista como um “interesse público de controle”.¹³³ É um “processo destituído de partes em litígio; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não cuida do julgamento de um caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese”.¹³⁴

O que confere e reforça o caráter objetivo da fiscalização de constitucionalidade concentrada é a) ausência de exame de relações jurídicas concretas e individuais, b) inexistência de partes em litígio e c) produção de efeitos *erga omnes* das decisões fruto desse controle. São fatores ligados à natureza coletiva do processo gerado pelas ações constitucionais.¹³⁵ Daí sua “acentuada feição política” (Min. Moreira Alves, Representação n. 1.016/SP, julgada em 20/09/1979), mais do que de uma prestação jurisdicional ordinária.

Essa característica marcadamente política da jurisdição constitucional mediante o controle concentrado-abstrato representa uma quebra do secular paradigma individualista do processo, o qual ainda influencia fortemente a percepção do fenômeno jurisdicional, comumente conceituado nos manuais como atividade ou função estatal voltada para a aplicação do direito objetivo (norma posta) ao caso concreto com vistas à pacificação dos conflitos de interesse. Tal definição cai por terra ante o sistema de fiscalização constitucional concentrado-abstrato: desprovido de conflito de interesses, de sujeitos em disputa que contribuem com

¹³² Excepcionam-se o acórdão proferido em sede de ADIn por omissão (que além de declaratório, ostenta também um caráter mandamental, pois dirigida ordem a um Poder específico, o que o torna, inclusive, um controle *in concreto*) e o proferido na ADIn interventiva (que não somente declara a inconstitucionalidade de ato emanado de Estado ou Município, mas também condena o ente a se submeter a intervenção). Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 55.

¹³³ MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 157.

¹³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 330.

¹³⁵ “As ações de controle concentrado se enquadram como coletivas, pois: a) têm legitimidade extraordinária exclusiva concorrente para ajuizá-las, tão-somente, os entes elencados no rol legal; b) predisõem-se à defesa de um direito coletivamente considerado, a saber, direito à defesa da ordem constitucional; c) transcorrem por meio de procedimento especialmente criado para tanto; d) e, por fim, a imutabilidade do comando da decisão atingirá toda a coletividade” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 333).

suas teses para a construção da decisão¹³⁶ e de atividade aplicada à subsunção de uma norma a um determinado caso. Quanto a este último ponto, ressaltemos que a fiscalização constitucional pode se fundamentar ou se referir a aplicação de norma constitucional com conteúdo semântico indeterminado (notadamente os princípios positivados), em que a mera subsunção não se presta à solução almejada. E acrescentemos, como anteriormente dito, o caráter coletivo das ações diretas, de titularidade de entidades e organismos específicos, mas agindo em nome de grupos, categorias ou mesmo a generalidade dos cidadãos, produzindo suas decisões efeitos contra todos. Tudo isso desloca a jurisdição constitucional do padrão tradicional de jurisdição, apesar de não lhe retirar esse caráter,¹³⁷ justificando, enfim, sua conformação objetiva.¹³⁸

A partir desse ponto, emerge o questionamento acerca do déficit democrático do STF no controle concentrado-abstrato de constitucionalidade.

O processo é um dos meios de exercício da democracia pelo qual os cidadãos não só participam da criação das soluções jurídicas para os casos concretos, individualmente considerados, mas também promovem a consecução de objetivos mais abrangentes: “objetivos sociais – educação social e pacificação de

¹³⁶ A postura do STF é “exclusivamente monológica” (MATTOS, Ana Letícia Queiroga. O “Amicus Curiae” e a democratização do controle de constitucionalidade. **Repertório de jurisprudência IOB**, n. 2/2006, vol. 1, p 67).

¹³⁷ Mas há dissenso a respeito, como noticia NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. **Direito Público**, n. 20. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, mar./abr. 2008, pp. 50-53.

¹³⁸ A configuração objetiva de processo não se limita mais à ADIn, ADC e ADPF. Igualmente o controle difuso (incidental) vem ganhando os mesmos contornos, cada vez mais se esvaindo sua feição concreta. As modificações que vêm transformando o controle difuso podem ser assim listadas: a) cabimento de reclamação contra decisão proferida em processo subjetivo por qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela violação à decisão do STF, como se fosse atribuída eficácia *erga omnes* ao que decidido em controle difuso, tornando desnecessária a manifestação do Senado (art. 52, inc, X, CF/88) para a suspensão formal de lei declarada inconstitucional nessa espécie controle; b) modulação dos efeitos da decisão em controle difuso, admitindo-se a produção de efeitos *ex nunc* em decisão oriunda de julgamento de recurso extraordinário; c) criação da repercussão geral como mais requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pela qual o recorrente deve demonstrar que o tema do recurso vai além de interesses meramente subjetivos; d) possibilidade de edição pelo Supremo de súmulas vinculantes em matéria constitucional após reiteradas decisões na via de controle difuso; e) a estruturação do recurso extraordinário contra decisões emanadas dos juizados especiais federais (arts. 14 e 15 da Lei n. 10.259/01), incorporando-se técnicas da ADIn, ADC e ADPF (Cf. CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. **Revista de Processo**, n. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, dez./2009, p. 222; as demais, em MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Processo**, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, out./2008, pp. 194-205, ambos os autores sempre se referindo à jurisprudência do STF e recentes modificações legislativas e constitucionais).

conflitos – e políticos, no sentido de preservar as liberdades públicas, afirmar o poder estatal e assegurar a participação popular por meio do processo”.¹³⁹

A repercussão político-social da participação popular no processo ganha relevo, por exemplo, na ação popular e na ação civil pública. Mediante esses instrumentos processuais, indivíduos ou associações buscam medidas voltadas à defesa do patrimônio e moralidade públicos, tutela e garantia de manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado e proteção do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, beneficiando toda uma coletividade.

Na fiscalização da constitucionalidade busca-se a proteção da ordem constitucional, e é nesse controle, pela sua própria natureza, que mais se evidencia o processo como instrumento de “ação política”, o qual deveria constituir – na esfera jurisdicional – o maior “cenário de debate público”.¹⁴⁰ Não é sem razão, pois, a produção de efeitos *erga omnes*.

Mas impõe-se a pergunta: qual a legitimidade do processo e do próprio STF, se não há a iniciativa popular (dentro da amplitude enfatizada por Häberle), ficando a propositura da ação restrita a uns poucos entes e organismos? Se processo é participação, soa bastante questionável a Suprema Corte, logo quando julga a constitucionalidade das leis, decidir monologicamente, vedando-se a participação da sociedade, “grandeza pluralística”¹⁴¹ afetada pelas suas decisões.

A Lei n. 9.868/99 contribui para a superação dessa dificuldade ao prever, no seu art. 7º, § 2º, que, sob determinados requisitos, outros órgãos e entidades além daqueles previstos na Lei Maior deem sua contribuição, na medida em que abrem ensejo para o STF decidir “as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”, conferindo “caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade”,¹⁴² tornando-o o que José Carlos Barbosa Moreira chamou de “processo socialmente efetivo”.¹⁴³

¹³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, n. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, set./out. 2004, p. 10.

¹⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 11.

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 66.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 244.

¹⁴³ Para o autor, o primeiro critério que forma o conceito de um processo socialmente efetivo é ele proporcionar a veiculação “das aspirações da sociedade como um todo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, jan./mar. 2002, p. 181).

Esses outros entes ou órgãos podem assumir a qualidade de *amicus curiae*, alvo das próximas considerações.

3.2. O *amicus curiae*.

3.2.1. Origens.

O *amicus curiae*¹⁴⁴ tem sua origem ligada ao direito romano e ao direito medieval inglês.

Sua versão romana residiria na figura do *consiliarius*, cuja entrada no processo se dava pelo chamamento do juiz, devendo manter-se neutro no litígio. Sua conformação no direito inglês é mais próxima da atual, em que o magistrado permitia a manifestação do *amicus* para discussões sobre leis e precedentes dos Tribunais, mas agindo com neutralidade.^{145 146}

O instituto ganhou força e desenvolveu-se nos Estados Unidos da América e, dali, influenciou as mais diversas legislações da tradição romano-germânica, inclusive a brasileira.

Nos Estados Unidos, o amigo da Corte faz-se presente ora “na defesa do interesse de terceiros não representados no processo”, ora “na defesa de interesses de uma das partes (embora não deva, a rigor, ter relação com as partes em litígio)”. Nesse último caso, na hipótese desse interesse coincidir, por exemplo, “com a distribuição de competência entre as Unidades da Federação, fundamentada na Constituição”. Admite-se sua intervenção não apenas na defesa do interesse público: “basta que haja um interesse, ainda que indireto, na solução da demanda, para que o terceiro emita sua opinião jurídica e seja ouvido pela Corte”.¹⁴⁷

O *amicus curiae* é meio que possibilita “que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais”, e, seguindo os Estados Unidos “o modelo

¹⁴⁴ “*Amicus Curiae* é uma expressão que vem do latim e significa, literalmente, ‘amigo da corte’. O vocábulo latino *curiae* possui diversos sentidos, sendo os quais ‘sala de sessões de qualquer assembleia’ e, neste sentido, é que se faz razoável empregá-lo, contextualizando-o com a Modernidade, como corte ou tribunal” (MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Op. cit.*, p. 67).

¹⁴⁵ CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* e a análise dos fatos no controle concentrado de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.iobonlinejuridico.com.br>. Acesso em 06/04/2010; NUNES, Jorge Amaury Maia. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁶ Há notícia na doutrina sobre a existência de polêmica entre os estudiosos do tema quanto às origens romanas do *amicus curiae*. Vide BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 87 a 90.

¹⁴⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Op. cit.*, p. 54.

do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro”,¹⁴⁸ não é sem razão que o amigo da corte tenha chegado à sua maturidade precisamente naquele país, sendo amplamente utilizado por vários setores da sociedade norte-americana.¹⁴⁹

Adhemar Ferreira Maciel assim descreve a atuação do *amicus curiae* nos Estados Unidos:

As regras do instituto americano não são lá muito bem delineadas, uma vez que podem variar de Estado para Estado, de tribunal para tribunal. Mas, de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica –, que tem um “forte interesse” que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente Tribunal de 2º grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em “seu” processo. Muitas vezes, as partes e põem de acordo, mas, ainda, assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão” muito se utilizam do *judicial iter* para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* é ocasionada pelo *solicitor general*, que representa a União Federal.

A *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, traz seis itens e subitens sobre o *Brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal. Vejamos, mais para dar uma ideia, pinçar os tópicos mais importantes: 1) o reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer “matéria relevante” (*relevant matter*) ainda não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). O dispositivo regimental lembra que, se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) o *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em litígio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os motivos da nega;ao para que a Corte aprecie; 3) mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o *solicitor general* não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados; 5) o arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representado e fazer uma espécie de “preparo” para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta.¹⁵⁰

¹⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁹ “Nos Estados Unidos, entes da Federação (como a União Federal, por meio do *Solicitor General*), sociedades e associações civis, grupos de pressão (*lobby*), organizações não governamentais e outras entidades utilizam-se do *brief for an ‘amicus curiae’* como instrumento participativo, como previsto na *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte” (CABRAL, Antonio do Passo. *Idem, ibidem*).

¹⁵⁰ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. **Revista de Processo**, n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, abr./jun. 2002, pp. 281 e 282.

Em suma, nos Estados Unidos, o amigo da corte intervém conforme os seguintes requisitos básicos: 1) sua manifestação será por escrito (máximo de cinco páginas) ou oralmente; 2) sua admissão pela Suprema Corte está condicionada à arguição de matéria relevante ainda não agitada por nenhuma das partes e depende do consentimento destas (com exceção do *solicitor general*).

No Brasil, a porta de entrada do *amicus curiae* foi a Lei n. 6.385/76, que regula o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), partindo-se daí outras previsões legais e constitucionais de sua intervenção, resultado do fenômeno da democratização e publicização do processo civil brasileiro e uma maior abertura interpretativa das normas constitucionais mediante a jurisdição constitucional.

3.2.2. Definição e natureza do *amicus curiae*.

Adhemar Ferreira Maciel declara ser o *amicus curiae* “instituto de matiz democrático”, não guardando “verossimilhança com nossa intervenção de terceiros, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, arts. 56/80)”, porém sem melhor fundamentar a assertiva.¹⁵¹ Não é terceiro, portanto.

Já Milton Luiz Pereira discorda ao asseverar que o *amicus curiae* é terceiro cuja intervenção se justifica pela presença no processo de “interesse público *lato sensu*”, isto é, aquele que “transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado”, tratando-se de “legitimação excepcional”, concluindo-se tratar-se de “terceiro especial ou de natureza excepcional”.¹⁵²

Antonio do Passo Cabral também o vê como o autor acima. Ele escreveu: “é um terceiro *sui generis*”, “e sua intervenção pode ser classificada como atípica”. Isso porque o *amicus curiae* apresenta características próprias de terceiro: não é parte, mas está legitimado a participar da relação processual e sua intervenção está ligada a uma “utilidade”. Para o autor, as diferenças básicas entre a intervenção de terceiro dita tradicional e a do *amicus curiae* residem no seguinte: a) a primeira torna o terceiro parte, a segunda, porém, não confere tal posição, visto que o amigo da

¹⁵¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Idem*, p. 281.

¹⁵² PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, jan./mar. 2003, pp. 39-42 e 44.

corte “não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio decorre do direito à participação no processo”; b) a primeira implica a demonstração de interesse jurídico na demanda, comprovando-se “a influência que o deslinde do processo poderá ter sobre uma relação jurídica do interveniente”, já a do *amicus* não está vinculada à demonstração do interesse jurídico, mas “decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política e seu interesse ideológico”; c) a eficácia preclusiva da decisão proferida no processo alcança o terceiro, mas não o *amicus curiae*, que poderá revolver a matéria que determinou sua participação em outros processos. Mas essas peculiaridades frente a outras figuras interventivas, previstas nos arts. 50 a 80 do Código de Processo Civil, não lhe retira a qualidade de terceiro.¹⁵³

Edgard Silveira Bueno Filho igualmente segue na mesma linha, mas vai mais a fundo, pois não se limita a dizer que o amigo da corte é uma espécie de terceiro. Ele o identifica precisamente como “uma forma qualificada de assistência”, devendo, se pretender intervir no processo, “demonstrar o interesse legítimo”, o qual se consubstancia no “interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente”, aliado ao requisito da representatividade.¹⁵⁴ Convém esclarecer que o articulista limitou-se a analisar o *amicus curiae* no contexto do controle concentrado de constitucionalidade.

Rodrigo Strobel Pinto, após conceituar o *amicus curiae* como “o sujeito processual, pessoa natural ou jurídica, de representatividade adequada, que atua em processos objetivos e alguns subjetivos, cuja matéria for relevante”, afirma ser a sua natureza jurídica de “um terceiro indiferente, assemelhando-se a um auxiliar do juízo, na medida em que garante o magistrado de informações”, negando-lhe a natureza da figura de “terceiro interessado, porquanto não tem interesse jurídico na

¹⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, pp. 15 a 20. O autor também acrescenta um quarto ponto distintivo: a intervenção tradicional decorre do ingresso do terceiro de maneira voluntária ou forçada, mas esta em razão de solicitação da parte ao juiz. A do *amicus curiae* poderia ser de ofício, mediante requisição da autoridade judiciária para a obtenção de “informações, ouvir depoimentos e designar peritos (arts. 9º, §1º, e 20, § 1º, da Lei n. 9.868/1999; arts. 31 e 32 da Lei n. 9.784/1999)”, sendo a última norma citada não integrante do sistema de fiscalização de constitucionalidade. Discordamos, porque nosso entendimento é de que os referidos artigos da Lei n. 9.868/99 não tratam de *amicus curiae*, como se verá abaixo.

¹⁵⁴ BUENO FILHO, Edgard. *Amicus curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, out./dez. 2005, p. 27.

causa, bem como porque não assume a condição de parte ou de coadjuvante de alguma delas”.¹⁵⁵

Roberto Carlos Martins Pires, defendendo o que parece ser a tese tradicional na doutrina e rebatendo a posição de Edgar Silveira Bueno Filho, diz que se trata de “mais uma espécie do gênero intervenção de terceiros”, não podendo ser enquadrado como assistência, visto que “sua função básica não é auxiliar a parte, mas sim auxiliar o juiz a entender o que se discute”, nem sequer no controle concentrado de constitucionalidade, “pois neste processo não há partes”.¹⁵⁶

Oscar Valente Cardoso o conceitua como uma pessoa, “em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida”. Acrescenta que essa figura interventiva, cuja natureza jurídica é “controvertida”,¹⁵⁷ “não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce a função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição”.¹⁵⁸

Registramos ainda a posição de Cassio Scarpinella Bueno, para quem, após cuidadosa reflexão,¹⁵⁹ o amigo da corte é sujeito do processo sob a forma de terceiro, mas “sem assumir aquelas específicas modalidades de terceiro que o nosso Código de Processo Civil¹⁶⁰ conhece e, com alguns contornos diversos, sempre conheceu”. Não é perito, nem assume a qualidade de *custos legis*, tal qual o Ministério Público. É terceiro que adentra no processo movido pelo que o autor chama de “interesse institucional”, entendido como um “interesse jurídico” qualificado por transcender “o interesse individual das partes”, somado a um “interesse público”, o qual “deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às

¹⁵⁵ PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, set./2007, pp. 131 e 132.

¹⁵⁶ PIRES, Roberto Carlos Martins. A intervenção de terceiros do *amicus curiae*. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 13. Recife: TRF 5ª Região, mar./ 2007, p 293.

¹⁵⁷ O autor lista as seguintes visões acerca do instituto: “terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por requisito de admissibilidade), auxiliar da justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou ainda uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) no controle abstrato de constitucionalidade” (CARDOSO, Oscar Valente. *Op. cit.*).

¹⁵⁸ CARDOSO, Oscar Valente. *Idem*.

¹⁵⁹ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, notadamente os capítulos 5 e 6.

¹⁶⁰ Assistência, oposição, denúncia da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo e recurso de terceiro.

instituições, aos interesses corporificados do *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus*” ostente ou venha a possuir.¹⁶¹

A partir de consultas a alguns julgados, verificamos ter o STF evoluído de uma indefinição conceitual, chegando, no atual estágio da discussão, a encarar o instituto como de natureza de intervenção de terceiro excepcional.¹⁶²

3.2.3. Aspectos processuais do *amicus curiae* no controle de concentrado-abstrato de constitucionalidade.

3.2.3.1. Requisitos.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, seguidos, dentre outros, por Cassio Scarpinella Bueno,¹⁶³ abrem a possibilidade para que tanto pessoas naturais quanto jurídicas assumam a posição de *amicus curiae*, assim arrolando exemplificativamente:

“pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta de inconstitucionalidade”.¹⁶⁴

Não é essa, contudo, a posição da Suprema Corte brasileira, que se apegua aos estritos termos do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99.

Na ADIn n. 4167/DF (j. 10/12/2008), o relator, Min. Joaquim Barbosa não admitiu a participação de pessoas naturais exatamente em razão de a lei fazer referência “a órgãos ou entidades”. Já na ADIn n. 4.178/GO (relator Min. Cezar Peluso, j. em 07/10/2009), houve uma análise mais acurada do problema, lembrando o relator que a excepcional presença do *amicus curiae* no controle concentrado-abstrato está ligada à “representatividade inerente” de órgãos ou entidades, como

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, pp. 427, 506 e 507.

¹⁶² No AgRg da ADIn n. 748/RS (rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/1994), o *amicus curiae* é um “colaborador informal da Corte”. Quase sete anos depois, o mesmo ministro, na MC na ADIn n. 2.130/SC, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial da União em 02/02/2001, já sob a vigência da Lei n. 9.868/99, admite-o como terceiro de caráter excepcional. A excepcionalidade reside no fato de, apesar de sua natureza de terceiro, sua intervenção não está condicionada a interesse próprio ou a interesse de quaisquer dos legitimados para o ingresso da ADIn, ADC ou ADPF, permanecendo como “colaborador da Corte” (Ag.Reg. na ADPF n. 41/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15/06/2009).

¹⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.600.

diz a lei, e a intervenção de pessoas naturais, no caso, não supriria o requisito, pois atuariam como “terceiros concretamente interessados no feito”.

Roberto Carlos Martins Pires, ao interpretar o § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99, assevera que essa limitação não atinge a ADPF, concordando, para esse caso, com a opinião de Nelson e Rosa Nery: “Aqui, sim, por exemplo, um professor renomado ou um escritor especializado podem, desde que autorizados pelo relator, intervir como *amicus curiae*”. Para ele, o ponto é que a lei não fez referência a pessoa jurídica.¹⁶⁵

Mas o fato é que a Lei n. 9.882/99 em lugar algum traz a figura do *amicus curiae*.¹⁶⁶ O art. 6º da Lei n. 9.882/99, como também o 9º, § 1º, e o 20, § 1º, da Lei n. 9.868/99, ocupam-se da possibilidade de “esclarecimento de situações fáticas referentes ao assunto em discussão”, no que é possível a consulta de especialistas – pessoas naturais – sobre a matéria, sem implicar intervenção do amigo da corte.

Na verdade, significa “a inclusão de elementos fáticos na hermenêutica constitucional, não se resumindo às questões de fato, mas abarcando todos os fatos relevantes na elaboração e aplicação da espécie normativa”.¹⁶⁷ Trata-se da “verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle de constitucionalidade”, conforme nomenclatura de Gilmar Ferreira Mendes.¹⁶⁸

A base sobre a qual se sustenta a intervenção do *amicus curiae* na ADPF é o fato de que, assumindo características de fiscalização concentrada-abstrata de constitucionalidade, possa produzir efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, aplicando-se por analogia e com vistas à adequada tutela da ordem constitucional os ditames do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99.¹⁶⁹ Enfim, como decidiu o Min. Gilmar Mendes na ADPF n. 97/PA (j. 01/02/2007),

“deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assumam, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*”.

Além de pessoa jurídica, deve o órgão ou entidade ostentar representatividade (“representatividade adequada”, no dizer do Min. Celso de Mello,

¹⁶⁵ PIRES, Roberto Carlos Martins. *Op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁷ CARDOSO, Oscar Valente. *Op. cit.*

¹⁶⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 471 a 483.

¹⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 181.

no julgamento da ADIn 2.130/SC) para garantir sua legitimidade como *amicus curiae*.

Rodrigo Strobel Pinto associa o requisito à “reputação ilibada” na área de conhecimento do interveniente, como também à “relação de pertinência entre o seu ramo de atuação e o objeto do processo”.¹⁷⁰

Próxima dessa é a opinião de Jorge Amaury Maia Nunes, para quem a aludida qualidade liga-se à representatividade de “porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) de grupo social que tem relação com a matéria”.¹⁷¹

Das anotações de Oscar Valente Cardoso, que reuniu várias posições doutrinárias, extraímos o seguinte a respeito da representatividade adequada: a) possibilidade de os integrantes da entidade ou órgão serem atingidos pela decisão do STF; b) relação com noções de autoridade, respeitabilidade, reconhecimento científico e perícia; c) demonstração de interesse institucional específico no tema em discussão (pertinência temática).¹⁷²

Cassio Scarpinella Bueno atrela o requisito a “um específico interesse institucional na causa”. Para ele, “meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não é suficiente para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*”. Esclarecendo, o interesse institucional significa

“que o pretendente à intervenção da ação direta de inconstitucionalidade deve ser legítimo representante de um grupo de pessoas e de seus interesses, sem que, contudo, detenha, em nome próprio, nenhum interesse seu, próprio, típico de qualquer interessado no sentido tradicional, individual, do termo. Ele precisa guardar alguma relação com o que está sendo discutido em juízo, mas isso deve ser aferido no plano institucional, de suas finalidades institucionais, e não propriamente dos *seus* interesses próprios no deslinde da ação e das conseqüências de seu julgamento”.¹⁷³

Outro requisito – agora de natureza objetiva – é a “relevância da matéria”, associada “aos valores essenciais da sociedade hodierna, especialmente a dignidade da pessoa ou o interesse público”,¹⁷⁴ concordando com Cassio Scarpinella Bueno, para quem a relevância deve ser “indicativa da necessidade ou, quando

¹⁷⁰ PINTO, Rodrigo Strobel. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁷¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁷² CARDOSO, Oscar Valente. *Op. cit.*

¹⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁷⁴ PINTO, Rodrigo Strobel. *Idem, ibidem*.

menos, da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais”.¹⁷⁵

Há quem compreenda a relevância da matéria com a exigência de demonstração da “relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição”, ou seja, o *amicus curiae* entrará no processo a depender “da relevância da sua participação em relação à matéria *sub judice*”, critério este marcadamente casuístico.¹⁷⁶

A relevância não seria da matéria em si, mas daquele que “intervém no processo como *amicus curiae*, que tenha um mínimo interesse jurídico na condução e resultados que poderão advir do processo”.¹⁷⁷ Nesse caso, haveria um deslocamento da relevância da matéria para a relevância da intervenção, o que aproximaria os comentários ao requisito subjetivo da representatividade.

Inclinamo-nos pela opinião do juiz federal Oscar Valente Cardoso, que vê o requisito como resultado da junção entre a “complexidade” da matéria e a “extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre importante parcela desta”, não se confundindo “com a relevância do processo, tendo em vista que, em princípio, possui relevância para o ordenamento jurídico toda a ação na qual se discute a compatibilidade – ou não – de ato normativo com a Constituição”.¹⁷⁸

3.2.3.2. Forma de atuação.

O *amicus curiae*, entidade ou órgão com representatividade adequada e motivado pelo interesse institucional, intervirá no processo de fiscalização de constitucionalidade a qualquer momento, mas antes do julgamento, mediante advogado.¹⁷⁹ Mas há entendimento do próprio STF no sentido de o momento da intervenção ser possível mesmo após iniciado o julgamento, sem prejuízo dos atos já praticados. Nesse sentido:

(...) No tocante ao momento processual em que é buscada a admissão do feito, aduz que com o veto do texto que se tornaria o art. 7º, § 1º da Lei n. 9.868/1999, este Supremo Tribunal tem admitido a intervenção dos *amicis curiae* mesmo após o término do prazo para a apresentação das informações, desde que a atuação pretendida ocorra no estágio em que se encontra o processo e sem prejuízo dos atos já praticados. Conclui, assim,

¹⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 140.

¹⁷⁶ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Op. cit.*, pp. 25 e 26.

¹⁷⁷ PIRES, Roberto Carlos Martins. *Op. cit.*, p. 295.

¹⁷⁸ CARDOSO, Oscar Valente. *Op. cit.*

¹⁷⁹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Idem*, p. 26.

que “seja pela substancial modificação da composição da Corte, seja pela adoção da linha interpretativa no sentido de aplicar ao *amicus curiae* a regra da assistência”, mostra-se razoável o pleito formulado, “mesmo já tendo sido iniciado o julgado do feito, que se encontra suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Exmo. Min. Marco Aurélio”. 3. (...). Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADIn 3.474, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.2005), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADIn 2.548, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.10.2005) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para a realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, § 3º do RISTF (ADIn 2.777-QO, Rel. Min. Cezar Peluso) (...).¹⁸⁰

A entidade ou órgão conta com trinta dias para se manifestar nos autos após o deferimento pelo relator de sua participação, sendo irrecorrível a decisão (§ 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99). Sobre o prazo e seu termo *a quo*, transcrevemos o seguinte:

O prazo estabelecido pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 é o prazo fixado no § 1º do artigo – vetado pelo Presidente da República. O § 1º previa a possibilidade de os demais legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade se manifestarem por escrito sobre o objeto da ação, ‘no prazo das informações’, bem como apresentar memoriais. O ‘prazo das informações’, referido no dispositivo vetado, é de 30 (trinta) dias contados do recebimento do pedido (art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99). Importante notar que o § 1º do art. 7º cuidava de situação processual substancialmente distinta da prevista no § 2º. O primeiro dispositivo lavrou uma prerrogativa dos demais legitimados à propositura da ação direta de intervir no feito, independentemente de decisão do relator, dentro do prazo estabelecido para a prestação das informações. Já o § 2º prevê a possibilidade de outros órgãos ou entidades intervirem no processo, após despacho permissivo do relator, observado o prazo fixado para as informações.

Ou seja, enquanto os demais legitimados poderiam, na forma do § 1º, manifestar-se dentro do prazo das informações, independentemente de qualquer despacho, os demais órgãos ou entidades (não legitimados à propositura) dependeriam de uma decisão do relator, após a qual teriam o mesmo prazo para apresentar a sua manifestação. Logo, o termo *a quo* do prazo para a manifestação do terceiro, em um e outro caso, é distinto: no caso do § 1º, o termo inicial do prazo era a data do recebimento do pedido de informações; já no caso do § 2º, o termo inicial é a data da publicação da decisão que admite a intervenção do *amicus curiae*.¹⁸¹

A função primordial do amigo da corte é assim descrita por Alexandre de Moraes:

“juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo

¹⁸⁰ ADIn n. 2.588/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/2005.

¹⁸¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Op. cit.*, p. 58.

Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada”.¹⁸²

Complementando a ideia, convém transcrever este esclarecimento:

“No seu mister, o *amicus curiae* não pode se manifestar sobre as questões de fato ou de direito. Ou seja, não lhe cabe provar os fatos alegados pelas partes, tampouco se manifestar sobre o direito invocado. O seu objeto de trabalho são as questões de fundo, debates pontuais cuja elucidação se faz necessária para que o juiz possa formar seu convencimento, ou refiná-lo se já formado”.¹⁸³

Contudo, vale observar que não se limita a uma “mera reprodução dos argumentos já lançados no processo pelas partes funcionais” listadas no art. 2º da Lei n. 9.868/99.¹⁸⁴

Poderá o *amicus* realizar manifestação por escrito ou oralmente, conforme estabelecido no julgamento, ocorrido em novembro de 2003, da ADIn n. 2.777/SP (rel. Min. Cezar Peluso). Contudo, como não é parte, mas um terceiro especial, fica-lhe vedada a possibilidade de recorrer contra qualquer decisão.¹⁸⁵ Sua atuação encerra-se com os seus esclarecimentos à Corte.

É possível a intervenção de vários *amici curiae*, visto que não há vedação legal para tanto. E não poderia ser diferente. A participação dessa figura interventiva “tem por objetivo ampliar o debate do tema constitucional, democratizando-o”.¹⁸⁶ Mas essa ampliação encontra limites.

No AgRg da ADIn n. 4.071/DF (rel. Min. Menezes Direito), julgado em 22/04/2009, o STF, em acórdão não unânime, sinalizou no sentido de restringir a presença de *amici curiae* na hipótese de a intervenção ocorrer “às vésperas do julgamento”, gerando uma grande quantidade de argumentos que não seriam absorvidos e conhecidos a tempo pelo relator. Outros fatores insinuados são o risco de o *amicus curiae* transformar-se em “regente do processo” e seu grande número inviabilizar sua própria atuação, implicando “a fragmentação do tempo disponível, com a brevidade das sustentações orais”. Daí, quanto a esse ponto, a necessidade apontada pelo relator de medidas que assegurem a racionalização do procedimento.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 739.

¹⁸³ PINTO, Rodrigo Strobel. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Op. cit.*, pp. 59 e 60.

¹⁸⁵ ADIn-ED n. 2.591/DF, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 14/12/2006.

¹⁸⁶ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Op. cit.*, p. 27.

Uma delas, como visto pelo teor do julgado, é a limitação dos *amici curiae*.¹⁸⁷ Enquanto as mencionadas medidas não são normatizadas, importa acompanhar a jurisprudência do STF.¹⁸⁸

Vistos os principais aspectos do *amicus curiae*, importa agora aprofundar as discussões sobre o seu papel no controle de constitucionalidade com vistas à apresentação de uma resposta fundamentada à pergunta feita no item 1, acerca do déficit de legitimidade do STF nos julgamentos nesses processos e seu papel fundamental na interpretação construtiva da Constituição.

3.3. A relevância do *amicus curiae* para a abertura interpretativa no controle de constitucionalidade concentrado-abstrato e como instrumento de participação de confissões religiosas.

A relevância do amigo da corte está em que a sua intervenção confere “legitimidade às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional” (voto vencido no julgamento do aludido AgRg da ADIn n. 4.071/DF, conforme Informativo do STF n. 543).

Tal entendimento apenas ecoa as palavras do Min. Celso de Melo quando do julgamento da ADIN (MC) 2130-SC, julgada em 20/12/2000:

(...) entendo que a atuação do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Assim permitindo, o STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará, sob perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

¹⁸⁷ Convém salientar que o julgado também versa sobre o momento da intervenção, destoando do que restou decidido na supramencionada ADIn n. 2.777-QO/SP

¹⁸⁸ A propósito, no caso *Gideon vs. Wainwright*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mostrando que naquele país (até como uma evidência do grau de maturidade democrática das suas instituições e de seu povo) temores dessa ordem não ocorrem, atuaram como *amici curiae* cerca de quarenta entidades, Estados e pessoas naturais, todos apresentando suas razões, durante o julgamento um curto período de três meses (janeiro a março de 1963) (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. cit.*, pp. 282-284).

Chegamos a um momento de encontro entre as idéias articuladas no primeiro capítulo e as aqui formuladas.

A Constituição aberta implica a participação social na construção da norma constitucional. Tal concepção – claramente entrelaçada ao conceito e, o mais importante, a uma vivência do Estado Democrático de Direito – exige a formulação de procedimentos deliberativos e espaços de debates públicos nos quais a comunidade de intérpretes possa usufruir suas prerrogativas democráticas.

Inegável que essa ampla gama de sujeitos que podem assumir a identidade de *amicus curiae* torna-o, a nosso ver, a principal forma de abertura para a participação popular na concretização normativa da Constituição (o que envolve a efetivação dos direitos fundamentais sob a perspectiva dos seus destinatários), garantindo-se a democracia representativa e sintonizando o STF com as expectativas da sociedade civil,¹⁸⁹ sendo certo que, “quanto mais a jurisdição constitucional abre-se à sociedade, mais legitimidade tende a agregar à sua atividade e, com isso, maior grau de confiabilidade e respeito poderá obter no meio social”.¹⁹⁰

Além disso, podemos situar o *amicus curiae* como um dos últimos elos da “cadeia procedimental de legitimação democrática”,¹⁹¹ com início no procedimento constituinte, indo até a decisão final da Suprema Corte sobre a matéria constitucional em debate.¹⁹²

Reiteremos que as normas constitucionais são plurais, fruto de sua “natureza aberta e principiológica, apta a permitir a flexibilização de sua interpretação” (dialecicidade). Assim, seria mesmo esperado ser criado algum tipo de instrumento de participação da sociedade no processo de fiscalização de

¹⁸⁹ A sociedade civil é “o conjunto de indivíduos, grupos e forças sociais que atuam e se desenvolvem fora das relações de poder que caracterizam as instituições estatais” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125).

¹⁹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e o caso da ADIn n. 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. **Revista de Processo**, n. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, dez. 2003, p. 267.

¹⁹¹ Expressão lapidar de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁹² Entendemos que o último elemento legitimador das decisões do STF (como também de qualquer outro órgão jurisdicional) é a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, inc. IX, CF/88. Nesse sentido: “Detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação” (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 566. Já MARINONI, Luiz Guilherme, ressalta que o juiz, no Brasil, é investido de poder “não legitimado pelo voto”, não podendo “deixar de justificar as decisões que emite” (*op. cit.*, p. 107).

constitucionalidade que levasse ao conhecimento do STF “os diversos argumentos, que não os meramente jurídicos”, que envolvessem “a questão constitucional em debate”, permitindo-lhe “decidir adequadamente a questão constitucional”.¹⁹³

Eduardo Cambi adverte que a “completude do sentido do texto, do preceito, do enunciado normativo não se dá com a mera intervenção do legislador”, fazendo-se imprescindível a figura do intérprete, sendo a construção da norma “um exercício de cidadania”¹⁹⁴, e o processo desenvolvido no contexto da jurisdição constitucional, no qual se permite a participação de grupos sociais na figura do amigo da corte, garante o exercício da cidadania e assegura a melhor decisão, pois fruto de intenso debate, algo esperado num Estado tido por democrático e numa sociedade “baseada no pluralismo político, social, cultural e religioso”, em que se pretende “a convivência dos contrários, a tolerante, harmoniosa e pacífica coexistência de toda espécie de antagonismo”.¹⁹⁵

Outro dado que merece registro é o de que o *amicus curiae* constitui uma das maiores evidências da quebra do paradigma individualista do processo, resultado da objetivação e publicização do mesmo.

A Constituição agrega e reflete os valores da sociedade em que foi produzida, sociedade esta fortemente caracterizada pelo pluralismo e complexidade de seus sujeitos, ideologias e cosmovisões.¹⁹⁶

Quando um tribunal constitucional é instado a se pronunciar, no controle de constitucionalidade, tendo por objeto o texto da Lei Maior e sabedor que sua decisão produzirá efeitos coletivos, não poderá desconsiderar todo o suporte sociocultural que inspirou a promulgação e norteia a interpretação da Constituição. Nesse quadro, é patente que um processo de trato individualista, focado num conflito cujos interesses em jogo não passam de uma esfera muito restrita de sujeitos (muitas vezes apenas dois) não supre as exigências decorrentes das questões enfrentadas no âmbito da jurisdição constitucional.

Há estreita ligação (e não poderia ser diferente, dado o princípio da instrumentalidade) entre processo e direito material. No caso específico, entre a

¹⁹³ MORAIS, Dalton Santos. *Op. cit.*, p. 206.

¹⁹⁴ CAMBI, Eduardo. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, n. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, abr./jun. 2003, pp. 327 e 329.

¹⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 332.

¹⁹⁶ “A complexidade é o grande desafio do tempo presente, já que está na multidimensionalidade dos fatos e da sua individualização empírico-social, bem como na pluralidade dos centros de informações, de decisões e de ações, e por conseguinte, na dificuldade de construir o próprio processo de tomada de posições eficazes” (CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 325).

positivação de direitos fundamentais nos textos constitucionais naqueles países de modelo democrático ocidental e o aparato jurisdicional posto a serviço desses direitos (no contexto do controle de constitucionalidade),¹⁹⁷ razão pela qual se considera surgida a jurisdição constitucional “ao mesmo tempo em que se estabelecia a garantia daqueles direitos”.¹⁹⁸

Sobre as características da jurisdição constitucional e seu “publicismo”, merece transcrição, pela sua pertinência e objetividade, a lição abaixo:

Quanto à sua estrutura de atuação difere do processo civil clássico, porque marcada, sobretudo, pela competência colegiada para decidir ações originárias, à exceção das hipóteses em que o relator, isoladamente, pode responder pelo destino do processo.

No que se refere à competência, o modelo transgrediu as matérias comuns que a jurisdição está habituada a enfrentar, para deparar-se com temas de significativa repercussão social e de envergadura política, muito próprio dos casos em que o STF é provocado para decidir acerca do respeito à Constituição. Justamente por isso é que a jurisdição constitucional está aberta à sociedade, permitindo seu ingresso, por meio de representantes, no processo de controle direto.

Por fim, no que diz com seu sentido, é preciso reconhecer que somente por intermédio dessa jurisdição aberta à sociedade é que o processo responderá às exigências republicanas de seu exercício democrático, enquanto poder do Estado que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucionais.

(...).

Mas a jurisdição constitucional brasileira, no que diz respeito ao controle concentrado, abre a via à perspectiva coletiva de processo, seja pelos entes legitimados à propositura da ação, seja pelos efeitos das decisões que profere (2.1). Tal publicismo, porém, não se esgota nessas possibilidades. A abertura do processo à participação de outros sujeitos, para além das partes do processo ou no máximo, para as figuras interventivas clássicas, inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, através do processo, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta (2.2).¹⁹⁹

As implicações trazidas por ou surgidas de um processo com as características da jurisdição constitucional nos remetem a uma outra questão: a inter ou transdisciplinaridade.

É certo que a jurisdição constitucional tem garantidos seu destaque e relevância, principalmente quando considerada à luz do seu objeto: exame da conformação da legislação infraconstitucional frente à Lei Maior, com possibilidade de participação de representantes de vários setores da sociedade, produzindo suas decisões efeitos *erga omnes*. Isso por si só já confere à jurisdição constitucional um

¹⁹⁷ Fizemos a ressalva porque a defesa de direitos fundamentais pode se operar fora do processo de fiscalização constitucional, como, por exemplo, no mandado de segurança, ação civil pública, *habeas data*, *habeas corpus* e mandado de injunção.

¹⁹⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Op. cit.*, p. 268.

¹⁹⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Idem*, p. 273.

lugar especial dentro do sistema processual brasileiro. Mas não somente. Os mais variados temas submetidos à apreciação do STF forçam os julgadores a ir além da simples análise jurídica, ficando a descoberto a “falibilidade e limitação do conhecimento jurídico puro. Se, por um lado, tal conhecimento é sempre necessário, por outro, nem sempre será suficiente para balizar de forma razoável o julgamento”.²⁰⁰

O *amicus curiae*, dessarte, aparece como uma via para suprir a “limitação cognitiva de quem julga”, voltando-se o Judiciário para a sociedade, numa atitude de humildade dos seus integrantes, “para com ela construir a decisão”.²⁰¹

Exemplo eloquente de interdisciplinaridade e exigência de uma postura pan-óptica por parte dos membros do STF foi o caso examinado na ADIn n. 3.510/DF (rel. Min. Carlos Britto), julgada em 29/05/2008, promovida pelo Procurador-Geral da República com fundamento no art. 1º, inc. III, e art. 5º, *caput*, da CF/88, em que foi questionada a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança), o qual permite o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa.

É patente que a discussão transborda as margens do conhecimento estritamente jurídico, exigindo um diálogo profundo com a religião, filosofia e ciência, pois em debate o momento em que se inicia a vida humana e a possibilidade de manipulação de embriões para os fins propostos pela lei.

Atuaram como *amici curiae* a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), o Movimento em Prol da Vida (MOVITAE) e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), mediante advogados.²⁰²

Tal a importância do *amicus curiae*, que vem se observando na doutrina crescente movimento por uma ampla participação da figura interventiva no processo brasileiro,²⁰³ seja objetivo ou subjetivo, seja de jurisdição constitucional ou de jurisdição dita “comum”.

²⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Op. cit.*, p. 275.

²⁰¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Idem*, p. 281.

²⁰² Cf. www.stf.jus.br. Além dos *amici* mencionados, foi realizada em 20/04/2007 audiência pública (outro instrumento de abertura democrática no controle de constitucionalidade) com a participação de mais de duas dezenas de pessoas especialistas na matéria discutida.

²⁰³ Além das hipóteses já previstas para casos específicos e fora do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade: art. 31 da Lei n. 6.385/76 (intervenção da Comissão de Valores Mobiliários); art. 89 da Lei n. 8.884/94 (intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica); art. 49 da Lei n. 8.906/94 (intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil); arts. 56, 118 e 175 da Lei n. 9.279/96

A generalização do *amicus curiae* é defendida com base na nova realidade social que desafia o direito e, notadamente, o processo, que não pode – reiterar-se – amesquinhar-se nos estreitos espaços individualistas.

A existência de “multifários interesses”, de controvérsias “cada vez mais de conteúdo coletivo”, da “hermenêutica construtiva” a insinuar-se “na vereda processual”, a frequência crescente de “movimentos reivindicatórios” – trata-se de um “mosaico de fatores” a reclamar reformulações profundas na forma de ver e realizar o processo.²⁰⁴ Revelam a presença de “interesse público” no litígio, sendo este o elemento suficiente para justificar e autorizar a intervenção do amigo da corte.

“Essas realidades imantam a necessidade de ampliado acesso ao Judiciário, por si, abrindo o pórtico ao terceiro (cidadão ou ente público), também interessado na solução da controvérsia. A rigor, dir-se-á que lhe falta o interesse subjetivo individualizado para a ação. No entanto, em casos tais, o litígio prende-se à solução apropriada, permitindo fluir o “interesse subjetivo público”, legitimador da sua participação processual, desde que a pretensão deduzida seja juridicamente defensável. Para o necessário equilíbrio no processo, como participante extraordinário, o *amicus curiae* pode ser legitimado, contribuindo para a derribada de controvérsias em torno de múltiplas reivindicações. Essa participação ganhará mais relevo quando, nos litígios entre pessoas diversas (privadas ou públicas), o *thema decidendum* da ação, insista-se, tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado. Destaca-se: é o direito subjetivo público, com efeitos próprios, exigindo solução cativa ao *interesse público* (definido ou heterogêneo).

(...).

A participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí porque, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmático e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro.

(...).

(...). Demais, não sofre a rejeição dos princípios básicos do sistema processual edificado. (...).²⁰⁵

Antonio do Passo Cabral, partindo da premissa de que o processo tem por objetivo político “o fomento da participação do indivíduo no conjunto de decisões

(intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial); parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/97 (intervenção de pessoas jurídicas de direito público); art. 31 da Lei n. 9.784/99 (intervenção de terceiro indefinido em processo administrativo federal); § 7º da Lei n. 10.257/01 (intervenção de “eventuais interessados” nos juizados especiais federais); § 2º do art. 3º da Lei n. 11.417/06 (intervenção nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF); parágrafos do art. 482 do Código de Processo Civil (intervenção no incidente de inconstitucionalidade); art. 543-A do Código de Processo Civil (intervenção na análise de repercussão geral em recurso extraordinário perante o STF); art. 543-C, também do Código de Processo Civil (intervenção no julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça). Essa baseia-se em CARDOSO, Oscar Valente (*op. cit.*) e BUENO, Cassio Scarpinella (*op. cit.*, pp. 192-349).

²⁰⁴ PEREIRA, Milton Luiz. *Op. cit.*, p. 39.

²⁰⁵ PEREIRA, Milton Luiz. *Idem*, pp. 40, 41, 43 e 44.

políticas do Estado”, conclui que o *amicus curiae* “deve representar um gatilho de participação popular” em qualquer processo “em que houver interesse público envolvido”, numa amplitude que alcança “órgãos e entidades até mesmo estrangeiros e transnacionais, em casos no quais em discussão elementos ou dilemas universais”.²⁰⁶

Para o mesmo articulista, o interesse público assenta na “democracia participativa” e na “colaboração para a justa decisão”,²⁰⁷ e não em um mero interesse jurídico na causa vinculado a individualismos e patrimonialismos.²⁰⁸

Rodrigo Strobel Pinto foi categórico: “A ampliação das hipóteses de atuação do *amicus* é irrefreável”. Prevê um aumento de “litígios cuja especificidade e tecnicidade exigirão dos juízes conhecimentos que lhe são alheios, seja para compreender a demanda ou para apreender o real alcance de suas decisões”, circunstância possível tanto no processo objetivo, quanto no subjetivo, “individual ou coletivo; civil ou penal”.²⁰⁹

Fundamentando suas ideias no princípio da cooperação e no poder instrutório do juiz, ele diz:

“Neste rumo, a legitimação democrática da prestação jurisdicional, por meio da intervenção do *amicus*, deve se espargir a todos os processos, e não ficar adstrita somente às certas demandas, possibilitando-lhe tecer considerações, das filosóficas às científicas, cuja apreensão e compreensão escapam às partes e ao julgador.

Por óbvio, a atuação do *amicus*, fora das hipóteses legais, deve se pautar pela excepcionalidade, ou seja, àqueles processos que, segundo o objeto litigioso, os valores que lhes são subjacentes e a complexidade da demanda, incutam no magistrado a necessidade premente de ouvi-lo, sem o que não poderá, de modo seguro e responsável, proferir decisão.²¹⁰

Não obstante a previsão de figura tão importante no panorama dos instrumentos e garantias da democracia deliberativa, cuja relevância é mais do que evidente no procedimento de controle de constitucionalidade concentrado-abstrato, lamentamos a desanimadora realidade brasileira, quase destituída de cultura cívica, permanecendo o *amicus curiae* um ilustre desconhecido pela maioria da população.

De toda forma, não há como deixar de reconhecer os significativos avanços na legislação e na jurisprudência do STF, tribunal que, nos últimos anos,

²⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 23.

²⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Idem, ibidem*.

²⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 33.

²⁰⁹ PINTO, Rodrigo Strobel. *Op. cit.*, pp. 132 e 137.

²¹⁰ PINTO, Rodrigo Strobel. *Idem*, p. 133.

tem se postado com “ousadia e coragem”²¹¹ no trato com a abertura da interpretação constitucional mediante a atuação do amigo da corte.

É certo que o tema poderia (e merece) ser aprofundado. Contudo, se enveredássemos por essa trilha, fugiríamos do objeto e objetivo do nosso trabalho.

Importa que o controle de constitucionalidade concentrado-abstrado é objetivo, não implicando um conflito de interesses, mas voltado para o exame em tese da compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição. Em sendo a sociedade organizada sob a forma de Estado Democrático de Direito, a legitimação da atuação da Suprema Corte carece de participação da comunidade de intérpretes da Constituição.

O *amicus curiae* é mecanismo processual apto a promover essa participação.

Havendo a possibilidade de qualquer tema, inclusive metajurídico, orientar a interpretação do enunciado constitucional e contribuir para a tomada de decisão (contanto que se apresente como matéria relevante), é suficiente que órgão ou entidade sejam revestidos de representatividade adequada para ingressar no processo de fiscalização constitucional.

O fato de as confissões religiosas (no caso, igrejas e denominações, conforme a classificação proposta pela sociologia) poderem assumir a qualidade de *amicus curiae*, atendidos os seus dois requisitos – representatividade adequada e relevância da matéria levada à deliberação e decisão via jurisdição constitucional – é uma demonstração de que o Estado Democrático, na sua constituição e desenvolvimento, não olvida o elemento religioso.

²¹¹ Isso porque “o exercício da democracia carrega em si mesmo o risco do erro e da ilusão, uma vez que é por natureza diversidade e divergência. Em um tempo em que se pretende seja o processo rápido, informal e simples, aumentar o número de sujeitos que dele participam imprime um movimento contrário às aspirações contemporâneas de Justiça, porque agrega maior complexidade ao ato de julgar” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Op. cit.*, p. 279).

CONCLUSÃO.

Reconhecemos que estudar a relação entre direito e religião não é um empreendimento dos mais simples, muito pelo contrário. De todo modo, mesmo que incipientemente, aceitamos o desafio proposto por Eduardo Bittar de refletir sobre a questão (ao menos sob um dos seus muitos aspectos).

Como anunciado na introdução e perceptível nas entrelinhas de toda a nossa pesquisa, o que nos moveu a escrever sobre o tema é a existência de um crescente discurso pretensamente comprometido com o prosseguimento da secularização da sociedade, mas que não passa, na verdade, de uma espécie de jacobinismo ateu veiculador de uma laicização intolerante, cujo radicalismo antirreligioso é ostensivamente divulgado, encontrando ampla e cega aceitação em setores importantes da sociedade.

Os riscos à democracia são evidentes. É ignorada a noção real de secularização, de Estado laico ou leigo, passa-se por alto o pluralismo e suas implicações e relega-se toda uma tradição cultural e uma experiência vivida ao longo da história, as quais cimentaram o próprio meio social que permite tais estocadas contra a religião e, por tabela, contra aqueles que aderiram à sua cosmovisão.

Se por um lado fixou-se que o direito se trata de um subsistema autopoietico, com seus códigos, métodos e critérios de validade interna e que o tornam aplicável a todo o corpo social, e que, por isso, deve estar imunizado de qualquer tentativa de amálgama com outros subsistemas que lhe retirariam essa incidência geral e abstrata, dentre eles o religioso, por outro, não se deve ignorar que o direito é um componente da cultura. Sendo assim, o direito não deixa de manter algum nível de identificação com os demais elementos que a formam.

A aproximação entre o direito e a religião é vista, por exemplo, na linguagem dos direitos humanos, cujos valores subjacentes deitam raízes na mundivisão judaico-cristã, por sinal a única durante séculos na Europa, e inspiradora de diversas instituições modernas encontradas, hoje, em todo o mundo, como pontuado no primeiro capítulo deste trabalho.

A religião pode também desempenhar um importante papel na interpretação de enunciados normativos constitucionais semanticamente fluidos, de forte feição axiológica, aproximando a Constituição da realidade social.

O postulado da dignidade humana, cujo reconhecimento e incorporação dá sentido à existência e confere plena autonomia ao homem, é identificado com a tradição cristã, podendo-se mesmo ver aí o embrião da democracia moderna, na qual seus atores participam sob as mesmas condições na condução da vida em comunidade, como “cidadãos livres e iguais”.²¹²

Não enveredamos pelo tortuoso, porém instigante, exame de como a religião interagiria na formação e na interpretação das normas jurídicas, ou seja, de como o direito absorveria o discurso religioso (ambos elementos da cultura, reiterese, portanto relacionáveis) transformando-o ou adaptando-o ao seu código referencial interno. Pensamos ser uma empreitada específica para outra pesquisa, que pode mesmo ser desenvolvida posteriormente.

Aqui, nossa proposta foi dar merecido realce ao lugar da religião e das confissões religiosas em um ambiente genuinamente democrático, à legitimidade de sua participação na arena pública de debates e aos meios que o próprio direito confere para o desempenho dessa atuação.

Para alguns, uma pesquisa que se restrinja a essa finalidade pode parecer por demais óbvia, um grande truísmo. Mas isso seria ignorar a realidade. O fato é que, se esse componente da cultura não desaparecerá no futuro (apesar da forte e influente movimentação nesse sentido), apesar de prevista no ordenamento a possibilidade de contribuição da religião e as entidades a ela ligadas na esfera pública, há um crescente discurso de que a religião deve ser escondida numa espécie de porão social, limitando-a à esfera puramente individual, o que, para nós, abre a possibilidade de um esvaziamento das garantias de manifestação do religioso na sociedade dita aberta, o que é um retrocesso, com reflexos no direito de liberdade religiosa (cujo sentido abrangente foi aqui exposto).

Se tanto se fala em densificação da Constituição, não se pode admitir que suas garantias sujeitem-se ao risco de serem reduzidas a meras formalidades destituídas de sentido prático. Se já é até intuitivamente esperado que o discurso puramente religioso não seja albergado pelo direito, o quadro torna-se mais grave quando não há um ambiente que estimule a utilização das vias procedimentais para que esse mesmo discurso seja pelo menos ouvido.

²¹² VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas** (org. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 228.

Constatamos uma obrigação conjunta: nem a sociedade secular pode intimidar as confissões religiosas, nem estas podem deixar de contribuir no processo de deliberação pública de formação e interpretação do direito, com o aprimoramento da democracia, deixando-se intimidar por um discurso eivado de um laicismo desvirtuado.

O Judiciário brasileiro, e principalmente o Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, deve estar preparado para enfrentar os conflitos decorrentes da complexidade pós-moderna e tentar compatibilizar os vários interesses em jogo, legitimando suas decisões ao permitir a deliberação de todos os concernidos na questão posta para julgamento, aliando a Constituição à realidade.

Retirar ou restringir de qualquer modo o discurso religioso e as confissões religiosas dessa dinâmica é atentar contra a democracia.

REFERÊNCIAS.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 15, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007, pp. 123-173.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Ginafranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: Edusp: Ícone, 1993.

BRYM, Robert J.; LIE, John; HAMLIN, Cynthia Lins; MUTZEMBERG, Remo; SOARES, Eliane Veras; MAIOR, Heraldo Pessoa Souto. **Sociologia**: sua bússola para um novo mundo. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO FILHO, Edgard. *Amicus curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, out./dez. 2005, pp. 20-28.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, n. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, set./out. 2004, pp. 9-41.

CAMBI, Eduardo. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, n. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, abr./jun. 2003, pp. 325-349.

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

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* e a análise dos fatos no controle concentrado de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.iobonlinejuridico.com.br>.

CHINOY, Ely. **Sociedade**: uma introdução à sociologia, 20. ed. Tradução Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLOSIMO, Jean-François. *Laós e koinonia* segundo a via ortodoxa. Tradução Lúcia M. Endlich Orth. **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 322, 2007/4, p. 19-27.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. **Revista de Processo**, n. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, dez./2009, pp. 220-226.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de preceito fundamental. **Ações constitucionais** (org. DIDIER JUNIOR, Fredie), 2. ed. Salvador: Podium, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 7. ed. Salvador: Jus Podium, 2007, vol. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). **Ações constitucionais** (org. DIDIER JUNIOR, Fredie), 2. ed. Salvador: Podium, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. 68, ns. 1 e 2. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 353-394.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho (coord. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, 4. ed. Tradução Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GRAY, John. **Missa negra**: religião apocalíptica e o fim das utopias. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008.

GUILLEBAUD, Jean-Claude. **A força da convicção**: em que podemos crer? Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

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: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião, 2. ed. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias & Letras, 2007.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**, 11. ed. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HOORNAERT, Eduardo. Lições de um passado comum. **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 322, 2007/4, p. 10-18.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedeti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Tradução Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

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

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. **Revista de Processo**, n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, abr./jun. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga. O “Amicus Curiae” e a democratização do controle de constitucionalidade”. **Repertório de jurisprudência IOB**, n. 2/2006, vol. 1, pp. 65-68.

McGRATH, Alister. **Paixão pela verdade**: a coerência intelectual do evangelicalismo Tradução Hope Gordon Silva. São Paulo: Shedd, 2007.

_____ ; McGRATH, Joanna. **O delírio de Dawkins**: uma resposta ao fundamentalismo ateu de Richard Dawkins. Tradução Sueli Saraiva. São Paulo: Mundo Cristão, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, tomo II.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Processo**, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, out./2008, pp. 193-210.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, jan./mar. 2002, pp. 181-190.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. **Direito Público**, n. 20. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, mar./abr. 2008, pp. 47-64.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEARCEY, Nancy R.; THAXTON, Charles B. **A alma da ciência**: fé cristã e filosofia natural. Tradução Susana Klassen. São Paulo: Cultura Cristã, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, jan./mar. 2003, pp. 39-44.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, set. 2007, pp. 131-139.

PIRES, Roberto Carlos Martins. A intervenção de terceiros do *amicus curiae*. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 13. Recife: TRF 5ª Região, mar. 2007, pp. 289-300.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988** (coord. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e o caso da ADIn n. 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. **Revista de Processo**, n. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, dez. 2003, pp. 265-283.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Lourdes Sima. Da proteção à liberdade de religião ou crença no Direito Constitucional e Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, abr./jun. 2005, p. 120-170.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à constituição**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURA, Mirian. Pontos de contato constitucionais entre Estado e instituições religiosas. *In*: http://www.mujeresdelsur-afm.org.uy/documentos/estado_laico_5.pdf.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas** (org. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo). São Paulo: Malheiros, 2008.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

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

WITTE, JR., John. Primeiros fundamentos protestantes modernos da democracia. Tradução Gentil Avelino Titton. **Concilium – Revista Internacional de Teologia**, n. 322, 2007/4, p. 28-40.