PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

O ABSOLUTO NA ELABORAÇÃO DO DIREITO:
Sobre a absorção do discurso religioso nas normas de organização da
sociedade no Estado Democrático de Direito

Mara Pires Pena

Belo Horizonte
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

O ABSOLUTO NA ELABORAÇÃO DO DIREITO:
Sobre a absorção do discurso religioso nas normas de organização da
sociedade no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Bolsista CAPES

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes

Belo Horizonte

2009

P397a Pena, Mara Pires
O absoluto na elaboração do Direito: da absorção da argumentação religiosa nas normas da sociedade no Estado Democrático de Direito / Mara Pires Pena. – Belo Horizonte, 2009.
159 f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes.
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia.

1. Religião e Direito. 2. Direito – Aspectos Religiosos. 3. Governo representativo e representação. I. Gomes, Alexandre Travesso. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 34 : 2

Mara Pires Pena

O ABSOLUTO NA ELABORAÇÃO DO DIREITO: Sobre a absorção do discurso religioso nas normas de organização da sociedade no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito,
Belo Horizonte, 2009.

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas

Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (Examinadora) – UFMG

Prof. Dr. Márcio Paiva (Examinador) – PUC Minas

**Àqueles que sentem
especial felicidade com minhas conquistas:
minha família e amigos**

**Agradeço a Brenda,
a grande responsável!**

**Agradeço ao Prof. Dr. Alexandre Travessoni,
pela precisão das críticas**

**Agradeço a Nadma,
pelo carinho da revisão**

**Agradeço ao Leo,
Completamente,
Intensamente,
Eternamente...**

- Majestade... sobre quem é que reinas?

- Sobre tudo, respondeu o rei, com uma grande simplicidade.

[...]

- E as estrelas vos obedecem?

- Sem dúvida, disse o rei, Obedecem prontamente. Eu não tolero indisciplina.

[...]

- Eu desejava ver um pôr-do-sol... Fazei-me esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...

- Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?

- Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.

- Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.

- E meu pôr-do-sol? Lembrou o príncipezinho, que nunca esquecia a pergunta que houvesse formulado.

- Teu pôr-do-sol, tu o terás. Eu o exigirei. Mas eu esperarei, na minha ciência de governo, que as condições sejam favoráveis.

- Quando serão? Indagou o príncipezinho.

- Hem? Respondeu o rei, que consultou inicialmente um grosso calendário. Será lá por volta de... por volta de sete horas e quarenta, esta noite. E tu verás como sou bem obedecido.

O pequeno príncipe (Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo sobre a argumentação no Estado Democrático de Direito. Seu objetivo foi verificar se a argumentação religiosa na elaboração do Direito ofende princípios democráticos. Foi realizado um Estudo sobre o desenvolvimento, ao longo da história, do Estado, princípios que hoje regem o Estado Democrático de Direito e características da representação política democrática. A pesquisa investigou também as características da linguagem e argumentação e especialmente teorias sobre a argumentação religiosa no espaço público: Jacques Maritain, John Rawls, Jürgen Habermas, Luc Ferry e Marcel Gauchet. Os resultados mostram que a utilização de argumentação religiosa pelo membro do Poder Legislativo ofende os princípios democráticos da laicidade, liberdade de crença, igualdade e plena representação política.

Palavras-chave: Direito. Poder Legislativo. Agente Político. Argumentação. Crença religiosa. Absoluto.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to conduct a study on the argument in the Democratic State of Law. Its purpose is to verify whether the influence of religious arguments in drafting Law offend democratic principles. We analyzed the development of the principles that today govern the Democratic State of Law and characteristics of democratic political representation, throughout governments' history. Furthermore, the research investigated the characteristics of language and reasoning, and especially theories on religious arguments in public space: Jacques Maritain, John Rawls, Jürgen Habermas, Luc Ferry and Marcel Gauchet. The results show that the use of religious argument by the State Legislature offends democratic principles of secularism, freedom of belief, full and equal political representation.

Key-words: Law. Legislature. Agent Politician. Argument. Religious belief. Absolut.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ESTADO E O DESENVOLVIMENTO DE SEUS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS	16
2.1 Do Estado Religioso Medieval ao Estado laico moderno	18
2.3 O Estado Moderno	21
<i>2.3.1 O Estado Liberal</i>	23
<u>2.3.1.1 A teoria do contratualismo</u>	27
<i>2.3.2 O Estado Social</i>	28
<i>2.3.3 O Estado Democrático de Direito</i>	30
<u>2.3.3.1 Conceito</u>	32
<u>2.3.3.2 Princípios</u>	33
2.3.3.2.1 Da laicidade	36
2.3.3.2.2 Liberdade religiosa	41
2.3.3.2.3 Liberdade de expressão	43
2.3.3.2.4 Igualdade	45
2.3.3.2.5 Tolerância	50
<u>2.3.3.3 Dos fins do Estado</u>	52
3 SOBRE A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	58
3.1 Da Lei	58
<i>3.1.1 Dos conceitos de lei</i>	62
<i>3.1.2 Legitimidade da lei</i>	63
<i>3.1.3 Bases do processo legislativo</i>	66
3.2 O jogo democrático na teoria de Bovero	68
3.3 A representação política	74
<i>3.3.1 A função de representação e a estrutura do Poder Legislativo</i>	84
4 A ARGUMENTAÇÃO RELIGIOSA NA ELABORAÇÃO DO DIREITO	88
4.1 Argumentação e linguagem	88
4.2 O argumento religioso na formação do Direito Democrático representativo	92
<i>4.2.1 A concepção de justiça na tradição Judaico-Cristã</i>	93
<i>4.2.2 Princípios religiosos</i>	97
<i>4.2.3 A condição da religião no Estado Democrático de Direito</i>	98
<i>4.2.4 Sobre o lugar da religião no espaço público e o argumento do absoluto pelo legislador</i>	101
<u>4.2.4.1 O Estado em Jacques Maritain e a relação entre crenças religiosas e discurso político</u>	102
<u>4.2.4.2 O Liberalismo Político de John Rawls</u>	109
<u>4.2.4.3 A Teoria de Habermas e o lugar da religião no espaço público</u>	113
<u>4.2.4.4 Do debate entre Luc Ferry e Marcel Gauchet – sobre o lugar da religião</u>	120
4 CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

As religiões e seus líderes sempre moldaram, de alguma forma, os valores da sociedade. Entretanto, desde que o Estado despontou como figura central da sociedade e monopolizou a construção dos direitos e deveres dos cidadãos, fixando limites para a autonomia privada, polarizou-se num conflito com as instituições religiosas, que brigam pela predominância da razão ou da fé, respectivamente, a regular os atos das pessoas.

Necessário reconhecer a importância da influência da religião, que alcança desde o desenvolvimento das cidades ao redor de uma Igreja Católica, até costume, arte e direito. É representativo aqui citar a existência dos vários calendários que, dentro de cada cultura, iniciam a contagem dos anos em uma data marcante da religião, e são impregnados de feriados de cunho religioso. Até mesmo as referências históricas e científicas ocidentais, fazemo-las por meio das expressões “antes de Cristo” e “depois de Cristo”.

Apesar de a legalidade do divórcio, há bem tempo, já ser ponto pacífico em grande parte do mundo ocidental, a maioria das religiões ainda posiciona-se contra tal permissividade estatal. Atualmente permanecem latentes as divergências sobre o aborto e a engenharia genética, entre outros.

Para os seguidores de alguma fé religiosa, optar entre seguir as normas de sua doutrina ou assumir posição independente e secular pode ser extremamente conflitante. A opção de deixar de seguir a doutrina religiosa pode ser considerada, no seio da comunidade, extremamente imoral, e o infiel fica desmerecedor dos benefícios metafísicos prometidos até então.

Mas até que ponto um cidadão do Estado Democrático de Direito pode seguir as doutrinas religiosas que estabelecem a inferioridade do sexo feminino, como o fazem o Catolicismo, o Islamismo e o Protestantismo, dentre outras?

Outro grande conflito advém da incompatibilidade entre a autopromoção da religião como o único, ou o melhor, caminho para a realização dos interesses pessoais, e, simultaneamente, a necessidade de estender o tratamento igualitário da sociedade aos fiéis de outras religiões – atendendo ao princípio da imparcialidade do Estado Democrático de Direito. Embora a intolerância possa ser afastada da religião, a exclusão é parte de sua essência (MAGALHÃES, 2004, p. 73).

Todas doutrinas religiosas influenciam a formação dos Estados, tanto por meio dos governantes, quanto pelos cidadãos que deles fazem parte. Não seria exagero afirmar que a maioria das revoluções e movimentos sociais históricos mundiais, se não foram produzidos por razões eminentemente religiosas, sofreram sua influência.

O discurso político também sempre foi sustentado por princípios que, mesmo negando a própria religião, como o marxismo, têm raízes em verdades religiosas. Incluem-se no caso desde os governantes tidos como a personificação de Deus até o regime baseado no critério de igualdade e solidariedade. A religião sustentou, por meio de seus princípios dogmáticos, tanto o autoritarismo, quanto a democracia atual.

Na Grécia Antiga, a chave para a democracia era o uso da razão no espaço público. Os argumentos bem valorados eram oriundos de pessoas que, em tese, detinham maior conhecimento racional daquilo que estava em questão e, por consequência, eram vistas pelos cidadãos como autoridades, por reconhecimento de suas virtudes.

Apesar disso, a racionalidade grega sempre se misturou ao mítico, em decorrência da manipulação de argumentos através da oratória. O fundamento para um agir político apoiava-se na crença comum à maioria da comunidade que a adesão à determinada causa provinha da simpatia e comoção despertada pelo orador. A utilização desse conhecimento fez de Péricles um dos principais atores do apogeu de Atenas, como demonstrado no famoso Discurso Fúnebre.

Entretanto, semelhante instrumento de adesão tanto levou Atenas ao apogeu quanto ao declínio, pois a retórica da superioridade e da responsabilidade de cada cidadão na formação do herói grego resultou em atos de arbitrariedade com os demais povos. A razão havia perdido espaço para a crença, desconsiderando até mesmo os primeiros conceitos racionais de justiça. O receio de que a derrota na Guerra do Peloponeso resultasse no mesmo sofrimento que dez anos antes os atenienses haviam imposto aos habitantes da ilha de Melos¹ é exemplo de que os atos políticos, embasados na crença travestida em razão, mas dela desvinculada, conduzem à crise do sistema democrático.

¹ Em 416, Atenas enviou tropas à ilha de Melos para exigir submissão devido à sua neutralidade na Guerra do Peloponeso. Apesar do discurso dos mélios de que a aplicação do princípio do mais forte puro e simplesmente poderia acarretar, em futuras circunstâncias, a aplicação do mesmo princípio em desfavor dos atenienses, estes decidiram por matar todos os homens, mulheres e crianças escravizados, o que levou ao temor de que o mesmo ocorresse, dez anos mais tarde, na derrota da Guerra do Peloponeso. (MacIntyre, 2001, p. 65)

Com a disseminação do Cristianismo, principalmente no mundo ocidental, os Estados vincularam-se completamente à religião, e, naturalmente, suas decisões passaram a ter um caráter teológico, o que resultou em imenso desrespeito aos direitos que hoje conhecemos como fundamentais, especialmente aqueles derivados da liberdade de crença.

No entanto, a partir do Iluminismo, buscou-se o extremo de desvincular completamente a fé e a Ciência, inclusive práticas políticas. Isso colocou a crença e o sentimento religioso em uma situação de rejeição sem precedentes. Hoje, entretanto, há entendimento de que é necessária a adoção de um ponto médio entre o dogmatismo religioso e a negação completa de razões de ordem teológica, o que implica a aceitação, pela sociedade, das entidades e dos argumentos religiosos.

Um dos expoentes da atual discussão é Jürgen Habermas, que defende a idéia não só da possibilidade, mas também da necessidade de participação ativa de entidades religiosas e da aceitação de seus argumentos. Para isso é necessário, segundo o teórico, que os políticos e funcionários no interior das instituições estatais responsáveis por formular e justificar medidas, ordens, leis e decisões judiciais façam uma espécie de tradução dos argumentos religiosos para uma linguagem acessível a todos os cidadãos (HABERMAS, 2001, p. 138).

Mas há também teorias sobre o fim da influência religiosa na elaboração do Direito, suprimindo-se a lacuna, naturalmente, por princípios morais vigentes na sociedade, como defende Marcel Gauchet.

O fracasso do processo ocidental de secularização leva a uma sociedade pós-secular. Nessa sociedade a relação com a religião é alterada por processos de substituição e apropriação de seus conteúdos, não se admitindo suas pretensões cognitivas e adotando-se a coexistência pacífica das esferas de sentido, sensível em relação ao poder e ao conhecimento religioso (CRUZ, 2004).

Várias outras conexões entre política, poder e religião podem ser estabelecidas. A política sempre recorreu ao sagrado. Os líderes legitimavam-se no exercício do poder como portadores de uma interlocução direta com Deus, ou como seus representantes aqui na terra. Carl Schmitt foi mais longe ao construir sua teoria de secularização da teologia: o poder existe e é forte na medida em que é forte a crença em sua representação (MAGALHÃES, 2004, p.79).

Portanto, as relações entre Estado e crenças passaram por diferentes fases, começando pela época em que os Deuses – sol, lua, natureza - ditavam as regras da comunidade. Acompanhando o desenvolvimento da civilização encontramos, na antiga sociedade Egípcia,

o Deus personificado no rei Faraó; na sociedade Medieval ocidental, o Deus se fazendo representar pelo Imperador; depois, o predomínio da Igreja Católica nas normas que regiam as sociedades, inclusive a nomeação de reis. Com a Reforma Protestante, o Estado Laico buscou afastar toda e qualquer crença religiosa das normas seculares; e, por último, chegou-se ao Estado ateu comunista.

Atualmente prevalece a laicidade na maioria dos Estados Democráticos, embora as crenças religiosas exerçam, ainda, influência velada na elaboração do direito, como podemos perceber da análise de questões que envolvem a vida e a família, especialmente no que diz respeito à genética.

Há que se notar que, em muitos ramos do direito, há certa coincidência entre os padrões morais religiosos e seculares, especialmente nos direitos fundamentais previstos nas Constituições, no direito penal, comercial e tributário.

É inegável, portanto, a colaboração das crenças religiosas – com poucas exceções - para a paz social e para a promoção dos princípios basilares do Estado Democrático.

A religião foi o marco inicial dos direitos fundamentais individuais, quando alguns adeptos, especialmente das religiões protestantes, decidiram buscar a garantia de liberdade de crença perante Estado, buscando a laicidade. Colaborou, portanto, nos princípios do Estado Liberal. Também foi de suma importância na promoção dos direitos sociais, especialmente do trabalhador, com a publicação da Encíclica *Rerum Novarum*. Mas atualmente, as teorias do Estado Democrático questionam a permanente influência do discurso religioso no Direito.

A presente dissertação analisa a relação entre religião e elaboração do direito através de diversos pressupostos do Estado Democrático de Direito, como a laicidade, os princípios da liberdade de crença e expressão, a representação política.

A laicidade será um requisito do Estado Democrático? A religião deve realmente deixar de influenciar o Estado e, por conseguinte, as normas que regem as sociedades? Será isso possível? O vácuo deixado pelo desvinculamento entre religião e Direito deverá ser suprido por quais padrões morais?

A liberdade de crença e expressão é um princípio liberal classificado como direito fundamental de primeira geração. Idealizado a partir de consciências religiosas, se não foi o primeiro, certamente foi um dos primeiros direitos requisitados pelo povo ao rei. A crença no absoluto, portanto, desencadeou uma série de direitos e garantias fundamentais que hoje usufruímos no Estado laico.

Assim, a restrição ao discurso político de cunho eminentemente religioso seria uma ofensa à liberdade de crença do cidadão no exercício da função política? Mas a permissão caracterizaria ofensa à liberdade de crença dos cidadãos representados por aquele agente político? E a liberdade de expressão seria ofendida pela restrição de utilização do discurso religioso?

Houve tempo em que a democracia era direta, exemplo típico da Grécia Antiga. Hoje, devido ao aumento populacional e a prevalência do princípio da igualdade entre todos os seres humanos, no Estado Democrático, é difícil vislumbrar a possibilidade desse tipo de democracia, apesar de poucos entendimentos divergentes (VASCONCELOS, 2007). Portanto, a Democracia prevalecente é a representativa.

Representar – no sentido que ora nos interessa, de representação política, significa ser imagem ou reprodução, ser procurador ou mandatário, desempenhar atribuições ou funções.

Portanto, analisaremos também a utilização do discurso religioso sob o ponto de vista da representação No Estado Democrático atual. A representação política no Estado Democrático permite a utilização de padrões morais próprios para fundamentar o direito aplicável à grande diversidade de padrões morais de representados? É possível representar essa citada diversidade, deixando padrões morais religiosos próprios para adotar apenas padrões morais laicos? Não seria uma ofensa à representação política daqueles que elegeram tal representante acreditando na defesa de determinados padrões morais religiosos, quando o eleito adota padrões morais laicos? Os cidadãos deveriam buscar a defesa de padrões morais religiosos próprios na eleição de representantes?

Jacques Maritain, o primeiro teórico a ser analisado detidamente, defende que é necessária a convivência entre religiões e Estado, mas cabe ao legislador, o cuidado para a manutenção da liberdade de crença e laicidade, impedindo que a força da lei imponha regras morais estritas ao cidadão.

Para John Rawls, não há razão para imposição de uma doutrina moral abrangente por determinada pessoa ou grupo de pessoas utilizando-se o poder coercitivo do Estado, uma vez que o referido princípio não teria sido escolhido na posição original. Deve-se adotar a idéia de razão pública, que inclui aquilo que uns podem exigir dos outros. Para sua teoria flexibiliza-se, para permitir o discurso religioso desde que no curso sejam apresentadas razões políticas.

Já Habermas defende que o cidadão religioso não pode ser excluído do debate político, e seu discurso deve ser traduzido para a linguagem laica pelos cidadãos e agentes políticos que têm tal característica.

Para Luc Ferry, vivemos o cruzamento de dois processos: de um lado a humanização do divino e, por outro, a divinização do humano. O primeiro caracteriza-se pela tradução dos conteúdos teóricos e práticos da religião para a linguagem do humanismo, e o segundo pelo individualismo autônomo que reemerge na transcendência, não mais vertical entre homem e Deus, mas horizontal, entre os próprios pares. Assim, o religioso não estaria destinado ao enfraquecimento, mas a encontrar sua forma mais autêntica. Seria o reencantamento da descoberta de que há no homem mais do que ele mesmo.

Marcel Gauchet, em contraposição, defende que vivemos em uma época de separação e afastamento entre o homem e Deus que não cessará. O humanismo de nossos dias deveria ser pensado do homem definitiva e irrevogavelmente sem Deus. Apesar disso, há em nossa época experiências profanas do religioso, mesmo que ignoradas, como estados alterados de consciência pela música, drogas, ou a experiência de ordem espiritual com a própria arte. Defende portanto o desencantamento radical, com a consciência de que nada existe além da manifestação da condição humana, simples e exclusivamente.

O debate entre estes dois teóricos tem por fim a busca da compreensão do lugar da religião na relação com o homem: permanecerá no espaço público, ou se restringirá, no futuro, à arena particular?

Em busca de todas essas respostas, a pesquisa iniciará, a partir do Capítulo 2, com a formação do direito no Estado Democrático, descrevendo brevemente a história do Estado Medieval Religioso ao Estado Moderno, com seus modelos Liberal, Social e Democrático de Direito. Deste, analisará seus princípios norteadores, especialmente laicidade, liberdade religiosa, liberdade de expressão, igualdade e tolerância. Além disso, interessa verificar os fins do Estado – especialmente o Estado Democrático de Direito, que deverão servir como farol à atuação do legislador nas normas de organização da sociedade.

O Capítulo 3 trabalha a representação política desde sua origem, para descobrir suas características no Estado Democrático de Direito. Passará pelas características da lei e os pressupostos para sua legitimidade. Interessa também uma análise detalhada sobre a teoria de Bovero, quanto às regras daquilo que ele chama de Jogo Democrático, bem como, em mais minúcias, a análise da

representação política democrática e sua função. Esta trará conclusões essenciais à presente pesquisa.

Já no Capítulo 4, serão observadas, rapidamente, características da argumentação e linguagem. A partir de então, será apreciado o argumento religioso na formação do Direito democrático representativo. Quanto às religiões, será estudada a concepção da Justiça na tradição judaico-cristã – a de maior influência no mundo ocidental; alguns princípios religiosos importantes à democracia; a condição da religião no Estado Democrático de Direito; e enfim, o lugar da religião no espaço público e o argumento do absoluto pelo legislador. Neste ponto, serão estudada as teorias de Jacques Maritain sobre a relação entre crenças religioso e Estado, o Liberalismo Político de John Rawls, a teoria de Jürgen Habermas sobre o lugar da religião no espaço público, e o debate de Luc Ferry e Marcel Gauchet, de mesmo objeto.

A presente pesquisa tem como pressuposto o Estado Democrático de Direito e o direito de participação dos cidadãos nas decisões estatais. Para a efetividade destes, imprescindível que a representação política se realize em conformidade com os princípios democráticos, e que crenças religiosas ocupem seu lugar na arena pública, respeitando-os.

2 O ESTADO E O DESENVOLVIMENTO DE SEUS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS

Cerca de 10.000 anos atrás, ao final do período denominado pré-história, paralelamente ao surgimento da escrita, ocorreram transformações que refletiram diretamente na organização política e social, quais sejam: aumento populacional, aquisição de novos ingredientes culturais, adoção de conceitos e regras antinaturais e distinções sociais. A necessidade de explicações para fenômenos naturais incompreensíveis e, algumas vezes, aterrorizantes, como a noite, sol, lua, tempestade, raio, trovão, inundação, maré, vento, vulcão, sonho, sombra, fogo, menstruação, morte etc, fez com que aqueles indivíduos que eram capazes de explicar, convencer, prever fenômenos e curar, passassem a ser referência para oferendas e venerações. Aparentemente contraditório, à medida que as comunidades evoluíam no progresso material, iam também se inchando de mitos, idolatrias, ritos, superstições, castigos e segregações, favorecendo o engrandecimento de um ou de um grupo, em detrimento do bem-estar dos demais. Sobressaem os melhores guerreiros e os senhores da magia, que têm suas moradas e túmulos diferentes dos demais. Em decorrência dessa característica surgem castas, acumulam-se bens e territórios nas mãos de poucos e, por fim, prevalece o domínio político-social de um ou alguns indivíduos, e não mais de toda a comunidade, transformando o estado de democracia natural, em teocracia, oligarquia ou monarquia (VASCONCELOS, 2007, p. 37/38).

Da cooperação natural na realização das tarefas cotidianas, passou-se à subordinação e ao medo: os comunitários temiam igualmente a lança do soldado e a maldição dos deuses. Por convencimento próprio ou por esperteza, os líderes passaram a diferenciar-se dos demais membros das comunidades. Assim, a desigualdade era resultado da vontade dos deuses, devendo ser respeitada. Vale lembrar que alguns dos conceitos e festividades religiosas atuais têm origens na pré-história (VASCONCELOS, 2007, 39/44).

Com o crescimento das comunidades, surge a necessidade de criar uma instituição que tivesse poder de organizar os seus integrantes.

A fixação do homem em um território, deixando o nomadismo e elaborando uma estrutura de convivência de grupo, com estabelecimento de direitos e deveres

para a produção necessária à sobrevivência, significa a germinação do Estado (HORTA, 2005, p. 6).

Aristóteles afirmava que o homem é um animal social e a sociedade política é inclinação natural do homem. Entretanto, investigações recentes dão conta de que a sociedade política é fenômeno surgido em época avançada do desenvolvimento social da humanidade. O aparecimento de tribos no período do selvagismo já traz o germe das instituições sociais, embora ainda sob domínio exclusivo das forças da natureza; após vem o período da barbárie, para, ao final, no denominado período civilizado, surgir o período da escravidão, do feudalismo, do domínio da Igreja, da Revolução Francesa e do domínio do capitalismo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 13/14).

Hobbes é enfático ao afirmar que, onde não há Estado, nada pode ser injusto, uma vez que a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade só começa quando o poder civil é suficiente para obrigar os homens a cumpri-los (2001, p. 126). Surge, portanto, uma relação de interdependência, em que o homem necessita do Estado para obter ao menos uma paz relativa em sua convivência com os demais integrantes da sociedade, e o Estado necessita do homem para existir.

Em Hegel, o Estado de Direito manifesta-se diretamente na história, e vive três grandes momentos de referência. No Mundo Greco-Romano, em que se tornam unas a vida privada e a pública; na Idade Média, em que o Espírito aliena-se do homem para ser transferido a Deus; e a partir da Revolução Francesa, e no Estado de Direito propriamente dito, em que o Espírito é consciente de si mesmo (HORTA, 2005, p. 13).

Do primário Estado centralizador até o moderno descentralizado, a característica essencial de sua identificação é a soberania, cujo ordenamento normativo é próprio e independente de quaisquer outras ordens superiores. Mas, segundo Horta, apenas a soberania não completa o sentido ético que constitui o Estado, sendo necessária, na concepção do Estado Democrático de Direito, também a inclusão da finalidade de promoção dos direitos fundamentais. Assim, o Estado de Direito pode ser considerado construção etimológica de Hegel, carregando em si o legado do filósofo: finalidade ética e destino histórico (HORTA, 2005, p. 11; 13).

Para atingir o fim ético proposto, surgem tanto uma nova perspectiva de vida política, fundada nos direitos fundamentais, quanto sofisticadas técnicas de estruturação e controle de poder, o constitucionalismo (HORTA, 2005, p. 15).

Os direitos fundamentais, conceituados por Hobbes como aqueles cuja eliminação acarreta o desfazimento do Estado, é idéia desenvolvida a partir do reivindicado direito natural, que tem em Antígona um dos seus primeiros marcos². Entretanto, a idéia de direitos fundamentais pouco se desenvolveu até o Estado da época Medieval, uma vez que não se fazem quaisquer exigências perante aquele que age em nome de Deus, o rei.

Mas, a partir do Estado Moderno, com as idéias iluministas e liberais, a teoria dos Direitos Fundamentais toma consistência, tendo como uma das primeiras exigências a liberdade de crença dos cidadãos.

Segundo Magalhães, há três grandes momentos na origem dos direitos fundamentais: o mundo grego, com a relação entre direito e natureza; o mundo romano-cristão, que conecta o direito a Deus e cria o conceito de pessoa; e o mundo da razão, que busca fundamentar o ordenamento jurídico, na teoria dos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos na ordem jurídica interna, 25 *et seq*).

Não obstante o desenvolvimento da Teoria do Direito, a religião, especialmente a doutrina judaico-cristã, continua sendo amparo para pleitear os direitos fundamentais, seja como fundamento direto e principal, seja como suporte a reivindicações de cunho laico.

2.1 Do Estado Religioso Medieval ao Estado laico moderno

Ainda no período medieval, predominavam as crenças religiosas, e o surgimento do Estado, fez, por muito tempo, coincidir as funções religiosas com as estatais. Nas monarquias, os reis são ungidos por Deus, sendo sua autoridade sagrada. Assim, o poder foi, até a modernidade, sustentado pela força e pela religião.

² Nesta tragédia grega de Sófocles, a personagem Antígona, perante o então rei, Creonte, insiste no direito natural de seu irmão ao ritual fúnebre.

Na Era Medieval a influência entre religião e Estado era intensa e recíproca, atuando, portanto, não só na vida privada dos indivíduos, mas também na vida pública. Ainda na Idade Média surgiram algumas teorias sobre essa relação, e a absorção de uma soberania pela outra. Segundo Paupério, a posição Liberal se faz intermediária³.

A religião influenciava não só a vida social, mas também o governo, atuando como se Estado fosse, coroando e destituindo tronos, tendo poder, inclusive, de vida e morte dos cidadãos⁴.

Além do governo, também a formação educacional, hoje definitivamente responsabilidade do Estado, na Era Medieval foi predominantemente religiosa. A Igreja Católica e, a partir da modernidade, também a protestante, foram responsáveis por grande parte da formação intelectual especialmente das elites dominantes, com forte influência no Estado. Era o clero quem detinha os conhecimentos científicos, especialmente os filosóficos.

Era tamanha a ingerência entre religião e Estado, que Maritain (1966, p. 154) a nomeia de Era da Cristandade Medieval. Havia, segundo ele, a cidade sacral, cuja unidade política apoiava-se especialmente no requisito da fé cristã e tinha como estrutura básica referencial a unidade daquele corpo social religiosamente político – *respublica christiana* -, além da idéia dominante da força a serviço da justiça.

Os princípios, continua Maritain (1966, p. 154/155), eram adaptados às características do poder social da Igreja e efetivavam-se através de sua influência perante o príncipe. Ainda era incompleta a idéia de corpo político e, portanto, de ordem civil, e que a Igreja tinha a responsabilidade de supri-la.

³ A chamada teoria do regime teocrático ou da absorção do Estado pela Igreja, defendida por João de Salisbury (escritor inglês, que viveu entre 1120 e 1180. Juntamente com Anselmo de Cantuária, foi um dos responsáveis pela Filosofia da Idade Média) e vários outros juristas da Idade Média, estabeleceu jurisdição direta da Igreja sobre os assuntos estritamente temporais do Estado. Não obtendo amparo, quer no direito natural, quer no direito positivo, e opondo-se flagrantemente não só à pregação de Cristo - conforme descrições da Bíblia, como à doutrina dos Doutores e Pontífices, não encontra atualmente conhecidos defensores no mundo ocidental. Contudo, entre a teoria da absorção do Estado e a da absorção da Igreja, como decorrência natural do livre exame e da Revolução, uma terceira posição se abriu: a posição liberal (PAUPÉRIO, 1983, p.330).

⁴ É possível comparar o típico Estado europeu medieval com alguns Estados da atualidade do oriente médio. Ainda hoje, especialmente aqueles Estados que sofreram com dominações de outros Estados, dos continentes Americano, Africano e Asiático, são fortemente influenciados pela religião.

Com a passagem da Era Medieval para a Era Moderna, a Igreja Católica, assim como outras religiões, têm sua força vinculativa perante o Estado reduzida. Cunha apresenta algumas razões:

[...] A realeza, ungida como classe sacerdotal com sagrados óleos, teria poderes até curativos (sobretudo de certas doenças dermatológicas), pela imposição das mãos.

Mas mais ainda que estas capacidades milagrosas, parece sobretudo essencial a teoria dos dois corpos do rei, para a qual, grossíssimo modo, para além do rei pessoa concreta que morre, há um outro corpo do rei, eterno, e que não morre. Donde se compreende muito melhor assim a proclamação: *The King is dead. God save the King*⁵.

Com o rodar dos tempos, a realeza vai perdendo a sua directa presença na governação, primeiro pela complexidade da mesma, que convoca ministros cada vez mais especializados, e 'primeiros-ministros' que cada vez mais chamam a si o 'fardo da governação', e depois pela própria redefinição institucional de funções, como o constitucionalismo. A ideia de que o rei reina mas não governa aproxima-se então significativamente da de um rei como deus ocioso, que talvez tenha criado o mundo mas dele se aparta e talvez se esqueça.

É significativo que este exílio do rei parece coincidir com a relegação para segundo plano (ou aparente segundo plano) da função guerreira. O rei aparecia como senhor dos senhores da guerra, tal como, paralelamente, a imagem de Deus era evocada com tintas terríficas, e bélicas, como 'Senhor dos exércitos'. (2005, p. 18/19)

Segundo Maritain (1966, p. 156), nos séculos pós-medievais, a civilização da cristandade medieval desintegrou-se, ao passo que, no plano político, a noção e a efetividade de Estado cresceram. Como foi preservada parte das idéias da civilização sacral, foi inevitável a adoção de uma religião pela maioria dos Estados.

Na Idade Moderna, a civilização adquiriu autonomia, embora ainda presente noções da cidade sacral de separação entre Deus e César (MARITAIN, 1966, p. 156).

As influências que as religiões fortemente exerceram no ocidente medieval tomaram, como é de sua natureza, forma de tradição, o que torna mais complexo do que parece, à primeira vista, a compreensão que se deve ter da relação entre ambas soberanias: o Absoluto (religião), e o Estado.

Como reconhece Magalhães, o milagre do vinho, do pão e da água foram vistos pelo olhar ocidental não como um Deus que se mostra mais quando os desejos de carência são superados, mas como de um Deus com finalidade de suprir as carências sempre presentes. A sutil diferença na compreensão de Deus dessa

⁵ Tradução livre: O rei está morto. Deus salve o rei.

idéia é profunda e tem reflexos na construção de comportamentos sociais, no poder do Estado e nas relações econômicas (2004, p. 75).

O Estado Moderno ainda busca descobrir qual é o seu lugar e o lugar da religião na vida pública e privada dos cidadãos, e essa incerteza resulta de tradições milenares de influência recíproca entre religião e Estado. Houve uma grande revolução na relação entre estado e religião, mas ainda não há consenso, sequer uma idéia dominante, sobre a relação entre ambas soberanias.

Para estabelecer nossa imagem histórica concreta, é preciso definir o Estado Moderno como uma civilização secular. A ideia não é de força a serviço da justiça, mas de conquista de liberdade e realização da dignidade humana. Além disso, a unidade religiosa ou participação na Igreja, ao contrário da era medieval, não é requisito para participação da vida política (MARITAIN, 1966, p. 157).

2.2 O Estado Moderno

Ao contrário do Estado Medieval, onde o direito poderia surgir apenas de tradições ou de discricionariedade do rei, no Estado Moderno, o direito vincula-se mais aos membros da comunidade então existente, e sua elaboração ocorre como resultado da política.

O Estado Moderno possibilitou a crescente participação nas decisões estatais (embora muito mais em número que em qualidade, consciência), decisões estas que, no Estado Medieval, ficavam a cargo unicamente da vontade do rei ou do clero.

A principal diferença da Democracia do Estado Moderno para a Democracia grega clássica é compreensão de participação de todos os cidadãos nas decisões Estatais, sendo que nesta, todos os cidadãos limitavam-se apenas aos homens, naturais da cidade-estado, não escravos.

No Estado Moderno, todos se referem à totalidade dos seres humanos com capacidade, ainda que em potencial, de compreensão das questões estatais. Essa mudança foi gradativa, tendo como intermediário especialmente a democracia francesa pós-revolução que, de fato, não concebeu a participação popular.

Temos então que a democracia elaborada pelo Estado moderno, diferencia-se da democracia grega especialmente devido às definições sociais. É a mudança dessas definições que deu origem à elaboração da teoria dos direitos fundamentais.

Bovero (2002, p. 17) demonstra a relação entre o conceito de democracia e direitos fundamentais, conceituando a primeira, inicialmente, como o poder (*kratos*) de tomar decisões vinculativas para todos, exercido pelo povo (*demos*), mediante (a soma de) livres escolhas individuais. Os dois elementos da definição, 'todos os cidadãos' e 'livres escolhas', correspondem às duas noções mais usadas (e abusadas) nos discursos sobre a democracia: igualdade e liberdade.

Juntamente com o desenvolvimento político e científico do Estado Moderno, a religião, como fator social, sofreu mudanças. A hegemonia da Igreja Católica foi gradativamente sendo desfeita. Mas ainda assim a religião permanece no discurso político, enraizada nos membros da comunidade, mesmo nos Estados ocidentais da atualidade.

Quanto à finalidade Estatal, no período moderno, não constitui um fim em si mesmo. O ocidente, ao descobrir a filosofia grega, reconheceu que a finalidade direta do Estado é o homem e a comunidade. Para a efetivação de seus princípios, em especial dos Direitos Fundamentais, o Estado Moderno deve ter em vista tudo o que é passível de moldar o comportamento humano, com destaque para a crença religiosa. Assim Castro, comenta sobre os motivos da mudança dos fins do Estado:

[...] a revelação das teorias sôbre os objetivos finalísticos do Estado, embora denotando uma aparente diversidade de manifestações teleológicas em relação aos critérios estimativos do Direito que presidem a estruturação da vida funcional ou institucional do Estado, não implicam incoerência, mas, antes, estágios ou posições assumidos pelo homem na luta para clarear sua caminhada pela vida na busca incessante de um ideal a cumprir.

Instituição humana, o Estado tende a expressar na instrumentabilidade de sua organização social, político-jurídica e econômica, uma concepção de vida. Daí a razão de ser da sua grandeza; daí, também, a motivação de suas crises periódicas.

Aristóteles, num texto célebre de sua Política, já havia observado que 'antes de definir o Estado ideal, importa definir a vida mais desejável, o ideal de vida para o indivíduo e o Estado'. (CASTRO, 1955, p. 7/8)

A teoria do homem como finalidade estatal começa a tomar força a partir da Revolução Francesa⁶, com o modelo liberal, pretendeu a separação total entre Igreja

⁶ Apesar do reconhecimento da Revolução Francesa, é necessário reconhecer a importância dos ingleses na criação de um novo padrão de sociabilidade política, quando puseram fim à dinastia

e Estado, e a limitação dos poderes do rei. Conforme lições de Horta, em lugar do homem a exercer o poder estatal, coloca-se a lei, produto da razão e que exprime a vontade geral.

O posterior Estado Social tinha como principal objetivo concretizar os direitos propagados pelo iluminismo, que até então se restringiam àqueles que detinham o poder financeiro. Sua razão, portanto, era o proletariado, aqueles que fisicamente sustentavam os que detinham os direitos. As idéias marxistas sobre a injustiça na distribuição da mais-valia e muitos outros teóricos que, de uma forma ou de outra, caminharam neste norte, construíram a teoria do Estado Social, que ainda hoje se faz presente, especialmente naqueles Estados onde a desigualdade social é gritante, assim como nos séculos IX e XX.

Bonavides defende que a revolução social tem como cenário mais vasto, referente à importância e profundidade de efeitos, aquelas faixas continentais onde residem os povos subdesenvolvidos.

Já a teoria considerada, majoritariamente, hoje, como a melhor teoria do Estado, é a do Estado Democrático de Direito que, distante de pretender a garantia apenas formal de direitos, como o Liberal, ou o predominante paternalismo do Estado Social, pleiteia iguais oportunidades a todos os cidadãos, inclusive e especialmente de participação nas decisões Estatais, com garantia efetiva de Direitos Fundamentais.

2.2.1 O Estado Liberal

O liberalismo clássico é uma corrente do pensamento político que pretende um sistema de governo democrático, com amparo na lei, na liberdade de expressão e na livre concorrência econômica, defendendo, assim, a maximização da liberdade individual na sociedade. Liberdade é a palavra-chave do liberalismo:

Os valores que, ainda que não sendo conotativos da democracia como tal, constituem contudo sua pré-condição, porque apenas a sua

Tudor e convocaram um novo rei, fato fortemente influenciado pela divergência religiosa entre católicos e anglicanos.

garantia institucional permite à democracia existir, são sobretudo aqueles que provêm da tradição liberal. Coincidem com aquelas que Bobbio denominou as 'quatro grandes liberdades dos modernos: a liberdade pessoal, [...] a liberdade de opinião e de imprensa, [...] a liberdade de reunião, [...] a liberdade de associação [...]. (BOVERO, 2002, p. 48)

O Liberalismo encontra raízes nas conquistas da Revolução Gloriosa da Grã-Bretanha, como a subordinação do rei às leis do parlamento, o livre comércio e a eliminação da censura política que podem ser vistos como precursores das reivindicações de soberania popular. O conhecido *Bill of Rights*, de 1689, permitiu que a burguesia e a aristocracia rural tivessem maior influência nas normas estatais através do Parlamento, permitindo o pioneirismo industrial inglês. A partir de então, a liberdade deixa de ser algo acessório, para tornar a base fundamental dos direitos políticos.

A Revolução também sofreu influência das divergências religiosas. Um dos fatores que levaram aos acontecimentos da Revolução Gloriosa foi a concorrência entre catolicismo e protestantismo, entre o Parlamento predominantemente anglicano e os seguidores dos reis católicos.

Mas os movimentos geralmente tidos como verdadeiramente "liberais" surgem no período Iluminista, como oposição à monarquia absoluta e a diversas formas de ortodoxia religiosa e clericalismo, oportunizando formulação dos conceitos dos direitos individuais e do primado da lei, bem como evidenciando a importância do autogoverno através de representantes eleitos.

Alguns cientistas afirmam ser o pensamento liberal o de maior complexidade (HORTA, 2005, p. 38), por ter como valor central a liberdade, e ter como afluentes inúmeras tendências, destacando-se as humanistas, jusnaturalistas, racionalistas, iluministas e contratualistas.

A concepção inicial do liberalismo foi a de que os indivíduos livres, em vez de precisarem obter licença para agir, poderiam formar a base de sustentação da estabilidade política, desde que cuidassem para não abalá-la. Esta concepção é geralmente atribuída a John Locke (1632-1704), cuja obra estabeleceu duas idéias liberais fundamentais: liberdade econômica, ou seja, o direito de possuir a propriedade e usufruir dela, e a liberdade intelectual, incluindo a liberdade de consciência, as quais são expostas em *Da tolerância* (1689) (2007, p. 266/198).

Locke desenvolve, posteriormente, a ideia de lei e direitos naturais, os quais ele define como "vida, liberdade e propriedade". A sua "*Teoria do Direito Natural*" é a semente dos Direitos Humanos.

Para Bonavides (2007, 47/49), Locke é otimista, beirando mesmo a ingenuidade, por ignorar a natureza negativa do poder. Legítima, na sua embrionária separação de poderes, que aquele que detenha nas mãos o poder executivo detenha também o poder de persecução do bem público, de decisão na ausência de lei ou, até mesmo, contra a lei. A citada prerrogativa pode legitimar o absolutismo do bom rei.

O liberalismo também gerou a teoria do primado da lei. Montesquieu a sustentou em sua obra "O espírito das leis", onde defende a ideia de que é preferível o governo mais conforme a natureza e mais coincidente com a vontade e disposição das pessoas em favor das quais é instituído ao daquele estabelecido meramente pela força.

Para Montesquieu, a divisão dos poderes não tem caráter apenas teórico, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem. "Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata" (BONAVIDES, 2007, 47-49).

Para os primeiros doutrinários do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. A antinomia era acentuada, já que para Kant, a sociedade representou racionalmente a ambiência onde o homem fruía da plena liberdade (BONAVIDES, 2007, 40).

O liberalismo tinha como principal objetivo limitar o poder do rei absolutista, organizando os poderes do Estado e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos. A divisão de poderes⁷ foi a técnica acuteladora e fundamental de proteção aos direitos de liberdade, em que Kant, Locke e Montesquieu cuidaram de

⁷ Nas lições de José Afonso da Silva, "o Poder Estatal democrático é uno e soberano, e a tripartição de poderes significa, na verdade, a divisão na manifestação das funções estatais. Portanto, apesar da expressão divisão de poderes sempre utilizada, isso não ocorre abstratamente, mas na forma concreta de manifestação" (2006, p. 56/57).

decompor a soberania na pluralidade de poderes (BONAVIDES, 2007, 45), uma vez que o indivíduo deveria ser o ponto de partida das decisões estatais, sendo a divisão de poderes o meio para assegurar a liberdade.

A França, com a redescoberta do passado clássico, da renovação econômica e do conflito religioso, funcionou como caixa de ressonância do liberalismo (HORTA, 2005, p. 34). A Revolução Francesa possibilitou, pela primeira vez na história dos povos, a universalização do princípio político e é expoente do gênero de Revolução em que ela se conteve: a grande revolução espiritual e racionalista do século XVIII. Para Bonavides, o entendimento de que a Revolução restringe apenas à revolução burguesa é vulgar e mesquinho (2007, p. 31).

Outra importante obra do liberalismo foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembléia Nacional Constituinte de 1789. Aparentemente, incorre em redundância, ao referir-se ao homem e cidadão, mas obtém êxito na exaltação da liberdade individual e da participação política, as reivindicações fundamentais do movimento liberal. (HORTA, 2005, p. 82).

Bonavides (2007, 30) exalta a declaração, comparando que os ingleses escreveram a Magna Carta, o *Bill of Rights*, o *Instrument of Government*; os americanos, as Cartas Coloniais e o Pacto federativo da Filadélfia, mas só os franceses, procederam como havia procedido o apóstolo Paulo com o Cristianismo: dilataram as fronteiras da nova fé política. Roma, universalizou-se uma religião, e Paris, uma ideologia. O governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser o apanágio de cada ente humano; o homem cidadão sucedia o homem súdito.

Quanto ao trato com as religiões, a teoria liberal mantém sua complexidade. O liberalismo absoluto, pregando a completa supremacia do Estado sobre o indivíduo e a sociedade, chega praticamente ao ateísmo, representado atualmente pelo chamado laicismo. Mas o liberalismo moderado, embora não ateu, entende que o Estado não deve manifestar preferência por nenhuma religião, embora lhe reconheça a necessidade (PAUPÉRIO, 1983, p.330).

Os defensores do liberalismo contemporâneo – Rawls, Dworkin, entre outros – pouco alteraram a vertente moderada do liberalismo, no que tange à relação entre religião e Estado. A religião poderia continuar moldando o comportamento pessoal, com limitações de influência na esfera pública, pois as razões religiosas não são acessíveis a todos os cidadãos de uma sociedade pluralista.

Scherer assim resume o pensamento liberal atual:

A maioria dos teóricos liberais fundamenta a sua oposição à religião pública em uma argumentação mais ampla, concernente ao lugar das 'concepções de bem' dentro da vida política contemporânea. Religiões são modos de acreditar e agir que implicam a busca de uma compreensão particular das condições necessárias para o genuíno progresso humano. Assim como outras visões morais e filosóficas substantivas, religiões pressupõem que a forma de vida que recomendam provê o caminho definitivo para a plenitude e felicidade humanas. Nas sociedades modernas estas visões são irredutivelmente variadas e múltiplas e, uma vez que recomendam avenidas únicas de acesso ao fim derradeiro e ao bem último, serão inevitavelmente contenciosas e conflitantes. Destarte, para tratar os cidadãos com justiça e equidade, os governos não podem mostrar preferência por qualquer uma destas diferentes concepções de bem. Conseqüentemente, um estado liberal adotará uma postura de 'neutralidade' em relação a todas as visões religiosas, morais e filosóficas substantivas. De acordo com Ronald Dworkin, 'o estado deve permanecer neutro sobre o que podem ser chamados de questões da vida boa. ... Decisões políticas devem ser independentes de qualquer concepção de vida boa ou do que dá valor à vida. [...]

2.2.1.1 A teoria do contratualismo

O ponto de partida do liberalismo é a teoria contratualista e o "estado de natureza". Situação de abstração ou não, de insegurança ou violência, o homem teria sentido a necessidade de constituir um poder, outorgando-lhe parte do próprio direito natural, para que tivesse segurança e garantia dos próprios bens. Daí a figura do contrato social: concede parte do direito próprio com a contraprestação de assegurar seu direito de propriedade (aqui entendido, além de bens, aqueles sobre sua pessoa).

A plena liberdade do indivíduo em tempos que não havia Estado foi transferida para este, que o devolve ao cidadão o mesmo direito natural que lhe foi concedido, mas transmutado em direito civil. Nas palavras de Bonavides:

Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam concedido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social (2007, 52).

Assim, a concessão de direitos tem como retribuição a sua retomada pela forma de direitos do cidadão. Bem afirma Horta (2005, p. 52), que para Kant “o contrato social é interpretado como um contrato originário, onde todos renunciam à sua liberdade exterior, para recuperá-la a seguir, como membros de uma comunidade, cujo soberano universal é o povo”. Mas ressalta que a renúncia não se estende à sua liberdade interior, de crença ou consciência.

Como decorrência do contrato social, Hobbes é contundente ao afirmar que nada que o soberano faça pode ser propriamente chamado de injustiça – porque cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano, exceto quanto ao desrespeito ao direito natural – por ser, até mesmo o soberano, súdito de Deus (2001, p. 177). Portanto, os súditos têm liberdade e direito de recusar-se a fazer todas aquelas coisas cujo direito não pode ser transferido por um pacto, a exemplo o direito de defesa (HOBBS, 2001, p. 180).

E Bonavides, lecionando sobre a teoria do contratualismo, afirma que o Estado seria uma criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que compõem a sociedade, e por isso, teoricamente, revogável. Mas, por ser o Estado monopolizador do poder, pode tornar-se semelhante à criatura que se volta contra o criador. Por isso a busca da limitação do poder para evitar o anseio devorador do Leviatã (2007, 40).

O liberalismo não lutou pela real igualdade de direitos de todos os cidadãos. Segundo Bonavides, por causa de contradições elegantemente disfarçadas, liberalismo e democracia nem sempre coincidiram. A circunstância de algumas monarquias abdicarem do absolutismo em prol da burguesia evidencia que o foco do liberalismo é o interesse prioritário da burguesia e não a presença das massas na vontade estatal ou a igualdade e liberdade de todos (2007, 51/52).

2.2.2 O Estado Social

O regime liberal privilegiava aqueles que detinham o poder econômico e construiu a imagem do homem ideal desconsiderando as influências sociais a que está submetido o homem real. Tinha como princípio a liberdade, isenta de qualquer influência da igualdade.

Segundo Bonavides continua dissertando que, no exagero da generalização, poderíamos afirmar que a crise do ocidente é principalmente a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo e caduca perante os novos rumos da evolução social. A conceituação clássica é a exaltação do indivíduo, com a menor intervenção estatal. E a igualdade formal encobriu a desigualdade de fato. A liberdade propagada foi a opressão do proletariado (2007, 60). Assim descreve a derrocada do liberalismo clássico e a ascensão do Estado Social:

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal democracia.

Dissemos inicialmente porque, depois, o equilíbrio se rompe com a pugna ideológica, que reprimiu e desacreditou o antigo princípio liberal, fazendo que a idéia democrática (igualdade) viesse a preponderar, de modo já inequívoco, como acontece em nossos dias, com a chamada democracia de massas, democracia igualitária, ou, para empregarmos a justa expressão de Burdeau, democracia governante, que se distingue da democracia governada, do liberalismo” (BONAVIDES, 2007, 55).

Foi a partir da Primeira Guerra Mundial que percebeu-se a necessidade de amparar socialmente o cidadão, especialmente com a efetivação da doutrina marxista pela Revolução Russa, com impacto ideológico em uma Europa destruída e com abundantes movimentos do proletariado. Portanto, a democracia evolui do individualismo para o coletivismo, e do Estado abstencionista para o Estado providência. O sentido ético da doutrina social é a proteção do economicamente mais fraco.

Horta (2005, p. 101) afirma ser Hegel o fundador jusfilosófico do Estado Social, a que acresceu, para modificar os princípios de liberdade e igualdade, o valor do trabalho.

O Estado Social tinha, pois, a função de efetivar os direitos apenas propagados pelo liberalismo, dando ênfase à promoção da igualdade. Entretanto, a tentativa de realizar essa igualdade, era “cuidando” dos necessitados, atuando diretamente, concedendo-lhes bens.

Não se trata mais apenas de direito a não ser importunado pelo Estado. Com o Estado fortalecido, tratou-se de não mais apenas declarar os direitos fundamentais e a limitação do Estado, mas de intervir diretamente no domínio sócio-econômico (HORTA, 2005, p. 116). Assim, as Constituições do século XX trataram de proteger

a coletividade, buscando efetivar, por meio de prestações positivas, o princípio da igualdade, adotando como norte, o trabalhador.

Entretanto, desencadeou-se a hipertrofia do Poder executivo, desvinculando-se da teoria clássica da separação de poderes e do princípio liberal de igualdade de poderes entre as funções executiva, legislativa e judiciária (Horta, 2005, p. 112). Foi o retorno da personificação do Estado que, antes do liberalismo tinha o governante como o enviado de Deus, e na figura paternalista, foi visto com a função de proteção aos necessitados.

E por exigirem prestações materiais, os referidos direitos tiveram eficácia duvidosa, sendo remetidos à chamada esfera programática (HORTA, 2005, p. 131).

O Estado Social “é fruto do anseio de efetivação, não de mera declaração; é cada vez mais substancial e cada vez menos formal; e, ao menos em parte, vivifica-se no mundo do *ser*, emancipando-se do *dever ser*” (HORTA, 2005, p. 137).

Para Bonavides, o Estado Social propriamente dito, não-totalitário, provém do consenso e dos efeitos da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais (2007, 32).

2.2.3 O Estado Democrático de Direito

O Estado Social é por demais caro, e as experiências demonstram a incapacidade de cumprimento de seus objetivos. A reforma do Estado, influenciada por uma maior consciência do processo de globalização, passou por processos de privatização e sofreu maior atuação de organizações não-governamentais em setores anteriormente exclusivamente estatal, além de maior participação popular na positivação das normas.

Se após a Primeira Guerra Mundial, o Estado Social desenvolveu as idéias de liberdade e igualdade, a Segunda Grande Guerra foi marco da formulação do Estado Democrático de Direito, efetivando, agora, o princípio da Fraternidade. Esse princípio traz a noção de responsabilidade ou, como preferem alguns, de Solidariedade, com o sentido de reconhecimento do outro como semelhante, apesar de diferente (HORTA, 2005, p. 164). É o Estado universalista de Direito.

Sobressai, então, como fruto da teoria, o princípio da dignidade da pessoa, e não só do respeito, mas da valorização da diferença. Enquanto Rousseau, ao subsidiar a teoria da primeira geração dos direitos fundamentais, pretendia a efetivação da igualdade, Nietzsche pretende abolir a artificial igualdade, em busca da benéfica desigualdade. Portanto, a verdadeira libertação do homem é o respeito às especificidades, respeito e estímulo aos diferentes desejos, vocações e perspectivas. Estado Democrático de Direito, seria a realização plena e universalizada do Estado de Direito e da pessoa (HORTA, 2005, p. 167/168).

O pressuposto do Estado Democrático de Direito não é a nua e crua liberdade, independente da desigualdade de oportunidade, como fazia o Estado Liberal. Também não consiste na busca incessante pela igualdade, como o Estado Social fazia, tomando para si obrigações infundáveis e intervindo incansavelmente em setores de natureza eminentemente privada. O cerne do Estado Democrático de Direito é a liberdade, por meio da igualdade de oportunidades, em busca da fraternidade, ou “vida boa”.

Como nunca, direitos fundamentais e Estado de Direito mantêm dependência recíproca. E é tamanha, que, segundo Horta (2005, p. 184/185), grande parte das incertezas e imprecisões que atingem a moderna construção do Estado de Direito nascem da desconsideração desta interdependência.

Referidas incertezas no novo sistema deve-se, especialmente, ao fim do comunismo, e ao fortalecimento do modo de vida capitalista:

O triunfalismo democrático seguido pela revolução pacífica de 1989 difundiu e tornou predominante uma noção de democracia que pode ser considerada herdeira das batalhas ideológicas da guerra fria: implicitamente definida em oposição ao ‘comunismo’, ela indica não apenas um modelo de sistema político, uma forma de governo, mas o modelo de um inteiro sistema social, ou até mesmo, como alguns filósofos dizem, uma ‘forma de vida’. Deste modo, a idéia corrente de democracia tornou-se ainda mais imprecisa e equívoca do que jamais fora. [...] (BOVERO, 2002, p. 36)

A teoria democrática do Estado não defende, o enfraquecimento da soberania ou a desertificação das funções do Estado, mas o atrelamento a valores e princípios que permitam a plenitude ao cidadão. É o fortalecimento do Estado pela participação popular na administração.

Esta soberania popular, tanto na forma direta, de democracia como na forma representativa, consiste essencialmente em um conjunto de procedimentos –

chamado por Bovero (2002) de “as regras do jogo” – que permite acima de tudo a participação, direta ou indireta, dos cidadãos no processo decisório político. A democracia é, por isso, essencialmente formal, ou seja, possui uma forma⁸.

Esta forma não é rígida. Existe, na realidade, um padrão, adaptável às peculiaridades da sociedade a quem se aplica. Seu pressuposto é a participação política igualitária, como leciona Bovero:

A nossa análise sugere que um regime político pode ser definido como uma democracia – qualquer que seja a forma específica – quando todos os sujeitos aos quais são dirigidas as decisões coletivas (leis e providências políticas) têm o direito-poder de participar, cada qual com igual peso em relação ao outro, do processo que conduz à determinação e à assunção daquelas decisões. Tanto a democracia direta quanto a democracia representativa são democracias, uma vez que o direito de participação política é igualmente distribuído a todos os membros da coletividade, sem exclusões de nascimento, de gênero, de classe ou de patrimônio. [...] (BOVERO, 2002, p. 39/40)

2.2.3.1 Conceito

A origem do termo Estado Democrático de Direito objetivou a elaboração de um novo Estado Social, diante das arbitrariedades cometidas por aqueles então existentes, especialmente nos países de língua latina. Diante da insuficiência democrática dos Estados Sociais, Elias Diaz propõe um estado de estrutura econômica socialista, extrapolando os limites da política alienante e perpetuadora da desigualdade social. Foi, assim, num manifesto contra o autoritarismo espanhol então existente, que Elias Diaz⁹, em seu livro *“Estado de Direito e Sociedade*

⁸ Contudo, quem usa corretamente tal adjetivo para qualificar a democracia enfrenta contínuos mal-entendidos. Na maioria das vezes, o adjetivo formal é entendido como uma atenuação do significado e do valor do substantivo ‘democracia’, quando não como a indicação de um seu aviltamento ou deformação. Na linguagem comum, continua-se a contrapor “democracia formal” à “democracia substancial” (BOVERO, 2002, p. 42).

⁹ O Estado democrático de Direito tem de ser hoje um estado de estrutura econômica socialista; esta é necessária à constituição atual de uma verdadeira democracia. O neocapitalismo com seu famoso Estado do bem-estar, apoiando-o todo em uma economia e uma sociedade de consumo não consegue, pode dizer-se, sequer superar a alienação das massas, nem frear a desigualdade social, sobretudo em nível internacional. O Estado social de Direito é, na minha opinião, um Estado insuficientemente democrático.

Democrática”, cunhou a expressão, em outubro de 1966 (HORTA, 2005, p. 169). Seria, na realidade, apenas um período de transição para o socialismo.

Conceituar Estado Democrático de Direito é sempre complexo por envolver, como já foi dito, uma série de variações, em conformidade com a sociedade. Bovero (2002, p. 29) afirma que é possível delinear um conceito elementar unitário mediante os substantivos da democracia, ou seja, através de uma determinada interpretação das noções de igualdade e de liberdade. E tanto a democracia moderna quanto a antiga, com suas especificidades, são assim classificadas apenas à medida que sejam passíveis de serem remetidas a este conceito elementar e fundamental.

O Estado Democrático de Direito tem como pressupostos, soberania do povo (participação popular nas normas estatais), cujos princípios regentes são igualdade de oportunidades, defesa dos Direitos Humanos – especialmente liberdades, submissão dos governantes a uma Constituição, garantindo, desta forma, uma vida boa aos integrantes da sociedade.

Bovero joga com as palavras, a princípio contraditórias, para expressar sua compreensão sobre a essência do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, uma forma de Estado de direito, que proteja as liberdades individuais fundamentais, e uma forma de Estado social mínimo, que satisfaça as necessidades primárias essenciais, representam os elementos de valor, respectivamente 'liberal' e 'social' (ou 'socialista'), que permitem em princípio à democracia, não de transformar-se de forma em substancial, mas sim, permanecendo formal, de não se tornar, em maior ou menor medida, democracia aparente. Se devêssemos recorrer a um adjetivo, eu diria que a democracia formal não aparente é ... 'liberal-socialista', ainda que apenas nas suas precondições. (2002, p. 49)

2.2.3.2 Princípios

O Estado Democrático de Direito tem como princípios fundamentais especialmente a vigência e a efetividade dos Direitos Humanos como norma interna, a participação popular e a submissão de todos e de todas as normas a uma Constituição.

A participação popular, especialmente no Brasil, país de democracia recente, é ainda tímida em face das possibilidades. Depende de experiência e de

conscientização de todos os cidadãos sobre sua soberania. Ferrero traz detalhes das dificuldades.

Por causa de sua forma de governo abstrata e impessoal, a democracia não é capaz de suscitar o amor de seus súditos como o podem fazer as instituições monárquicas. A monarquia se constitui de um rei ou uma rainha, que as massas tratam como divindades antropomórficas da mitologia, com toda classe de sentimentos¹⁰. Ao contrário, a democracia é instituição impessoal, com a missão de redigir leis e discutir política, e o Parlamento deve apenas inspirar apreço pela inteligência dos sujeitos que o integram e pela sabedoria de suas decisões (FERRERO, 1991, p. 178).

O povo tem de ser consciente e estar orgulhoso de sua parcela de soberania. Deve saber reconhecer a superioridade moral do homem livre em relação ao súdito despossuído de direito de ser informado e consultado pelos governantes em todos os assuntos que afetam ao interesse político da comunidade. Tem de estar em condições de exercer o direito a ser, alternativamente e segundo as circunstâncias, maioria e minoria. Por sua vez, os governantes devem tratar de conquistar o afeto do povo por meio do respeito e da confiança, afirmando-se, dia a dia, como um poder simples, humano, seguro; mostrar tanta bondade e compaixão quanto for possível; comportar como um poder nascido do povo que tem por único objetivo proporcionar aos cidadãos o maior bem estar, segurança e justiça, como um poder que não sente medo dos cidadãos e que resulta completamente incapaz de despertar neles nenhum gênero de temor (FERRERO, 1991, p. 178/179).

Para não transformar a democracia em ficção, continua Ferrero (1991, p. 185), é preciso que as classes populares aceitem e aprendam a exercer seu direito de soberania. Mas à medida em que o população aumenta, aumenta também a dificuldade de educá-la para o uso de suas atribuições soberanas, porque ela torna-se passiva, e necessita de instituições que a organizem, mobilizem e sirvam de intermediários. E conclui: a democracia é infinitamente mais difícil que a monarquia.

Quanto ao pressuposto democrático de submissão de todos e de todas as normas a uma Constituição, expressão máxima da soberania popular (democracia representativa), é norma resultante da teoria do Constitucionalismo, que tem como marco inicial a Carta Magna de 1215, também conhecida como a Grande Carta das

¹⁰ As monarquias deste século têm se esforçado em apresentar o monarca como pai dos súditos, sendo a dinastia sua grande família.

Liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês, que limitou o Poder do Rei “João Sem Terra”, impedindo o exercício do poder absoluto.

Além das características de soberania popular e vigência de uma Norma Maior, é também essencial que o Estado Democrático de Direito tenha leis fundamentais irrevogáveis, que preveem direitos e garantias aos cidadãos.

A previsão dos direitos fundamentais contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é o mínimo exigido de cada Estado que deseja ser reconhecido como democrático, com os seguintes objetivos: a certeza dos direitos e deveres pelo cidadão, a segurança de sua vigência e a efetividade destes direitos (HORTA, 2005, p. 187).

Hobbes, em 1651, já definia lei fundamental como aquela que “se eliminada, o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido, como um edifício cujos alicerces se arruínam” (2001, p. 232).

Os Direitos Fundamentais hoje são caracterizados por aqueles previstos nas normas internas do Estado, e que, em âmbito internacional, são chamados de Direitos Humanos.

Interessa ressaltar que os Direitos Humanos não são, *stricto sensu*, inventados. São formulados em conformidade com uma época vivida, considerando o desenvolvimento social e científico da humanidade, que vive em relativa continuidade consigo mesma, sem extrapolar o círculo da unidade da “espécie humana”. A ideia de Direitos Humanos foi construída em vários momentos históricos e possuem um enraizamento muito mais vasto e antigo ao que parece à primeira vista. E aí se justifica a possibilidade de eco além da dominação ocidental (GAUCHET, 2008, p.79).

Analisando, a partir de agora, os Direitos Fundamentais tidos como princípios do Estado Democrático de Direito, serão observados apenas aqueles interessantes ao tema do trabalho, predominantemente os Direitos individuais, conforme classificação teórica.

São direitos individuais aqueles pertinentes ao indivíduo, enquanto sujeito de direitos e garantias perante o Estado. A estrutura fundamental deles é a forma como atuam: entende-se por sujeito passivo qualquer indivíduo ou o Estado e por titular do direito, o indivíduo (HORTA, 2005, p. 81). Têm como marco histórico o Estado Liberal e predominam como garantias de liberdades.

Para os antigos, liberdade era um status ligado ao agir político. Somente os cidadãos detinham tal direito.

Na conceituação de Hobbes (2001, p. 175/176), liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por esta, impedimentos externos ao movimento). Homem livre seria “aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer”.

Para Hobbes, liberdade e necessidade são compatíveis, dado que as ações voluntárias dos homens derivam da liberdade de fazê-las e da causa desse desejo, que o torna necessário de realização¹¹ (HOBBS, 2001, p. 176). Hobbes aponta a referida conexão como resultado da atuação de Deus, uma vez que, se não fosse necessário ao homem a realização dos atos, seria o mesmo que um impedimento à liberdade de Deus.

Apesar de embasar-se em crença para fundamentar a afirmativa, Hobbes faz, na realidade, a constatação de um fato: a existência de um elo entre liberdade e necessidade.

2.2.3.2.1 Da laicidade

O princípio da laicidade teve sua origem na França. Após mais de quarenta anos de guerras religiosas e civis, em 13 de abril de 1598, o Rei Henrique IV, mediante assinatura do Édito de Nantes, garantiu aos protestantes, especialmente calvinistas, a liberdade de prática do culto religioso. A Igreja Católica permanecia a religião oficial do país (SILVEIRA, 2007, p. 16).

Entretanto, nas idas e vindas do desenvolvimento democrático, o Édito de Nantes foi revogado, em 18 de outubro de 1685, por Luís XIV, o “Rei Sol”, assim conhecido por seu egocentrismo. Com a revogação, a religião reformada é proibida no reino da França e os convertidos à força, são tidos como “novos católicos” (SILVEIRA, 2007, p. 16).

¹¹ Para Hobbes, a cadeia de causas das vontades dos homens tem, como fim, Deus. Apesar de praticarem atos que Deus não desejou, não nos é possível ter apetite por nada que a vontade de Deus não seja a causa. Aparenta contradição... *In verbis*: “Portanto Deus, que vê e dispõe todas as coisas, vê também que a liberdade que o homem tem de fazer o que quer é acompanhada pela necessidade de fazer aquilo que Deus quer, e nem mais nem menos do que isso. Porque embora os homens possam fazer muitas coisas que Deus não ordenou, e das quais portanto não é autor, não lhes é possível ter paixão ou apetite por nada de cujo apetite a vontade de Deus não seja a causa” (2001, p. 176).

Então em 1787, Luís XVI decide promulgar um édito de tolerância em favor dos súditos que não pertenciam à religião católica. Nesta época, Voltaire redige o Tratado sobre a tolerância em 1762 (SILVEIRA, 2007, p. 16).

Percebe-se, já de início, que a laicidade está intimamente ligada ao direito de liberdade de crença, e ao princípio da tolerância.

A laicidade francesa é formalizada apenas um século após a Revolução, com a Terceira República (1870-1940), com o estabelecimento da educação estatal secular e o desestabelecimento da Igreja Católica (SILVEIRA, 2007, p. 16).

A expressão, no Dicionário Jurídico (Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p. 475) tem o sentido de secular, próprio do mundo, profano. Em relação ao Estado, significa independência deste em relação a quaisquer crenças religiosas. Isso significa que os cidadãos têm liberdade de crença e prática religiosa, devendo respeitar, naturalmente, o direito do próximo.

Segundo Maritain (1966, p. 158), no Estado Moderno, a principal característica em relação às religiões é que estas têm, cada vez mais, menos influência vinculativa em relação àquele, e vice-versa. A consequência imediata para os cidadãos é a garantia plena da liberdade e da prática de crença religiosa, desde que não ofensivas ao direito alheio, assim como a garantia de não estar obrigado a práticas religiosas que não adota.

Decorrem-lhe outras consequências, entre as quais destacamos: o corpo político não é braço secular do poder espiritual, tendo plena independência; há igualdade entre todos os membros do corpo político, independente da adesão a qualquer religião; existe a liberdade de consciência individual em face do Estado. O maior perigo ao bem comum ou aos interesses supratemporais individuais é o enfraquecimento e a desintegração das fontes íntimas da consciência (MARITAIN, 1966, p. 158).

Muitos Estados da atualidade têm como característica expressa em sua constituição a laicidade. Outros, classificados pelo mundo ocidental como democráticos, são declaradamente religiosos, como Israel e Argentina¹². E existem também aqueles que, apesar de declaradamente laicos, mantêm leis de cunho eminentemente religioso, como o faz o Brasil, com seus feriados católicos.

¹² Constituição Nacional da Argentina: Art. 2º.- *El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*. Tradução livre: O governo federal sustenta o culto católico apostólico romano.

É certo que, embora em um primeiro instante a laicidade pareça referir-se apenas à impossibilidade de o Estado professar alguma fé, existem outras implicações. A separação entre Igreja e Estado não é apenas um princípio negativo, que veda a profissão de fé estatal e as igrejas de intrometerem-se nos assuntos seculares. Na verdade, o que este princípio consagra é a neutralidade nas questões públicas, no sentido de que não se deve fazer referência a religiões ao tratar-se das questões da sociedade.

Assim, ao contrário de parecer que o afastamento das crenças da esfera pública diminui a importância da religião na sociedade, na verdade ele é a própria garantia de que as religiões continuarão existindo, isto é, de que haverá pluralidade religiosa. Isso acarreta o respeito estatal às religiões. Segundo Habermas, “o ordenamento jurídico universalista e a moral social igualitária precisam ser unidos, a partir de dentro, ao ethos da comunidade, de tal forma que um, consistentemente, resulte do outro” (2004).

Scherer aponta que Laborde identifica três elementos de laicidade: neutralidade, autonomia e comunidade (2007, p. 528).

Laicidade como neutralidade significa a separação institucional entre Igreja e Estado, e há dois sentidos para tanto. Pode significar a proibição de todas as formas de assistência estatal às religiões, ou também a garantia de que todos os grupos terão iguais meios para o exercício de seus direitos. Quanto a esta neutralidade ativa, critica-se a parcialidade dos Estados, favorecendo especialmente o Cristianismo¹³ (SCHERER, 2007, p. 529/531).

Laicidade como autonomia refere-se ao valor de condução da vida boa, e não apenas deliberação pública. Seria uma filosofia da emancipação humana, através, principalmente, da educação. E possui duas correntes: a primeira pretendia que laicidade fosse interpretada como um princípio da moralidade política, fundada, no que hoje conhecemos, por consenso sobrepuesto, inclusive com apoio dos religiosos; e para os liberais, laicidade deveria visar afastar mentes crentes que contradizem o ideal de justiça. A laicidade era como uma religião: provia a moralidade individual e um sentido de pertencimento coletivo. Com referidos objetivos, focava na educação especialmente das crianças – que na prática gera resultados até os dias de hoje,

¹³ Um dos motivos pode ser que o financiamento público, especialmente no caso francês, da religião, não foi articulado como princípio democrático, mas como resultado de um acordo pragmático firmado em 1905.

com a Lei conhecida pela proibição do uso do véu pelas crianças muçulmanas em escolas públicas (SCHERER, 2008, p. 532/536).

Outra justificativa, segundo Laborde, para a educação *laïque* promotora de autonomia é sua contribuição à educação para a cidadania democrática. Aqui, um certo nível de educação é visto como essencial para a prática da deliberação política; nas palavras de Condorcet, ela ‘ilumina os homens para torná-los cidadãos’. Historicamente, esta preocupação com a educação para a cidadania deriva da experiência francesa de democracia como experiência radical de autogoverno. Democracia implica a deslegitimação de todas as fontes transcendentais ou irracionais de autoridade – divina, costumeira, carismática – e a exclusiva sustentação na vontade dos cidadãos como única fundação legítima do poder. A Revolução de 1789 é frequentemente definida como *laïque* neste sentido. Interessantemente – afirma Laborde – a origem etimológica da *laïcité* é a palavra grega *laikos*, literalmente – e como oposto a *klerikos* – aquilo que caracteriza o povo como um todo e não somente uma parte dele. Democracia significa governo através de discussão entre indivíduos iguais que somente reconhecem a autoridade da razão ou, como se diria em termos pós-kantianos, pós-metafísicos, que somente querem ser convencidos pelas razões uns dos outros e exercer o seu juízo crítico. (SCHERER, 2008, p. 537)

Por fim, o último elemento, a laicidade da comunidade, não exige demasiadamente um Estado neutro ou comprometido com a autonomia individual, mas um Estado promovedor do sentido cívico de lealdade. A comunidade é frágil sem a solidariedade entre seus indivíduos. Os revolucionários do século XVIII, e os que vieram após, especialmente Rosseau e Tocqueville, perguntavam se a democracia exigia uma religião civil, equivalente ao Catolicismo. Esta foi tentada com a tradição cívica republicana, rituais revolucionários e celebrações patrióticas, formando uma concepção consensualista de democracia (SCHERER, 2008, p. 538/539).

Portanto, o Estado Moderno, especialmente o Estado Democrático de Direito, é essencialmente laico.

Para Bovero (2002, p. 45), enquanto uma autocracia pode ser religiosa – pode ser teocrática, ou mais amplamente pode sustentar-se (também) sobre o princípio *cuius régio, eius et religio* – a democracia é necessariamente laica. Uma democracia confessional – cristã ou, por exemplo, islâmica ou budista – parece uma *contradictio in adiecto*. A democracia é a única forma de governo propriamente e rigorosamente formal: não suporta ser enrijecida como um conteúdo determinado, com uma verdade oficial, com um dogma público indiscutível e inalterável, mas ao contrário coincide com a institucionalização da possibilidade de mudar, periódica e

pacificamente, o próprio conteúdo de valores políticos finais, ou seja, os direcionamentos e as orientações de governo.

A laicidade representa uma espécie de liberdade:

Sustentei alhures que os fundamentos do pensamento laico podem ser reconhecidos em um princípio teórico, o antidogmatismo, e em um princípio prático, a tolerância. Laico é aquele que reivindica para si o direito de 'pensar de modo diverso' sobre qualquer questão ou problema em relação ao pensamento predominante e considerado 'ortodoxo', qualquer que seja ele (poderíamos dizer, em relação ao 'pensamento único'); aliás, considerando que a possibilidade de pensar diversamente, de não ser ortodoxo, conformista, seja exatamente um direito (à heterodoxia), e que seja portanto uma pretensão legítima, o laico lhe atribui dignidade de valor e portanto universalidade, está disposto a reivindicá-la para todos, até para quem pensa diversamente dele. Portanto, laico é aquele que considera não subsista qualquer 'dever' de pensar de um determinado modo sobre qualquer questão. Nesta perspectiva, o verdadeiro problema para o laico é aquele da possibilidade de convivência das crenças e dos valores. A 'versão política' dos dois princípios do pensamento laico é o direito ao dissenso, e (conseqüentemente) o pluralismo. Experimentemos agora repetir a definição de laico como sendo aquele que reivindica o direito de pensar diversamente, porque não acredita que existam verdades que possam ser elevados a dogmas indiscutíveis, e por isso considera que ninguém possa ser obrigado a pensar de um determinado modo. Se tentarmos substituir o termo 'laico' por 'democrático', o significado e a validade destas afirmações a meu ver permanecem intactos. (BOVERO, 2002, p. 46)

Mas laicidade, do Estado Democrático de Direito, não significa neutralidade abstencionista, sobretudo porque o valor laico da tolerância é também um valor político e intrínseco à democracia, como regime que visa permitir a convivência das diversas crenças e valores que habitam o mundo, e transformar o seu potencial conflito em diálogo e em competição não-violenta (BOVERO, 2002, p. 47).

A democracia realmente representativa dos anseios dos cidadãos, adota princípios coincidentes com os religiosos, conforme constata Castro, apontando o intenso movimento filosófico de 1879 oriundo dos princípios cristãos laicizados, com o reconhecimento da dignidade transcendental da pessoa humana e dos seus direitos inalienáveis (CASTRO, 1955, p. 90).

Estado, Direito e religião estão em permanente convivência e conflito, e Cunha (2005, p. 14) afirma que a razão de fundo é que os dois primeiros têm também uma sacralidade, embora não do mesmo tipo, que as confissões religiosas. E esta sacralidade, poderia, a seu ver, transformá-los em verdadeiras religiões laicas.

Mas, como defende Maritain (1966, p. 159), os meios para realização dos princípios supremos que regem a relação Igreja-Estado, no Estado laico Moderno, vinculam-se mais à inspiração vivificante da Igreja que a qualquer poder social. O modo de atuação da Igreja tem sido espiritualizado, tendo se deslocado do poder e das coações legais para a influência moral e autoridade, em sentido diametralmente oposto ao Império de Constantino. “E, assim, a dignidade superior da Igreja deve encontrar os seus modos de realização no pleno exercício da força superior de sua inspiração, que tudo penetra”.

2.2.3.2.2 Liberdade religiosa

O princípio da tolerância, como já afirmado, tem grandes coincidências com a liberdade religiosa.

É certo que as religiões em geral possuem um “código de conduta” que prega, basicamente, o respeito ao ser humano, a convivência pacífica e o respeito aos diferentes. Demonstram guardarem uma grande compatibilidade com o substrato valorativo das normas jurídicas, especialmente porque elas refletem a própria sociedade, sendo possível, mesmo no mundo ocidental, reconhecer as raízes históricas religiosas das instituições modernas.

Mas a crença religiosa dificilmente tem unanimidade, especialmente nos tempos modernos. A diversidade de denominações religiosas em uma mesma sociedade levou ao desenvolvimento da garantia fundamental de liberdade religiosa como pressuposto da democracia.

Na Era Medieval, quem, de alguma forma, expressasse crenças divergentes do catolicismo, era acusado de bruxaria e mandado para morte na fogueira. Os judeus precisaram maquiagem suas crenças para poder exercê-las obscuramente em seus lares.

Então o Estado Liberal adotou a liberdade religiosa como princípio, como uma das vertentes de sua palavra chave: liberdade¹⁴.

¹⁴ Surpreendente que um dos filósofos mais inspiradores das liberdades, Rousseau, tenha combatido o princípio da liberdade de crença. Ao invés de reconhecer essa liberdade como um direito fundamental, exige, no Contrato Social, uma religião civil. E sua teoria foi seguida por diversas

A adoção da liberdade religiosa, pela maioria dos Estados, foi lenta e progressiva. Inicialmente, o princípio visava atingir aos não-Católicos, considerando que os católicos não sofriam quaisquer restrições, ficando, no entanto, impedidos de expressá-la publicamente ou de manterem Igrejas. Assim era no Brasil Imperial. Apenas no século XX observou-se a adoção plena desse princípio pela maioria dos Estados Democráticos.

Mesmo na França Revolucionária, a liberdade de crença não era entendida plenamente como hoje. Como foram inicialmente tratadas pelos franceses, a liberdade religiosa e a laicidade geraram apenas uma tolerância rasa cuja interpretação específica era imposta à sociedade (RIBEIRO, 2002, p. 25).

Somente a partir de 1905, estabeleceu-se a separação entre a Igreja e o Estado, de forma mais democrática, tal como persiste até os dias de hoje. Segundo Ribeiro, a peculiaridade da tutela francesa da liberdade de religião prende-se, entre outras razões, à própria maneira como a doutrina a apresenta como liberdade pública, e o impedimento à expressão religiosa contrariar a ordem pública (2002, p. 25).

Ao contrário do caso francês, o direito norte-americano coloca a liberdade religiosa como liberdade primeira, constituindo-se em uma das partes mais caras à tradição constitucional norte-americana.

Na forma adotada pelos Estados Unidos em 1.776, art. 16 da *Bill of Rights*, tais princípios tinham por objetivo não só conceder, aos colonos que tinham dado as costas à Velha Europa, a liberdade negativa de não intervenção do Estado na religião, por meio da separação total das duas entidades, como também a liberdade positiva de colocar realmente em prática os dogmas da religião que lhe interessasse, sem restrições.

A liberdade de religião situa-se entre as chamadas liberdades/meios de resistência que surgem nessa dimensão política, que consistia então, na liberdade de culto.

A clássica assertiva de que o poder apresenta elevada periculosidade porque aqueles que o detêm são, naturalmente, levados a dele abusar aliada à busca da limitação ao arbítrio governamental seriam os principais motivos da Declaração dos

constituições, inclusive a do Brasil Imperial de 1824, que restringiu a liberdade de culto, em conformidade com parâmetros da religião católica (RIBEIRO, 2002, p. 26).

Direitos do Homem. A liberdade seria, portanto, um conceito a definir a existência de uma área vedada à interferência governamental (RIBEIRO, 2002, p. 23/24), de cunho essencialmente político.

A liberdade religiosa tornou-se a base da liberdade de pensamento, de expressão e do pluralismo social e político nas sociedades ocidentais. Isso tem uma consequência clara: o Estado não pode privilegiar, propositalmente, idéias e atitudes de uma dentre as várias crenças.

Isso porque a liberdade de crença tem como pressuposto uma série de garantias:

Destarte, quando se diz que o direito à liberdade religiosa não é só um, mas sim um feixe de direitos, e que a liberdade de crença e liberdade de culto são as duas vertentes principais desses direitos, percebe-se, nas questões tangentes à liberdade de crença, que existem vários outros que se somam a estes e constituem um feixe maior, que o direito reputa terminologicamente por liberdade de religião (RIBEIRO, 2002, p. 37).

Assim, Habermas se propõe a estudar as possibilidades e limites do uso da crença nas decisões públicas.

A teoria habermasiana, como será analisada mais detidamente, adiante, toma como um dos pilares o discurso Kantiano que afirma a possibilidade de convivência pacífica entre as concepções de mundo seculares e religiosas, separando a esfera privada, da qual pertence a religião, da pública, que contém o Estado e a ciência. Existiria a possibilidade de uma tradução eficiente, que transforme o discurso oriundo de crença religiosa em valores públicos comuns a todos” (CRUZ, 2004).

A liberdade religiosa, enfim, é, historicamente, a primeira de todas as demais liberdades, sendo inquestionável sua imprescindibilidade no Estado Democrático de Direito.

2.2.3.2.3 Liberdade de expressão

Para a liberdade religiosa na democracia, é imprescindível a liberdade de expressão.

No mundo grego, a liberdade de expressão tinha uma amplitude incomparável em relação às demais teorias da época, conhecida, então, pela expressão *isegoria*:

[...] no início do século V foi cunhado um outro termo que depois passou a ser utilizado como (quase) sinônimo de democracia, também este presente em Heródoto, *isegoria*, que significa exatamente 'liberdade de palavra, não tanto com aquela conotação negativa que a expressão convencionalmente tem para nós, no sentido de liberdade de uma censura, mas no sentido mais abrangente de direito de falar em alta voz onde mais importava, na assembléia de todos os cidadãos. (BOVERO, 2002, p. 19)

Na teoria hobbesiana, por liberdade de expressão não se entende apenas a liberdade de voz, mas sim aquela que não obriga o homem a falar de maneira diferente da que o fez (HOBBS, 2001, p. 176).

Na Idade Moderna, grandes transformações conceituais de opinião ocorrem no século XVIII, especialmente na França e na Inglaterra, com o iluminismo. A opinião pública torna-se a voz da vontade popular e introduz-se um novo sentido de público: uma expressiva classe da sociedade, formada por intelectuais, artistas e políticos, reúne-se nos cafés e nas sociedades secretas para participarem de discussões públicas, sem atuação da autoridade do Estado e da Igreja (SILVEIRA, 2006, p. 30).

A liberdade de expressão começa a ser discutida, para além do viés político francês, em decorrência da reforma protestante, em busca da eliminação da fundamentação religiosa na ordem normativa, diferenciando-a da moral e do direito.

Silveira (2006, p. 56), em estudo específico sobre a liberdade de expressão, busca diversas compreensões para este princípio, constatando que o conteúdo da liberdade de expressão é plúrimo, assumindo várias facetas: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de religião, liberdade de opinião, liberdade intelectual, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de cátedra.

A liberdade de expressão pode ser entendida como a possibilidade de exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo, não diferenciando a liberdade de expressão da liberdade de pensamento. Também como aquela liberdade que desfruta o indivíduo ao se expressar livremente, sem perturbar, porém, os direitos legítimos dos demais (SILVEIRA, 2006, p. 56).

O princípio da liberdade de expressão assume várias dimensões, permitindo a participação do indivíduo na democracia, possibilitando que opiniões diversas e inusitadas sejam expressas de forma livre, sem que haja receio de que a opinião do

Estado ou da maioria seja contrariada. A garantia desta liberdade consiste na proteção da autonomia discursiva dos indivíduos, sem a intromissão do Estado¹⁵.

Há uma correlação entre a esfera privada e a esfera pública, no princípio da liberdade de expressão, valorizando tanto o aspecto individual do desenvolvimento da personalidade quanto o aspecto coletivo de participação ativa dos indivíduos no cenário político. A conciliação entre estes dois aspectos resulta na ironia do papel do Estado em relação à liberdade de expressão e de imprensa, ou seja, a função do Estado como amigo/inimigo (SILVEIRA, 2006, p. 47).

2.2.3.2.4 Igualdade

As liberdades da democracia não se sustentam sem o princípio da igualdade.

Apesar de haver espaço para vislumbrar o princípio da igualdade nas doutrinas religiosas há exclusão por natureza¹⁶. O próximo, muitas vezes, é visto como aquele semelhante que compartilha da mesma crença. Isso, porque, conforme Bovero, a igualdade trata a essência de pertencimento (espécie, classe, entes singulares a um gênero universal):

A conexão entre igualdade e pertença apresenta quando nos colocamos na perspectiva que determina qual é a igualdade entre (todos) os homens, o que se busca nada mais é do que a definição do universal no qual todos os exemplares se identificam. Um juízo de igualdade entre entes singulares considerados membros de um determinado gênero não indica uma relação real, prática, mas apenas uma relação puramente ideal ou teórica. Essa relação de igualdade não descreve o modo de relacionamento entre entes singulares, ou ainda o tratamento igual ou desigual que eles podem receber de um terceiro sujeito, por exemplo, das instituições públicas. “Aquela igualdade é simplesmente o resultado da operação mental

¹⁵ Analisando este princípio mais a fundo, percebe-se a ausência de ampla liberdade de expressão devido à falta de condições estruturais. Essa deficiência impossibilita grande número de pessoas de participar plenamente do debate público e de expressar de forma clara e consciente seu pensamento, especialmente o político. A garantia da liberdade de expressão implica responsabilidades e um complexo conjunto de compromissos, cujo ônus a realidade do Estado Democrático Brasileiro ainda não suporta.

¹⁶ Os hebreus, no Velho Testamento, acreditavam que o pacto de Abraão com Deus os havia tornado distintos em relação aos outros mortais. Somente aqueles pertencentes à Terra Sagrada teriam sido escolhidos por Deus e, por consequência, seriam salvos no juízo final.

mediante a qual nós remetemos ambos os sujeitos a um mesmo gênero, ou seja, nós os consideramos elementos de uma mesma classe” (BOVERO, 2002, p. 21).

Desse ponto de vista, a compreensão de igualdade das crenças religiosas assemelha-se àquela vigente na Grécia Antiga. Nesta, o princípio da igualdade vigia entre aqueles tidos por iguais, os que detinham o direito/responsabilidade de participar do governo local: apenas entre aqueles considerados cidadãos: homens, livres, não estrangeiros.

Ribeiro afirma que “a idéia de igualdade do homem é uma idéia de origem especificamente cristã”, negando que ela tenha existido na antiguidade (2002, p. 29). Mas, na essência, a idéia de igualdade do cristianismo assemelha-se à dos gregos. Pode-se até dizer que o cristianismo aprimorou a idéia, juntamente com as ideais liberais, estendendo-a a todos os seres humanos, mas ainda há a restrita de pertencimento¹⁷.

Assim, a sensação de exclusão, apesar da igualdade, na Grécia Antiga ou nas crenças religiosas, resulta da vinculação natural deste princípio ao sentido de pertencimento a uma comunidade, à concepção de igual.

Na perspectiva antropológica dos antigos, os escravos e as mulheres inserem-se no âmbito, ‘por natureza’ não igualitário, do poder doméstico, não no âmbito do poder político. São, por isso, excluídos do espaço público. Para eles, dizia Aristóteles, ‘não há polis’. Está no tratar os pobres como iguais aos ricos, como políticos ativos em paridade, uma vez que todos são igualmente (e idealmente) pressupostos indivíduos racionais, a diferença específica da democracia para outras formas de governo. Este pode ser considerado o primeiro fundamento da democracia, um fundamento lançado pelos antigos. Pode-se até mesmo dizer que somente com a atribuição do direito de voto sem distinção de classe e patrimônio, adequou-se a democracia moderna ao espírito da democracia antiga. (BOVERO, 2002, p. 30)

A democracia moderna teve amparo, tanto nos princípios liberais quanto na doutrina cristã, para expandir a compreensão de igualdade a todos os seres humanos, ampliando a concepção de sujeito capaz e de compreensão de pertencimento:

17 O cristianismo aprimorou a ideia de igualdade, mas grande parte de sua doutrina, ainda hoje, mantém a desigualdade no que se refere ao sexo masculino e feminino.

Entre a democracia dos antigos e a dos modernos conforme as versões ideais – não mudou, substancialmente a concepção política, segundo a qual é cidadão, ou seja, partícipe do poder político, todo indivíduo membro da coletividade, considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional, e por isso mesmo dotado de dignidade política. “O que mudou substancialmente foi a concepção antropológica em que era reconhecido sujeito ‘capaz’ e (por isso) ‘digno’ de participar da vida política somente o indivíduo do gênero masculino livre por nascimento” (BOVERO, 2002, p. 27).

Na Democracia Moderna, a sensação de pertencimento abrange todos os seres humanos, em relação ao Estado, porque todos têm capacidade para participar da vida política – ao menos potencialmente¹⁸:

De fato, o juízo de igualdade entre dois entes fundado na referência de ambos a um mesmo gênero universal simplesmente reconhece que tanto a um quanto a outro, apresentam de fato os requisitos para serem incluídos naquela determinada classe. Mas sabemos muito bem que o universal ‘homem’ pode ser definido de muitos modos diferentes e também constantes: podemos nos limitar a uma caracterização em termos puramente biológicos e axiologicamente neutros; podemos recorrer a termos de valor, falando, por exemplo, de ‘dignidade humana’. Ora, se o conceito-universal é definido mediante termos de valor, então dele se deduz o preceito de respeitar ou promover este valor. Então do juízo de igualdade entre os homens deriva a prescrição de tratá-los como iguais, ou seja, de considerar e respeitar em cada homem os valores que ele carrega em si tal como qualquer outro homem. Dele deriva também, imediatamente, a injustificabilidade daquelas desigualdades reais que são imputáveis a um desconhecimento de tais valores, e a obrigação moral de corrigir tais desigualdades (BOVERO, 2002, p. 22/23).

Reafirma Bovero (2002, p. 18), que aquilo que distingue a democracia das outras formas de convivência política, na maioria das versões apresentadas, é alguma forma mais ampla de igualdade, ou melhor, de equiparação, de superação ou de absorção de desníveis.

¹⁸ O perigo, hoje, é, exatamente, que de um modo ou de outro o princípio da igualdade política esteja, na realidade dos regimes que chamamos democráticos, mutilado do seu significado ético, e esteja em vias de transformar-se em um mero princípio de legitimação exterior, em uma simples ‘fórmula política’ (BOVERO, 2002, p. 50).

Os antigos consideravam sinônimo de democracia, ou quase sinônimo, o termo isonomia, literalmente ‘igualdade (iso-) de lei (-nomia)’¹⁹. A noção de isonomia sugere uma imagem de democracia que corresponde a um círculo, no qual todos os pontos da circunferência (os indivíduos) estão eqüidistantes do ‘centro’ - lugar onde reside o poder, contraposta ao modelo da ‘pirâmide’ - imagem que corresponde às monarquias orientais (BOVERO, 2002, p. 25).

Bovero aponta os pressupostos da igualdade política democrática:

Dos tempos antigos da democracia aos nossos dias caíram substancialmente duas grandes limitações ao poder de ser cidadão – conforme a democracia grega, e portanto partícipe do poder político: indivíduo do gênero masculino e livre de nascimento (ou seja, não-escravo).

Mas o que desejo aqui enfatizar é que em ambos os casos – seja no caso do sufrágio universal, seja no caso do direito político limitado aos homens livres – a) a democracia consiste em atribuir a cada cabeça um voto, isto é, uma cota igual (formalmente e em princípio) de participação no processo decisório político; b) esta atribuição igualitária é justificada em base ao reconhecimento, ou melhor, à pressuposição, de que os juízos, os pareceres e as orientações políticas de todos os indivíduos considerados – lá, todos os homens livres, aqui todos os adultos integrados na sociedade – têm igual dignidade; c) esta pressuposição se funda por sua vez sobre a assunção de que eventuais diferenças de segmento social não influem sobre a capacidade de juízo e deliberação, ou seja, sobre a dignidade política dos indivíduos. Donde seria injusto considerar tais diferenças, econômicas e sociais em geral, relevantes para excluir alguém do direito-poder de decisão política, isto é, para estabelecer desigualdades políticas entre os membros da comunidade.

Esta não é a cláusula fundamental apenas da democracia (ideal) moderna: é o fundamento ou pressuposto indispensável à democracia em seu conceito, mesmo aquela dos antigos. [...] Por sua vez, a justificação dessa regra de igualdade democrática pode ser localizada no (dúplice) argumento sugerido por Aristóteles: todos os sujeitos capazes de compreender os comandos contidos nas decisões políticas são ou devem ser considerados capazes de deliberar em matéria política, já que ao obedecer se aprende a comandar, ou seja nos tornamos capazes de fazê-lo. Disto se pode concluir, aliás, que a regra da igualdade democrática vale não apenas para a participação (direta ou indireta) na produção das leis, mas também para a elegibilidade para cargos públicos: aquilo que os antigos denominavam isotimia, e que corresponde ao princípio democrático moderno da acessibilidade formal para todos, sem barreiras econômicas e sociais, aos papéis institucionais de comando. [...] (BOVERO, 2002, p. 26/27)

Então a noção de democracia, como se vê, é fortemente vinculada à noção de igualdade.

¹⁹ A tradução corrente ‘igualdade diante da lei’ é no mínimo, redutora, se não equivocada. A igualdade também se exige diante do próximo.

A noção mais literal de democracia é aquela forma de governo ou aquele regime no qual todos os 'membros' de uma determinada comunidade são considerados iguais na (no direito à) participação do poder político. Tal redefinição resulta um tanto vaga e insatisfatória, não somente porque não indica quais membros têm título para participar das decisões políticas, como também porque não define quem deve ser considerado membro do grupo (BOVERO, 2002, p. 23).

Já a formulação que define como democrática a forma de coletividade cuja constituição prescreve o tratamento igual de todos os 'cidadãos', especialmente quanto à distribuição do direito-poder de participar das decisões coletivas, é apenas aparentemente mais rigorosa. Se considerarmos 'cidadão', em sentido estrito, aquele que é o titular de tal direito-poder, tal definição se sustenta sobre uma tautologia. Seria como dizer: na democracia todos os cidadãos são cidadãos (BOVERO, 2002, p. 24).

A ideia de igualdade, para Bovero, deve relacionar-se, intimamente, com o princípio da dignidade humana:

Mas talvez o valor supremo em virtude do qual um regime democrático pode ser considerado digno de ser escolhido ao ser confrontado com um regime autocrático tem a ver sobretudo com a dimensão do *quem*. No princípio 'para cada cabeça um voto' está contida a afirmação puramente ética da igual dignidade de cada indivíduo sujeito político. É a igualdade política [...].(BOVERO, 2002, p. 50)

Foi o Estado Social que aprimorou o princípio da igualdade de acordo com a evolução da teoria do Estado Democrático, buscando a igualdade real, reconhecendo-a como o tratamento desigual na medida das desigualdades. Somente com essa interpretação, faz-se a igualdade em tudo.

Enfim, Bovero retoma a essência da igualdade clássica, com a percepção entre os cidadãos, de pertencimento:

Mas qual igualdade? Talvez seja verdade, como sustentava Tocqueville, que as igualdades se atraem, é quase como se uma puxasse a outra: 'Não se pode conceber – afirmava ele – que os homens sejam absolutamente iguais em tudo, exceto em um único ponto. Acabarão, portanto, sendo iguais em tudo'. Com estes termos, Tocqueville nada fazia além de reproduzir, exacerbando-a, uma famosa afirmação de Aristóteles, segundo a qual 'a democracia nasceu do fato de que aqueles que são iguais em um ponto crêem ser absolutamente iguais: uma vez que são todos igualmente livres, consideram ser iguais em tudo'. [...] (BOVERO, 2002, p. 20)

2.2.3.2.5 Tolerância

Necessário, ainda, analisar, neste trabalho, a ideia da tolerância, especialmente relacionada à liberdade de crença religiosa e expressão.

Locke considerava que a tolerância religiosa era o princípio que, estando de acordo com a razão, fundamentava a liberdade de todas as igrejas e que, portanto, ninguém poderia ser coagido em matéria de religião por nenhuma lei ou força. Acreditava que a pluralidade de opiniões era o caminho a ser seguido para se evitar as guerras de religião (2007, p. p. 266/198)

A tolerância é princípio que, de alguma forma, deriva dos direitos às liberdades. É o reconhecimento, pelo sujeito, do diferente ou daquele que possui idéias diferentes, como detentor dos mesmos direitos que ele próprio.

A ausência de tolerância gerou como ainda gera, catástrofes históricas. Pouco conhecida é a dos Cátaros, que foi uma comunidade de religiosas que chegou às vilas, especialmente na região de Languedoc, sul da França, a partir da década de 1.120. Esta religião derivou-se do cristianismo, mas, por suas divergências, 200 anos depois, seus adeptos foi totalmente eliminados pela Igreja Católica, por meio do Tribunal do Santo Ofício (SILVA, 2008, p. 40/45).

Assim, quando achavam um adepto do catarismo, este era posto diante da seguinte escolha: negar sua fé ou enfrentar a fogueira. Em 1.321 foi executado o último sacerdote cátaro conhecido²⁰ (SILVA, 2008, p. 40/45).

²⁰ A Europa vivia um momento de mudanças. Devido à melhoria das condições de vida e ao aumento populacional gerado pelo desenvolvimento das cidades, questionavam-se valores da doutrina Católica como pobreza e sofrimento pessoal e percebia-se, cada vez mais, a contradição entre a doutrina da Igreja e o modo de vida de seu rico Clero.

Apesar de creditarem a Bíblia como livro sagrado, os Cátaros acreditavam que o inferno ficava na Terra, e que Jesus era apenas um importante profeta, e não o filho de Deus. São João Batista era instrumento do diabo, por ter cumprido a profecia de que Jesus seria o Messias. Mas, especialmente, não aceitavam o papel subalterno que o papado romano reservava para as mulheres, pois, para eles, não haveria distinção qualquer entre homens e mulheres.

Após diversas tentativas de combater os Cátaros, o papa Inocêncio III decretou o confisco dos bens de todos aqueles considerados hereges. Embora fosse sempre atendido por toda a Europa, os governadores de Languedoc se recusaram a agir.

O assassinato de um integrante do Clero em Toulouse foi o espaço para o Papa agir contra os Cátaros, imputando a eles a culpa do crime. Determinou, assim, uma cruzada, onde se estima que foram mortos cerca de 20.000 (vinte mil) pessoas. Mas os Cátaros resistiram, atuando de forma clandestina, e então Gregório IX expediu a Bula *Excommunicamus*, criando a Santa Inquisição. (Pedro Silva, 40/45, Revista Aventuras na História, Ed. 54, jan/2008)

No Brasil, a ideia de tolerância, especialmente religiosa, surge ainda no período colonial. Experimentou-se pela primeira vez um clima de tolerância religiosa quando os holandeses, especialmente durante o governo de Maurício de Nassau, organizaram a Igreja Cristã Reformada. Alguns pesquisadores, como Frans Schalkwijk, chegam a afirmar que liberdade assim não havia em nenhum outro lugar. Apesar do clima de tolerância reinante, ainda há relatos de ofensa à liberdade dos católicos com a destruição de templos e quebras de imagens, à revelia de seus adeptos, para reestruturar os templos para a Igreja Reformada (CABRAL, 2006, p. 20/23).

José Antônio de Mello afirma que foi mesmo no campo religioso que se azedaram as relações entre brasileiros e holandeses, por causa do êxito alcançado por alguns protestantes ao adaptarem seu projeto missionário à cultura vigente no território brasileiro (CABRAL, 2006, p. 20/23).

Com a expulsão dos holandeses, nova experiência de tolerância pelo Governo de Portugal no Brasil ocorreu com a assinatura do Tratado de Navegação e Comércio com a Inglaterra, que previa em seu art. 12 que os vassallos da Coroa Britânica residentes nos domínios portugueses “não seriam perturbados, inquietados, perseguidos ou molestados por causa de sua religião, e teriam perfeita liberdade de consciência, bem como licença para assistirem e celebrarem o serviço em honra ao Todo-Poderoso Deus”, em casa ou em capelas (SILVA, Elizete, 2006, p. 14/17).

Com a flexibilização religiosa em territórios brasileiros, após a Guerra de Secessão Norte-Americana (1861-1865), dos 10.000 (dez mil) imigrantes, 2.000 (dois mil) vieram para o Brasil. Estes norte-americanos acreditavam que sua religião era a melhor e que eles foram predestinados por Deus para conquistar o mundo, levando a democracia, o protestantismo e os valores da civilização ocidental especialmente para a América Latina (SILVA, Elizete, 2006, p. 14/17).

Quando houve a aprovação do projeto de liberdade de culto no Brasil, em 1888, o arcebispo-primaz do Brasil declarou que referida lei “dissolveria entre os brasileiros a unidade de doutrina em matéria de fé.

E com o advento da República, caíram as últimas amarras jurídicas que ligavam o Estado brasileiro à Igreja Católica (SILVA, Elizete, 2006, p. 14/17), ampliando a efetividade da tolerância, por meio da laicidade.

A compreensão democrática de igualdade é base para que a tolerância possa ser exercitada. A constituição de uma sociedade democrática implica respeito ao pluralismo que está ínsito ao princípio da tolerância, segundo a qual existe uma multiplicidade de visões de mundo plausíveis que devem ser respeitadas e não submetidas a objeto de discriminação.

3.1 Dos fins do Estado

O desenvolvimento histórico Estado, juntamente com o desenvolvimento teórico do Direito e Ciência Política, demonstra, como visto, a maturidade e permanência dos princípios democráticos, especialmente de igualdade, liberdade, e laicidade.

Importa agora analisar os fins do Estado Democrático de Direito, relacionados aos princípios vistos, para nortear as funções dos agentes políticos que elaboram o direito.

Já na Idade Média, muitos estudiosos afirmavam que o fim primordial do Estado era ético, ou seja, sustentar o primado da Justiça e do Direito. O Renascimento e a Reforma contribuíram principalmente para a transmissão da doutrina da liberdade individual e dos direitos individuais ao mundo moderno, e já no século XIII, a Carta Magna, na Inglaterra, representa a realização das idéias da liberdade civil, constituindo um modelo de numerosos direitos posteriores, em oposição ao predomínio absoluto da vontade do monarca. (CASTRO, 1955, p. 20/21).

Todas essas revoluções contribuíram para a teoria sobre os fins do Estado.

Castro agrupa as teorias dos fins do Estado em quatro espécies: a primeira trata do fim em si mesmo; a segunda, de fins condicionados à doutrina dominante; uma terceira que defende a existência de um fim único e supremo comum a todos os Estados; e a última, defendida pelas escolas liberais com o propósito de combater as doutrinas comunistas, optam pelo individualismo e alcançam a negação de fins reais do Estado (1955, p.10/11).

Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (2006), nega a importância dos fins do Estado para o Direito, colocando a questão restrita aos estudos da política. Mas

afirma que aceitar o Estado como fim em si mesmo é inadmissível no Estado moderno. Seria conceder-lhe o maior poder possível, justificando o absolutismo e fazendo dele uma força cega e natural. Seria também desconhecer a influência das ações humanas refletida no Estado.

Já Jellinek, reconhece a existência de fins conforme a doutrina dominante. A variabilidade dos fins do Estado resulta da tradição e história de cada povo, além das condições sociais, político-jurídicas e econômicas imperantes na sua formação. Segundo Jellinek, “todo Estado tem, em cada momento, fins particulares para si e para seus membros, que pugnam por realizar” (JELLINEK, 1973, p. 29).

Jellinek defende que existem fins necessários, fundamentais ou absolutos e fins contingentes ou relativos. Os primeiros são os próprios do Estado em sua função de meio para a realização da pessoa humana como ser individual social e os segundos seriam os concernentes a um Estado em um momento de sua História, relacionados com seus fins individuais, concretos e imediatos (CASTRO, 1955, p 11).

Maquiavel aderiu-se à teoria do fim único do Estado, sendo a aquisição do máximo poder e da discricionariedade do príncipe ao utilizá-lo, sendo instituição humana, deve procurar engrandecimento, predomínio, segurança e estabilidade para efetivar o bem público e a prosperidade material, fatores da maior importância na atividade política:

“[...] Estabeleceu, francamente, a subordinação de princípios éticos ao bem estar público e às necessidades do Estado. O Estado é uma instituição humana e a Igreja um dos fatores que têm de pesar os governantes para assinalar o caminho de sua política. A segurança e a prosperidade do Estado são os fins supremos e permanentes; todas as demais considerações têm que se subordinar ao cumprimento destes postulados.” (CASTRO, 1955, p. 23)

Segundo Castro (1955, p. 24), ao propor como fim único do Estado o Poder, Maquiavel favorece o absolutismo estatal que absorve e anula totalmente o indivíduo, fazendo dele um simples meio de que se serve o Estado. Ademais suas idéias, levadas ao plano internacional, conduzem à forma imperialista do Estado, provocando sérias perturbações à convivência pacífica das nações.

Dentre as teorias do fim único do Estado, aquela que tem por objetivo o bem comum é a que arrebanha mais adeptos, quer seja este fim um bem de interesse geral, de utilidade comum visando ao bem estar social ou do maior número; quer

seja este fim a regulamentação da vida em sociedade dentro do complexo de relações existentes em torno da segurança, da liberdade, do progresso, da moral pública, cultura, defesa etc. Percebemos claramente a influência dessa teoria na decisão de Dom Pedro I, com o “Dia do Fico”, para o bem de todos e da nação (CASTRO, 1955, p. 36).

Aristóteles já defendia a doutrina do bem comum, quando afirmava que o fim da cidade é que todos vivam bem e feliz. O Direito Romano ampliou este conceito, partindo da sentença: *res publica, salus publica e salu populi suprema lex*, buscando com que a ordem jurídica não interfira na liberdade privada ou na vida religiosa da comunidade. São Tomás de Aquino parte da generalidade do bem comum grego para analisar o bem em particular e a sua origem, a substância da lei e o que compete ao Estado fazer para lograr a realização do bem comum que, em última instância, conduz ao Bem transcendente para toda a humanidade. Suarez segue a teoria tomista, afirmando que a ação estatal deve tender moralmente para obter os fins legais em benefício da sociedade. (CASTRO, 1955, p. 33/35).

Wolff e Bentham divergem quanto aos princípios da doutrina do bem estar comum. O primeiro fundamenta-os nos direitos naturais e nos deveres éticos de cada um, na doutrina do contrato social, e no conseqüente dever do estado de proteção da comunidade e de fomento do bem estar individual. O segundo afirma que o fim principal do Estado é o maior bem-estar para o maior número de pessoas, aproximando-se da teoria utilitarista. (CASTRO, 1955, p. 35/36)

E são justamente todas essas correntes de pensamento que dão motivo às críticas à teoria do bem comum como fim do Estado: a imprecisão e a amplitude da compreensão de bem estar comum.

Divergindo da teoria do bem comum, com o Liberalismo e Constitucionalismo, obteve expressão máxima a teoria do fim jurídico do Estado – objeto da 4ª classificação de Castro, iniciada a partir da teoria de Grócio, que exalta o indivíduo em face do poder político. Propõe a segurança pelo Direito, embasada principalmente naqueles direitos fundamentais de primeira geração. O Estado é uma instituição ideal, embora restrito em sua atuação à proteção de bens garantidores da segurança e liberdade (CASTRO, 1955, p. 38/39). Por não conceder a devida atenção à coletividade, esta teoria foi superada juntamente com o tradicional liberalismo:

Humboldt foi, igualmente, um dos mais célebres divulgadores do conceito de Estado liberal, que, por sinal, caracterizava-o rigidamente com uma extraordinária limitação de suas atividades sob cerrado individualismo, de modo que as limitações de cada um encontravam barreiras apenas em suas próprias vontades, cujo fim se desenvolvia na segurança do interior, na defesa da pátria no exterior e na abstenção de toda intervenção, especialmente, na religião, moral, ensino, beneficência, indústria e comércio.

Essa teoria não resistiu à prática de tão rígidos cânones, quando Humboldt, Ministro da Prússia, se viu obrigado a reconhecer a necessidade de admitir a ampliação do Estado além dos limites indicados pela segurança do Estado. (CASTRO, 1955, p. 41)

A teoria que defende, para o Estado, um fim estritamente jurídico individual é acusada pela crítica de unilateral, por ignorar o complexo de funções e fins que competem ao Estado no plano social, econômico, político e cultural, em benefício da coletividade, não devendo ser reduzida simplesmente à vigilância. É acusada também de insuficiente porque, ao falar do direito como único fim do Estado, desnatura-o do próprio conteúdo. Desconsidera a coletividade prevalecendo o indivíduo. Transforma a sociedade em mera soma de indivíduos, sem relações próprias de convivência social (CASTRO, 1955, p. 43).

As escolas liberais também criaram a doutrina dos fins do Estado individualista, mais conhecida como doutrina liberalista ou liberal, e corresponde às idéias políticas que predominaram entre 1.750 e 1.850. As causas da formação desse pensamento político foram a influência das teorias do Direito Natural e do Contrato Social, o desejo da burguesia forte de emancipar-se do Rei ou do Senhor Feudal, o surgimento das teorias mercantilistas que pregavam reação contra a tutela estatal, a servidão campesina e as limitações ao comércio livre (CASTRO, 1955, P. 47/48).

São individualistas marcantes John Stuart Mill e Spencer. Em seus escritos de primeira época, Mill defendeu como fim precípua do Estado abster-se de intervenções em matéria da iniciativa privada, garantindo a independência absoluta do indivíduo, e somente responsabilizando quando lesados direitos. Também Spencer afirma que o estado deve tender a limitar sua atividade aos atos para manutenção da paz e da ordem (CASTRO, 1955, p. 47/50).

O princípio geral da teoria individualista é a inalienabilidade dos direitos do homem, anteriores ao Estado, e a garantia de defesa destes direitos pelo soberano, sob os limites da lei, é a condição para sua legitimação. O indivíduo, portanto, está em posição superior ao Estado, e sua liberdade será limitada apenas quando puser

em perigo a segurança dos demais. Ao Estado competia a obrigação de manutenção da segurança e da paz e tudo o mais lhe era negado, exceto pequenos favores no incentivo à cultura. Era-lhe proibido interessar pela riqueza coletiva, pela melhoria dos costumes, assistência social, contratos, comércio ou religião (CASTRO, 1955, p. 51/52).

Mas também a teoria individualista sofreu críticas. Era igualmente urgente buscar o equilíbrio social, especialmente após a revolução industrial, com a formação da classe operária e o surgimento de duas nações que raras vezes falavam a mesma língua: patrões e trabalhadores. Os parlamentares eram chamados a discutir e legislar sobre múltiplos problemas sociais, alterando, assim, os princípios da finalidade do Estado (CASTRO, 1955, p. 54).

Percebeu-se então, acompanhando a teoria do Estado Social, a necessidade de maior intervenção estatal:

Já não era mais admissível conceber-se o Estado apenas como árbitro do que Sir Henry Maine chamou 'a benéfica guerra privada' que fez a um homem empenhar-se em trepar sobre os ombros de outros e quedar-se ali em virtude do direito de sobrevivência dos mais aptos. (CASTRO, 1955, p. 53/54)

[...]

E foi assim que o Estado democrático iniciou a sua jornada com objetivos intervencionistas nos domínios da propriedade privada; na liberdade dos contratos; na legislação de classe, protegendo os fracos ante o poderio dos fortes, com o sindicalismo e o crescimento do seguro social; na assistência à velhice, à maternidade e à infância; no amparo à cultura, ciência e arte; na regulamentação do comércio e da indústria; na distribuição mais eqüitativa dos salários e na fixação do horário de trabalho; na garantia dos direitos individuais protegidos pelo *habeas corpus* e mandado de segurança; tudo isso para que não fossem olhados como revoltante hipocrisia aqueles belos ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade; onde a liberdade seria apenas um privilégio dos ricos ou poderosos; da igualdade, dir-se-ia como Allain, pondo esta frase na boca de um artífice de aldeia: 'Já que a desigualdade está em tudo, quero que a igualdade seja afirmada bem alta', e a fraternidade sucumbia face ao egoísmo gerado nas entranhas duma sociedade organizada e sustentada à base da competição e do lucro. (CASTRO, 1955, p. 55)

Então surge o socialismo opondo-se ao individualismo. Muitos conseguem ver nessa ideologia uma doutrina de forte tonalidade religiosa.

A primeira teoria socialista pode ser buscada na antiguidade espartana, e algumas ordens monásticas da Idade Média. O Estado é onipotente e absoluto, e seus fins são a busca dos bens necessários ao ser humano, que perde a condição de sujeito pleno para subsumir-se na comunidade (CASTRO, 1955, p. 69). Mas a

crítica à teoria socialista, especialmente à doutrina marxista, aponta falhas quanto ao determinismo e à idéia de liberdade.

Enfim, percebe-se que realmente os fins do Estado alteram conforme a teoria predominante naquela sociedade.

Quanto ao Estado Democrático de Direito, podemos afirmar, acompanhando a teoria de Horta (2005), que seu fim é o atendimento à sua ética de plenitude dos Direitos Humanos, na igualdade em relação à participação nas decisões estatais.

Portanto, os membros do Poder Legislativo, como representantes do povo, devem nortear-se por este fim.

Como consequência lógica desta vinculação do Poder Legislativo – representantes do povo, aos fins éticos do Estado Democrático de Direito, analise-se, a partir de agora as características da lei.

3 SOBRE A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Da Lei

Quando uma sociedade se organiza politicamente e forma o Estado, seus indivíduos já possuem determinada cultura e valores. É na convivência e choque entre esses valores que surge o valor justo.

Na teoria de José Afonso da Silva (2006, p. 16/17), o Direito, portanto, é fenômeno cultural que nasce das relações sociais lapidadas por um sentido de justiça e integra os três elementos culturais: matéria (fato, conduta), valor e forma (norma). Os valores da justiça dão ao Direito o mesmo que o Belo concede às artes. O Direito é histórico e conduz-se através das normas que pautam comportamentos futuros, impregnados de valor.

A experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII tornou cada vez mais o direito escrito, quer pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído, quer pela redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras. Além disso, a recepção do direito romano veio propiciar o surgimento de hierarquia de fontes (HORTA, 2005, p. 65).

A teoria hobbesiana (2001, p. 218) já concedia grande importância à norma jurídica, e por isso atribuía ao poder legislativo, independente da forma de governo, o cerne da soberania estatal – por depender dele a elaboração das normas estatais:

Com a evolução das teorias do constitucionalismo e a tripartição de poderes, hoje, temos a compreensão de que a referida afirmativa foi importante para o desenvolvimento da Teoria do Estado, com o princípio da legalidade e da soberania estatal. Entretanto, na predominância do Estado Democrático de Direito, por haver o povo delegado parte de seus direitos ao Estado, formando-o, elegendo-o, fazendo representar-se, a soberania é atribuída a ele, e não aos seus representantes²¹.

²¹ Hoje, seria absurda a afirmativa feita então por Hobbes, apesar de interessante o raciocínio: “O soberano de um Estado, quer seja uma assembléia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis. Dado que tem o poder de fazer e revogar as leis pode quando lhe aprouver libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras novas: por consequência, já antes era livre. Porque é livre quem pode ser livre quando quiser. E a ninguém é

Para Hobbes, leis da natureza e leis civis contêm-se uma à outra. Assim Hobbes liga a criação do Estado às leis civis, criadas pelo poder soberano. Os homens criaram o Estado – um homem artificial, e, juntamente, as leis civis – laços artificiais, os quais, mediante pactos, prendem uma das pontas à boca da assembléia, e a outra aos próprios ouvidos. Apesar de frágeis, esses laços mantêm-se devido ao perigo de rompê-los (HOBBS, 2001, p. 176/177)

Leis civis são leis da natureza cujas qualidades predis põem o homem para a paz, e são adotados com a instituição do Estado (2001, p. 219). Seriam aquelas, portanto a que os homens são obrigados a respeitar por fazerem parte de determinado Estado, devendo todos conhecê-las. A lei não é um conselho, mas uma ordem dada por aquele que se dirige a alguém já anteriormente obrigado a lhe obedecer. O conceito hobbesiano de leis civis é conjunto de regras que o Estado impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário à regra (HOBBS, 2001, p. 217).

O surgimento do Estado Liberal traz consigo a importância da lei para o Estado Democrático, derrubando a força vinculativa da religião ao Direito e o absolutismo do rei.

“O direito legislativo revela a desvinculação do Estado das formas ético-religiosas tradicionais” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 28). A lei é transformada, então, em expressão deificada e acabada do legalismo do Estado liberal, a partir da Revolução Francesa. Expressão da vontade geral, ela é concebida como perfeita, intocável e irrepreensível, pretendendo definir critérios de moralidade, como a legitimidade das vontades particulares. A palavra lei, e não liberdade, é que se destaca na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

“[...] A partir do século XVI, anota Jean-Luc Chabot, surge e desenvolve-se um projeto de vida social e individual tendente a romper com a referência transcendente e religiosa, fundado no princípio da imanência ou de autonomia, de que resultaria uma sociedade concebida como autolegitimante em nome de uma racionalidade individual e coletiva. Então, a relação de totalidade inscrita na hierarquia religiosa sofre uma transferência para o objeto imanente mais próximo: a atividade política. Dessa evolução, vem o constitucionalismo, com seus princípios e garantias dos direitos e da separação dos poderes [...]” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 29).

possível estar obrigado perante si mesmo, pois quem pode obrigar pode libertar, portanto, quem está obrigado apenas perante si mesmo não está obrigado” (2001, p. 218).

O Estado Democrático de Direito, como todo Estado de Direito, sujeita-se também ao império da lei, mas aliado aos princípios de igualdade e de justiça que influenciam a realidade social, não mais se caracterizando por mera arbitragem. A lei é, assim, reconhecida como o instrumento institucional de maior relevância no controle social, já que também é um instrumento de dominação política, postulando atuação e controle democráticos na sua elaboração e aplicação, para coibir abuso e autoritarismo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 31/32).

Como leciona José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito desenvolveu o primado da lei, princípio que havia surgido com o liberalismo:

“[...] a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, funda-se num elemento puramente forma e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde surge a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, com Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja, a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 30/31).

Nas lições de Reale, do valor aplicado a um fato nasce a norma, sendo esta a reação do valor ao fato. A norma representa “uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social” (1983, p. 554). O fato, elemento que influencia o homem, é o fator negativo, ao passo que sua tendência a constituir e realizar fins é o fator positivo do agir. “Os dois, porém, se exigem e se implicam: a norma é a centelha que resulta do contato do pólo positivo com o negativo” (REALE, 1983, p. 573). Reconhece-se, portanto, evidente anterioridade lógica dos valores às normas, como abstrações.

Apesar disso, do ponto de vista cronológico, muitas vezes o valor somente se manifesta ante o confronto com o fato, dando causa ao surgimento da norma: o valor parece subjazer até o momento em que desafortunada circunstância reclame sua emergência (HORTA, 2005, p. 26).

“Concebido assim, o Direito legislado é a positivação das normas jurídicas difusas no meio sociocultural, acrescentando-se-lhes, com a força cultural do Poder,

o *plus* da certeza e da obrigatoriedade” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 20). Não é apenas aquilo que o legislativo decide como tal e assim o promulga em leis. Em regra, como resultado da cultura, realiza-se a despeito das normas escritas, espontaneamente. A interferência do legislativo estabelece, tão-somente, esquemas gerais de sua realização com certeza e unidade (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 21).

Mas sociedade possui outras espécies de normas que a regem, derivadas dos valores sociais, e a norma civil pode vir contrariando-a. “Muitas vezes, o direito legislado encontra-se em desacordo com o Direito sociocultural” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 18/19). A função do legislador é revelar o Direito já existente na sociedade, mas a análise da justiça dessa norma é imprecisa, sujeita a juízos de valor discordante e a incertezas.

Interessante notar que essa diversidade de valores resulta na característica de múltiplas interpretações, estas apontadas por Hart:

[...] Se tanta incerteza pode surgir nas humildes esferas do direito privado, quantas mais não encontraremos nas frases grandiloquas de uma constituição, por exemplo, nos Quinto e Décimo-Quarto Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, quando se estatui que ninguém será ‘privado da vida, liberdade ou propriedade sem a observância dos trâmites legais’? Acerca disto disse um autor que o verdadeiro sentido desta frase é na realidade bastante claro. Significa que ‘nenhum w será x ou y sem z, sendo que w, x, y e z podem assumir quaisquer valores dentro de um extenso conjunto’. (2005, 17)

O legislador tem o papel de escolher, entre os conceitos escritos, aquele que melhor atenda às tendências ideológicas da comunidade²². Conduz-se no sentido

²² É certo que nem sempre as tendências ideológicas da sociedade são amparadas pelo princípio da justiça, pela Constituição, ou por quaisquer estudos de efetividade e resultados sociais, estando ausente até mesmo a consciência política dessa vontade. No Brasil temos o exemplo da Lei de Crimes Hediondos, em que, àqueles condenados por homicídio qualificado, são aplicadas uma série de restrições, como a progressão de regime, que visa a readaptação do preso novamente à sociedade. A sociedade brasileira sempre viveu angustiada pela violência existente na comunidade, a meu ver decorrente da desigualdade social, e uma autora de novelas, que sofreu a perda de uma filha em um crime passionnal – que poderia ocorrer até mesmo naquele país de menor índice de criminalidade, aproveita-se disso, para, utilizando sua influência, propagar a necessidade de tornar as penas mais duras. Ora! É quase unânime na comunidade acadêmica que resultados positivos do sistema penal são obtidos com a certeza da pena pelo criminoso em potencial, muito mais que sua intensidade. Entretanto, a sociedade mobilizou-se em torno da “vingança pessoal” de Glória Perez, pleiteou ao legislativo a inclusão de normas ao direito penal, de constitucionalidade duvidosa, e obteve a alteração. Apesar disso, pesquisas demonstram que essas alterações não trouxeram qualquer benefício à sociedade, no sentido de redução da criminalidade.

De um lado, demonstra a soberania popular, mas do outro lado da moeda, o poder negativo de influência da mídia, ao utilizar-se da ausência de consciência e debate político do povo.

dos valores, acrescentados do valor de certeza. Nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] ao legislador compete, em sentido autêntico, tão-só revelar, em preceitos genéricos, as condutas normativas, já de si, jurídicas, por já serem substratos dos valores jurídicos. Sua interferência, como órgão do Poder, tem apenas o sentido de precisar, para o futuro, tais condutas, conferindo-lhes predeterminação, unidade e certeza. Essa é a função do Estado, como legislador. Função que se amplia e estende, à medida que os fins do Estado se desenvolvem. Há mesmo quem diga, a nosso ver, com razão, que o Estado é, por excelência, o definidor dos direitos e das responsabilidades jurídicas; é a função mais alta que lhe é conferida (2006, p. 22).

Mas quando as normas escritas não traduzem o direito cultural, satisfazendo apenas os interesses do Poder e de determinada classe social, deixam de ser jurídicas – justas, queridas pela sociedade, para serem apenas políticas – protecionistas.

E apesar do desenvolvimento teórico do primado da lei, ela continua possuindo, para muitos, significados caracteristicamente religiosos, provavelmente resultante do enraizamento de milênios, como analisa Cunha:

Direito é uma coisa sagrada. Sempre foi. Se se comprovar a hipótese da trifuncionalidade indo-européia, o Direito será não mais que uma especialidade decorrente da grande árvore constituída pela primeira função do político, a função mágica e político-normativa, também dita soberania. Mas mesmo sem que se admita a validade desta tese, a verdade é que o Direito sempre lidou com o Poder, e com um estranho e misterioso poder que se impõe por meio de ritos e liturgias, pela forma da Palavra – formas simbólicas e míticas como as das religiões. (2005, p. 11)

3.1.1 Dos conceitos de lei

Vários são os conceitos de lei. Para os sociólogos, lei é apenas mais um dos diversos tipos de controles sociais; para os psicólogos, é um processo de condicionamento que produz razoável uniformidade de resposta, por parte dos membros da sociedade, aos estímulos do meio social; para o cientista político, consiste em regras de conduta humana que são impostas pelo poder estatal, para o cumprimento de propósitos básicos da sociedade (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 23/24).

Na ciência do Direito, igualmente, não há convergência de conceitos entre as teorias: a Escola Analítica define a lei como regra geral de ação externa, imposta pela autoridade política soberana; pela Escola Histórica, lei é criação psicológica do homem determinada pelas necessidades material, intelectual e moral; os racionalistas vêem a lei como um ato de entendimento (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 23/24).

Emile Bouvier e Gastón Jèze propõem como conceito de lei a “regra primordial e fundamental que rege as relações sociais no interior do Estado de um modo geral e permanente (ou perpétuo)” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 25).

Para os fins deste trabalho, é bastante a definição de José Afonso da Silva, que classifica lei em dois sentidos: formal e material. Neste, lei é ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, “tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas” e em sentido formal é o ato jurídico editado por órgão incumbido especialmente para tanto, distinto das funções executivas e judiciárias (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 26/27).

3.1.2 Legitimidade da lei

A sacralização da lei é antiga na civilização judaico-cristã. As tábuas de Moisés do Monte Sinai operam sempre como arquétipo necessário. Os legisladores são como Moisés²³.

No processo de superação do absolutismo a partir da soberania popular apoiada no parlamento, Cunha (2005, p. 21) afirma que cortada a cabeça do rei e superada a ideia da divindade, é aos parlamentos que acabará por ser cometida essa função milagrosa. A lei é celebrada como fruto da razão, a que se acede pelas luzes de esclarecidos deputados

²³ Cunha constata que, de algum modo intrigante, cronologicamente, as fórmulas que invocam a divindade como Deus julgador precedam normalmente as que o apresentam como legislador, que são mais modernas. Uma explicação provisória terá a ver com a compreensão contextual das funções do rei. Depois de ultrapassada a fase do rei guerreiro, talvez se compreendesse melhor a de um rei justiceiro que a de um rei que legisla. Aliás, os primeiros reis não legislavam muito (2005, p. 20).

E ao mesmo tempo, o absoluto da lei é amenizado:

Há assim, com a banalização da lei, um exílio do sagrado. O halo de sagrado que ainda envolve de algum modo, e em alguns círculos, as constituições também tende a desvanecer-se, porquanto a dependência de cada constituição face à revolução, guerra ou golpe de Estado que a instituiu ou veio a promover lhe retira muito da sua autonomia. E, por outro lado, sucessivas revisões constitucionais, sempre ao sabor das conveniências oportunistas da hora, não são de molde a gerar na opinião pública o respeito que só é devido a coisas longevas e intocáveis.

É essa, também, a crise do sagrado em algumas confissões religiosas, nas quais tantas e tão vertiginosas mudanças de doutrina fazem perigar o todo do catecismo ainda aceite. E não está em causa a eventual justeza quer das alterações constitucionais, quer das mudanças de dogma religioso: o problema é que se fica com a sensação de que aquilo que era sagrado, e também sagrado por se lhe não poder modificar um só 'J', afinal não o fora jamais, porque os 'JJ' vão e voltam com grande liberdade. (CUNHA, 2005, p. 21)

O sentido absolutista da lei sofreu muitos ataques, especialmente com desenvolvimento da teoria do Constitucionalismo. Legitimidade passa a ser a palavra-chave:

A santidade da lei, no liberalismo, sofreu sua primeira contestação quando Marshall, em 1803, a submeteu ao princípio da legitimidade com a primeira declaração de que a lei não pode prevalecer se contraria a Constituição. Então, um órgão jurisdicional assume a função de decidir se uma lei é ou não compatível com a Constituição, fulminando-a se entendê-la não compatível. Isso não é legislação negativa, nem forma de ab-rogação da lei, mas é um critério de aferimento de sua legitimidade em face de uma lei maior, que se presume legítima quando provenha da atuação do poder constituinte popular.

Esse procedimento de verificação da legitimidade das leis é tanto mais importante quanto mais a lei se torna um instrumento de governo, de interferência na esfera de autonomia das pessoas. É preciso, assim, estruturar meios adequados e eficazes de precaver-se contra ameaça do legislador, que, servindo-se desse instrumento, pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei de força [...]. (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 32/33).

E, também, a teoria de Nietzsche (2007, p. 243) questiona a fé no absoluto da lei, endossando o respeito ao contrato social para a legitimação do ordenamento jurídico. Para ele quando a subordinação como fim em si mesmo não for mais possível, haverá uma quantidade de efeitos mais surpreendentes que não poderão mais se realizar, e o mundo ficará empobrecido. Isso ocorrerá porque a fé na autoridade absoluta, na verdade definitiva (mesmo nos Estados militares), a coação física não basta para produzi a obediência. "Num estado de liberdade maior,

ninguém se subordina senão sob certas condições estipuladas por um contrato recíproco, portanto, com todas as reservas do interesse pessoal”.

Legitimidade, mais do que nunca, é lugar comum na retórica jurídica e política. Assim a define Ferraz Júnior:

A expressão, no seu sentido ético de critério superior de moralidade acima da realidade factual dos governos e suas leis positivas, teve voga na Idade Média, em contraposição ao tirânico e à tirania. Usada para qualificá-los negativamente – governo tirânico como ilegítimo –, ela foi perdendo, pouco a pouco, o estrito sentido moral e adquirindo mais um conotação empírica que, se não perde de todo o sentido ético, passa a referir-se cada vez mais a certas condições empíricas, como sustentação popular, democracia representativa, procedimentos e decisões com base em regras – leis – Estado de Direito etc. Isto ocorre, mormente, a partir do século XIX, quando surgem as diversas ‘teorias do reconhecimento’, segundo as quais o qualificativo de legítimo cabe à lei ou ao ordenamento em geral ou ao governo e suas decisões na medida em que eles são aceitos [...].

Esta aceitação ou reconhecimento provoca, desde então, contínuas polêmicas com respeito ao seu fundamento. Noções como vontade geral, vontade popular, anseios da maioria, bem-estar social, sociedade justa, justiça social, desenvolvimento econômico e social, distribuição equitativa de bens, participação direta ou indireta no próprio governo apontam para muitas das fórmulas que pretendem dar conta, nesse sentido, da legitimidade do direito e da política de modo geral. (1989, p. 15/16)

Nesse sentido, legitimidade é conceituação incerta, com conceitos pouco rigorosos que levam a situações contraditórias. Mas esse uso ambíguo da expressão reforça o seu desempenho comunicativo, permitindo que interesses divergentes possam ser trazidos a um denominador comum, facilitando o mútuo entendimento com a finalidade de uma ação política convergente. Mas negativamente, permite que grupos assumam suas doutrinas como autênticas e do demais como inautênticas. Assim, legitimidade tem a magia de favorecer argumentações divergentes (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 16).

Enfim, no Estado Democrático de Direito, há concessão, pelo povo, de legitimidade às leis, quando derivadas de autoridade constituída pela soberania popular. Hart bem define a relação de comando e autoridade:

Mais importante – porque é uma distinção crucial entre formas diferentes de ‘imperativo’ – é o ponto que postula que, quando se emite um comando, não sucede necessariamente que haja uma ameaça latente de um mal, na eventualidade de desobediência. Comandar é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não o poder de lhes infligir um mal, e, embora possa estar ligado com ameaças de um mal, um

comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade (HART, 2005, P. 25)

A obediência à lei pode ser compreendida a partir da autoridade constituída sob os princípios democráticos.

3.1.3 Bases do processo legislativo

A atividade legislativa do Estado caracteriza-se por estabelecer esquemas genéricos do Direito – a lei, através de um processo. No processo de formação das leis, a meta de chegada é o ato legislativo geral, abstrato, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 39/41).

O processo legislativo é formal não só por estar subordinado às formalidades previstas na Constituição e demais normas regulamentares, mas também por significar a representação do que se dá no choque dos interesses sociais.

Conforme José Afonso da Silva, os debates dos agentes políticos é que vão estabelecer os limites dos interesses do jogo democrático. Mas o processo legislativo é composto por aspectos objetivos, além das subjetividades dos debates:

Por isso, quanto mais divergentes são os interesses das classes sociais, quanto mais aguçadas são as contradições do sistema social vigente, tanto mais acirrados são os debates e as lutas no processo de formação das leis, já que estas, como atos políticos por excelência, é que vão estabelecer os limites dos interesses do jogo, tutelando uns e coibindo outros

[...]

Mas, se quisermos uma noção mais completa do processo de formação das leis, teremos que reconhecer, nele, aspectos objetivos e subjetivos: aqueles consistentes nos atos processuais legislativos; estes, nos órgãos e pessoas, que são os sujeitos desse processo. Assim, poderíamos dizer que o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 41/42).

Os conflitos aparentes no debate político geralmente cessam com a votação da lei decidida pela maioria, imposta e garantida pela força, e não pelo conteúdo da justiça, o que pode aguçar ainda mais a dicotomia entre ordem jurídica formal e

material (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 43). Relaciona-se à já descrita função do legislador em revelar o direito existente.

O mais importante dos pressupostos do processo legislativo, decorrente do princípio da separação de poderes, é que seu exercício se dê por órgãos específicos para a incumbência de elaborar as leis. A teoria da separação de poderes, dentre eles o Poder Legislativo, já encontra seu esboço em Aristóteles, na *Política*, a partir da observação de diversas constituições gregas da época. Não há a distribuição dos poderes a órgãos diferentes, mas há clara especificidade de funções estatais (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 45/46):

Locke também expôs uma teoria da divisão de poderes, embora não tenha sido seu criador. Montesquieu foi quem obteve êxito na divulgação da ideia, mas a formulação também já se encontrava escrita em algumas Constituições das ex-colônias inglesas da América, embora sem a rigidez da Carta da Federação Americana (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 47).

Hoje em dia, a separação de poderes tomou diversas formas, mais ou menos flexíveis. No Brasil, os principais elementos que fundamentam a separação são a especialização funcional e independência orgânica. No Estado contemporâneo, prevalece, além da distinção dos poderes, a colaboração funcional e dependência orgânica.

Portanto, é essencial que a elaboração das leis se dê por órgãos autônomos. Também a formalidade para criação das leis é essencial para que lhe seja concedida a tão almejada legitimidade. Conforme leciona Hart (2005, P. 38/39), a legislação é um exercício de poderes jurídicos eficazes quanto à criação de direitos e deveres jurídicos. Mas não conformidade com as condições da regra capacitadora torna o ato legislativo ineficaz e, portanto, um ato nulo para esta finalidade.

José Afonso da Silva propõe quatro pressupostos para diferenciar um processo legislativo de um simples ato legislativo final com força de lei (que pode ocorrer sob o poder de uma única pessoa): a existência de um órgão incumbido da função legislativa – parlamento; a proposição do projeto legislativo, devidamente fundamentado por escrito ou oral; a competência legislativa; e a capacidade do proponente (2006, p. 49/50).

Esse processo legislativo, em seu aspecto dinâmico, é orientado pelos princípios da publicidade, oralidade, separação da discussão e votação, unidade da

legislatura e exame prévio dos projetos por comissões parlamentares (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 50).

A lei, resultado da atuação do Poder Legislativo, através de um processo formal, cuja finalidade é o ordenamento da vida coletiva, trazendo certeza às relações jurídicas, tem por imprescindível, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade. Esta somente é plena quando a função legislativa é exercida com amparo dos princípios democráticos, e na efetividade da representação política, e regularidade do jogo democrático.

A análise agora passará ao denominado Jogo Democrático. Tem como suporte especialmente a teoria de Bovero, sobre a participação dos cidadãos no processo decisório político. Em suas palavras:

Mas a democracia é formal por definição. Como forma de governo, é definida por um conjunto de regras que se referem, para usar a linguagem simplificadora e esclarecedora de Bobbio, o quem e o como das decisões políticas – a quem cabe decidir, e com base em quais procedimentos – não o quê, o conteúdo de tais decisões. [...] Em suma, as regras da democracia prescrevem a distribuição mais igualitária possível do poder político; ou melhor, do direito-poder de influir sobre as decisões coletivas; mas não indicam, não podem indicar para que será usado tal poder, para assumir quais decisões, para empreender qual direcionamento político, para perseguir qual ideal. Portanto, a assim denominada democracia substancial, se entendida no sentido de democracia *pour Le peuple* – de governo ‘a favor’ do povo, ou das classes em desvantagem etc – se identificada com um particular direcionamento ou conteúdo político das decisões coletivas, não é, como tal, democracia. Só é democracia a democracia par *Le peuple*, ‘através’ do povo, ou melhor, através das regras que permitem e favorecem a participação dos cidadãos no processo decisório político. (BOVERO, 2002, p. 43/44)

3.2 O jogo democrático na teoria de Bovero

Bovero (2002, p. 53/54) apresenta um estudo sobre o que chama de “Jogo Democrático”. Tomando de empréstimo a linguagem da teoria dos jogos, sustenta que a dinâmica da vida democrática é um ‘jogo misto’, no qual competição e cooperação estão entrelaçadas. O jogo democrático tem uma acepção abstrata e neutra de ‘jogo’: um sistema de ações e interações típicas, articuladas em fases distintas também elas típicas, nas quais envolvidos diversos sujeitos em papéis diferenciados. Não se pretende considerar as instituições e estruturas políticas, mas o aspecto dinâmico da democracia, o conjunto das atividades entre si conectadas

através das quais se desenrola a 'vida pública' de uma coletividade, no âmbito de certas regras: exatamente as regras democráticas, não por acaso definidas 'regras do jogo'.

Esse jogo possui a imagem, não de um círculo, onde todos os participantes têm igual distância do centro de comando, mas de uma pirâmide, onde além da equidistância dos participantes, o centro de comando situa-se em um nível superior aos participantes (BOVERO, 2002, p. 25).

Há postos mais ou menos próximos do centro de comando, que são ocupados em forma de revezamento, sendo potencialmente acessíveis a todos. Seu desenvolvimento é vertical, e se assemelha à escalada de uma pirâmide feita em degraus, ou melhor, a um estranha 'escalado por revezamento', porque no decorrer do jogo certos jogadores são substituídos por outros, revezando-se ao avançar em direção à meta. O jogo desenvolve-se, portanto, de baixo para cima: da base, onde se encontra o maior número de jogadores, para o vértice, aonde chegam alguns poucos, algumas vezes apenas um. Além disso, ainda de modo metafórico, o jogo tem melhores resultados quando a escalada é organizada, com alguns inevitáveis empurrões, mas sem verdadeira violência; o revezamento acontece de modo claro e controlável por todos, sem truques ou manipulações; e verifica-se uma renovação periódica e regular dos jogadores nos diferentes papéis e fases do jogo (BOVERO, 2002, p. 55).

Com o objetivo de identificar as regras estruturais deste jogo de natureza ascendente, é necessário recorrer a verbos com menor carga metafórica, que expressam literalmente as ações permitidas e fases do jogo. Focalizar a atenção sobre estes verbos – isto é, sobre as partes do discurso que indicam ações – pode servir para redesenhar uma noção mínima, mas possivelmente clara e distinta, daquilo que usualmente se chama 'jogo democrático' (BOVERO, 2002, p. 53). São quatro principais fases do jogo democrático, que representam cada uma, um verbo: eleger, representar, deliberar e decidir.

l) Em princípio, na base da pirâmide, ou se preferirmos, em seu primeiro degrau, estão os cidadãos em sentido exato, ou seja, os titulares de direitos políticos, cuja ação principal e qualificadora, como tal, é aquela de eleger algumas pessoas, escolhidas entre eles mesmos, para os cargos públicos, ou seja, para papéis de poder, fazendo deste modo com que galguem aos degraus superiores. [...] (BOVERO, 2002, p. 56)

Eleição é termo que, a princípio, não remete a democracia, mas à aristocracia, por significar a elevação daqueles considerados melhores. Mas a escolha dos melhores justifica-se no Estado Democrático de Direito pela importância de êxito na representação política, tendo como meta a soberania popular (BOVERO, 2002, p. 31).

A democracia direta tornou-se inviável devido à complexidade das estruturas sociais da atualidade. Necessitou, assim, substituir a vontade de todos os cidadãos, pela figura da representação exercida por aqueles que o façam da melhor maneira possível, de acordo com a vontade popular expressa na fase de eleição.

Bovero explica o sentido do verbo *eleger*:

Os quatro verbos da democracia têm todos raiz latina. O primeiro deriva de *eligere*, em cujo significado original confluem o ato de designar e o ato de enaltecer: quem *elege* (*eligit*) indica alguma coisa ou alguém, discernindo-o dentre outros objetos ou sujeitos os quais neste sentido são descartados, e ao mesmo tempo o acolhe, o traz para cima, o eleva, separando-o do resto. Esse ato complexo, portanto, pressupõe e inclui em si o reconhecimento de que algo ou alguém é dotado de maior valor em relação a outro, é merecedor de ser preferido, é melhor, e por isso mais digno de elevação. Coerente com este significado, o ato político de *eleger*, ou seja, o instituto das eleições, era considerado pelos antigos clássicos – como vimos anteriormente – como típico não da democracia, mas sim da aristocracia: não tem sentido *eleger* alguém (pessoa ou partido) a não ser que seja considerado melhor do que os outros, portanto mais digno de ser alçado ao poder. [...] (BOVERO, 2002, p. 58)

Após a primeira fase, de eleição, o foco do jogo desloca-se em sentido ascendente. Mas isso não significa que aqueles que não foram eleitos estão, mesmo que temporariamente, excluídos do jogo. Ao contrário, os eleitores permanecem na base da pirâmide, com o direito/dever de atuar, através de normas específicas, sempre que sentirem que os eleitos estão descumprindo as normas do jogo (BOVERO, 2002, p. 56).

A segunda fase, descrita por Bovero, do verbo *representar*, trata-se, não tipicamente de uma fase, mas da principal regra do jogo, que rege constantemente as chamadas terceira e quarta fase, de deliberação e decisão. Assim a descreve Bovero:

II) Então o jogo passa aos eleitos, ou seja, às pessoas selecionadas pelos cidadãos eleitores e por eles destinadas a compor os órgãos institucionais da coletividade: o papel dos eleitos, enquanto tais, é aquele de representar os cidadãos, sobretudo no sentido elementar de

'substituí-los' nas ulteriores fases do jogo democrático, ou seja, de agir em nome e por conta deles. (BOVERO, 2002, p. 56)

Tendo como regra principal a representação, interessante notar, que Bovero, sobre a terceira fase, de deliberação dos eleitos, descreve a atividade como argumentação “em defesa do próprio ponto de vista sobre problemas coletivos”. Resulta que, para ele, a representação política tem como sentido a própria consciência do representante. O discurso deste não vincula-se diretamente à vontade dos representados. Realiza-se apenas indiretamente, age em nome dos representados apenas com a obrigação de argumentar no sentido do que acredita ser o melhor para as questões públicas.

Eis a fase deliberativa:

III) A forma de atividade pertinente ao papel dos representantes – de costume exercida não singularmente, mas em grupos que se formam em base e afinidades em torno da orientação política – é aquela de ilustrar e argumentar em defesa do próprio ponto de vista sobre problemas coletivos, de submetê-lo à discussão e ao confronto com o ponto de vista dos outros representantes, indivíduos ou grupos, com o objetivo de avaliar qual solução deve ser adotada. Trata-se de uma atividade tipicamente lingüística, expressiva, de um ‘agir comunicativo’, diria Habermas: um falar e debater que é, eminentemente, próprio do parlamento (ou congresso, ou assembléia: como quer que se chame o órgão colegiado representativo da coletividade de cidadãos). Se quisermos expressar com o verbo mais adequado a função específica do parlamento, diríamos que ela consiste em deliberar sobre questões públicas. (BOVERO, 2002, p. 56/57)

A fase de deliberação é importante por significar o embate de diversos pontos de vista, cada um, aparentando ao seu defensor, o melhor, de maior atendimento ao interesse popular. Nessa deliberação muitas vezes aparece o absoluto no direito.

No jogo democrático, o sentido de deliberar é intimamente ligado a decidir:

O verbo latino *deliberare* tem uma origem incerta. Alguns lingüistas supõem que derive do substantivo *libra*, a balança, e que por esta razão o verbo tenha assumido o significado predominante – figurado e metafórico – de pesar, ponderar. Na linguagem jurídica consolidou-se o uso convencional de entender por ‘deliberação’ pura e simplesmente a decisão de um órgão colegiado (como uma corte de justiça, um júri, um conselho de administração ou de faculdade, ou, exatamente, um parlamento). Também na linguagem comum, o substantivo e o verbo correspondente indicam em um certo sentido uma decisão. Portanto, os atos de deliberar e de decidir, que no nosso esquema indicamos como separados, parecem ao contrário estar tão ligados entre si a ponto de mal se distinguirem também no plano semântico. Mas exatamente a natureza colegiado do deliberar, enfatizada pelos juristas, sugere que consideremos este termo não como um simples sinônimo de ‘decidir’ que se aplica restritivamente apenas e unicamente aos sujeitos coletivos, mas sim como uma espécie qualitativamente distinta

de procedimento decisório, cujos conotativos essenciais são propriamente inerentes ao momento que precede à decisão em sentido estrito. [...] (BOVERO, 2002, p. 62)

Após a fase de deliberação, a seguinte, de decisão, significa a meta a ser alcançada, que somente o é quando representa a vontade do povo, em respeito ao princípio da soberania popular:

IV) Enfim, o jogo democrático alcança a meta, encontrando a sua conclusão natural na forma de ações que indicamos com o verbo decidir. [...] ou seja, a determinar conclusivamente qual é a vontade do coletivo, válida e vinculativa para todos, sobre cada singular problema e sobre o direcionamento político em seu todo. (BOVERO, 2002, p. 56/57)

A fase de decisão importa em, além da criação da norma Estatal, o reconhecimento daqueles que não concordam, da legitimidade e força vinculativa da decisão, por terem todos, tido a oportunidade de igual participação, conforme sua posição, naquele tempo, no jogo democrático.

Como milagre, aqueles diversos entendimentos opostos, se unem para formar uma só norma, legitimada também por aqueles que até então não a apoiavam:

O verbo latino *decidere* significa literalmente cortar fora, decepar, concluir abreviando. O que é 'abreviado' no caso das decisões políticas que 'concluem' (logicamente) o processo democrático, é exatamente a ponderação, que cada um daqueles que está na posição de decidir é chamado a efetuar, das diversas soluções propostas para as questões públicas. [...] O jogo político, em geral, consiste nisto: no impor-se de um modo ou de outro, de uma determinada orientação decisória, ou seja, no prevalecer, dentre tantas possíveis formas distintas, de uma determinada vontade. Mas e o jogo democrático? A sua especificidade consiste em reduzir as muitas vontades, inclinações, interesses individuais à única vontade, expressa (a cada vez) pela decisão coletiva, de modo tal que os indivíduos possam reconhecer nesta uma vontade não imposta mesmo quando não compartilham porque surgida de um processo decisório do qual participaram todos em iguais condições. (BOVERO, 2002, p. 63)

Ainda que de forma simplificada e esquemática, de fases expressas através de verbos – eleger, representar, deliberar, decidir – o jogo democrático revela a sua natureza especial como sistema de ações que se compõem em um processo decisório ascendente.

É uma imagem dinâmica da democracia, coerente com aquela elaborada ao longo da tradição de pensamento que vai de Kelsen a Bobbio. Esta sugere que a vida pública de uma coletividade pode ser considerada em seu todo democrática, se

as decisões políticas não se transformarem em chuva que cai sobre as cabeças dos cidadãos, mas, ao contrário, forem derivadas de um 'jogo' que eles mesmos participam e controlam, e do qual nenhum deles permanece direta ou indiretamente excluído (BOVERO, 2002, p. 56).

Mas ainda há duas regras do jogo para que a eleição do Estado Democrático não se aproxime da Aristocracia, no sentido de restringir a efetiva participação popular, e conseqüentemente, vicie o processo de manifestação da soberania popular.

A primeira regra é o reconhecimento, pelos representados, da necessidade de análise, constante, das decisões dos representantes. A segunda provém da ideia de igualdade de condições de todos no jogo democrático. Nas palavras de Bovero:

A primeira condição é que o jogo político não escape completamente das mãos dos cidadãos assim que tenham concluído a sua tarefa estritamente específica, que é aquela de eleger. [...] Em outras palavras, 'eleger' pode ser um verbo da democracia, e não apenas da aristocracia ou da oligarquia eletiva, somente se o seu significado não for redutoramente compreendido como equivalente a designar um indivíduo que por um certo tempo tomará decisões no lugar dos cidadãos que o designaram. No jogo democrático, eleger significa sobretudo expressar um juízo (não improvisado) sobre o conteúdo das decisões já tomadas no período político precedente (entendo por período político o intervalo entre duas eleições) e sobre o conteúdo das decisões a serem tomadas no período sucessivo: significa, portanto, (a seu modo) decidir quais deverão ser as decisões políticas, qual direção ou orientação deverão ter. [...] (BOVERO, 2002, p. 59)

A segunda condição é que o ato de eleger deve desenvolver-se segundo as regras de um jogo correto (no sentido de *fair play*), em base às quais seja respeitada a dignidade de toda e qualquer idéia e orientação política. Resumindo: isto significa que o sufrágio deve ser universal e igual [...]. (BOVERO, 2002, p. 60)

Entretanto, sabemos como é difícil o cumprimento destas últimas regras, principal responsável por tornar a democracia, muito mais um ideal que uma realidade.

Os participantes dos jogos que optam por permanecer na base da pirâmide, até mesmo daqueles Estados cuja democracia mantém uma aparente estabilidade, ainda não notaram, que essas últimas regras representam muito mais um dever que um direito, e permanecem deixando-a como faculdade. E enquanto isso, a democracia representativa, permanece como um ideal distante.

Sartori manifesta compreensão semelhante:

Se não devemos esperar e pretender demasiado das democracias representativas, é em primeiro lugar porque o eleitorado é o que é, porque não participa muito e interessa-se ainda menos, porque suas motivações e seus comportamentos de voto são extremamente rudimentares, rústicos e desarticulados. Como pensar que um eleitorado que renuncia até mesmo à designação dos próprios dirigentes (quando dispõe das primárias diretas), quereria e saberia dirigir ele mesmo, diretamente, os negócios públicos? Como supor que quem com dificuldade sabe eleger – em sentido próprio, de *eligere*, escolher selecionando – saberia governar? É justamente da experiência obtida pelas integrações diretas (iniciativa popular das leis, e referendun) da democracia indireta – que constituem apenas uma pequena tentativa, note-se, da verdadeira e própria democracia direta – que se deduzem importantíssimas razões para apoiar o sistema representativo (SARTORI, 1962, p. 138/139).

Observa-se, agora, em mais minúcias, a compreensão da representação política da democracia indireta.

3.3 A representação política

Ferrero (1991, p. 169) entende que a democracia, assim como a monarquia, é preestabelecida de antemão, anterior ao nascimento do cidadão, e imposta por gerações do passado. Da mesma forma que na democracia se aprende desde cedo a exercer sua parcela de soberania, na monarquia aprende-se a servir ao rei. E se há quaisquer mudanças da monarquia para a democracia, é resultado de uma minoria organizada e disposta a vencer a predestinação de serem súditos.

Os pressupostos da democracia, especialmente quanto à representatividade democrática no Poder Legislativo, ainda estão sendo descobertos pelos povos, principalmente daqueles Estados que suportaram ditaduras até o século passado.

Conforme leciona Bovero (2002, p. 32), o importante da democracia é a participação efetiva dos cidadãos no processo decisório político, direta ou indiretamente. Na democracia representativa, os indivíduos orienta seu curso principalmente através do voto. A democracia direta, não muda tanto em relação à igualdade na participação, mas a estrutura do processo.

Na antiguidade não existia a idéia de representação, mas assembleias que permitiam a participação direta no poder, sem a característica de órgão, como as assembleias da plebe em Roma, e a *ecclesia* na Grécia.

Como rapidamente analisado anteriormente, a representação política se faz num complexo conjunto de atos, e também é semanticamente complexa:

O termo latino *representar* é semanticamente complexo: significa, em uma primeira acepção, colocar alguma coisa diante dos olhos de alguém; em uma segunda, remeter ou reinvocar alguma coisa; em uma terceira, imitar, reproduzir, fazer reviver. Destes significados originários derivam todos aqueles pouco a pouco pressupostos pelos verbos correspondentes nas línguas modernas. Entre eles, os mais relevantes do ponto de vista político (ou jurídico) são sobretudo dois. No primeiro, *representar* equivale a tornar sensível ou inteligível um abstrato mediante um concreto, de modo que este se torne símbolo daquele: por exemplo, uma bandeira, ou a pessoa de um rei ou de um presidente, 'representa' um Estado, no sentido que simboliza a sua unidade. No segundo, *representar* equivale a estar no lugar de alguém e agir por ele. Quando, na linguagem da teoria política, se fala do Estado representativo, faz-se (ou melhor, se deveria fazer) referência exclusiva a este último significado: enquanto qualquer tipo de Estado pode ser 'representado', no sentido simbólico, por seu chefe, entende-se por Estado representativo uma específica forma de constituição política, aquela que prevê a existência de um órgão colegiado – parlamento ou congresso ou assembleia – cujos membros 'representam' os cidadãos no sentido que são pelos últimos designados mediante eleições a deliberar em nome e em seu lugar sobre questões coletivas. (BOVERO, 2002, p. 61/62)

Na Idade Média, com a estrutura social que impedia a participação direta, surgiu a representação política, iniciada no feudalismo, quando faziam-se consultas aos vassallos para assentimento das obrigações impostas. Nessas circunstâncias ocorreu a imposição ao Rei João Sem-Terra da Carta Magna, no ano de 1215.

Com a unificação do Estado sob uma monarquia absoluta, esse tipo de representação política deixou de existir, exceto no Parlamento Inglês (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 58/59):

O Parlamento Inglês perdurou com sua estrutura estamental: Câmara dos Lordes, vitalícia, representativa da nobreza, e Câmara dos Comuns, de representação popular. Seu poder foi crescendo cada vez mais. A idéia de representação fundamentou as exigências de que o monarca só poderia impor sacrifício ao povo com o consentimento de seus representantes. O parlamento assumia, aos poucos, uma função autorizativa, que, no fundo, era uma função de controle do poder monárquico. Demorou muito até que o Parlamento passasse a exercer uma típica função legislativa. A sua função, nesse tempo, não era mais do que autorizativa: a de dar o seu assentimento ou retirá-lo quando solicitações lhe eram submetidas pelo rei. A função de legislar veio mais tarde (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 59/60).

Ferrero (1991, p. 171) aponta que a idéia de que quem tem o dever de obedecer pode ostentar o direito de escolher e controlar aqueles que estão

encarregados de ditar as ordens, começou no ocidente a partir do século XVIII, à medida que o prestígio das monarquias e velhas aristocracias começam a declinar.

Em 1917 e 1918, com a grande crise das monarquias, a idéia de que o povo estava em condições de governar-se por si mesmo espalhou-se pela Europa, rapidamente. A iniciativa veio de cima, e o povo deixou-se arrastar-se mansamente.

Surgiu então o problema de legitimar a República, imbuindo nas pessoas o sentimento de soberania abstrata, assim como tinham em relação ao dever de serviço ao rei. Como na monarquia, a democracia precisava da legitimidade, que fazendo o caminho inverso do poder, precisa vir de baixo, com o consentimento daqueles que antes eram chamados a obedecer.

Por isso, continua Ferrero (1991, p. 171), a definição de democracia é infinitamente mais difícil, considerando que no momento decisivo, encontra muito mais resistência para impor-se que a instituição monárquica. A aristocracia, burguesia, enfim, as classes ricas e inteligentes, estavam acostumadas a submeter-se ao trono, recebendo em troca certa independência.

Assim, os teóricos costumam fixar o momento e o lugar em que a moderna representação política, com ideais mais democráticos, se destaca de sua matriz privatística na Constituição Francesa do ano 1791, principalmente no ponto em que se lê que: 'os representantes nomeados nos departamentos não serão representantes de determinado departamento, mas da nação inteira' – razão pela qual se proíbe expressamente aos eleitores vincular os eleitos com um mandato imperativo (SARTORI, 1962, p. 19/20).

A ideia da representação pública consolida-se, então, na Revolução Francesa. Nas palavras de Sartori:

Que os representantes não devem ser mandatários, e que eles devam representar a nação e não os seus mandantes, havia-o sustentado Burke na célebre mensagem enviada em 1774 a seus eleitores de Bristol. Se a constituição Francesa de 1791 é o texto escrito que assinala a renovação do conceito publicístico de representação política, esta renovação já se estava processando há tempo na evolução do sistema inglês. Isto não nos deve passar despercebido, mesmo se o caráter consuetudinário daquele constitucionalismo torna muito difícil fixar o momento cronológico em que o vínculo do mandato imperativo cai no desuso (1962, p. 24/25).

O princípio moderno, portanto, desvencilha-se do medieval quando o mandato imperativo é substituído pela fórmula da 'representação da nação'. Nossas

instituições representativas nascem neste momento, em que se estabelece que o parlamentar não deverá representar seus eleitores, e sim a entidade 'nação'. É a função de 'tratar' com o Estado para a defesa dos interesses da coletividade. Mas uma vez que se associem ao poder, que se tornem epicentro do Estado, as assembléias representativas assumem uma função ulterior, diversa e não menos essencial: não apenas a de tutelar os interesses dos mandantes, mas ao mesmo tempo a de governá-los (SARTORI, 1962, p. 20/21).

É também o momento em que um corpo representativo se transforma de organismo externo em órgão interno do Estado.

Horta ratifica o entendimento da mutação do mandato político, afirmando que uma das conquistas da Revolução Francesa "consiste na afirmação de que a soberania reside na Nação, devendo os representantes falar em nome da sociedade toda e não em nome dos seus eleitores, fator garantido no art.3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" (HORTA, 2005, p. 64).

E essa evolução da representação política, com o fim do mandato privatístico, imperativo, coloca o corpo político no dilema de vincular-se à vontade popular, muitas vezes contrariando seu ponto de vista de melhor decisão para a coletividade. Sartori bem demonstra esse impasse:

É esta a raiz de todos os problemas que agitam os sistemas parlamentares do nosso tempo. Isto porque os Parlamentos operam em condições de equilíbrio delicadíssimo. Se assumem em demasia o ponto de vista dos governados, correm o risco de atrofiar e paralisar o governo; e se, pelo contrário, procuram absorver os demais no Estado – poderíamos dizer se um Parlamento assume exageradamente o ponto de vista governante – neste caso corre o risco de não preencher mais a sua função representativa. Portanto, é pelo fato de o Parlamento tornar-se um órgão do Estado, que se diz que ele representa a nação; e o declaramos representante da nação, exatamente porque deve poder passar de 'súditos' a 'Estado'.

É realmente fácil dizer que a ficção da nação tinha como dever: impedir o caminho à vontade popular. Não é apenas isto. O propósito não pode desligar-se da interferência, que é justamente a técnica mediante a qual a negação do Estado (porque é esta, na sua essência, o princípio da soberania popular) converte-se na inserção de um poder popular no Estado. A soberania do povo é a posição de um princípio deontológico; a fictio da soberania nacional é, poderíamos dizer, o 'princípio intermediário' por meio do qual aquela deontologia foi ajustada à realidade, e se insere concretamente naquela". (SARTORI, 1962, p. 28/29)

Fazer-se representar politicamente, na teoria do Estado Democrático de Direito, passou a significar a eleição de determinados representantes para representar toda a nação, mas não apenas isto. Significa também a manutenção, ou

não, daquela representação não há dúvidas quanto ao fato de que o eixo do sistema que hoje chamamos democrático é a eleição, mas não é a eleição pura e simples, e sim a iteração da eleição, que contém em si a possibilidade de reeleição ou de revogação (BOVERO, 2002, p. 31).

Kelsen²⁴ foi exímio defensor do parlamentarismo²⁵, por considerá-lo a melhor forma de governo, diante da impossibilidade da democracia direta na modernidade. A luta contra a autocracia seria, a seu ver, uma luta em favor do parlamentarismo – apesar dessa forma de governo não ter despertado visões favoráveis por parte dos historiadores e publicistas, e o destino deste significaria o destino da democracia (2000, p. 45/46).

Diante da impossibilidade fática da democracia direta, o povo foi obrigado a limitar-se a criar e controlar o aparelho de formação da vontade estatal. Ao mesmo tempo, foi preciso dar a impressão de que a idéia de liberdade democrática permanece, apesar da desvinculação direta do órgão representativo de seus representados. Para isso, recorreu-se à ficção da representação:

[...] à idéia de que o parlamento é apenas um representante do povo, de que o povo pode exprimir a sua própria vontade apenas no parlamento e através dele, embora no princípio parlamentar, em todas as constituições, vigore exclusivamente a regra de que os deputados não podem receber instruções obrigatórias dos próprios eleitores, o que torna o parlamento, no exercício de suas funções, juridicamente independente do povo. Aliás, com esta declaração de independência do parlamento em relação ao povo, nasce o parlamento moderno, que se destaca da instituição análoga dos Estados antigos, cujos membros estavam notoriamente vinculados por mandatos imperativos dos seus grupos de eleitores e eram responsáveis perante eles. A ficção da representação deve legitimar o parlamento do ponto de vista da soberania popular. Mas essa ficção evidente, destinada a dissimular o golpe verdadeiro e fundamental desferido contra o princípio da liberdade pelo parlamento, ofereceu aos adversários da democracia o argumento para afirmarem que a própria democracia estaria fundada sobre uma falsidade óbvia. Assim, a ficção da representação, a longo prazo, não teve mais condições de

²⁴ Sua teoria em defesa do parlamentarismo será analisada no presente trabalho especialmente quanto à essência dos fundamentos sobre o órgão colegiado de formação da vontade estatal, e não detalhadamente a forma como isso é realizado.

²⁵ Para Kelsen, a essência do parlamentarismo seria objetiva, diversa da interpretação subjetiva dos participantes das instituições ou interessados nelas procuram fazer prevalecer. O parlamentarismo é a vontade do Estado através do órgão colegiado eleito pelo povo democraticamente, pelo princípio da maioria. É a idéia de autonomia democrática. No parlamentarismo o princípio da liberdade não é absoluto, aparecendo combinado aos princípios majoritário e de democracia indireta. Esse último significa, em última análise, necessidade de divisão do trabalho, contrariando a idéia inicial de formação da vontade estatal por uma assembléia de todos os cidadãos, significando, por isso, citada restrição à liberdade (KELSEN, 2000, p. 46/47).

cumprir a sua missão própria e verdadeira, qual seja de justificar o parlamento do ponto de vista da soberania popular; de qualquer forma ela cumpriu uma tarefa diferente daquela à qual estava originalmente destinada: manteve o movimento político dos séculos XIX e XX, que era exercido sob a forte pressão da idéia democrática, ao longo de um linha média razoável. Fazendo crer que a grande massa do povo se determina politicamente sozinha no parlamento eleito, impediu um exagero da idéia política na realidade; exagero que teria representado um perigo para o progresso social, pois teria caminhado necessariamente *pari passu* com uma primitivização antinatural da técnica política (KELSEN, 2000, P. 48/49).

Durante o tempo em que o parlamento era o máximo que o povo podia exigir do monarca, não tinha sentido criticá-lo, mas tão logo foi desenvolvido o princípio da supremacia popular, não pode esquivar-se das críticas à *fictio* da representação.

Apesar disso, a essência da representação política, para Kelsen, pode ser apresentada sem recurso à ficção da representatividade, podendo ser justificado como um meio técnico-social para a criação da ordem estatal, através das vontades individuais:

[...] A esse respeito, supõe-se que o fenômeno que se costuma chamar, metaforicamente, 'vontade' da coletividade (em geral) e do Estado (em particular) não seja um dado psíquico e real, já que, em sentido psicológico, existem apenas vontades individuais. A chamada 'vontade' do Estado é apenas a expressão antropomórfica usada para indicar a ordem ideal da comunidade, ordem esta constituída por uma série de atos individuais cujo conteúdo ela representa. A ordem da comunidade, enquanto sentido representado por tais atos, é um complexo de normas, de prescrições que determinam a conduta dos indivíduos pertencentes à coletividade e que constituem, justamente por isso, a coletividade como tal. Os membros da coletividade devem comportar-se de determinada maneira: tal é o conteúdo intelectual em que consiste a ordem coletiva; mas o modo mais claro e, portanto, o mais compreensível para a grande massa – que aqui interessa de modo especial – de exprimir essa relação puramente espiritual é o seguinte: a coletividade – hipostasiada numa pessoa (vale dizer, o Estado) como homem ou super-homem – 'quer' que seus membros se comportem de determinada maneira. O 'dever' da ordem estatal é apresentado como a 'vontade' de uma pessoa estatal. A 'formação da vontade do Estado' é, pois, simplesmente o processo de criação da ordem estatal (KELSEN, 2000, p. 51)

Kelsen postula que apesar de os escritores políticos insistirem em definir o parlamento da democracia moderna como órgão 'representativo', mesmo diante de sua independência jurídica do corpo eleitoral, e considerarem o mandato imperativo contrário ao princípio do governo representativo, isso não representa uma teoria científica, mas uma ideologia política com o objetivo de manter a ilusão de que o

legislador seja povo. Para ele, na realidade, a função do povo, ou corpo eleitoral, limita-se à criação do órgão legislativo (KELSEN, 2006).

Sobre essa passagem, Sartori reconhece:

Pessoalmente considero perfeitamente possível ver a solução jurídica do problema da representação política sob este prisma. Aliás, se me perguntassem: a representação política é uma *fictio júris*? – seria tentado a responder com outra pergunta: que outra coisa poderia ser? Mas é preciso concordar sobre esta noção de ficção jurídica. *Fictio* é termo aberto a interpretações realmente elásticas, que vão desde à de ‘falsificação’ (negativa) – que evoca ilusões e ardis – até à de ‘expediente’ (em sentido positivo), estratégia técnica, modo de resolver um problema. (SARTORI, 1962, p. 73)

José Afonso da Silva (2006, p. 58) demonstra, sobre a representação, que sua ambigüidade reside no fato de que Por um lado é ‘porta aberta’ para os setores sociais até então marginalizados na sociedade política, por outro é ‘barreira’ a um poder de decisão e de intervenção direta no corpo eleitoral.

Certamente, a ‘vontade da nação’ é uma *fictio*, porque a nação não é pessoa dotada de vontade. Mas esta ficção não demonstrou ser eficiente para salvaguardar os Parlamentos de uma pressão excessiva da vontade popular?

Sartori (1962, p. 77/78) defende que mesmo que admitamos que a ficção de um ‘mandato para representar’ não é satisfatória, não podemos esquecer que atrás de uma fórmula que se pode emendar e mudar, fica o problema de constituir e de formalizar os processos eletivos de investidura do poder em modo projetivo. Isto é, relacionar o ‘meio’ que é a eleição àquele ‘resultado’ que chamamos sistema representativo. O erro de Kelsen foi de considerar as eleições como um ato de nomeação, enquanto são um poder recorrente de nomeação. E isto estabelece toda a diferença, porque quem detém o poder de confirmar ou não, em prazos determinados, um dirigente, mantém um poder contínuo sobre ele.

À luz da concepção de Rousseau o povo é, na democracia, o que é o monarca na monarquia no momento que, naquele contexto, a soberania nacional não é mais do que o poder pessoal e absoluto dos Reis de França que, após a Revolução, passou do monarca para os cidadãos. Segundo Sartori (1962, p. 73/74), a *fictio* da nação interrompeu este espiral do absolutismo, pois quando se postula que a soberania é nacional, segue-se que não pode ser, para ninguém, algo de apropriável.

E Sartori (1962, p. 74/75) sai em defesa da *fictio* da representação, afirmando que serviu para resolver – também e justamente em termos jurídicos – o problema que era mister resolver. Constitui o único sustentáculo que permite ao deputado não obstante todos os vínculos substanciais de submissão que se criam entre o eleitorado e o eleito, e ainda entre o eleito e o partido para o qual e pelo qual se faz eleger – de legitimar e reivindicar um direito à sua autonomia de opinião e de vontade. Se privados os representantes deste sustentáculo, sua função limitar-se-á a meros ‘executores’ e ‘porta-vozes’ de vontade alheia, e de decisões já tomadas em outro corpo; então sim, os Parlamentos perderão toda razão de ser que não seja coreográfica.

Para ele, o termo representação não é tão inadequado. Sua razão se obtém olhando para a finalidade do instituto, que significa – como bem sintetizou Carnelutti – que ‘um outro faça com relação a um interesse alheio o que faria se fosse o respectivo titular’. Ora, o sentido dos sistemas representativos é não apenas de ligar os legisladores aos destinatários das normas como representantes que fazem as vezes dos representados; mas, com as devidas limitações, uma relação de representação como mecanismo eleitoral de designação do poder (SARTORI, 1962, p. 83).

É certo que, no Estado Democrático de Direito, os parlamentares não estão ligados por mandato que pode ser revogado discricionariamente a qualquer tempo (mandato imperativo), mas isto não nos permite concluir que não está ligado por coisa alguma.

Essa irrevogabilidade não é inamovibilidade, e deve-se considerar que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem a uma ‘faculdade intermitente de revogação’. Não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido: mas seria mais exato dizer que a diferença vale *pro tempore*. Não há responsabilidade com relação a seus mandantes no sentido no qual a noção de responsabilidade é configurada pelos juristas; mas uma responsabilidade diferente – política – é sentida por eles (SARTORI, 1962, p. 84).

E Sartori acredita ser esse sentimento de responsabilidade política eficaz, negando-se à compreensão do mandato privatístico. Porque, afinal de contas, tudo o que falta à representação política com relação ao instituto ‘civilístico’, é justamente aquilo que permite transformar uma relação mandante-mandatário que negaria o Estado, numa relação circular cidadãos-Estado, de tal ordem que se os cidadãos se

tornam um poder no Estado, mesmo assim o Estado se mantém como poder sobre os cidadãos. A defesa do mandato privatístico parece levar à conclusão de quem, por querer tudo, vê-se na contingência de perder tudo. Porque daí resulta que destruimos a representação política no ato de transformá-la em civilística; ou então, se a transformação não dá resultado, a alternativa impõe que seja destruída igualmente, porque neste caso, temos de renegá-la. (SARTORI, 1962, p. 85)

A propriedade da denominação pode ser questionada apenas se nos limitarmos a pensar que o termo representação tenha só um alcance 'descritivo'; mas tem validade se sentimos que os institutos de direito público assumem também uma conotação 'prescritiva', graças à qual considera-se que um governo democrático representativo o é especialmente porque prescreve a si mesmo de governar respondendo aos governados, e confiando no seu consentimento (SARTORI, 1962, p. 86).

Para ser representante é preciso sentir como tal. É condição *sine qua non*, o sentimento de responsabilidade da representação política. E condição análoga têm os representados: aos seus olhos, devem sentir-se efetivamente representados. E esse sentimento de representação é mais complexo que apenas ter participado do processo eletivo, pois não o é pelo fato de ter contribuído ou não, com meu voto, para a formação daquele órgão; mas pela presença ou não, naquele órgão, de alguém que saiba compenetrar-se de nosso caso, que fale a mesma linguagem, que sintonize conosco. Um órgão não nos representa simplesmente porque o elegemos; ele nos representa quando e porque encontramos nele 'um de nós'. E importa mais esse resultado do que o processo (SARTORI, 1962, p. 118).

A representação nasceu, historicamente, justamente do seio de um pertencimento. Os membros das corporações medievais, como já relatado sobre as consultas na era feudal, sentiam-se representados, não pelo fato de elegerem seu mandatário, mas porque mandantes e mandatários 'pertenciam-se' (SARTORI, 1962, p. 121).

Sartori (1962, p. 120) explica essa forma de representação com o sentido de sermos personificados. Sentimo-nos representados quando encontramos uma pessoa que nos substitui, uma pessoa que possui características semelhantes às nossas, uma pessoa que se 'parece' conosco. Mesmo se não sabemos nada do que disse ou de como pensa, e com a qual sentimos, pois, afinidade por razões de 'pertencimento'. Não subsistem laços manifestos e conscientes; estamos diante

daquela representação que foi denominada 'inconsciente' ou 'não manifestada'. Sentimo-nos representados porque pertence ao nosso mesmo contexto social, profissional, econômico, moral, cultural: por quem provém, enfim, de uma mesma origem.

Ele afirma que a representação política seria sentida não no nível consciente de opiniões e decisões que os representantes transmitiriam aos representados, mas no plano tácito e inconsciente de afinidades. “O eleitor estabilizado – poderíamos dizer – procura reproduzir num parlamento a si mesmo, e em si mesmo, pelo que é, não pelo que deve dizer” (SARTORI, 1962, p. 122).

E é por isso que o risco é grande. “O eleitor²⁶ pode errar, pode ser enganado, ele é levado justamente a seguir aparências toscas. Mas sejamos justos: por que pretender dele mais do que pode dar?” O voto seria um modo de coagir um homem a tomar decisões sobre coisas das quais ele nada sabe. Na medida que isto é verdadeiro, o critério de escolher por pertencimento é ainda o mais sensato (SARTORI, 1962, p. 123).

E seria possível diferenciar os homens, especialmente entre governantes e governados, os que detêm o poder de mando e os que sofrem o dever de obediência? Seria possível conceber uma comunidade política na qual os que têm o dever de obedecer são ao mesmo tempo titulares do direito de mando? A resposta tem sido e continuará sendo negativa desde o começo dos séculos até a consumação final do mundo, por duas razões. A princípio, a democracia é contrária à natureza de autoridade, já que nada tão antinatural como a pretensão de que o poder, que antes de tudo é hierarquia e obediência, pode proceder de baixo, dos destinados a obedecer. O poder, por natureza, vem de cima. (FERRERO, 1991, p. 168)

Não há garantias de que o povo soberano saiba escolher, como delegados, homens capazes.

Assim, quanto à pergunta:

[...] os representantes, a quem representam?

²⁶ O princípio vigente no Estado Moderno do sufrágio universal não significa a extensão do direito de voto a todos os indivíduos, mas tem compreensão contrária ao sufrágio censitário ou aristocrático. Apesar deste princípio, algumas instituições que o contrariam persistem, como a Câmara dos Lordes na Inglaterra, e o Conselho Federal da Alemanha, que tem integrantes nomeados pelos governos estaduais (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 61/62).

A pergunta assim feita era difícil resistir à tentação de responder: ninguém. Mas formulemos de novo a pergunta da seguinte maneira: os representantes, a quem personificam? A vantagem desta semântica é que desta vez nos é indicado que a resposta deve ser procurada em termos de 'representação inexpressa'. E nesse sentido, a resposta torna-se muito simples: 'sob qualquer sistema de seleção, o representante é necessariamente típico de alguma seção da população. Ele reflete e representa estas seções (SARTORI, 1962, p. 121).

3.3.1 A função de representação e a estrutura do Poder Legislativo

A expressão Poder Legislativo abrange dois significados: o sentido de função legislativa, e o de Poder Legislativo *stricto sensu*, assim como em relação ao outro órgão, diferencia-se função jurisdicional e Poder Judiciário. Poder Legislativo é, portanto, órgão coletivo (ou conjunto deles) compostos de membros eleitos pelo povo destinado a exercer a função de legislar, representar, legitimar a atuação governamental e controle. Sem necessariamente assumir um caráter democrático:

Mas um Estado representativo não é em si um Estado democrático: [...] O ato de representar entra propriamente no jogo democrático apenas se ao significado de 'agir em nome e no lugar' se sobrepõe um dos significados originários (mantido vivo sobretudo na linguagem filosófica): aquele de 'espelhar, refletir, reproduzir fielmente'. Os eleitos para o parlamento 'representam' os cidadãos eleitores de forma democrática não apenas porque são por eles designados a substituí-los nas fases conclusivas do processo decisório, mas na medida em que o parlamento em seu todo, e em suas várias partes componente, espelha as diversas tendências e orientações políticas presentes no país globalmente considerado, sem exclusões, e nas respectivas proporções.

[...]

Parte dos cidadãos terá a impressão (às vezes muito tangível) de que as decisões políticas vêm de cima, autocraticamente: exatamente aquela parte que não estiver adequadamente – proporcionalmente – representada no processo deliberativo (BOVERO, 2002, p. 61/62).

Se o pressuposto do Estado Democrático de Direito é a soberania do povo, não se justifica a redução a uma minoria, parte dele, na hora de delegar o poder. Assim, todos os Estados ocidentais se viram obrigados, após a Revolução Francesa, ao sufrágio universal. As massas sequer tinham conhecimento do significado profundo e único de soberania, sendo, portanto, o sufrágio universal, imposto por uma minoria de classes superiores. (FERRERO, 1991, p. 182).

Entretanto, a Revolução Francesa não colocou exatamente em prática o que havia propagado. Para evitar o sufrágio universal, os então governadores, sob o comando de Robespierre, preferiram utilizar nação – povo organizado e hierarquizado em classes e profissões, dando início ao período conhecido como do Terror. A convenção foi a única eleita com voto direto. Apenas com o desastre de 1914 a Europa inteira aceitou definitivamente o princípio democrático do sufrágio universal (FERRERO, 1991, p. 184).

Apesar dessas contradições iniciais, a representatividade na democracia definitivamente toma outra forma:

Não obstante, é exatamente a diferença no processo decisório que altera de modo significativo a fisionomia do sistema: a figura do círculo, felizmente sugerida por Vernant tendo por base Heródoto e a isonomia antiga, já não é uma representação adequada à democracia dos modernos. De fato, o poder decisório inicial (aquele que dá viabilidade ao processo) permanece sim distribuído igualmente entre os cidadãos, mas dele se separa e distancia o poder de decisão última: ele não está mais no centro, isto é, no mesmo plano dos cidadãos, ao alcance de todos e eqüidistante de cada um, mas se deslocou para cima para um vértice ocupado apenas por alguns. Com isto, todo o sistema passa a assemelhar-se com uma pirâmide, [...]. A autocracia, como nos ensinou Kelsen, identifica-se com o processo descendente: o início está no vértice, está no poder do autocrata que se impõe, e que através de um sistema de investidas vindas do alto avança até a base, isto é, até o nível dos súditos privados de qualquer poder e direito; a democracia representativa moderna identifica-se com o processo ascendente: o início está na base, está nas muitas vontades dos indivíduos concebidos como sujeitos racionais autônomos, e, através de um sistema de designações que partem de baixo, avança até o vértice, isto é, até os órgãos habilitados a tomar as decisões coletivas finais, cuja orientação complexa deriva e depende, ainda, que indiretamente, da soma das decisões iniciais dos indivíduos, expressas no momento eleitoral. [...] (BOVERO, 2002, p. 32/33)

Mas a representação ‘em pirâmide’ do processo decisório ascendente coloca em evidência outras características da democracia moderna. Em primeiro lugar, os múltiplos planos intermediários que se inserem entre a base e o vértice são ocupados por organizações (partidos, grupos de pressão, etc) cujos membros estão, em relação ao cidadão comum, ‘mais próximos’ do momento culminante da decisão política e, portanto, capazes de influenciar mais sobre o seu conteúdo. É como se disséssemos: todos os cidadãos são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros. Em segundo lugar, e como consequência da primeira característica, durante o trajeto de subida, a orientação de base dada pelas decisões iniciais dos cidadãos

eleitores pode ser desviada e distorcida, e todo o curso decisório pode mudar de direção (BOVERO, 2002, p. 33).

Essa possibilidade de desvio do curso decisório sofre aumento à medida em que a sociedade e o sistema eleitoral tornam-se mais complexos.

Apesar disso, os princípios do processo eleitoral têm a função de tentar amenizar referido vício democrático, assim como as garantias institucionais do poder legislativo:

O conteúdo ideológico do Parlamento importa na interferência do poder na formação da lei, segundo uma dada interpretação das relações sociais, que há de permitir maior ou menos compreensão do momento sócio-cultural, possibilitando ou travando seu desenvolvimento harmônico.

[...]

As Câmaras legislativas do Estado contemporâneo são estruturadas e organizadas de forma que possam funcionar e cumprir sua função imune de pressão de outro poder estatal. Esse princípio de autonomia decorre da teoria da distinção de funções. De fato, para cumprir seu dever de corpo representativo da vontade popular, de que emana todo o poder político, têm os órgãos legislativos necessidade de gozar de grande independência, que lhe é garantida por alguns princípios; tais como: imunidade parlamentar; inviolabilidade por suas opiniões e voto, direito a subsídios, estrutura interna independente, através da eleição da Mesa pelos próprios parlamentares, funcionamento na base de agrupamento partidário e das comissões permanentes, reuniões e sessões em lugares e épocas preestabelecidas ou dependentes de seu arbítrio exclusivo etc (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2006, p. 65).

Imprescindível também a existência da maioria e minoria na função legislativa, independentemente da modalidade de sufrágio adotado, suas manifestações não devem confundir-se nunca com o critério da maioria nem com a postura da minoria, já que tanto uma como outra são partes ou frações de uma única vontade soberana que, somente se encontra representada por completo na suma das duas vontades justapostas.

O que, em resumo, significativamente conta, é que a supressão de uma das opções, a da maioria ou da minoria, equivaleria a mutilar a vontade soberana do povo, a secar a fonte que legitima todo o poder político.

A maioria possui o direito de governar, a minoria detém o correlativo dever de fazer oposição e criticar a maioria com o público propósito de converter-se em nova maioria. Por isso na democracia a oposição é um órgão da soberania do povo, tão vital para o regime como o próprio governo. Suprimir a oposição equivaleria em verdade suprimir a soberania do povo (FERRERO, 1991, p. 173)

Maioria e minoria, direito de mando e direito de oposição, eis aqui os dois grandes pilares da legitimidade democrática. Poder e oposição encarnam o dualismo e todo dualismo tende, por definição, a modelar-se sobre aquele binômio de inimigos inconciliáveis, eternamente na luta, que domina toda a atividade humana.

Um bando se considera como representante absoluto do bem e valora o outro como encarnação absoluta do mal. Mas o poder não se transforma em legítimo se previamente não consegue despertar entre parte de seus súditos simpatia, isenta do dualismo destrutivo.

Há dois requisitos interdependentes para que o direito de mando da maioria e o direito de oposição da minoria possam ser reais possibilidades de ação. Primeiro, que a maioria não oculte uma minoria disfarçada, por meio de fraude eleitoral. Segundo, que a minoria esteja em condições de manifestar críticas construtivas e fecundas²⁷.

A democracia não conseguirá jamais fundir os papéis de poder e oposição no contexto unitário da vontade geral, e a plena legitimidade, se antes não toma consciência da necessidade de incorporar à vida política as noções de correção e de lealdade de comportamentos políticos. O *fair play* pode ser definido como a virtude cardinal das democracias legítimas, uma virtude imprescindível e ao mesmo tempo relativamente inacessível, objeto de contínua vigilância (FERRERO, 1991, p. 175).

Para que o direito de mando e oposição possam ser considerados como duas realidades efetivas e eficientes, é necessário que a maioria e seus integrantes tenha, além de autenticidade, o reconhecimento de transitoriedade, renunciando a tentação de servir-se de violência e fraude para tentar eternizar-se no poder. Além disso, é necessário que a minoria admita e respeite o direito da maioria de ditar as ordens. Que também tenha lealdade, impedindo que a liberdade de crítica degenera em um ataque injusto, que denigre os governantes, que termine paralisando suas ações (FERRERO, 1991, p. 176).

Poder e oposição devem desempenhar o papel de órgãos solidários da vontade coletiva, conciliando seu dualismo numa cooperação única, com a adesão da massa (FERRERO, 1991, p. 177).

²⁷ Nenhum dos governos surgidos após a Revolução Francesa chegou a ostentar a legitimidade, considerando que os governos posteriores a 1789 não eram mais que minorias mascaradas.

4 A ARGUMENTAÇÃO RELIGIOSA NA ELABORAÇÃO DO DIREITO

4.1 Argumentação e linguagem

O discurso é expresso através da linguagem. Inicia pela definição e conexão das palavras, para chegarmos a uma conclusão através de silogismo. Mas se essas conexões não forem corretamente realizadas, ou carentes de definições, o resultado passa a ser opinião. Segundo Hobbes, os homens

[...] veementemente apaixonados pelas suas novas opiniões (por mais absurdas que fossem), e obstinadamente decididos a mantê-las, deram também a essas opiniões o reverenciado nome de consciência, como se pretendessem considerar ilegítimo mudá-las ou falar contra elas; e assim pretendem saber que estão certos, quando no máximo sabem que pensam está-lo (2001, p. 68).

Já a linguagem, consiste em passar nossos pensamentos para um discurso verbal. Hobbes, no *Leviatã*, relaciona que os usos da linguagem são servir de marcas de lembrança, significar, uns aos outros, aquilo que concebem, adquirir artes, aconselhar, darmos a conhecer nossas vontades e para agradar-nos uns aos outros (2001, p. 44).

[..] a mais nobre e útil de todas as invenções foi a da linguagem, que consiste em nomes ou designações e nas suas conexões, pelas quais os homens registram os seus pensamentos, os recordam, depois de passarem, e também os usam entre si para a utilidade e conversa recíprocas, sem o que não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz, tal como não existem entre os leões, os ursos e os lobos (HOBBS, 2001, p. 43).

A linguagem, portanto, pode e deve ser adaptada por quem a utiliza, em conformidade com o público alvo e a finalidade, seguindo as regras próprias. Da correta definição de nomes reside o primeiro uso da linguagem, e da incorreta decorre todas as doutrinas falsas e destituídas de sentido, pois verdadeiro e falso são atributos da linguagem, e não das coisas.

Quando o inesperado ocorre em relação às coisas, caracteriza-se o erro, e não a falsidade (HOBBS, 2001, p. 46). E estes erros, quando incidentes sobre

definições, multiplicam-se à medida que o raciocínio se desenvolve, conduzindo os homens a absurdos muitas vezes de difícil retorno.

Acreditar, então, numa afirmativa, é tomá-la como correta sem verificar a retidão de suas definições e desenvolvimento (HOBBS, 2001, p.47).

Apesar de parecer à primeira vista ter como ser principal o locutor, a linguagem tem com igualdade de importância os demais participantes do discurso, ou seja, o público alvo, que ocasionalmente participa do debate:

Quando um homem ao ouvir qualquer discurso tem aqueles pensamentos para os quais as palavras desse discurso e a sua conexão foram ordenadas e constituídas, então dizemos que ele o compreendeu, não sendo o entendimento outra coisa senão a concepção causada pelo discurso. E portanto se a linguagem é peculiar ao homem (como pelo que sei deve ser), então também o entendimento lhe é peculiar. E portanto não pode haver compreensão de afirmações absurdas e falsas, no caso de serem universais; muito embora muitos julguem que compreendem, quando nada mais fazem do que repetir tranquilamente as palavras ou gravá-las no seu espírito (HOBBS, 2001, P.49).

Além disso, embora a natureza do objeto discutido seja a mesma para ambas partes, há diversidade de nossa recepção a ela, considerando nossos preconceitos de opinião. Exemplo dos termos bom e mal, os quais não retiramos quaisquer regras da natureza dos objetos que assim qualificamos. Referida característica só pode ser retirada da pessoa (HOBBS, 2001, p.59).

Os participantes do discurso trazem uma rede de tradições, experiências de vida, culturas, normas, visões de mundo e crenças religiosas, que constituem a identidade cultural, social e psicológica do indivíduo, e que conseqüentemente, influenciará em sua participação no debate.

Para MacCormick, o direito democrático é resultado do debate, de argumentações contrárias:

“Na medida em que o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva” (MacCormick, 2008, p. 21).

MacCormick foca na interpretação do direito em sua fase de aplicação. Mas ressalta a essência da interpretação jurídica como um todo, através de questionamentos e fundamentos:

[...] Isso quer dizer que a argumentação jurídica precisa ser reconhecida como um caso especial do raciocínio prático em geral, e precisa então conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática. Isso implica ao menos que não haja asserções sem razões – tudo aquilo que é afirmado pode ser questionado e, em vista desse questionamento, uma razão deve ser oferecida para o que quer que tenha sido afirmado, não importando se a afirmação consiste em algum tipo de exigência normativa ou em uma asserção sobre um estado de coisas, sobre uma ‘questão de fato’. (MacCormick, 2008, p. 23)

MacCormick enfatiza, ainda, acompanhando Perelman, sobre a necessidade de racionalidade na argumentação do direito, tendo ela referida característica se pudermos observar uma potencial capacidade de convencimento, de um dado auditório universal ideal:

Mas, do ponto de vista da racionalidade prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação. A questão de uma teoria da argumentação como justificação não é saber qual argumento efetivamente convence um júri ou juiz em particular, mas qual deveria convencer qualquer instância decisória racional. Nesse sentido, Perelman sugere que um ‘auditório universal’ proporcionaria um teste definitivo: qualquer argumento capaz de convencer um auditório composto por todas as pessoas inteligentes e cuidadosas disponíveis, dispostas a analisar as questões apresentadas de forma desinteressada, seria um argumento adequado.

Mais ou menos à mesma época dos primeiros trabalhos de Perelman e Olbrechts-Tyteca, foi editado o livro de Stephen Toulmin, *The Uses of Arguments*. Ele oferecia um modo de estreitar o hiato aparente entre a racionalidade pura supostamente atemporal da lógica formal e o caráter inteiramente vinculado ao contexto da argumentação retórica e da persuasão. Toulmin propôs uma reinterpretação da lógica tradicional como uma espécie de ordenação normativa dos processos mentais e da apresentação pública de razões, um processo que regula os movimentos do jogo de argumentos. [...] (MacCormick, 2008, p. 23).

Esse jogo de argumentos tem como escopo todos aqueles que participam do debate, como também aqueles afetados pela decisão dele decorrente.

A teoria do compromisso discursivo de Robert B. Brandom (2005) é apoiada por um compromisso tanto com uma pragmática deôntica como uma semântica inferencialista.

O compromisso com a pragmática deôntica significa que os portadores originais dos conteúdos intencionais devem ser entendidos normativamente, mais precisamente, como classes de compromissos e legitimações. O compromisso com a semântica inferencialista significa que os conteúdos que determinam, em um contexto, a significação deôntica de adotar ou alterar um status deôntico ou de

realizar um ato com conteúdo, devem ser entendidos como papéis inferenciais em sentido amplo. Assim, a adoção de uma expressão com um determinado conteúdo significa aceitar o compromisso inferencial que leva a determinadas circunstâncias de direito e respectivas conseqüências (BRANDOM, 2005, p. 35).

O controle de pontuação das atitudes representa a via para começar a dar conteúdo a uma aproximação da pragmática. A descrição do jogo da asserção, das práticas articuladas inferencialmente que conferem conteúdos assertivos aos estados, atos e pronunciamentos (em virtude dos papéis no jogo), e a caracterização do vocabulário lógico (em virtude de sua tarefa expressiva de tornar explícitos conteúdos assertivos aqueles compromissos inferenciais que determinam os papéis), se oferecem como meio de começar a dar forma a uma aproximação da semântica (BRANDOM, 2005, p. 35).

Assim, Brandom expõe uma detalhada teoria discursiva, que em resumo, significa a defesa de uma responsabilização do sentido do discurso por seu autor.

Já a teoria do discurso político de Habermas, que será mais detalhadamente analisada em apartado, tem como ideal que todos os participantes estejam em condição de igualdade de participação, permitindo a assunção do compromisso discursivo, legitimando a decisão oriunda.

O discurso político no Estado Democrático de Direito, permitido tanto aos representantes quanto aos representados, somente pode ser limitado quando violar direitos fundamentais previstos na Constituição do Estado. Especialmente aqueles criados pelo Estado Liberal: os direitos de liberdade e igualdade.

Cito como exemplo casos de ofensa ao direito de igualdade de raça e de sexo, e liberdade de crença. A limitação a esses discursos, e por conseqüência ao direito fundamental de liberdade de expressão, se justifica pela necessidade da própria manutenção dos direitos fundamentais.

A teoria do Estado Democrático de Direito impede o exercício pleno de direito fundamental quando resulta em ofensa a direito fundamental de terceiro, visando a manutenção de seus pilares de sustentação.

A liberdade de expressão do discurso político, portanto, é limitado pelos demais direitos fundamentais. Entretanto, diante dessa liberdade de expressão do agente político, qual a situação, perante os princípios do Estado Democrático de Direito, daquele discurso que fundamenta a elaboração de direito, quando embasado em crenças religiosas?

Cunha constata semelhanças entre a linguagem do Direito e aquela religiosa:

Das duas uma: ou seriam o Estado e o Direito que copiarão a linguagem sacral, ou seria esta que copiará aquelas. Realmente, como Estado e Direito são realidades em si mais recentes que a dimensão sacral, o problema está apenas entre o Sagrado e o Poder (uno, antes de qualquer corte epistemológico interno às funções do político). E, na verdade, de mais a mais entre nós, indo-europeus, tudo parece indicar que a primeira função, da 'soberania', da magia, do poder, abarcava em união o sacro e o político. (2005, p. 14).

A coincidência entre o absoluto e a elaboração do direito não se restringe, muitas vezes, apenas à linguagem, mas também ao próprio sentido do discurso.

Enfim, diante da constatação de adaptabilidade do discurso em conformidade com o objetivo, do compromisso discursivo com a racionalidade na arena pública, da necessidade de condições equânimes entre os participantes, é perceptível a dificuldade de inserção de fundamentos religiosos no debate cujo fim é a elaboração do direito. Especialmente por não cumprir o requisito de racionalidade, e portanto, de acessibilidade a todos os participantes.

Será analisado, assim, mais detidamente, a seguir, o argumento religioso no Estado Democrático.

4.2 O argumento religioso na formação do Direito Democrático representativo

O termo Justiça, atualmente, é tido como intimamente ligado à palavra equidade, e com uma concepção que alcança muitas vezes a subjetividade. De forma extremamente simplificada, seria dar a cada um o seu direito. Entretanto, as concepções de direito são muito divergentes, acreditando alguns em direito natural, direito conforme a crença religiosa ou conforme o direito positivo.

A justiça social, como induz a própria expressão, é a compreensão de justiça de determinada sociedade, e sua efetivação na realidade social.

A compreensão atual de justiça, inclusive social, é derivada da Grécia Antiga – especialmente Aristóteles, com grandes influências da tradição Judaico-cristã. Esta tradição está amplamente amparada por escritos bíblicos, principalmente do Antigo Testamento, e outros documentos históricos que demonstram a origem desta

compreensão no Oriente e Israel Antigo. De forma ainda muito teológica, ser justo e bondoso significava também devolver o cobertor penhorado ao anoitecer.

4.2.1 A concepção de justiça na tradição Judaico-Cristã

O presente trabalho tem como foco a argumentação religiosa especialmente da tradição judaico cristã, por possuir maior poder de influência no mundo ocidental, fator adotado como principal objeto da pesquisa. A concepção de justiça ocidental tem inúmeras identidades com a doutrina judaico-cristã.

O histórico de justiça que originou o reino de Israel tem início com a Idade Patriarcal, quando a estrutura social era resumida aos grupos familiares seminômades. O patriarca, senhor de todas as coisas e pessoas, fazia às vezes de chefe, sacerdote e juiz. O estrato social mais baixo desta sociedade eram os escravos, conseguidos mediante conflitos com outros grupos.

O período dos juízes, após o êxodo, foi uma evolução, a qual permitiu a formação dos chamados *mispahâ*. União de várias famílias, que acreditavam ter ascendência em comum, que passaram a se fixar mais a um determinado local. Os anciãos, ou cabeças de família, eram as autoridades sociais e responsáveis por fazerem justiça entre seus membros.

Por sua vez, a união das *mispahâ* permitiu a formação de grupos sociais com maior abrangência que os meros laços sangüíneos, através da formação de tribos, unidas pelo interesses em comum e proximidade física. As novas implicações no modo de vida, por terem deixado o nomadismo, como a ocupação de terra com a finalidade da agricultura e criação de animais, resultaram no problema da própria repartição da terra.

Podemos perceber duas formas distintas de repartição de terras, descritas pela Bíblia, que, querendo ou não, resultavam em desigualdades. Em Josué, 18, 1-10, existe uma forma baseada na igualdade formal, com a distribuição igualitária das terras entre as tribos, não importando a quantidade de membros. Assim teríamos grupos sociais com uma maior proporção de terras por habitantes, enquanto em outras a porção *per capita* seria bem menor.

Já em Números, 26, 52-56, a repartição de terras segue uma concepção de justiça baseada na igualdade material, através da repartição em conformidade como a proporção do número de integrantes de cada tribo. O que poderia acarretar a determinados grupos sociais pequenos, sua extinção devida à inviabilidade do cultivo de pequena porção de terras.

Estudos demonstram que a desigualdade já era percebida no período dos juízos, seja pela realização de casamento entre herdeiros, resultando num acúmulo de patrimônio, seja pela distribuição de terras de forma desigual, tanto em termos de quantidade como de qualidade, seja pelas próprias características da família.

Existem também provas de diferenças entre casas ricas e pobres, grupos marginalizados com dificuldades financeiras e divisões mais complexas dos integrantes da sociedade, entre chefes, poderosos, assalariados, escravos, emigrantes e pobres. Ainda não é possível falar em existência de classes, porque não havia uma consciência de interesses particulares de grupos em relação aos opostos.

Ainda no período nomeado pela Bíblia de juízes, surgiu, segundo alguns estudiosos, o Livro da Aliança, o qual demonstrava a preocupação com os mais fracos, e estabelecia o dever de não oprimir ou afligir os emigrantes, além do dever de não humilhar viúvas e órfãos. Havia normas, também, para proteção de escravos e pobres, visando claramente fixar uma forma de evitar o agravamento da condição dessas pessoas.

Havia ainda a preocupação pela justa administração da justiça, realizada pelos anciãos, através do estabelecimento de cerca de dez normas, a maioria delas com teor bastante subjetivista, como não ter causa alguma com o malvado, não matar o inocente nem o justo e não absolver o malvado. Mas também havia regras específicas como não aceitar suborno e não mentir.

O desenvolvimento da legislação chegou a regular prática, muito comum, na época, do empréstimo de dinheiro, bens e pessoas, a preços e condições muitas vezes exorbitantes.

O oriente antigo, durante o período de 2.650 e 1.069 a.C., produziu muitas personalidades, que através de suas biografias, enfatizam as posturas justas praticadas, como de dar pão ao faminto, vestir o nu, a defesa da viúva e órfão.

A concepção de justiça é de algo fundamental e imperceptível, que não pode ser vencida pela fraude ou maldade. Muitas referências são feitas ao pobre e fraco, e a necessidade de lhe assegurar proteção diante da força dos ricos.

No Egito antigo, o Livro dos Mortos exigia, para que o defunto fosse aceito no reino do deus sol, que se fizessem prova de seu caráter justo, que incluía o tratamento bondoso em relação ao escravo e ao faminto. Assim as referidas biografias eram verdadeiros processos que visavam assegurar o acesso ao reino dos céus.

Apesar da Bíblia relatar, na maioria das vezes, momentos de justiça dos reis de Israel, as pesquisas históricas, como visto, não demonstram tal realidade.

Saul liderou a formação do Reino de Israel, tendo como objetivo defender-se dos demais povos, especialmente os filisteus. Deu início a um processo de unificação, que passando pelo militarismo e pela acumulação de poder, resultou numa ditadura (SICRE, 1990, p. 75).

Davi, que reinou entre 1.010 e 971 a.C. aumentou o exército e consolidou o Estado, submetendo também os cananeus. Surgem as bases da burocracia administrativa e a classe dirigente, com o aumento de número de cargos na corte, tornando complexa a organização do Estado. Os gastos também aumentaram, considerando o inchaço da estrutura administrativa e do luxo do rei, que possuía um harém, cantores, e numerosa família. Para suprir as necessidades, Davi contava com o recolhimento de impostos de seus terrenos particulares e dos países estrangeiros dominados.

O Rei Salomão, do Antigo Israel, reinou entre os anos de 971 a 941 a.C., e ainda é tido como exemplo de governante e um julgador justo, para a época. Mas qual seria a compreensão de justiça salomônica? Salomão foi o terceiro governante do Reino de Israel, ainda unificado. Herdou, de seu pai, Davi, utilizando-se das argumentações proféticas de obediência à vontade divina, para afastar seu irmão primogênito, Adonias. Notabilizou-se por sua sabedoria, prosperidade e riqueza abundante, além de um reinado sem guerras.

Mas há um grande retrocesso em relação à justiça social²⁸. A função estatal, que surgiu com Saul como o de proteção das terras distribuídas entre os israelitas,

²⁸ No reinado de Salomão os cargos se multiplicaram e passaram a ser herdados. Além do luxo do rei, foram construídos templos, palácio, prédios públicos e fortalezas. Para tanto, além dos impostos que o Rei Davi havia estabelecido anteriormente sobre os países subjugados, Salomão

passou a ter por objetivo também o luxo do Rei, de sua família e de seus auxiliares, durante o reinado de Davi e Salomão. Para tanto, impostos foram criados e minorias dominadas foram submetidas a trabalho forçado.

Pelo breve resumo do desenvolvimento do antigo reino de Israel, percebe-se a discrepância entre a idealização fundamentalmente religiosa da função estatal e da justiça social, e a efetivação desses ideais.

Atualmente, em um mundo ocidental predominantemente influenciado pela tradição judaico-cristã, a preocupação com as minorias e com os fracos permanece em destaque. A solidariedade, especialmente em relação aos pobres e doentes, é característica essencial para que a pessoa seja considerada boa e justa. Os administradores públicos de cargos eletivos são escolhidos por meio de campanhas que enfatizam o intuito de reduzir a desigualdade social, dando prioridade em seus projetos de governo à área social, concedendo diversas formas de auxílio aos pobres.

Semelhante à sociedade patriarcal, que na antiguidade apoiou a defesa das viúvas e órfãos, hoje a sociedade, especialmente nos países chamados como 'em desenvolvimento', onde a desigualdade social é gritante, normalmente é governada por política de natureza paternalista.

A tradição judaico-cristã certamente mantém sua influência na elaboração do direito moderno, no mundo ocidental. Não só na forma de fazer a política, como na argumentação do discurso político.

Em 2.005, enquanto grande parte dos teóricos das ciências humanas insiste na separação entre religião e Estado, a eleição do chefe de Estado da maior potência mundial, Estados Unidos da América, é influenciada por um discurso de candidato que se faz representar como líder da luta do bem em face do mal, implicitamente, cristãos e muçulmanos respectivamente, resultado de crenças distantes da finalidade da política.

Essa influência da religião na eleição de Bush talvez tenha ocorrido porque a tradição judaico-cristã possui princípios compatíveis com os princípios do Estado Democrático de Direito, como veremos a seguir. Para alguns, mais que apenas

estabeleceu novos impostos sobre caravanas, comerciantes, circulação de mercadorias e comércio exterior. Dividiu o reino em doze distritos para facilitar a arrecadação de mercadorias, as quais cada uma estava obrigada a lhe entregar. Impôs, ainda, o trabalho forçado na construção dos prédios. Percebe-se a injustiça maior para com os camponeses pelo fato de que para manter o luxo do reino, com fartura e mercadoria voluptuárias tipo incenso, exportava mercadorias de primeiras necessidades do camponês, como comida.

coincidentes, os princípios judaico-cristãos representam a raiz dos princípios democráticos.

4.2.2 Princípios religiosos

Não há motivos para duvidar que a semente da religião encontra-se apenas no homem, devido especialmente pela capacidade humana de investigação e insatisfação diante da simples existência de fatos.

Hobbes afirma ser resultado da crença nos fantasmas, ignorância das causas segundas, devoção pelo que se teme e aceitação de coisas acidentais como prognósticos (2001, p. 100). Por isso, diante da impossibilidade de descobrir as verdadeiras causas das coisas, supõe causas sugeridas pelas próprias fantasias, ou as aceita perante a autoridade de outros homens (HOBBS, 2001, p. 97).

Porque tal como Prometeu (nome que quer dizer homem prudente) foi acorrentado ao monte Cáucaso, um lugar de ampla perspectiva, onde uma águia se alimentava do seu fígado, devorado de dia o que tinha voltado a crescer durante a noite, assim também o homem que olha demasiado longe, preocupado com os tempos futuros, tem durante todo o dia o seu coração ameaçado pelo medo da morte, da pobreza ou de outras calamidades, e não encontra repouso nem paz para a sua ansiedade a não ser no sono (HOBBS, 2001, p. 98).

A insaciedade humana com as explicações da razão não se repete com tanta intensidade nas crenças religiosas. Talvez porque o absoluto resida no sentimento humano, e não no racional.

Os próprios princípios religiosos têm como pilares o sentimento, especialmente de amor. Desse sentimento decorrem os princípios da solidariedade, respeito ao próximo – especialmente idosos, e busca pela paz (parece equivocado este último, mas é inegável que todas as tradições religiosas, possuem correntes de natureza pacífica).

O princípio da liberdade é amplamente palpável na tradição judaico-cristã, na busca incessante do povo judeu de libertação da escravidão, que metaforicamente apresenta até mesmo a situação da travessia de um mar, em circunstâncias inusitadas.

Dignidade humana, como já narrado, representa o dever de auxílio aos conhecidos como “pobres e oprimidos”, personificados na figura da viúva, órfão e doente.

E obediência é a palavra-chave das doutrinas religiosas! Sem o respeito às ordens superiores, do Deus de cada um, não há doutrina que resista. Essa obediência à norma, assim como a própria crença, é inquestionável.

Diferentemente da estrutura de obediência do Estado Democrático, a ordem superior prescinde da participação do afetado, e é inquestionável, considerar ter sido emitida pela “autoridade máxima”²⁹.

Maritain defende ainda, como princípio do absoluto, a superioridade da Igreja. Mas não refere-se à poder Estatal, o princípio da superioridade da Igreja não pode mais ser aplicado como na Idade Média, em que o governo civil era o braço secular da Igreja, e que os reis deveriam expulsar os hereges. O princípio deve ser aplicado, até mesmo com mais pureza, em relação às funções supremas de esclarecimento moral e de orientação ética dos homens (MARITAIN, 1966, p. 159/160).

A superioridade da Igreja se afirma não por coação por meio do governo civil, mas pelo esclarecimento espiritual levado às almas dos cidadãos, que devem julgar os fatos do mundo político de acordo com sua consciência pessoal. O símbolo da superioridade é o poder estimulante e irradiante da Igreja nas pessoas. E isso é que os governos totalitários e teorias racionalistas se recusam a admitir, ao encerrarem a religião na sua própria esfera celeste, como se fosse possível proibir aos céus de mandar chuva à terra, ou brilhar sobre ela (MARITAIN, 1966, p. 161/162).

4.2.3 A condição da religião no Estado Democrático de Direito

Nietzsche (2007, p. 255) afirma que enquanto o Estado ou, mais claramente, o governo se sente como tutor em proveito de uma massa e, por causa dela, se põe a questão de saber se a religião deve ser mantida ou colocada de lado, é extremamente provável que se defina sempre pela manutenção da religião. De fato

²⁹ Segundo a Bíblia, Deus ordenou a Abraão que sacrificasse seu próprio filho. Apesar de ser possível outras leituras e interpretações, essa ordem teve como foco o teste da obediência da fé de Abraão.

a religião apazigua a consciência individual em tempos de prejuízos, de carestia, de terror, de desconfiança, por conseguinte, em situações em que o governo não sente em condições de fazer o que quer que seja para mitigar os sofrimentos morais do cidadão: mais ainda, até mesmo nos males gerais inevitáveis e sobretudo ineludáveis (fomes, crises financeiras, guerras), a religião assegura uma atitude tranquila, de expectativa e confiante da massa.

Exceto quando os clérigos não estão alinhados com o governo:

Em toda parte onde as carências necessárias ou eventuais do governou ou as perigosas conseqüências de interesses dinásticos se fazem sentir ao homem inteligente e o dispõem à rebelião, os menos perspicazes acreditam ver nisso o dedo de Deus e se submetem com paciência às ordens vindas do alto (conceito em que se confundem geralmente as maneiras de governar divinas e humanas): assim, a paz civil interior e a continuidade da evolução se acham garantidas. O poder que reside na unidade do sentimento popular, em opiniões e em finalidades iguais para todos, é protegido e ratificado pela religião, exceto os raros casos em que um clérigo não concorda quanto ao preço e entre em conflito com a força do governo. Em geral, o Estado saberá se conciliar com os padres, porque tem necessidade de sua educação das almas, totalmente privado e secreta, e porque sabe apreciar servidores que, aparente e externamente, representam um interesse bem diverso. Sem a ajuda dos padres, nenhum poder, ainda hoje, não pode se tornar 'legítimo': Napoleão o compreendeu muito bem. (NIETZSCHE, 2007, p. 255)

[...] Mas se o próprio Estado já não puder tirar proveito da religião ou se o povo tiver sobre as coisas religiosas muitas opiniões diversas para que seja possível ao governo conservar nas medidas relacionadas à religião uma conduta idêntica, uniforme – o remédio que deverá aparecer necessariamente será o de tratar a religião como um assunto particular e de entregar à consciência e ao costume de cada um. (NIETZSCHE, 2007, p. 256)

Entretanto, a questão do fundamentalismo religioso, que nasceu como fenômeno intelectual no século XX como reação de grupos protestantes norte-americanos aos excessos da teologia liberal então vigente, preocupa os defensores do Estado Democrático, não só no mundo oriental, mas também no mundo ocidental. Em 2005, após a reeleição de George Bush, Habermas escreve “Religião na esfera pública: pressuposições cognitivas para o ‘uso público da razão’ de cidadãos seculares e religiosos”. Ele ressalta que apesar de os Estados Unidos serem o país pioneiro na liberdade religiosa, a vitória nas eleições deveu-se predominantemente a uma “coalizão de eleitores cujos motivos predominantes eram religiosos”, tendo Bush obtido votos de 67% do total dos eleitores protestantes, 78%

dos evangélicos e, surpreendentemente, da maioria dos católicos (HABERMAS, 2001, p. 133).

Percebe-se, na realidade, que os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 aguçaram sentimentos de fé especialmente entre cristãos e muçulmanos, trazendo à discussão, de forma contundente, as relações entre o Estado secular, as religiões, e o potencial criativo e destrutivo do sentimento religioso (CRUZ, 2004).

Ocorre que o cidadão que se enxerga como objeto de direitos, ao apreender suas liberdades, espera tão somente a atitude negativa dos demais que não ultrapassem determinados limites, ao passo que o cidadão que é sujeito de direitos aprende seus direitos de comunicação e participação de forma ativa, orientado e sendo responsável pelo bem da comunidade, nela incluídos aqueles cidadãos com quem ele tem divergência de idéias e crenças. Portanto, para a aplicação de tal teoria, faz-se necessária a postura dos integrantes da sociedade como cidadãos que são sujeitos de direito.

No entanto, é inegável a influência da religião nos valores das pessoas, que resulta em claras influências na criação e aplicação do Direito. Ora, as decisões de todas as funções de Estado, sejam elas legislativas executivas ou judiciárias, são tomadas por pessoas, que possuem passado e vivências específicas, numa comunidade que sempre tem uma religião predominante e que geralmente tem o poder de influenciar a consciência humana. Nota-se que, por consequência, algumas pessoas utilizam de fundamentos religiosos no exercício do *munus* público, levando suas crenças religiosas para a arena política e jurídica. Cruz (2004) cita como exemplo disso é a influência do “criacionismo científico”, que tomou forma nos Estados Unidos a partir de 1.960, cujo ensino é obrigatório em vários estados, combatendo a teoria da evolução darwiniana, com o intuito de apresentarem-se como uma sólida ciência sobre a criação do homem.

Não existe consenso sobre a crença, pois a religião trabalha com verdades absolutas e, portanto, inquestionáveis perante a razão. Por isso o argumento religioso utilizado como fundamento para decisões estatais não é capaz de chegar ao consenso. Mas segundo Cruz, não é possível varrer a crença das decisões sociais, pois “precisamos reconhecer os “espíritos impuros” que invadem a casa do intelecto assim que essa casa é limpa por métodos rigorosos, no plano empírico e lógico, no esforço de tornar mais confiável a descrição científica da realidade” (2004).

Dentre as decisões sociais, situam-se as decisões políticas, objeto do presente estudo. A nova legislação, oriunda de referida decisão, muda a forma como nós vivemos, em uma certa direção. Mas nós não podemos ter certeza acerca de qual será no final das contas a mudança ocorrida, nem sobre quão amplo será seu impacto, ou mesmo sobre qual o efeito exato dessa mudança nas situações concretas que se apresentarão a partir dela.

Vários são os interesses em disputa, revelando a existência dos grupos de tensão:

Há uma lição que a experiência parlamentar rapidamente fornece. Os concidadãos de um parlamentar estão convencidos de que as decisões legislativas fazem uma diferença real nas suas vidas e destinos. Seria de outra forma difícil explicar o enorme esforço que é colocado na realização de lobbies junto aos parlamentares e em chamar a atenção deles para o impacto que uma dada decisão terá, em um ou outro sentido, em um certo interesse. (MacCormick, 2008, p. 9/10)

Legisladores e lobistas têm posições que estão abertas ao abuso, não há dúvidas, e o legislador que abre mão de sua independência de julgamento é o pior dos inescrupulosos. Mas um processo legislativo no qual seja atribuído real valor à garantia de informação dos tomadores de decisão a respeito do potencial impacto de sua legislação nos interesses daqueles que eles representam não pode acontecer sem o lobby.

[...] Não poderia haver sinal mais claro da crença das pessoas na real diferença que a mudança legislativa faz. Elas pensam que essa mudança afeta aquilo que as pessoas fazem, bem como as demandas que elas podem fazer umas às outras. Elas pensam que essa mudança tem impacto real na economia e nos interesses econômicos ou de outro tipo, bem como em seu comportamento e no comportamento das empresas e governos. Elas acham que são capazes de prever os tipos de mudança que podem originar-se da mudança legislativa e é por isso que se importam com a introdução ou não de um novo dispositivo legislativo. (MacCormick, 2008, p. 12)

Como instituições sociais, interessadas no bem público, as religiões também participam do chamado lobby político.

A análise da influência da crença religiosa, especialmente judaico-cristã, na concepção de justiça ocidental, demonstra a cooperação para o êxito da efetividade do fim ético do Estado.

Mas qual o limite da atuação das crenças religiosas na influência do discurso político? É a análise a seguir.

4.2.4 Sobre o lugar da religião no espaço público e o argumento do absoluto pelo legislador

4.2.4.1 O Estado em Jacques Maritain e a relação entre crenças religiosas e discurso político

Jacques Maritain (1966, p. 145) enfatiza, em *O Homem e o Estado*, que tratará do assunto como um Católico Apostólico Romano que era, adotando seus princípios e conceitos. É teórico do liberalismo, que viveu entre 1882 a 1973.

Narra, inicialmente, que houve uma época em que Estado significava os Reis da Cristandade ou Imperadores Germânicos. Na modernidade, Reis absolutos que pretendiam ser entidades pessoais ou suprapessoais que governavam o corpo político de cima para baixo.

Em seu tempo (primeira parte do século XX), a Igreja ainda lidava com Estados totalitários que a perseguiam ou democráticos ainda embaraçados pelos resquícios do passado, que ainda não compreendiam que não eles, mas o corpo político e todo o conjunto de sua organização institucional é que a partir de então constitui a *dramatis persona* com a qual se defronta a Igreja. Idealizando a plenitude do desenvolvimento, tempo viria em que a Igreja trataria apenas com os povos, e não mais o Estado que pretende ser pessoa, mas órgão central do corpo político (MARITAIN, 1966, p. 162).

Em nosso clima histórico, devemos reconhecer que a verdadeira função instrumental do Estado difere da função do absoluto.

Segundo Maritain (1966, p. 148), o crente, as Igrejas são associações ou corpos organizados que se ocupam especialmente com as exigências e os credos religiosos de alguns cidadãos, ou seja, valores espirituais aos quais se dedicaram e dos quais dependem seus critérios morais. Tais valores constituem uma parte, a mais importante, dos bens supratemporais, pelos quais a pessoa transcende, constituindo a herança moral da humanidade ou bem comum espiritual da civilização. Uma sociedade sobrenatural, divina e humana ao mesmo tempo, que reúne diversos cidadãos e os levam à vida eterna, já iniciada no mundo secular.

Aos olhos do ímpio de espírito democrático, as Igrejas constituem comunidade social que usufrui o direito à liberdade, tanto de associação quanto de

crença – o mais fundamental e inalienável de todos os direitos humanos. (MARITAIN, 1966, p. 148).

Portanto, deve a Igreja ser reconhecida amparada pelos princípios da liberdade de associação e de crença, sem interferência estatal, por ser fundada nos próprios direitos de Deus. A liberdade da Igreja de ensinar, pregar e cultivar a liberdade do Evangelho, a liberdade da palavra de Deus, constituiria um dos princípios da religião (MARITAIN, 1966, p. 149).

O mesmo princípio da liberdade realiza-se pelo dever inerente ao povo de, com suas próprias consciências, adotar o padrão moral inspirador que acreditam como verdadeiro, dependendo, apenas da livre crença (MARITAIN, 1966, p. 163/164).

Se uma nova civilização tiver de ser cristãmente inspirada, se o corpo político tiver de ser ativado pelo fermento do Evangelho na própria existência temporal, só será por terem os cristãos sido capazes, como homens livres falando a homens livres, de reviver no povo os sentimentos cristãos e as estruturas morais muitas vezes inconscientes, encarnadas na história das nações nascidas da velha cristandade, e por terem conseguido persuadir o povo, ou, pelo menos, da legitimidade da filosofia política e social cristã (MARITAIN, 1966, p. 163).

A aplicação dos princípios não significa que alteram os significados, rechaçando o anterior. A aplicação dos princípios é analógica, assumindo várias formas típicas de acordo com influências de climas históricos através das quais está passando o desenvolvimento da humanidade. E quanto mais transcendente o princípio, mais analógica a sua aplicação. É desse modo que os mesmos princípios imutáveis devem ser aplicados no curso do tempo, de acordo com os modelos tipicamente diferentes. (MARITAIN, 1966, p. 153)

Os princípios devem ser aplicados em conformidade com a moldura de referência estabelecida pelas características sociais, políticas, jurídicas, morais e ideológicas dominantes na vida temporal da comunidade humana. E é de acordo com estes climas históricos que devemos conceber os ideais históricos concretos ou imagens prospectivas daquilo que devemos esperar para a nossa idade. Tais ideais são relativos a um certo tempo, e podem ser afirmados ou reivindicados como realizáveis. Portanto, são os princípios imutáveis e supratemporais, e as aplicações destes, particulares e concretas, modificadas de acordo com as estruturas específicas da civilização, e sua idade histórica. (MARITAIN, 1966, p. 154).

Mas que espécie de noções deveria fazer apelo a legislação, em relação a problemas de consciência, e lei civil? A legislação de uma sociedade de princípios cristãos jamais poderia aprovar qualquer procedimento contrário à lei natural. A exceção restringe-se à possibilidade da proibição da lei civil prejudicar o bem comum, ou o código de ética de comunidades cujo credo moral tem importância essencial ao bem comum, ou ainda que resultasse em pior conduta, quando um grande número de pessoas não estivesse moralmente preparado para por em prática referida proibição:

“Diríamos, portanto, que, no assunto ora em discussão, a legislação civil deveria adaptar-se à variedade dos credos morais das diversas famílias espirituais, das quais essencialmente depende o bem comum do corpo social, - não endossando ou aprovando os mesmos mas apenas autorizando-os a existir. Por outras palavras, a lei civil só deveria estabelecer regras relativas à autorização dos atos sancionados por esses vários códigos morais ou, então, atribuindo-lhes efeitos jurídicos exigidos por natureza. O estado, por conseguinte, não deveria tomar a si a responsabilidade desses atos, nem torná-los válidos por um pronunciamento especial, mas apenas registrar (sempre que o assunto for de natureza a exigir uma decisão das autoridades civis) a validade que lhes for atribuída pelos códigos morais em questão.

Assim, no sentido que acabo de definir, uma aplicação autêntica do princípio pluralista e do princípio do mal menor exigiria do Estado um reconhecimento jurídico dos códigos morais peculiares a essas minorias compreendidas no corpo político, cujas regras de moralidade, embora defeituosas sob certos aspectos quanto à sua perfeita moralidade cristã, provassem representar um papel importante na herança da nacionalidade e no seu esforço comum para a realização de uma vida humana sadia. Tal reconhecimento não seria fundado em um direito, que não poderíamos saber qual fosse, que qualquer espécie de vida moral possuísse em relação à lei civil, e sim nas exigências do bem comum político. Esse bem comum, em uma sociedade democrática, requer, ao mesmo tempo, um respeito particular pelas forças íntimas e pela consciência da pessoa humana, assim como um cuidado particular em não impor pela força da lei regras de moralidade estritas demais para a capacidade moral de numerosos grupos da população. Caberia à sabedoria política do legislador determinar que comunidades de cidadãos poderiam desfrutar dessa condição legal pluralística que acabamos de descrever. (MARITAIN, 1966, p. 165/166)

Maritain endossa o coro dos liberalistas sobre a necessidade da laicidade no Estado Moderno, onde há permissão da co-existência de múltiplos códigos morais, bem como o afastamento dele, respeitando o princípio da igualdade, de todos eles.

A lei teria como objetivo a boa moral, mas não pode sob esta bandeira eliminar um ou outro código moral:

[...] O objetivo final da lei é tornar os homens moralmente bons. A lei civil deveria adaptar-se, tendo em vista o bem maior a que pode atingir a

multidão, a vários modos de vida sancionados por vários credos morais, mas deveria opor resistência a quaisquer modificações que representassem apenas evidente relaxamento da moralidade e decadência de costumes. Deveria ainda manter, em todos os casos, uma orientação geral no sentido da vida virtuosa, fazendo com que o procedimento geral *tendesse*, em cada plano social, ao cumprimento pleno da lei moral. (MARITAIN, 1966, p. 167)

A Igreja, por sua vez, deve ter a liberdade de governar-se a si própria. É a distinção fundamental entre as coisas de Deus e as coisas que pertencem a César. (MARITAIN, 1966, p. 149)

A partir do Cristianismo, a religião foi retirada das mãos do Estado, destruindo os moldes seculares que envolviam as coisas espirituais.

Os cidadãos religiosos fazem parte da sociedade política, e suas atividades repercutem sobre o bem comum. Portanto, a Igreja existe no corpo político através de seus membros. Mas a Igreja não é uma parte, mas sim um todo, um reino absolutamente universal.

A distinção entre corpo político e Igreja resultou na natureza intrinsecamente laica daquele. Isso não quer dizer que o corpo político seja irreligioso ou indiferente à religião, mas que se ocupa estritamente com o bem comum temporal. O Estado moderno não obedece ao comando de nenhuma autoridade superior, sendo plenamente autônomo no reino das coisas temporais, como ratificou o Papa Leão XIII (MARITAIN, 1966, p. 150).

O Reino de Deus é espiritual e não representa ameaça aos reinos e repúblicas da terra, mas por sua natureza, é superior a estes. Esta superioridade não acarreta domínio, mas apenas um posto superior na escala de valores.

Entretanto, por mais distintos que sejam estes dois reinos, não podem viver em completo isolamento em relação ao outro, eis que a mesma pessoa que é membro de um, o é do outro. Uma divisão absoluta seria o mesmo que cortar a pessoa em duas partes. É a necessária cooperação entre Igreja e corpo político ou Estado (MARITAIN, 1966, p. 151).

Quanto à forma indireta de assistência mútua entre Igreja e Estado, Jacques Maritain segue o padre John Courtney Murray ao afirmar que a principal assistência do corpo político à Igreja, ou pessoa humana em seu destino eterno, consiste no cumprimento dos seus deveres para alcance de seus fins, respeito à lei natural, e realização das condições políticas, sociais, econômicas e culturais em favorecimento à dignidade da pessoa. Há tarefa material no que se refere à distribuição equitativa

de bens, em sentido amplo, tanto quanto tarefa moral de garantia efetiva da ordem jurídica. Contribuição esta essencial para a realização dos fins da Igreja (MARITAIN, 1966, p. 168).

Todas as religiões devem participar dessa pública expressão, cooperando na tarefa comum. Quanto aos cidadãos que não professam qualquer religião, devem compreender “que o corpo político como um todo teria a mesma liberdade em relação à pública expressão de sua própria fé, como eles, na qualidade de indivíduos, eram livres em relação à expressão de suas próprias convicções não religiosas” (MARITAIN, 1966, p. 168/169).

Há uma razoabilidade na assistência mútua entre Igreja e Religiões. O cuidado que o Estado deve ter em não invadir os limites da religião, não significa que tenha que conservar-se em completa indiferença. Não possuindo autoridade para impor qualquer espécie de fé, deve favorecer a moralidade geral através do exercício da justiça, bem como desenvolver condições no corpo político para a dignidade da pessoa. O Estado tem que tratar das matérias religiosas no plano da paz civil, considerando-as do ponto de vista do bem comum temporal. Em caso de alguma seita religiosa que vise a destruição das bases da vida comum, o Estado deveria ter competência para dissolvê-la, assim como qualquer outra associação que tenha o mesmo fim, como meio de administração da justiça, para igualdade de direitos de todos os cidadãos (MARITAIN, 1966, p. 172).

Além disso, em nosso clima histórico, uma discriminação social, política ou jurídica em favor dos membros da Igreja comprometeria ao invés de auxiliar na missão espiritual. Isenção de serviços militares não é privilégio social, mas moral. Alguns privilégios caracterizam-se por adequação da lei ou do costume a certas funções e estados de vida diferentes, interessantes ao bem comum. Assim, os privilégios do clero estabelecidos no Código de Direito Canônico, assim como outros instituídos em alguns Estados, como desconto em passagens, assemelha-se muito mais à modéstia, que inclusive poderiam estender-se aos médicos, como exemplo (MARITAIN, 1966, p. 169/170).

Sujeitos de direitos são pessoas e não entidades abstratas. Portanto, o princípio da igualdade não é aplicável diretamente a credos, mas a pessoas que pertencem a diversas famílias religiosas, que o corpo político considera como parte da herança moral comum. É através dos cidadãos membros da Igreja que esta penetra na esfera do corpo político. É, portanto, sob o ponto de vista deles que o

Estado definirá sua posição em relação ao status jurídico da Igreja. Reconhecendo que a Igreja está acima da sociedade política, ambas autônomas, estabeleceriam convênios e relações diplomáticas. E os cidadãos reconheceriam que não são legalmente mais privilegiados que os demais.

Portanto, só existe um bem comum temporal, o do corpo político. Caso seja inserido no corpo político um bem comum parcial, ou seja, dos fiéis de uma religião, exigindo uma posição privilegiada, seria o mesmo que inserir um princípio de divisão, em contraponto ao princípio da igualdade (MARITAIN, 1966, p. 173).

Mas o mesmo cidadão que participa do corpo político, também pode participar de uma crença religiosa. Essa coincidência pode resultar em antagonismo ou auxílio mútuo.

Diante de tal fato, Maritain defende que para a sociedade política de princípios cristãos, que ele aponta como tese, suprimir qualquer contato entre o corpo político e a Igreja significa suicídio (MARITAIN, 1966, p. 174).

A mais fundamental assistência, portanto, é a garantia pelo Estado da plena liberdade da Igreja. A teoria da mútua ignorância entre Igreja e Estado é decepcionante, eis que é impossível garantir liberdade àquele a quem ignoro. Garantindo a liberdade da Igreja, sem atribuições de privilégios, está o Estado atuando em seus limites, por garantir o bem comum. Outra forma de assistência mútua, agora positiva, é a assistência solicitada pelo corpo político à Igreja, no trabalho social e educativo, assim como os demais grupos espirituais ou culturais de finalidade semelhante (MARITAIN, 1966, p. 175/176).

Enfim, segundo a teoria de Maritain, é necessário o reconhecimento e cooperação recíprocos entre religiões e Estado, mas é necessária a plena liberdade de crença. Para ele, uma sociedade democrática, requer, não apenas um respeito particular pelas forças íntimas e pela consciência da pessoa humana, mas também um cuidado particular em não impor pela força da lei regras de moralidade estritas demais para a capacidade moral de numerosos grupos da população. Continua afirmando que caberia à sabedoria política do legislador determinar que comunidades de cidadãos poderiam desfrutar dessa condição legal pluralística que acabamos de descrever.

Cabe, portanto, ao legislador, o cuidado para a manutenção da liberdade de crença e laicidade, impedindo que a força da lei imponha regras morais estritas ao cidadão.

4.2.4.2 O Liberalismo Político de John Rawls

John Rawls (2002) tem como cerne de sua teoria a obra de nome Teoria da Justiça. Sua concepção de justiça é chamada de “justiça como equidade”³⁰. Sua teoria evoluiu ao longo dos anos no sentido de permitir o discurso religioso na esfera pública. Inicia por negando a influência, por considerar o discurso irrazoável, e violadora do terceiro princípio da Teoria da Justiça: a tolerância, e evolui para a permissão, desde que no devido curso sejam apresentadas razões políticas – e não somente razões fornecidas por doutrinas abrangentes. Apesar disso, não se refere expressamente aos agentes políticos.

Já no prefácio da obra, afirma que seu intuito é de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande fana de orientações políticas ponderadas, e expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática. Tem como contraponto a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional, acreditando, não poder, esta, explicar as liberdades e direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais.

O propósito da teoria é generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social apresentada por Locke, Rousseau e Kant. A teoria resultante é altamente Kantiana em sua natureza. Rawls abdica de qualquer pretensão de originalidade em relação às visões que apresenta. As principais idéias são clássicas e bem conhecidas, sendo seu mérito a organização em uma estrutura geral através da utilização de certos recursos simplificadores. Utiliza, para tanto, uma versão mais geral e abstrata da teoria do contrato social, na forma de uma posição original (Rawls, 2002, p. XXII).

A posição original é uma situação hipotética na qual todos os integrantes da sociedade estão reunidos, para decidir as principais normas as quais se submeterão. Todos, igualmente, desconhecem quaisquer situações fáticas sobre sua própria condição, e dos outros naquela futura sociedade: condições financeiras, de saúde, familiar, consciência, crença, inteligência, idade etc. É o denominado véu da

³⁰ Rawls reformulou sua tese posteriormente, respondendo a críticas apresentadas, no livro Justiça e Democracia, 2000.

ignorância, que veda a visão da realidade, impedindo que a escolha de princípios seja viciada.

A tese resulta na conseqüente escolha, por esses integrantes da sociedade na posição original, por apenas normas democráticas. Referido raciocínio assemelha-se, na linguagem popular, àquela situação em que o responsável por partir o bolo será o último a pegar sua fatia.

Para Rawls, as pessoas, na situação original, escolheriam dois princípios norteadores dos demais: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, e o segundo, que as desigualdades econômicas e sociais somente se ocorreriam quando resultam em benefícios compensatórios para todos da sociedade (2002, p. 16).

Além do objetivo de uma explicação das liberdades e direitos básicos, e também de sua prioridade, um segundo objetivo foi integrar essa explicação a um entendimento da igualdade democrática, o que conduziu ao princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades.

Quanto ao argumento do absoluto na esfera de debate público, Rawls tende a afirmar inaceitáveis, por considerá-lo irrazoável, e violadora do terceiro princípio da Teoria da Justiça: a tolerância.

Em *Uma teoria da justiça* o tratamento que dispensava à religião era quase sempre negativo, invocando-a na maioria das vezes para exemplificar um 'esquema abrangente irrazoável'. Em *Uma teoria da justiça* Rawls sustenta que crenças religiosas, quando dotadas de um *status* público, quase sempre subvertem o terceiro valor básico de um regime constitucional: a tolerância. Aponta, por exemplo, para o argumento de Tomás de Aquino de que o Estado deveria impor 'a pena de morte para heréticos, ao fundamento de que é muito mais grave corromper a fé, que é a vida da alma, do que falsificar dinheiro, que sustenta a vida. Assim, se é justo condenar à morte falsários e outros criminosos, hereges podem, *a fortiori*, ser tratados do mesmo modo. Rawls também se refere à 'teoria da perseguição' dos reformadores e conclui que 'com S. Tomás e os Reformadores Protestantes, os fundamentos da intolerância configuram eles mesmos uma questão de fé. ... Onde a supressão da liberdade é baseada em princípios teológicos ou questões de fé, nenhum argumento é possível. Aqueles que raciocinam sobre a base da teologia ou fé sustentam-se em 'premissas ... [que] não podem ser estabelecidas por formas de argumentação normalmente reconhecidas. (SCHERER, 2008, p. 71)

A concepção de uma justiça como equidade de Rawls não vincula o sucesso de seus princípios a alguma forma de democracia da propriedade privada ou por um regime liberal-socialista. Deixa-se a questão em aberto, para que seja resolvida

pelas condições históricas, tradições, instituições e forças sociais de cada nação. Isto posto, como uma concepção política, a justiça como equidade não inclui nenhum direito natural de propriedade privada dos meios de produção (embora de fato inclua um direito de propriedade pessoal como necessário à independência e à integridade dos cidadãos), nem um direito natural à propriedade e à gestão de empresas pelos trabalhadores. Em vez disso, oferece uma concepção da justiça à luz da qual, dadas as circunstâncias particulares de uma nação e as doutrinas morais abrangentes razoáveis que nela estão contidas, essas questões podem ser resolvidas de forma racional.

E John Rawls aperfeiçoou sua Teoria da Justiça a partir das críticas apresentadas, elaborando a obra *O Liberalismo Político* (Rawls, 2000), em busca do que chama de razoável.

Desenvolve melhor a teoria no tocante às doutrinas morais abrangentes de uma sociedade justa e estável.

Para ele, uma doutrina abrangente inclui concepções do que consideramos valioso, dos ideais, entre outros assuntos que influenciam nosso comportamento e vida como um todo (1993, p. 13), o que naturalmente, inclui a visão religiosa pessoal.

Doutrinas abrangentes diversas existem e devem existir em uma sociedade justa estável, por resultarem de atividades da razão humana. Mas devem atender ao requisito da razoabilidade. O Liberalismo político de Rawls procura responder, portanto, como deve ser a organização de uma sociedade justa e estável, dividida pela diversidade de inúmeras doutrinas morais, religiosas etc.

Julgamentos particulares e princípios gerais devem incidir em um equilíbrio no pensamento prático para produzir uma visão coerente chamada por Rawls de “equilíbrio reflexivo” (1993, p. 8).

Mas julgamentos particulares muitas vezes não atingem o princípio da justiça, considerando que a característica de pessoa racional não tem como consequência lógica a razoabilidade de seus pensamentos. O razoável é o justo, capaz de cooperação equitativa, e aceitar um julgamento que apesar de pessoalmente discordar, reconhecer a utilização da razão pública como suporte. Ao passo que o ser racional tem julgamentos, objetivos e interesses particularmente próprios, capaz de perseguir uma concepção de bem, sem necessariamente ser justo, ao reconhecer a validade de postulações de outros (1993, p. 51/53). E todos os

cidadãos, conforme a teoria da justiça, como pessoas políticas, devem possuir ambos poderes morais, racionalidade e razoabilidade (1993, p. 74).

O liberalismo político pressupõe uma “concepção ideal de cidadania”, que exige a aceitação apenas de doutrinas abrangentes razoáveis (1993, p. 213), e passa ao largo de analisar a veracidade ou qualidade de essa ou aquela doutrina moral abrangente. Exige, assim, um consenso sobreposto de todas essas doutrinas para constituir a base do consenso, no norte de que a concepção de justiça é limitada ao domínio político (1993, p. 38).

Uma concepção política é limitada ao domínio político, e não deriva de qualquer doutrina aplicada à estrutura básica da sociedade (1993, p. 12). As concepções de verdade particulares, portanto, não devem intervir.

Doutrina moral razoável é aquela que professa a tolerância política perante outras doutrinas, situando-se, portanto, em condição de igualdade política, de maneira consistente e coerente (1993, p. 59/60). O liberalismo político é estável por ser passível de apoio de qualquer doutrina moral abrangente razoável (1993, p. 10). Estas bases não públicas são a cultura de fundo do liberalismo político (1993, p. 14).

Entretanto, nenhuma doutrina moral abrangente, por não ser acessível a todos, cumpriria, isoladamente, os requisitos de racionalidade e razoabilidade (1993, p. 10). Ambos poderes morais independem de quaisquer doutrinas abrangentes, por situarem-se no nível básico de todos os cidadãos, por requererem os mesmos bens primários, liberdade, renda, auto-respeito etc (1993, p. 180).

Rawls não adota o termo neutralidade do Estado perante as doutrinas morais abrangentes, como as religiões, porque considera que o termo neutralidade sugere princípios completamente impraticáveis (1993, p. 191).

Persiste na idéia de “consenso sobreposto”, ou seja, numa situação em que as doutrinas religiosas, filosóficas e morais, até então divergentes, conseguem convergir. O Estado, portanto, não pode se afastar completamente dessas doutrinas, mas ao contrário, por necessidade do endosso de todas elas, deve manter-se próximo de forma equânime de todos. Mas deve manter a vigília para que os valores da justiça prevaleçam sobre quaisquer outros adotados pelas doutrinas.

O desenvolvimento da Teoria da Justiça, a partir das críticas recebidas, chegando ao Liberalismo Político, alterou a compreensão de Rawls sobre o argumento religioso na seara do debate público, como bem demonstra Sherer:

Em seu mais recente *Liberalismo Político*, entretanto, Rawls fornece uma visão positiva e mais nuançada do papel que argumentos religiosos (bem como argumentos extraídos de outros esquemas abrangentes) podem desempenhar na vida pública. Em uma sociedade bem ordenada na qual são garantidos os direitos fundamentais e não são perpetradas injustiças, o padrão para todo discurso político deve ser a razão pública. Mas em uma situação na qual há dúvida sobre a aplicação de princípios fundamentais a casos específicos, ou na qual 'há uma profunda divisão acerca das essências constitucionais', um apelo às 'razões abrangentes' pode ser justificado, desde que necessário para 'fortalecer o ideal da própria razão pública'. Assim os abolicionistas e os líderes do movimento pelos direitos civis nos EUA não violaram o padrão da razão pública, porque o seu uso de argumentos religiosos era 'exigido para dar força suficiente à concepção política a ser subsequente realizada' (SCHERER, 2008, p. 71/72).

Enfim, segundo Scherer, Rawls ainda avança sobre a argumentação religiosa no discurso político:

Quatro anos depois, Rawls viria mais uma vez a modificar a sua condição para o ingresso de argumentos religiosos na discussão política pública. Se o princípio da separação entre igreja e estado obriga políticos e agentes públicos a formular e justificar leis, decisões judiciais, decretos e medidas somente em linguagem acessível igualmente a todos os cidadãos, a condição a qual cidadãos, partidos políticos e seus candidatos, organizações sociais, igrejas e outras organizações religiosas estão sujeitos na esfera pública política não é, todavia, tão rigorosa. Rawls escreve: '... doutrinas abrangentes, razoáveis, religiosas ou não-religiosas, podem ser introduzidas na discussão política pública a qualquer tempo, desde que no devido curso sejam apresentadas razões políticas – e não somente razões fornecidas por doutrinas abrangentes – adequadas que sejam suficientes para sustentar seja o que as doutrinas abrangentes são tidas como sustentando' (SCHERER, 2008, p. 71/73).

A posição de Rawls quanto ao lugar da religião na vida pública mudou ao longo de seus textos.

Enfim, na Teoria política do Liberalismo, Rawls defende que doutrinas morais abrangentes, entre elas, aquelas cuja essência é a crença religiosa, podem ser introduzidas no debate político. Mas o pressuposto para tanto é a apresentação de razões políticas pertinentes ao suporte ao objetivo, e não apenas fundamentos de absoluto.

4.2.4.3 A Teoria de Habermas e o lugar da religião no espaço público

Um dos expoentes da atual discussão sobre o discurso religioso na arena política é Jürgen Habermas, defendendo não só a possibilidade, mas também a necessidade de participação ativa de entidades religiosas e a aceitação, pelos indivíduos não crentes, destes argumentos religiosos. O meio para essa realização é uma espécie de tradução dos argumentos religiosos para uma linguagem acessível a todos os cidadãos, que deve ser realizada pelos políticos e funcionários no interior das instituições estatais responsáveis por formular e justificar medidas, ordens, leis e decisões judiciais (HABERMAS, 2001, p. 138).

A teoria habermasiana toma como um dos pilares o discurso Kantiano que afirma a possibilidade de convivência pacífica entre as concepções de mundo seculares e religiosas, separando a esfera privada, da qual pertence a religião, da pública, que contém o Estado e a ciência. Kant indica que “exista a possibilidade de uma tradução eficiente, que transforme valores públicos comuns a todos” (CRUZ, 2004).

Habermas afirma que a evolução de Uma Teoria da Justiça para o Liberalismo Político de Rawls, prestou um grande serviço à posteridade ao pensar precocemente sobre o papel político da religião, e resultou do reconhecimento da relevância do ‘fato do pluralismo’ (SCHERER, 2008, p. 314).

O Estado Democrático de Direito exige um equilíbrio nas relações entre religiões e Estado. É necessário uma medida de afastamento, mas proibido a incomunicabilidade.

Ao contrário de parecer que o afastamento das crenças da esfera pública diminui a importância da religião na sociedade, na verdade ela é a própria garantia de que as religiões continuarão existindo, isto é, de que haverá pluralidade religiosa, pois isso acarreta o respeito estatal aos cultos, não permitindo perseguições religiosas. Na verdade, “o ordenamento jurídico universalista e a moral social igualitária precisam ser unidos a partir de dentro, ao ethos da comunidade, de tal forma que um, consistentemente, resulte do outro” (HABERMAS, 2004).

Como premissa liberal do Estado Constitucional, a liberdade de consciência e religião é a ideal resposta política às dificuldades naturais do pluralismo religioso, por desarmar o potencial conflituoso de diferentes crenças, garantindo uma simétrica liberdade a todos os cidadãos. Ocorre que o procedimento democrático sustenta-se especialmente em dois requisitos: a participação política simétrica dos cidadãos que

permite aos destinatários da lei entenderem-se como autores³¹, e “a dimensão epistemológica de certas formas de uma disputa guiada discursivamente, as quais fundamentam a suposição de que os resultados são aceitáveis em termos racionais” (HABERMAS, 2001, p. 137).

É fato a influência política benéfica dos movimentos sociais de fundo religioso, que seriam necessárias à sobrevivência da democracia, e o fato de que muitos cidadãos encaram a própria existência a partir da fé, sem possuírem conhecimento suficiente para encontrar fundamentações seculares correspondentes de suas convicções de credulidade.

A modernização da consciência religiosa ocorrida a partir da Reforma resultou dos desafios impostos pelo pluralismo religioso, pela ascensão das ciências modernas e pela disseminação do direito positivo e da moral social profana. Para alcançar a necessária modernização, as comunidades religiosas vêm-se obrigadas a processar as dissonâncias cognitivas, buscando a correlação das idéias religiosas às concorrentes bem como quanto ao saber secular. Precisam também inserir o individualismo igualitário do direito da razão e da moral universalista no contexto de suas próprias doutrinas (HABERMAS, 2001, p. 155).

Habermas defende a necessidade de uma mudança de forma da consciência religiosa, em resposta aos desafios da modernidade, pois “qualquer ‘deve ser’ pressupõe sempre um ‘ser capaz de’”. Para que os cidadãos religiosos possam ser capazes de traduzir a própria linguagem visando a participação nas discussões políticas, é necessária uma operação de aprendizagem e adaptação da qual os cidadãos seculares estão isentos. Assim, sem a solidariedade na obrigação recíproca de fundamentar posicionamentos, a comunidade torna-se segmentada entre cidadãos crentes e seculares. Isso seria a fonte de ressentimentos por parte daqueles que se sentem sobrecarregados e incompreendidos.

Dessa forma, assim como, historicamente, os cidadãos religiosos tiveram que passar por processo de modernização e aprendizagem, os cidadãos seculares que não despenderam esforços para tanto precisam agora evoluir para o trato

³¹ Habermas (2001, p. 137) enxerga o cidadão como ator ativo na produção dos direitos, chamando estes de “sujeitos de direito”, de outro lado, visualiza cidadãos que não participam ativamente nos debates sobre o bem da comunidade, apreendendo suas liberdades e exigindo que os demais não ultrapassem determinados limites. Afirma que estes últimos seriam objetos de direito, pois simplesmente utilizariam os direitos outorgados e não concorreriam para a produção dos mesmos.

cooperativo com os concidadãos religiosos. Ambos tipos de cidadãos precisam passar por uma espécie de aprendizado para que o etos democrático seja imputado de forma simétrica. Habermas ressalta que:

Enquanto cidadãos seculares estiverem convencidos de que as tradições religiosas e as comunidades religiosas constituem apenas uma relíquia arcaica de sociedades pré-modernas, mantidas na sociedade atual, eles considerarão a liberdade de religião apenas como uma proteção cultural para espécies naturais em extinção. Na sua visão, a religião não possui mais uma justificação interna. Nessa linha de raciocínio, o próprio princípio da separação entre Igreja e Estado só pode ter o sentido laicista de um indefetismo preservador. No modo de ler secularista, é possível prever que as visões de mundo religiosas dissolver-se-ão à luz da crítica e que as comunidades religiosas sucumbirão às pressões de uma modernização social e cultural, a qual é cada vez mais intensa. É evidente que não se pode exigir de cidadãos que assumem tal enfoque epistêmico em relação à religião que levem a sério contribuições religiosas para disputas políticas nem que examinem o seu conteúdo – na perspectiva de uma busca cooperativa da verdade – o qual pode ser eventualmente expresso numa linguagem secular e justificado num discurso fundante.

[...] A compreensão perspicaz de cidadãos seculares, de que é preciso viver numa sociedade pós-secular sintonizada epistemicamente com a sobrevivência de comunidades religiosas, depende de uma mudança de mentalidade cujas pretensões não são menores do que as de uma consciência religiosa que precisa adaptar-se aos desafios do entorno que se seculariza cada vez mais. (HABERMAS, 2001, p. 157/158)

Habermas defende a convivência pacífica dos discursos religioso e secular na produção da política, bastando que para tanto, o primeiro seja levado em versão compreensiva de maneira geral por todos os possíveis afetados. E esse ônus não incumbe apenas aos cidadãos que têm uma visão de mundo religiosa, mas também aqueles que têm uma visão secular. Afinal, o sujeito de direitos preocupa-se não apenas com o próprio interesse, mas sente-se responsável pelo resultado de sua atuação na sociedade em seus semelhantes.

A realidade do pensamento pós-metafísico caracteriza-se pela sua neutralidade perante a religião, na atitude negativa de ter-se por agnóstico e ao mesmo tempo, positiva, na disposição de aprender com a religião.

Abster-se de adotar uma crítica racionalista sobre os conteúdos da fé e apropriar-se deles apenas por meio da tradução não resulta em adesão ou ausência de crenças. Segundo Habermas, a papel da filosofia é “projetar um círculo ao redor do núcleo opaco da experiência religiosa” (2001, p. 162), que tem como característica a inacessibilidade, para refletir sobre as características do discurso religioso e sobre as peculiaridades da fé. Isso resulta que, para o exercício do dever

do cidadão secular democrático, são imprescindíveis pressupostos de mentalidade igualmente vigorosos como aqueles das comunidades religiosas democráticas.

Ainda hoje é comum, na comunidade científica, julgar as questões metafísicas como carecedoras de sentido. Mas, segundo alerta Cruz, “a metafísica entra pela ‘porta de trás’ se a expulsamos publicamente. As alusões a Deus dos cosmólogos, à finalidade biológica e à moralidade da natureza acima, sugerem sua atualidade, indicam a razoabilidade do encontro no plano da metafísica e da ética” (2004).

Assim, fica a questão levantada por Rawls sobre, “até que ponto os religiosos e não-religiosos podem endossar um regime secular quando suas doutrinas compreensivas não conseguem prosperar nesse regime, podendo, inclusive, entrar em declínio?” (HABERMAS, 2001, P. 165). Para aceitação do liberalismo político como resposta aos conflitos do pluralismo religioso, os cidadãos de ambas concepções de mundo devem interpretar, sob sua perspectiva, a relação entre fé e saber, para que possam alcançar uma atitude auto-reflexiva e esclarecida na esfera pública política.

Necessário perceber que a teoria habermasiana conduz ao reconhecimento de parceiros que superarão os abismos entre a crença e a ciência, à percepção de que “há mais similaridades do que diferenças, e que o conjunto destas será útil no combate a inimigos comuns” (CRUZ, 2004).

Da convergência sobre a necessidade de participação política das organizações religiosas, e a impossibilidade de adoção pelo Estado de fundamentos religiosos, surge a obrigação à cooperação, por parte dos concidadãos não religiosos, de colaborar na tradução dos fundamentos religiosos aos seculares.

Mas Habermas ressalta que a permissão de argumentação religiosa na arena política é somente para aqueles que não exercem *munus* público. Aos agentes políticos incide a norma da laicidade, da linguagem universal:

[...] o Estado liberal, que protege expressamente tais formas de vida mediante a garantia da liberdade de religião, não pode esperar, ao mesmo tempo, que todos os crentes fundamentem seus posicionamentos políticos deixando inteiramente de lado suas convicções religiosas ou metafísicas sobre o mundo. Tal exigência estrita só pode ser dirigida aos políticos que assumem mandatos públicos ou se candidatam a eles e que, por esse fato, são obrigados a adotar a neutralidade no que tange às visões de mundo” (2001, p. 145).

A exigência de que os próprios religiosos traduzam seus argumentos a uma linguagem de entendimento geral, incidindo sobre eles a obrigação da neutralidade, pode constituir um ataque às suas identidades pessoais e resultar na impossibilidade de suas participações, como cidadãos, nas decisões públicas, o que não é admitido: ser o estado secular não significa que os religiosos estão impedidos de participar. Seria uma sobrecarga mental e psicológica insuportável aos cidadãos religiosos, além de resultar em assimetria de obrigações em relação aos cidadãos seculares.

Mas Habermas exige essa sobrecarga dos agentes políticos, pois defende que a permissão da linguagem religiosa não os alcança. A neutralidade lhes é exigida.

Para ele, é necessária a compreensão de que o Poder deve ser neutro, ao mesmo tempo de que o Estado Liberal possui interesse na participação políticas das organizações religiosas. Nas palavras do filósofo:

As tradições religiosas possuem poder de aglutinação especial no trato de intuições morais principalmente no que tange a formas sensíveis de uma convivência humana. Tal potencial faz do discurso religioso que vem à tona em questões políticas referentes à religião, um candidato sério a possíveis conteúdos de verdade, os quais podem ser, então, tomados do vocabulário de uma determinada comunidade religiosa e traduzidos para uma linguagem acessível em geral (HABERMAS, 2001, p. 148).

Continua afirmando que aqueles teóricos³² que defendem a liberdade do uso de argumentos religiosos, inclusive por partes do legislador, desconsideram que certas decisões poderão ser tomadas simplesmente porque determinadas convicções religiosas têm a maioria de votantes, impondo a vontade oriunda de certezas da fé não compartilhada por todos os afetados, o que feriria o princípio democrático. Além disso, não demonstram o que impediria as guerras de fé que vitimam a comunidade política. As decisões legítimas resultam apenas se formuladas e justificadas sem adesão a qualquer tipo de visão de mundo, numa linguagem acessível a todos (HABERMAS, 2001, p. 151/152).

Em nota, sobre a exigência de neutralidade dos agentes políticos, Habermas levanta questionamento sobre até que ponto os candidatos de uma campanha eleitoral podem apresentar-se como religiosos:

³² Habermas cita, especialmente, Weithman, Audi e Wolterstorff.

O princípio da separação entre Igreja e Estado se estende, em todo caso, à plataforma, ao programa ou à 'linha' que pretende ser seguida pelos partidos políticos e por seus candidatos. Do ponto de vista normativo, as eleições que se orientam mais por características pessoais do que por questões objetivas são problemáticas. E a questão fica ainda mais problemática quando os eleitores se orientam pela auto-apresentação religiosa dos candidatos (HABERMAS, 2007, p. 145).

A posição de um governante como representante de uma concepção moral ou religiosa específica, provavelmente excluirá de sua gestão, os interesses de grupos que possuem concepções diversas de mundo, mas que como cidadãos, têm que ser considerados nos motivos de decisões políticas. O grupo que se sente excluído do discurso de um representante político, naturalmente será insatisfeito com o governo, sendo um foco de conflitos sociais, por sentirem lesados no direito fundamental de liberdade de crença.

Scherer explica como Habermas vê a violação ao princípio democrático:

[...] Assim, se alguém abre os parlamentos para a batalha sobre crenças religiosas, a autoridade governamental pode evidentemente tornar-se o agente de uma maioria religiosa que afirma sua vontade e viola, destarte, o processo democrático – comenta Habermas.

Segundo Habermas, o que é ilegítimo não é, certamente, o voto majoritário, assumido que tenha sido colhido corretamente, mas a violação do outro componente nuclear do processo, qual seja, a natureza discursiva das deliberações que precedem o voto. O que é ilegítimo é a violação do princípio da neutralidade, segundo o qual todas as decisões políticas estatais não apenas devem ser formuladas como também deve ser possível justificá-las em uma linguagem acessível igualmente a todos os cidadãos. A regra da maioria transforma-se em repressão – ressalta-se Habermas –, se a maioria expõe argumentos religiosos no processo de formação da opinião e vontade política e se recusa a oferecer as justificações publicamente acessíveis que a minoria derrotada, seja ela secular ou de uma crença diferente, é capaz de seguir e avaliar à luz dos padrões compartilhados. O procedimento democrático tem o poder de gerar legitimidade precisamente porque inclui todos os participantes e tem, ao mesmo tempo, um caráter deliberativo, fundamentando a suposição de resultados racionais – diz Habermas. (SCHERER, 2007, p. 305/306)

No entanto, considerando que os candidatos ou possuidores de cargo eletivo são pessoas comuns também influenciadas pelas crenças, eles podem ser incapazes de traduzir a linguagem religiosa para aquela de compreensão geral. Habermas não apresenta uma solução para essa questão.

A consequência de sua teoria é a seguinte: se aos partidos e candidatos, é proibido o uso da linguagem religiosa, e ao mesmo tempo, os cargos eletivos devem ser acessíveis a todos os cidadãos, independentes de sua crença, na colisão das

duas regras democráticas, chegamos então, à necessidade de impedir o acesso de cidadãos com discurso religioso aos cargos eletivos, ou exigir deles o aprendizado da linguagem secular, assumindo o tratamento desigual e mesmo assim, impedindo aqueles incapazes do aprendizado, do acesso.

Mas será que não seria possível utilizar o mesmo sistema de tradução da linguagem religiosa para a linguagem universal, em auxílio aos agentes políticos religiosos?

Os agentes políticos são representantes (como já analisado sobre a representação política) de todos os cidadãos do Estado. Como representantes, devem dirigir-se diretamente a eles, e suas decisões precisam possuir legitimidade perante cidadãos religiosos e não-religiosos.

Será que uma representação política que necessite de tradução da linguagem, por inicialmente não ser acessível a todos os representados, será uma representação satisfatória para o Estado Democrático de Direito?

O impedimento de uso da linguagem religiosa é aparentemente conflitante com o acesso ao cargo eletivo a todos os cidadãos, porque necessariamente, existirão candidatos incapazes para o uso de linguagem universal, mas estes não estarão alijados do sufrágio, pois ainda poderão votar, fazer manifestações políticas e aprender a dialogar.

4.2.4.4 Do debate entre Luc Ferry e Marcel Gauchet – sobre o lugar da religião

Luc Ferry é filósofo, mas também, quando Ministro da Educação, na França, entre os anos de 2002 e 2004, foi mentor da polêmica lei que banuiu o uso do véu pelas alunas muçulmanas e solidéu pelos judeus, nas escolas públicas daquele país. Justifica a medida argumentando que, após o início da segunda intifada, os conflitos entre judeus e muçulmanos aumentaram exponencialmente. “O mínimo que poderíamos fazer era deixar nossas crianças fora desse clima de guerra. Não foi uma medida anti-religiosa, muito menos racista, mas de promoção da paz” (VEJA, 22/10/2008).

Dentro de uma perspectiva filosófica, defende uma aproximação entre o humano e o divino, utilizando-se dos termos humanização do divino e divinização do

humano, em sua teoria sobre o lugar do sagrado na idade laica. Compreende o sagrado como aquilo pelo qual vale a pena morrer, e acredita, portanto, que o sagrado permanecerá, especialmente, na família.

Marcel Gauchet é historiador e filósofo. Mantendo uma visão mais histórica, defende a saída definitiva da religião do horizonte público, ficando restrita exclusivamente ao privado. O homem e Deus estão separados radicalmente, tendo aquele conquistado definitivamente sua autonomia.

O debate sobre a condição do homem depois que a religião deixar de ditar a lei ocorreu no *Collège de Philosophie*, em *Sorbonne*.

Durante o debate, em primeiro lugar Luc Ferry afirma que o equívoco de Marcel Gauchet deve-se à rígida visão do religioso como heteronomia: o sagrado seria um princípio exterior e superior à humanidade. Ferry defende que a verdadeira religião não é simplesmente heteronomia, lei externa, mas a denegação da autonomia, ou seja:

[...] os seres humanos se recusam a atribuir a si mesmos a organização social, a história, a elaboração das leis – e que, recusando-se a perceber a si mesmos como matrizes da organização social, da lei e do político, eles extrapolam essa fonte numa transcendência, numa exterioridade, numa superioridade e, em suma, numa dependência radical (FERRY, 2008, p. 19).

O segundo ponto que Luc Ferry questiona na definição de religioso de Marcel Gauchet está ligado à organização política e à produção da lei: a religião se tornaria uma opinião ou crença particular entre outras, não estruturando mais o espaço público nem sendo matriz de lei. Para ele, a questão precisaria ser vista com muito mais profundidade, uma vez que não se trata de simples ingenuidades religiosas: o religioso das formas tradicionais de organização política, enraizado num passado imemorial e, finalmente, divino (FERRY, 2008, 20/22).

Ainda discorda de um terceiro ponto da teoria de Gauchet, quase consequência dos anteriores: é que a religião não seria uma disposição metafísica natural do ser humano, como defendeu Kant. Para Gauchet, a religião pertence ao passado, tem começo e fim. Seria possível esperar por uma organização social sem religião, e que não esteja fadada ao imoralismo ou quaisquer catástrofes semelhantes (FERRY, 2008, p. 22).

Luc Ferry concorda que as conclusões de Marcel Gauchet a respeito da saída da religião do espaço público são corretas, apesar de pipocarem manifestações religiosas populares no mundo ocidental, e vigorar a dominação islâmica estatal em parte do mundo

oriental. As primeiras, apesar do apelo popular, não correriam o risco de dominar como organização política. Quanto ao fundamentalismo islâmico estatal, este resiste apenas naqueles Estados/sociedades que nunca conheceram realmente os princípios democráticos, e que precisam da religião para encontrar uma identidade nacional no processo de descolonização (FERRY, 2008, p. 23).

Mas diverge de suas conclusões em outros aspectos. Esboçando agora sua visão, Luc Ferry defende que há três principais visões do religioso. Uma é a definição política no sentido forte, adotada por Marcel Gauchet. Na segunda, iniciada no século XVIII, defendida principalmente por Feuerbach, Marx, Nietzsche e Freud,

A religião deveria ser compreendida como o ópio do povo, como niilismo, como neurose obsessiva da humanidade, sempre com uma mesma estrutura, a do 'fetichismo': uma atividade intelectual, meio imaginária, meio racional, que fabrica um produto, no caso a idéia de Deus, depois se apressa em esquecer que é inteiramente a responsável pela autoria (FERRY, 2008, p. 24).

A terceira definição, à qual se filia, situa-se no plano mais filosófico e metafísico: “o religioso, bem simplesmente, como discurso que diz respeito ao elo entre o finito e o infinito, entre o relativo e o absoluto, com uma questão central: a da finitude ou, para ser mais preciso, da morte” (FERRY, 2008, p. 24).

À filosofia moderna caberia a tentativa de traduzir para o vocabulário da razão – ou seja, para conceitos essencialmente laicos – os grandes discursos religiosos, a começar pelo cristão. O projeto hegeliano, especialmente na fenomenologia do espírito, é fazer o itinerário contrário ao da fé religiosa (a reunião do ser finito com o absoluto), colocando a filosofia no âmago da razão, (FERRY, 2008, p. 25). A Declaração dos Direitos Humanos não traria nenhuma inovação à doutrina cristã, não passando de um cristianismo laicizado.

Desse ponto de vista, o religioso não seria heteronomia, mas horizonte de experiências vividas, autônomas. Portanto, não pertenceria exclusivamente ao passado, mas representaria experiência de vida, podendo, como tal, tomar a forma de presente ou de futuro. Nesse sentido pode legitimamente aparecer no âmago das sociedades laicas como elemento da existência humana.

Primeiramente, além da transcendência da revelação montante da consciência, da heteronomia de que fala Marcel Gauchet, há também a transcendência que está a jusante das experiências vividas:

Trata-se de uma segunda forma de transcendência, de uma transcendência que não está a montante da consciência humana, mas, ao contrário, a jusante das experiências vividas, que não está, portanto, situada estruturalmente no passado, e sim no futuro; uma transcendência que corresponde àquilo que Husserl designava como uma 'transcendência na imanência', isto é, o horizonte inevitável e incontornável de nossas experiências vividas [...] uma transcendência na ordem da ética, e, porque não, da cultura. Pois aqui também, apesar do que se diz freqüentemente, temos a sensação de que descobrimos 'verdades', que não as inventamos – o que, convenhamos, é muito diferente e singularmente problemático para o individualismo e para o materialismo. Transcendência na ordem da moral, é claro, mas também da estética, como eu dizia, e na ordem daquilo que Spinoza chamava de ética, isto é, no fundo, na ordem do amor. Não é por sentimentalismo que falo hoje de amor, mas porque essa quarta esfera, além da verdade, além da moral, além da estética e do simbólico, essa esfera da ética no sentido de Spinoza, mas ao mesmo tempo da Sittlichkeit no sentido de Hegel, é a que mais nos aproxima do religioso – fato de que tanto Spinoza quanto Hegel tinham perfeita consciência. Essa dimensão de amor faz parte, com pleno direito, da história da filosofia moderna (FERRY, 2008, p. 28/29)

Kant é quem vai apresentar as duas principais figuras de transcendência na imanência. Ele começa contrariando que o ideal de verdade seria fazer nossos pensamentos corresponderem ao objeto em si, para defender que a verdade está na associação de representações que vale universalmente, algo que transcende a particularidade.

Kant³³ também funda a moral sem nenhuma referência a Deus, ou a qualquer outro ser superior à humanidade. E é aí que o religioso permanece: como horizonte das práticas humanas. “Não se trata mais de sobre o quê a moral vai se fundar, e que é exterior aos seres humanos, mas para que direção a moral tende e o que é pensado a partir da autonomia das experiências individuais (FERRY, 2008, p. 31/32).

Fundamentaria, portanto, a visão de Luc Ferry, sobre dois indícios da persistência do religioso no Estado Democrático. O primeiro é a possibilidade de pensar o religioso de forma diferente da heteronomia ultrapassada, com outro regime de transcendência: o religioso a jusante das experiências humanas. O segundo é a noção de sacrifício que permanece na contemporaneidade. Apesar dos discursos que lhe dão natureza diversa, seria uma idéia pertencente à moral moderna, com referências aos princípios superiores à vida. No Estado Democrático não há sacrifícios por entidades religiosas, mas por valores (FERRY, 2008, p. 32/33).

Ferry esclarece que de forma alguma sugere a volta do religioso, como no passado, nem a adoção de quaisquer sincretismos religiosos. Demonstra que a idéia de transcendência não desapareceu e que não podemos nos satisfazer simplesmente com morais laicas. Estas

³³ Ferry não deixa expresso a obra a que se refere de Kant.

foram formidáveis em resolver “a questão do bem e do mal” sem a interferência de Deus, como exemplifica a Declaração dos Direitos Humanos, mas são incapazes de responder questões sobre envelhecimento, educação, luto, tédio... (FERRY, 2008, p. 34/35)

Marcel Gauchet concorda com Ferry sobre a delimitação do discurso moral às relações de reciprocidade, não atingindo, como fazem as religiões, questões intrínsecas à humanidade em si mesma. Concorda também com a permanência da idéia de sacrifício e de dever – de forma mais moderada na atualidade, mas permanente (GAUCHET, 2008, p. 38/39), mas questiona a idéia de transcendência de Luc Ferry.

A religião não está somente na cabeça das pessoas; em quase totalidade da história das sociedades humanas, ela organizou o mundo. Mas apesar do papel determinante no passado, há alguns séculos progressivamente vem perdendo lugar no ocidente, gerando incertezas e conflitos ideológicos:

[...] A reflexão deve desdobrar-se nas duas linhas de frente. Trata-se de apreender no passado os mecanismos dessa eficácia estruturante do religioso. E trata-se de comparar, de reler o modo de estruturação da sociedade que se ingere de uma compreensão religiosa de sua ordem. As sociedades funcionaram maciçamente na religião. O que acontece quando uma sociedade se põe a funcionar fora da religião? É isso que está em jogo no ‘desencantamento do mundo’ (GAUCHET, 2008, p. 40).

Para Gauchet, não se trata da abordagem da morte de Deus e limitação do alcance das religiões. Assistimos a dois processos simultâneos: a saída da religião, na estruturação da política e da sociedade, e a permanência do religioso na convicção última dos indivíduos.

O problema que se coloca concerne a essa segunda parte: aquilo que subsiste de religiosidade para além do declínio social da religião, seja essa religiosidade explicitamente enquadrada pelos dogmas tradicionais, ou seja, espontânea, mais ou menos pessoal, mais ou menos artesanal, mais ou menos selvagem, ou até mesmo inconsciente de suas amarras religiosas (GAUCHET, 2008, p. 42/43).

A tese fundamental de Marcel Gauchet é que a religião é essencialmente heteronomia. Mesmo que se negue a idéia da natureza religiosa do homem, “é preciso que haja algo como um substrato antropológico a partir do qual a experiência humana é suscetível de se instituir e de se definir sob o signo da religião”, e

nenhuma lógica política dá conta do investimento humano sobre o invisível, exatamente o objeto da religião.

[...] Há uma estrutura antropológica que faz com que o homem possa ser um ser de religião. Ele não o é necessariamente. Ele pôde sê-lo historicamente, durante a maior duração de seu percurso. Pode deixar de sê-lo, mas, nesse caso, esse potencial de religiosidade estará destinado a continuar. O que quer dizer, na prática, que haverá sempre mais ou menos espíritos para se reconhecer no passado religioso da humanidade – e que os espíritos não religiosos encontrarão outros empregos para essas dimensões constituintes (GAUCHET, 2008, p. 46/47).

Segundo este teórico, por mais que pareça descontinuidade, permanecemos em continuidade, mas com o núcleo antropológico do religioso completamente mudado. Na teoria de Ferry, há três termos-chaves. O sagrado seria um dos termos mais propícios ao erro de uso. Rigorosamente, quer dizer a conjunção visível do invisível, encontro material entre a natureza e a sobrenaturalidade. Exemplo típico da hóstia católica. É o contato com o sagrado o objeto de desencantamento do mundo, até mesmo para os crentes (GAUCHET, 2008, p. 48/49). Mas seria preciso sair da escolha binária de “nada é sagrado”, ou “nada mudou”. “Há uma superioridade da humanidade em relação a si mesma que não merece o nome de sagrado sem que isso retire algo da força das prescrições que a ele se ligam” (GAUCHET 2008, p. 50). “A profanação não impede a existência de absolutos sem garantia sacra” (GAUCHET 2008, p. 51).

Quanto ao termo humanização do divino, tudo indica, na visão de Gauchet, que fazemos o movimento contrário. Deus não é mais pensável no abstrato da filosofia ou no concreto da crença, como fazíamos antes, mas dentro de uma perspectiva de distanciamento da humanidade. Nada semelhante às análises “supersticiológicas” do movimento de Freud, Durkheim, e outros, sobre a projeção da essência humana, da sociedade, ou do pai. O movimento contemporâneo é de “desantropomorfizar o divino”, também aos olhos dos crentes. E em primeiro lugar, no terreno político-social (GAUCHET, 2008, p. 52).

Deus – o Deus dos crentes, assim como o dos incrédulos, insisto nesse ponto – desantropomorfiza-se, em primeiro lugar, no terreno político-social. Ele é contrário à sua (Ferry) idéia de crer que Deus intervém nos assuntos humanos e na organização das comunidades políticas. É isso que faz com que não haja mais nenhum problema de integração dos cristãos nas democracias. Aos olhos do fiel mais devoto, não há ordem divina. Deus não se ocupa em nos entregar leis. Há muitos valores cristãos que pesarão nas escolhas dentro do debate coletivo, mas este obedece às suas razões

internas. Não há mais sentido na perspectiva de uma sociedade cristã. O fato de ser crente não é determinante na maneira de se situar na cena pública; ele se traduz em posições que podem ser muito diferentes e que são admitidas como tais do ponto de vista das consciências crentes (GAUCHET, 2008, p. 52/53).

Em seguida, Deus desantropomorfizaria-se no terreno moral. Não mais castiga ou recompensa ações, não há mais sucesso na idéia de inferno ou paraíso. A visão ocidental da imagem de Deus e da morte aproxima-se do Budismo. A idéia de Deus do amor esvazia-se. O Deus filosófico divorcia-se do Deus teológico. A imagem do Deus superpoderoso não faz mais sucesso, mas isso não significaria uma humanização do divino, como sugere Ferry, mas desantropomorfização de Deus. (GAUCHET, 2008, p. 53/54).

Por último, Gauchet defende que a divinização do humano é o termo que pode fundar a religiosidade racional e autônoma atual. Há no homem o absoluto – inderivável, irreduzível, intransigível - que encontramos em valores que nos fazem sair de nós mesmos. Ainda assim tal absoluto não poderia ser caracterizado de divino, eis que não passa de humano. “Deixando completamente e nos olharmos no espelho de Deus, podemos enfim ver o homem. Graças à dissociação do absoluto celeste, estamos inteiramente em condição de pensar o absoluto terrestre por si mesmo [...]” (GAUCHET, 2008, p. 55). O divino de Ferry seria, na visão de Gauchet, o mesmo Deus antigo, apenas disfarçado.

O ponto de divergência entre Ferry e Gauchet é que para este o absoluto humano não é metafísico, mas terrestre: a moral torna-se um absoluto por si mesma. Ambos concordam que a religião está a montante da moral, mas discordam que reaparece a jusante. Para Gauchet, Ferry, tem uma saída funcionalista, por concluir rápido demais que a espiritualidade deverá ser preenchida.

Mas Ferry não reconhece divergência entre “absoluto religioso” e “absoluto filosófico”. Já na Grécia antiga, o divino não se resumia aos Deuses. Entre os estóicos, o divino era a harmonia cósmica. Na República de Plantão (de Platão), ele fala sobre o divino, e não de deuses (GAUCHET, 2008, p. 61/62). Em *A República*, Platão fala sobre o divino, e não de deuses (GAUCHET, 2008, p. 61/62).

Mas qual a legitimidade do emprego do vocábulo religioso, por Ferry, para o que Gauchet chama de absoluto terrestre?

Ferry justifica que mesmo o marxista mais radical concorda que temos sentimento, ainda que no nível ideal, de algo como valores absolutos. Se dissermos que este sentimento é

ilusório, temos de encontrar o fundamento dessa ilusão. Mas se tentarmos sair da mera descrição para a explicação, vemos que esse sentimento de absoluto parece conter a verdade, e nenhum vocabulário convirá inteiramente – basta lembrar os embaraços de Habermas com a noção de quase-transcendental. Ao contrário, a questão é saber de onde provém esse sentimento de absolutez (FERRY, 2008, p. 64).

Para Ferry, na objeção de Gauchet parece ser clara a definição de Deus, embora do seu ponto de vista não exista essa clareza, exceto quando as crianças o descrevem semelhante a um avô barbudo e bonzinho. Portanto, forçoso falar de divino, que se caracteriza por um sentimento de absoluto com múltiplas faces que se descobrem no contato com valores como verdade, moral, cultura e amor. Portanto, o reinvestimento no vocabulário religioso é necessário (FERRY, 2008, 67).

O discurso de Ferry não participa daquele sobre o “retorno do religioso”, apoiado na escalada do islamismo. A questão central é sobre a religião a montante e a jusante da moral. Na *Crítica da razão prática*, de Kant, há a fundação de uma moral puramente humana, mas na última parte há a introdução do religioso a jusante da lei (FERRY, 2008, p. 69). A relação da religião com a moral vai se reinstaurar a partir do futuro, e não do passado; como horizonte, e não como fundamento:

No fundo, no dispositivo de Gauchet, o religioso deveria desaparecer: é isso que me incomoda. Senão, ele só deve permanecer como uma sobrevivência ou como crença pessoal (e não em relação com a lei). No dispositivo que Kant mal começa a esboçar na *Crítica da razão prática*, o religioso permanece na relação com a lei. Ele permanece estruturalmente ligado à própria organização do jurídico e da lei moral, ou até mesmo à descoberta do caráter universal da beleza ou da verdade: ele não é redutível a uma sobrevivência de crenças individuais e pessoais, que permitiriam falar, entretanto, de fim do religioso, como você (Gauchet) faz. Não creio que haja um fim do religioso, mas uma reinterpretação do religioso nessa relação com a lei. [...] (FERRY, 2008, p. 70/71)

E sobre o sagrado, deveríamos considerar, na visão de Ferry, que se há o reconhecimento de absoluto terrestre, não como pura ilusão, então necessariamente nos remetemos ao religioso, uma vez que tais valores absolutos ligam os humanos, têm origem, de certa forma, infundada, e são sagrados (FERRY, 2008, p. 71/72). Mas a divinização do humano não quer dizer que a vida humana seja sagrada. É a idéia da faculdade de emancipação de todos os códigos (natureza e história), se admitirmos que há sobrenaturalidade e transitoriedade no ser humano (FERRY, 2008, p. 73).

A disposição para a metafísica não significa que os seres humanos sejam criaturas divinas, mas traduz a sobrenaturalidade do ser, refletida nos fenômenos do

mal e do amor desinteressado. A autonomia do ser humano não está na invenção de valores, como os direitos humanos, pois estes, na realidade, seriam descobertos, considerando a coerência natural e grande resistência diante de contestações, podendo ser qualificados, portanto, de divinos. A autonomia está na escolha de alguns valores, e não de outros, nos casos concretos. O religioso apenas mudou de lugar em relação à consciência humana. A autonomia estaria na elaboração das leis que estão a serviço desses valores. Muda, portanto, a interpretação desses valores e as modalidades da administração prática dos mesmos. (FERRY, 2008, p. 74/77).

Entretanto, para Gauchet, o cerne antropológico que sustentou o religioso por milênios estaria destinado a se perpetuar, por meio de outras expressões. Tudo aquilo que passava pela religião estaria destinado a se recompor fora dela:

Apontei algumas vias desse trabalho de recomposição no fim de meu livro *Désenchantement du monde* [Desencantamento do mundo]. A experiência estética, e de modo mais amplo a experiência imaginária, a experiência do conhecimento, a experiência psicológica de si e, eu adicionaria hoje, a experiência ética, que me havia escapado a época, todas elas se redefinem, se aprofundam e crescem em importância a partir desse ponto central que antigamente era oferecido pelo religioso. São, na mesma medida, experiências do outro, do invisível e do um que, de sagradas e místicas que eram, se tornaram inteiramente profanas. Elas funcionam nos antípodas de suas antigas expressões, com os mesmos dados antropológicos de base. Não é que o religioso desapareça – por conseguinte, é que aquilo que se manifestava como religioso se metamorfoseia em outra coisa, razão pela qual a humanidade não sofre de nenhum déficit com o recuo das crenças estabelecidas. Continuamos a participar disso que estava no âmago da experiência religiosa, mas fazemos disso um outro emprego. É o que nos torna capazes de compreender o passado religioso, apesar de lhe darmos as costas e de nos subtrairmos, na prática, de sua órbita (GAUCHET, 2008, p. 81).

Este teórico propõe, portanto, pensar o cerne que sobrevive à institucionalização religiosa do mundo humano com um sentido do desconhecido que, longe de dissipar-se, se encontra redobrado. Por resistir e por se apresentar como um mistério que é preciso começar a medir e respeitar, poderia ser chamado de absoluto terrestre. Precisaríamos, entretanto, subtrairmos à continuidade de referirmos a ele como divino e sagrado, sair da perspectiva de interpretação da religião. Deveríamos retornar à natureza do homem, destrivualizando-a e colocando em seu centro o mistério sobre o qual giramos. O foco enigmático no que há na maneira de ser, física, interpessoal, social e política.

O amor e ódio são exemplos do investimento nos outros que nos constitui e que nos permite sair de nós mesmos. Os animais são capazes de hostilidade, mas não dessa

“onipresença psíquica do outro em si, que convoca o sacrifício de si ou o aniquilamento do outro como condições de sua própria vida” (GAUCHET, 2008, p. 84). É (neste campo) assim que a religião atua, mas não estaríamos condenados a pensar pela tradução religiosa. Teríamos condições de decifrá-lo fora da categoria religiosa, como tarefa da filosofia: pensar, a partir de si, aquilo que sempre atribuiu ao fora. O vocabulário religioso seria legítimo por ser ponto de partida e dizer algo essencial à humanidade, mas é necessário elaborar outro que escape daquilo que o religioso não sustenta (GAUCHET, 2008, p. 87).

E ao contrário de Ferry, Gauchet não vê a história da filosofia moderna como um processo de laicização da religião cristã, mas como heresias cristãs (GAUCHET, 2008, p. 90)

Mas Ferry insiste na necessidade de continuação do uso do vocabulário religioso. Primeiramente por não vislumbrar o interesse de inventar outras palavras, pois o religioso está no pensamento do absoluto terrestre. Também é necessário perceber que os textos religiosos são mais ricos e interessantes que os filosóficos. E a problemática religiosa é da sabedoria, ligada às experiências de amor e ódio (FERRY, 2008, p. 85/86).

Entre a visão de Gauchet e a teoria de Ferry, portanto, há dois pontos de discordância: o processo de laicização, com o abandono ou não da linguagem religiosa; e o absoluto terrestre, que para Ferry somente pode ser interpretado pela tradição religiosa ou desconstruído pela visão materialista. Ferry ainda vê uma terceira alternativa (GAUCHET, 2008, p. 91/94).

Ferry, portanto, admite, para explicações de absolutos terrestres, como a liberdade, apenas as opções de tomar explicações materialistas reducionistas, ou reconhecer a transcendência, problema religioso por excelência. Mas Gauchet acredita ser possível escapar ao reducionismo e abandonar o vocabulário religioso (2008, p. 101/105).

Percebemos que não há qualquer divergência entre Ferry e Gauchet – filósofos - que tangencie o direito, o Estado Democrático de Direito, a relação entre a liberdade de crença e a religião no espaço público etc. A divergência entre as teorias circunda dois objetos:

1. No processo de laicização inegável pelo qual passa o mundo ocidental especialmente, temos como consequência a saída da religião do espaço público, para ficar adstrita ao privado, pessoal, como afirma Gauchet, ou a religião aparecerá a jusante da moral pública, como defende Ferry?

2. Naquilo que até então a filosofia não responde aos insatisfeitos seres humanos - o absoluto humano - questões pessoais, especialmente sentimentais, haveria apenas interpretações religiosas ou materialistas desconstrutivas, como defende Ferry, ou há uma terceira saída, conforme a teoria de Gauchet?.

O embasamento de Gauchet é histórico, é amparado pelo desenvolvimento humano em relação à religião. Vê a continuidade do processo de afastamento da religião do espaço público. Se antes a religião ditava as normas sociais e está, especialmente após o Iluminismo, sendo retirada, ou retirando-se da incumbência de ditar as normas, haverá um tempo em que esse processo será exaurido, com as crenças religiosas enclausuradas no espaço privado.

Ferry apóia-se na impossibilidade da saída completa da religião, considerando seu enraizamento de milênios. O ser humano precisa do absoluto, e não teria nada que o substituísse de forma igual, ou melhor. Sua teoria demonstra maior coerência.

Gauchet afirma que há uma terceira saída para determinados anseios humanos, que não seja religiosa ou materialista reducionista, e que por isso o destino do discurso religioso é ficar restrito ao particular. Mas seu raciocínio é histórico linear, sem quaisquer fundamentos efetivos.

Para os fins do presente trabalho, portanto, o discurso religioso permanecerá no espaço público. Mas essa conclusão não se estende até a influência direta na elaboração do direito do Estado Democrático.

Analisadas as teorias de Maritain, Rawls e Habermas, é necessário agora, em conclusão, analisar se elas justificam ou não uma limitação do discurso do absoluto na elaboração do direito, daquele que representa toda uma nação.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento da Teoria do Estado, que tem como último marco o Estado Democrático de Direito, tem como fim ético a plena efetividade dos Direitos Humanos. Entre esses, os direitos à liberdade religiosa, à liberdade de expressão e à tolerância são os que se referem ao objeto do presente trabalho. O direito à liberdade religiosa pressupõe o direito de cada cidadão ao pleno exercício, incluída aí a expressão pública de sua crença religiosa. Também pressupõe a liberdade de não a possuir e de não ser coagido, em sua conduta, por leis que sejam influenciadas por crença religiosa que não a sua própria. Esse princípio é intimamente ligado à tolerância, que, apesar da discordância à expressão religiosa, exige o respeito de toda a coletividade.

No Estado Democrático de Direito, a, no Estado Democrático de Direito, assim como os demais princípios, não é absoluta. Pode ser limitada se for utilizada para ofender os direitos fundamentais de terceiros.

E a laicidade, como pressuposto do Estado Democrático de Direito, foi desenvolvida para exigir a neutralidade estatal ante doutrinas religiosas, visando garantir, aos cidadãos, a liberdade de crença e a busca pelo bem da sociedade, sem vincular-se a quaisquer crenças religiosas.

Pela análise dos princípios democráticos, da teoria dos jogos e da representação política, percebeu-se que a representação política, pelo Corpo Legislativo, deve realizar-se tendo por referência toda a nação. Os membros do poder político, a partir da nomeação, devem exercer a função representando toda a sociedade, e não apenas aquela coletividade que os elegeu³⁴. Ao mesmo tempo, os representados devem continuar participando do debate, e mantendo vigilância sobre as decisões políticas.

Foi vislumbrada a real possibilidade de adaptação da linguagem e da argumentação, assim como foi estabelecida a identidade de vários princípios religiosos, tomados especialmente entre judaico-critãos, com os princípios do Estado Democrático de Direito.

³⁴ Pensar o contrário seria legitimar que uma parte da sociedade, aqueles que não conseguiram eleger seu candidato, não teria representante, o que é absurdo no Estado Democrático de Direito.

Por fim analisou-se a teoria filosófica de Jacques Maritain, de John Rawls, de Jürgen Habermas e o debate entre Luc Ferry e Marcel Gauchet.

Maritain defende que o princípio pluralista exige do Estado um reconhecimento jurídico dos códigos morais peculiares compreendidos no corpo político. Uma sociedade democrática, requer, ao mesmo tempo, um respeito particular pelas forças íntimas e pela consciência do ser humano, assim como um cuidado particular em não impor pela força da lei regras de moralidade não condizentes com a capacidade moral dos cidadãos. E, por consequência, a lei civil deveria adaptar-se aos vários modos de vida sancionados por vários credos morais (1966, p. 166/167).

John Rawls, na primeira versão de sua Teoria da Justiça, rejeita o argumento do absoluto na esfera do debate público, por considerá-lo irrazoável, violador do terceiro princípio da Teoria da Justiça: a tolerância. Mas o desenvolvimento de sua teoria traz, no Liberalismo Político, a ideia de equilíbrio reflexivo entre as doutrinas morais abrangentes da sociedade – entre elas, a crença religiosa.

Para Rawls, há possibilidade de um “consenso sobreposto”, ou seja, uma situação em que as doutrinas religiosas, filosóficas e morais, até então divergentes, conseguem convergir.

O Estado, portanto, não pode se afastar completamente dessas doutrinas, mas, ao contrário, por necessidade de endossá-las, deve, de forma equânime, manter-se próximo de todas elas. Deve, também, manter a vigília para que os valores da justiça prevaleçam sobre quaisquer outros adotados pelas doutrinas. Portanto, doutrinas abrangentes, razoáveis, religiosas, podem ser introduzidas na discussão política pública a qualquer tempo, desde que, no devido curso, sejam apresentadas razões políticas – e não somente razões fornecidas por doutrinas abrangentes.

Rawls não se refere diretamente ao agente político, membro do Corpo Legislativo, mas aceita a doutrina moral religiosa no debate político, desde que apresentada na forma de razões políticas, e não apenas embasadas em crença no absoluto.

Já Habermas deixa claro que o discurso do absoluto na esfera pública é permitido, desde que seja traduzido para a linguagem secular. Entretanto, essa possibilidade não é extensiva àqueles que exercem o *munus público*, e que deverá

submeter-se ao princípio da laicidade, fazendo uso exclusivamente da linguagem universal secular (2001, p. 145).

E o debate entre Luc Ferry e Marcel Gauchet, a respeito da saída do absoluto do espaço público não apresenta fundamentos contundentes sobre o futuro da religião restrito apenas ao ambiente familiar.

Esta pesquisa acompanha Luc Ferry, em sua conclusão sobre a permanência do discurso religioso na esfera pública. Entretanto, ambos debatedores não tangenciam sobre a possibilidade ou não do agente político adotar argumentos religiosos, como o faz Habermas.

Enfim, o único que enfrenta diretamente o dilema sobre o argumento do absoluto na elaboração do direito, pelo agente político, é Jürgen Habermas.

Em defesa dos princípios da laicidade, das liberdades, e da tolerância, Habermas exige, daquele que exerce o *munus publico*, a utilização da linguagem universal, sem se delongar nos motivos.

Realmente existem motivos para tanto.

Primeiramente, o exercício do *munus publico* exige a representação de toda a nação, com suas incontáveis doutrinas morais abrangentes. Em defesa de determinada decisão legislativa, ao representante político é permitido adotar crença religiosa restrita, sob pena de não exercer a representação política em sua plenitude.

A representação política também não se faria efetiva, se aos representantes políticos fosse estendido o benefício de tradução de seus argumentos para a linguagem universal, feita por cidadãos capazes de compreensão e utilização da linguagem universal. Ora, aquele representante que, por utilizar linguagem de doutrina moral específica, é incapaz de se fazer compreender, até mesmo pelos seus representantes, não exerce a função como deveria...

Na realidade, como ressalta Habermas, grupos que não possuem a mesma concepção de absoluto do representante sentir-se-ão excluídos. E retomando aquela ideia de igualdade como pertencimento, não se sentirão pertencentes, não se sentirão iguais àqueles que creem no absoluto como defendido no argumento político. Viola-se, também, o princípio da igualdade.

Por conseqüência, legitimaria também a ditadura da maioria. É inegável que sempre existirá uma minoria discordante. Mas a imposição de normas desmotivadas e com fundamentos incompreensíveis, ante essa minoria, seria a permissão de

normas destituídas de legitimidade. Permitir a utilização de argumentos religiosos ainda ofenderia, sem exceções, o princípio da laicidade, imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Aquele que exerce funções na administração da coisa pública deve nortear-se pelos princípios adotados. E mesmo que o legislador, utilizando linguagem e argumentos religiosos, respeite os princípios de liberdade de crença e de tolerância, não escapará à violação do princípio de estado laico.

Argumentos contrários podem nortear no sentido de permitir o uso de argumentos religiosos pelo agente político, quando coincidentes com princípios do Estado Democrático de Direito. Entretanto, tal defesa sucumbiria diante da função da representação política de toda a nação, e do inafastável princípio da laicidade.

Da mesma forma desmorona-se o argumento de violação do princípio da liberdade de expressão do agente político. A limitação do uso dos direitos fundamentais como, no presente caso, da liberdade de expressão, justifica-se quando o uso do direito fundamental faz-se ofendendo direitos fundamentais de outros.

Enfim, para a fundamentação da elaboração do direito, a utilização de argumentos religiosos pelo legislador fere inúmeros princípios e regras do jogo democrático e, no Estado Democrático de Direito, deve ser vedada.

Ressalta-se, além disso, que constituiria trabalho autônomo determinar sobre as formas de se impedir a utilização do absoluto pelo legislador ou quais métodos se utilizar para tanto. O argumento da impossibilidade, ou dificuldade, dessa tarefa não deve prejudicar a conclusão de vedar a utilização de argumentos religiosos pelo legislador, em uma situação ideal.

O problema de qualquer forma de governo é aquele de chegar, para cada questão de relevância pública, a uma decisão coletiva unívoca, obtida por vontade coletiva ou 'geral', superando a heterogeneidade das muitas vontades singulares dos consociados. Na democracia (situação ideal), tem-se por princípio fazê-lo de modo que a vontade coletiva ou geral seja efetivamente passível de ser remetida àquelas vontades individuais como fontes originárias das quais apenas ela pode derivar. Na democracia, ou pelo menos na pureza ideal do seu conceito, cada indivíduo deve poder reconhecer como própria a vontade geral, uma vez que contribuiu como cidadão para a sua formação. Ao indivíduo racional como cidadão ativo, como princípio da democracia, foi reconhecido o dom exclusivo da liberdade como autonomia – que consiste literalmente no 'dar lei a si mesmo' –, chamada

também de liberdade positiva ou política ou, como dizia Benjamim Constant, 'liberdade dos antigos' (BOVERO, 2002, p. 28/29).

É essencial sublimar as muitas vontades dos cidadãos em uma única vontade coletiva, para o reconhecimento racional, por cada cidadão, do sentimento de liberdade como autonomia – dar a lei a si mesmo.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, Senado. Constitucion Nacional. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>, acessado em 11 de janeiro de 2009.

ANTONCICH, Ricardo. SANS, José Miguel Munarriz. **Ensino Social da Igreja**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, 2007.

ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus**: o fundamentalismo no judaísmo, no cristianismo e no islamismo. Tradução: Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução do Centro Bíblico Católico. 34. ed. rev. São Paulo: Ave Maria, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002.

BUBER, Martin. **Eclipse de Deus**: Considerações sobre a relação entre religião e filosofia. Tradução: Carlos Almeida Pereira. Campinas: Verus, 2007.

CABRAL, Flávio José Gomes. **Calvinismo Tropical**, 20/23 p., dez/2006, Nossa História.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado**. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003.

CASTRO, Francisco Ferreira de. **Dos fins do Estado**, 1955.

CHAUNU, Pierre. **O tempo das reformas (1.250 – 1.550) – II. A reforma protestante**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 1993.

COOGAN, Michael D. (org.) **Religiões**: história, tradições e fundamentos das principais crenças religiosas. Tradução: Graça Salles. São Paulo: Publifolha, 2007.

CRUZ, Eduardo R. **A propósito de um texto de Habermas: a herança brasileira de um dilema da civilização ocidental**. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000300021>. Acessado em 5 de setembro de 2.007

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-Leviatã**: Direito, política e sagrado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. Tradução: Fernanda Ravagnani. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DICIONÁRIO JURÍDICO: **Academia Brasileira de Letras**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ESTRADA, Juan Antonio. **Deus nas tradições filosóficas**. Vol. I: Aporias e problemas da tecnologia natural. Tradução: Maria A. Diaz. São Paulo: Paulus, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. DINIZ, Maria Helena. GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988**: Legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRERO, Guglielmo. **El poder**. Tradução: Eloy Garcia. Madri: Editorial Tecnos, 1991.

FERRY, Luc. **O homem Deus**: ou o sentido da vida. 2 ed. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

FERRY, Luc. GAUCHET, Marcel. **Depois da Religião**: o que será do homem depois que a religião deixar de ditar a lei?. Tradução: Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Difel, 2008.

GALDINO, Elza. **Estado sem Deus**: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Ética, valor e Direito**. Tese (Doutorado). 2002. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2 ed. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Entre naturalismo e religião: Estudos filosóficos**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. **Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas**. 2004. Disponível em: <<http://artes.com/sys/artista.php?op=manif&artid=31&npage=2>>. Acessado em 05 de setembro de 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 4 ed. Tradução: A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nilza da Silva. 3 ed. Brasília: Imprensa Nacional, 2002.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**: uma investigação dos horizontes jusfilosóficos do Estado Democráticos de Direito. 2005. 230 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

HUMMES, Dom Cláudio Cardeal. **Diálogo com a cidade**. São Paulo: Paulus, 2005.

JELLINEK, Giorg. **Teoria General del Estado**. Tradução: Fernando de Los Rios. Buenos Aires, 1973

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2 ed. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOCHAV. Sarah. **Israel**. Col. Grandes Civilizações do Passado. Barcelona: Folio, 2006.

LUTERO, Martinho. **Política, fé e resistência: Da autoridade secular, até que ponto se lhe deve obediência**. São Leopoldo: Sinodal, 2.000.

LUTERO, Martinho. **Debate do Reverendo Padre Senhor Dr. Martinho Lutero sobre a Divindade e a Humanidade de Cristo**.

LUTERO, Martinho. **Debate do Reverendo Senhor Dr. Matim Lutero acerca do Homem**.

LUTERO, Martinho. **Da liberdade do Cristão – Prefácios à Bíblia**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MAGALHÃES, José Luís Quadros de. Estado e religião. 71/81 p. Orgs. Miriam Campolina D. Peixoto e Washington da Silva Paranhos. **Filosofia e Política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. 2 ed. Tradução: Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. 4 ed. Tradução: Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966.

MARQUES, Leonardo Arantes. **História das religiões e a dialética do sagrado**. São Paulo: Madras, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito: investigação científica e Política Jurídica**. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTERO, Paula (org.). **Deus na aldeia**: missionários, índios e mediação cultural. São Paulo: Globo, 2006.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEIL, MacCormick. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução: Conrado Hübnes Mendes, Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução: Antônio Carlos Braga. 2 ed. São Paulo: Escala, 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Teoria Geral do Estado**: Direito Político. 8 ed. Rio de Janeiro Forense, 1983.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Liberalismo Político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **O direito dos povos**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade religiosa**: uma proposta para debate. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da representação no Estado representativo moderno**. Traduzido por: Ernesta Gaetani e Rosa Gaetani. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1962.

SHERER, Ivo. **O papel constitucional dos argumentos religiosos no discurso público**: a tensão principiológica entre a livre expressão religiosa e a separação entre Igreja e Estado no Direito comparado. 817 f. 2008. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito.

SICRE, José Luís. **A justiça social nos profetas**. São Paulo: Paulinas, 1990.

SILVA, Elizete da, **A presença protestante no Brasil**, Nossa História, Nov/2006, 14/17 p. ano 4, n 38.

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de Expressão e discurso do ódio**. 2008. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (orgs.). **Historia de la filosofía política**. Tradução: Letícia Garcia Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

STUART-MAXWELL, P. G. **Crônicas dos Papas**: o registro dos papados, desde S. Pedro até o presente. Tradução: José António Capoulas de Avô. Lisboa: Verbo, 2004.

VASCONCELOS, J. **Democracia Pura**. São Paulo: Nobel, 2007.