



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião





ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

ReBraDir: Revista Brasileira de Direito e Religião

Editor-Chefe

Ms. Felipe Augusto Carvalho (ANAJURE), BRA

Editores Adjuntos

Ms. Elden Borges Souza (UFPA), BRA

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas (IMESP), BRA

Conselho Editorial

Dr. Thomas Schirrmacher (International Institute for Religious Freedom), ALE

Dr. Christof Sauer (Evangelische Theologische Faculteit Leuven), AFS

Dr. Roger Trigg (Universidade de Warnick/Universidade de Oxford), ING

Dr. Mark Hill QC (Cardiff University/King's College London), ING

Dr. Davide Argiolas (Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa), POR

Dr. Mário Reis Marques (Universidade de Coimbra), POR

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Centro Universitário de Brasília), BRA

Dr. José Eduardo Sabo Paes (Universidade Católica de Brasília), BRA

Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Felipe Chiarello de Sousa Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Aloísio Cristovam dos Santos Júnior (Centro Universitário Estácio da Bahia), BRA

Ms. André Fagundes (Universidade de Coimbra), BRA

Avaliadores e Pareceristas:

Dr. Victor Sales Pinheiro

Ms. Helder Felipe Oliveira Correia

Dr. Ney Maranhão

Ms. Eduardo Azevedo

Dr. Sérgio Queiroz

Ms. André Fagundes

Dr. Dilson Cavalcanti Batista Neto

Ms. Anderson Barbosa Paz

Ms. Filipe Piazzi Mariano da Silva

Ms. Marcela Pimentel Kayembe

Ms. Elden Borges Souza

Ms. Daniel Jaccoud Ribeiro de Souza

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas

Layout capa e Diagramação

Departamento de Imprensa e Eventos / ANAJURE

Disponível em:

<https://rebradir.anajure.org.br/>

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

SUMÁRIO

EDITORIAL – ReBraDir: Revista Brasileira de Direito e Religião 8

Uziel Santana dos Santos e Felipe Augusto Lopes Carvalho

A OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO PARA COOPERAÇÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS..... 11

Gabriel Dayan Stevão de Matos

RESUMO	11
ABSTRACT	11
1. INTRODUÇÃO.....	12
2. TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO JURÍDICA E COMPLIANCE	14
2.1. O PROJETO DE LEI Nº 3368/2019	17
3. A LIBERDADE RELIGIOSA COMO EXCLUDENTE DA OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO	18
4. POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS PARCERIAS DO PODER PÚBLICO COM ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS.....	21
5. CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	23

O DOGMA DA AUTONOMIA RELIGIOSA DO PENSAMENTO TEÓRICO EM DOOYEWEERD E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A ACADEMIA BRASILEIRA 26

Leonardo Balena Queiroz

RESUMO	26
ABSTRACT	27
1 INTRODUÇÃO.....	27
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL	29
2.1 A IDEIA DE LEI	29
2.2 SER E SIGNIFICADO	30
2.3 TEMPO CÓSMICO E NÍVEIS DE SENTIDO	31
3 A CRÍTICA DOOYEWEERDIANA	33
3.1 MOTIVO DA EXISTÊNCIA DE UMA CRÍTICA TRANSCENDENTAL	34
3.2 PRIMEIRO CAMINHO	35
3.3 SEGUNDO CAMINHO	37
3.3.1 Primeiro Problema transcendental	37

3.3.2 Segundo Problema transcendental	38
4 CONTRIBUIÇÕES PARA A ACADEMIA BRASILEIRA	41
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	44
INTRODUÇÃO A UMA COMPREENSÃO DIALÓGICA CRISTÃ DA PESSOA HUMANA APLICADA AOS DIREITOS HUMANOS.....	47
<i>Lucas Oliveira Vianna e Matheus Carvalho Dias</i>	
RESUMO	47
ABSTRACT	48
1 INTRODUÇÃO.....	48
2 ESBOÇO HISTÓRICO.....	49
3 A CRISE DA MODERNIDADE E A VISÃO BÍBLICA RELACIONAL DA PESSOA HUMANA ..	53
4 A VISÃO FENOMENOLÓGICA DE BUBER E LÉVINAS	58
5 A PESSOALIDADE CRÍSTICA DE HANS URS VON BALTHASAR.....	61
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	64
A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA.....	68
<i>Cíntia Cristina Santos</i>	
RESUMO	68
ABSTRACT	68
1. INTRODUÇÃO.....	69
2. NORMA DE HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL	70
3. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL	73
3.1.RE n.80.004/SE – Min Xavier de Albuquerque	73
3.2.Após a Constituição da República de 1988 – manutenção do entendimento do STF no julgamento do HC 72.131.....	73
4. NORMA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL	75
5. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL, PORÉM, AO MESMO TEMPO, SUPRALEGAL.....	80
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS.....	84

TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E LIBERDADE RELIGIOSA 87

Emily Beatriz dos Santos Alves e Matheus Thiago Carvalho Mendonça

RESUMO	87
ABSTRACT	88
1. INTRODUÇÃO	88
2. ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	89
2.1. NOTAS PRELIMINARES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL.....	89
2.2. UM OLHAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	92
2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF COMO PORTA PARA O ATIVISMO.....	96
3. O QUE FINNIS TEM A VER COM A LIBERDADE RELIGIOSA?.....	99
3.1. UMA BREVE LEITURA DA LIBERDADE RELIGIOSA	99
3.2. A RELIGIÃO COMO BEM HUMANO BÁSICO EM FINNIS	101
4. O CASO CONCRETO	104
4.1. A REPERCUSSÃO DA ADO 26 SOBRE O PRECEITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	104
4.2. O POSICIONAMENTO ATIVISTA DO STF NA ADO 26.....	105
5. CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS.....	109



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

EDITORIAL

Uziel Santana dos Santos

Felipe Augusto Lopes Carvalho

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
em Defesa dos Liberdades Cívica Parlamentares



EDITORIAL – ReBraDiR: Revista Brasileira de Direito e Religião

Uziel Santana dos Santos¹
Felipe Augusto Lopes Carvalho²

Desde a fundação da ANAJURE, em 2012, temos procurado promover e facilitar espaços de pesquisa e debate acadêmico nas áreas que tocam o Direito e a Religião. Isso porque havia, ao nosso entender, uma lacuna nas faculdades brasileiras, em termos de produção acadêmica, Programas de pós-graduação, ou publicações, quanto à interseção desses temas.

Com isso em mente, promovemos, em colaboração com universidades e centros de pesquisa de nomeada, três turmas de pós-graduação com enfoque na liberdade religiosa, formando um grupo de intelectuais aptos a desenvolver pesquisas de elevado mérito científico, inclusive proporcionando períodos de estudos não apenas no Brasil, mas também em Coimbra e Oxford. Somam-se a isso diversos seminários, palestras, livros e webinários que pavimentaram o caminho e forneceram subsídios, não apenas aos associados, mas a toda a comunidade científica, para o desenvolvimento de pesquisas de comprovada relevância técnica.

Com vistas a dar mais um passo nessa contribuição acadêmica, a ANAJURE idealizou a ReBraDiR: Revista Brasileira de Direito e Religião, que surge como uma plataforma gratuita, de acesso livre, tendo por princípio a

¹ Presidente da ANAJURE. Professor de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA-FD). CEO do FCL Law. Managing Parter do SS Advocacia.Ex-Presidente da Federación Interamericana de Juristas Cristianos.

² Diretor Executivo da ANAJURE. Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em parceria com ANAJURE, lus Gentium Conimbrigae e Regent's Park College da Universidade de Oxford.

democratização do conhecimento, e que visa divulgar os trabalhos que têm sido elaborados nos diversos temas de Direito Eclesiástico, liberdade religiosa e relações Igreja-Estado, objeção de consciência, as relações entre lei e religião, o direito das religiões e sua interação com o Estado, a influência das leis ou decisões judiciais nas religiões, entre outros.

O lançamento da Revista neste mês de Outubro de 2020 representa para nós um marco histórico, especialmente por ser o mês em que se comemora o 503º aniversário da Reforma Protestante, da qual somos herdeiros de imensas contribuições nos domínios jurídico, político, teológico e social, e, mais ainda, por ocorrer durante o 7º Congresso Internacional sobre Liberdades Civis Fundamentais no Superior Tribunal de Justiça, evento que temos realizado anualmente e que tem recebido acadêmicos e professores de diversas partes do mundo para debater os temas atuais que tangenciam as liberdades civis fundamentais.

A ANAJURE agradece o apoio de seus parceiros institucionais e aos membros do Conselho Editorial, avaliadores e autores que contribuíram para este número inaugural, ao passo que convidamos toda a comunidade científica a ler os trabalhos que compõem esta edição.

Boa leitura!



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**A OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE ADESÃO AO
VOLUNTARIADO PARA COOPERAÇÃO ENTRE O
PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS**

THE OBLIGATION OF THE ADHESION TERM TO
VOLUNTEERS FOR COOPERATION BETWEEN PUBLIC
POWER AND RELIGIOUS ORGANIZATIONS

Gabriel Dayan Stevão de Matos

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
Rio de Janeiro - Rua Conselheiro Costa, 100 - Maracanã



A OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO PARA COOPERAÇÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS

THE OBLIGATION OF THE ADHESION TERM TO VOLUNTEERS FOR COOPERATION BETWEEN PUBLIC POWER AND RELIGIOUS ORGANIZATIONS

Gabriel Dayan Stevão de Matos¹

RESUMO

O presente artigo vem demonstrar que o termo de adesão ao voluntariado constitui a melhor medida de proteção jurídica às organizações religiosas e ao voluntário. A obrigatoriedade nos casos de convênio com o poder público não afronta a liberdade religiosa, observados os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. O artigo utiliza como paradigma o projeto de Lei nº 3368/2019 que protege e expande a liberdade religiosa, mas, ao desobrigar a assinatura do termo de adesão ao voluntariado, torna essas organizações passíveis de responsabilização nos casos de atos à revelia da Lei. No final do artigo são expostos os modelos de cooperação entre as organizações religiosas e o poder público.

Palavras-Chave: Regime Jurídico; Organizações Religiosas; Liberdade Religiosa; Termo de Adesão ao Voluntariado; Compliance;

ABSTRACT

This article demonstrates that the adhesion term to volunteering is the best measure of legal protection for religious organizations and volunteers. The obligation in cases of agreement with the public power does not violate religious

¹Gabriel Dayan Stevão de Matos

Graduado em Direito e Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

freedom, observing the constitutional principles established in art. 37 of the 1988 Federal Constitution. The article uses Law No. 3368/2019 as a paradigm that protects and expands religious freedom, but, by exempting the signing of the voluntary service term, makes these organizations subject to liability in cases of acts in breach of the Law. At the end of the article, models of cooperation between religious organizations and public authorities are exposed.

Key words: Legal regime; Religious Organizations; Religious freedom; Term of Adherence to Volunteering; Compliance;

1. INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro possui vasta legislação que visa a amparar as Organizações Religiosas como, por exemplo, o Decreto N° 119-A/1890 da Velha República, assinado por Rui Barbosa¹ (BRASIL, 1890) ea

¹ Decreto N° 119-A/1890. Art. 1° E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas. Art. 2° a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto. Art. 3° A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico. Art. 4° Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas. Art. 5° A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis

Constituição Federal de 1988 (CF/88), art. 5° incisos VI, VII, VIII e art. 19², que estabelecem a laicidade do estado e a liberdade religiosa. A laicidade brasileira admite a cooperação do poder público com as organizações religiosas, desde a Capelania, que é o auxílio espiritual em órgãos coletivos como Exército, Universidades e Hospitais, até a Objeção de Consciência, que protege quem se recusa a realizar determinadas ações por motivos religiosos, filosóficos ou políticos. Quanto a essa cooperação entre o poder público e as organizações religiosas, MILANI (2015, p. 106)³ ensina que

O Estado, deste modo, não tem como função eliminar a esfera religiosa do âmbito público, ao contrário, tem o dever de, representante que é de sua nação, não obstar a prática das religiões do povo, nem evadir do debate político os valores

concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

² Constituição Federal/88: Art. 5° [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] Constituição Federal/88. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

³ MILANI, Daniela Jorge. Igreja e Estado: relações, secularização, laicidade e o lugar da religião no espaço público - Curitiba, Juruá, 2015, p. 106.

morais pelos quais se pautam estas religiões. Ora, um regime de exclusão de opiniões, seja por serem religiosas ou não, é absolutamente incompatível com o pluralismo e a democracia.

Apesar de não existir uma lei específica para as organizações religiosas, o Código Civil, no seu art. 44⁴, reconhece a personalidade jurídica destas, assim como a Lei nº 13.019/2014, considerada o Marco Regulatório do Terceiro Setor, as quais especificam a dinâmica dessas organizações com o Poder Público. O Código de Processo Civil, no art. 244, impede que o poder público realize a citação do fiel enquanto este estiver prestando seu culto; o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 3º, parágrafo único, e o Estatuto do Idoso no art. 10º, § 1º, III, protegem a liberdade de crença, e a Lei 6.015/1973, nos arts. 114º e 120º, rege sobre Registros Públicos e questões cartorárias.

Existem tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Convenção Européia de Direitos Humanos entre outros.

⁴ Código Civil - Lei nº 10.406/2002. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: [...] IV - as organizações religiosas; [...] § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

Mesmo amparadas por essas leis nacionais e tratados internacionais, as organizações religiosas ainda possuem questões de difícil tutela legislativa, especialmente na esfera trabalhista, em que há crescente número de demandas judiciais, como nos casos elencados no próprio Projeto de Lei (PL) nº 3368/2019⁵, que será exposto adiante. Não havendo unanimidade legal e jurisprudencial sobre o tema, a insegurança jurídica recai sobre essas organizações, que, diante de casos concretos, podem padecer justamente por falta de tutela legislativa.

O presente artigo abordará (i) o termo de adesão ao voluntariado⁶ como mecanismo de proteção jurídica e *compliance*; (ii) a liberdade religiosa como excludente de

⁵ TRTPL n.3368/2019 Apresentação: 06/06/2019 11:33 4. 5ª Turma. RO n. 0020399- 40.2016.5.04.0006. Julgado em 05/04/2018 INSTRUTOR BÍBLICO. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. O exercício de atividade destinada à evangelização da comunidade [Instrutor Bíblico], considerada, por sua própria natureza, trabalho voluntário, impede o reconhecimento do vínculo de emprego, pois a relação entre as partes não é revestida de subordinação jurídica, mas sim de cunho vocacional e voluntário. [...] TRT-5. 3ª Turma. RO n. 0001318-60.2011.5.05.0101. Julgado em 04/02/2014 PASTOR PROTESTANTE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. O trabalho voluntário como pastor protestante ou evangélico, mesmo se submetido a metas e recebimento de ajuda de custo, não é caracterizado como vínculo de emprego regido pela CLT, eis que falta o cunho da subordinação jurídica. São trabalhos diversos entre si e de objetivos totalmente antagônicos, devendo estar sobejamente comprovados os requisitos do contrato de trabalho para desfazimento da figura voluntária, que atendeu o chamado de missão espiritual.

⁶ Na Lei nº 9.608/98 é utilizada a nomenclatura *termo de adesão*, porém, para os fins deste artigo, será utilizado *termo de adesão ao voluntariado - TAV*, para não confundir com o *termo de colaboração* e *termo de fomento*, existentes na Lei nº 13.019/2014.

obrigatoriedade do termo de adesão ao voluntariado; (iii) a obrigatoriedade do termo de adesão ao voluntariado para a assinatura de convênios com o poder público. Serão utilizados autores e o ordenamento jurídico para demonstrar que o Termo de Adesão ao Voluntariado constitui a melhor medida de proteção jurídica às organizações religiosas e ao próprio voluntário, sem afrontar a liberdade religiosa a sua obrigatoriedade nos convênios com o poder público, a fim de que sejam observados os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal.

2. TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO JURÍDICA E COMPLIANCE

A Lei nº 9.608/1998, que estabelece as diretrizes do serviço voluntário, assim define a atividade no seu art. 1º:

Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

Esta definição torna cabível a atividade no âmbito das entidades públicas e também foi recepcionada pelas instituições elencadas no art. 44 do Código Civil, que considera como pessoas jurídicas de direito privado as Associações, as Sociedades, as Fundações, as

organizações religiosas, os Partidos Políticos e aquelas que foram posteriormente incluídos pela Lei nº 12.441/2011, como as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada. Silva Júnior demonstra a importância do serviço voluntário:

A prestação de serviços voluntários é uma tônica das organizações religiosas. Além de diáconos e presbíteros - líderes que normalmente não recebem ajuda de custo, as igrejas contam com fiéis que lecionam em classes de Escola Bíblica, tocam e cantam louvores nos cultos, participam de corais, são responsáveis por multimídia ou controle dos equipamentos de som, laboram em cantinas, limpam o templo... Enfim, há uma imensa gama de atividades exercidas com o mais profundo desejo de servir a Deus junto à comunidade, algo intrínseco à liberdade religiosa (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 300)

Dada a relevância do voluntariado nas organizações religiosas, verifica-se a necessidade de amparo jurídico para essas relações, que encontram no Termo de Adesão ao Voluntariado (TAV) sua expressão mais adequada.

O TAV é um instrumento que contém a identificação da Igreja e do voluntário, as tarefas, o local, a data e o horário especificando as atividades que serão realizadas. A descrição dessas atividades, apesar de possuir características que mesclam questões litúrgicas de âmbito metafísico, também dispõe de aspectos imanentes, os quais interessam ao Direito, para a proteção da remuneração de um voluntário, nos casos em que as organizações religiosas ultrapassem o disposto em Lei, caracterizando

o vínculo empregatício. O TAV não estipula uma carga horária máxima para o voluntário, porém, interpretando em analogia à Lei nº 10.097/2000, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na matéria relativa ao menor aprendiz, com base no art. 432, §1º⁷, a atividade não poderá ultrapassar 6 horas diárias, podendo ser de até 8 horas diárias para voluntários com o Ensino Fundamental completo. O art. 58º-A, §4º⁸, reconhece o Contrato de Trabalho de até 26 (vinte e seis) horas. Logo, a Organização da Sociedade Civil, incluindo as organizações religiosas, que não tenham reconhecido o vínculo empregatício, devem possuir um limite inferior às 26 horas, distanciando-se das 44h semanais previstas para o trabalhador celetista, pois o Ministério do Trabalho tem a competência para fiscalizar essas organizações.

As Igrejas, como qualquer outra pessoa jurídica, estão sujeitas à fiscalização e multas pelo Ministério do Trabalho, se

⁷ CLT, Art. 432. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada. § 1º O limite previsto neste artigo poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.”

⁸ CLT, Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais. [...] § 4º Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

apuradas irregularidades no âmbito trabalhista, no que concerne aos empregados, colaboradores, prestadores de serviço, à exceção do pastor, que, como já dito, não possui função tratada pela legislação trabalhista (PICCININI, 2016, p. 194).

Outro ponto de atenção diz respeito à idade. Como não há vedação quanto a este item, recomenda-se o cuidado disposto na Lei nº 10.097/2000, que regula o contrato de aprendizagem, o qual veda o serviço voluntário aos menores de 14 anos, e dos 14 aos 18 anos é necessária autorização dos pais ou responsáveis. Importante cuidar também com o tipo de atividade desses menores, pois estes não podem transportar valores, trabalhar em locais perigosos ou insalubres, ou ficar responsáveis por outros menores, pelo risco que podem oferecer às atividades da entidade. Desse modo,

o trabalho voluntário prestado nas dependências da igreja deve ser executado com cautela e responsabilidade; daí porque sugere-se que haja controle das atividades executadas, cuidando para que o voluntário que as execute, seja habilitado o suficiente para a tarefa que lhe foi designada, bem como seja a igreja cuidadosa em manter sempre equipamentos de proteção quando o serviço assim requerer (PICCININI, 2016, p. 208).

A Lei nº 9.608/1998, ao estabelecer a atividade voluntária prestada a essas organizações do terceiro setor, distancia-se do vínculo empregatício, que é a situação de trabalho realizado por uma pessoa física e somente por ela, de forma constante, não gratuita e que se submeta à ordens de superiores, conforme estabelece a lei

trabalhista em seu art. 3º “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A doutrina reconhece a pessoalidade, pois trata-se de toda e qualquer pessoa física, que com a *habitualidade*, ou seja, de ordem não eventual, presta contas com *subordinação* a uma chefia, com a percepção de valores pecuniários, com *onerosidade*. Conforme ensina PICCININI:

Haverá contrato de trabalho sempre que uma pessoa física se obrigar a realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, e sobre dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração. A relação de emprego dar-se-á quando uma pessoa realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, sobre dependência desta, em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, Qualquer que seja o ato que lhe deu origem (PICCININI, 2016, p. 193).

Se forem encontrados elementos para caracterização do vínculo empregatício, a organização religiosa poderá ser condenada a pagar os respectivos direitos trabalhistas quando acionada em juízo. Por isso, deverá ficar atenta para que cada função seja bem estabelecida no TAV. Ensinam Vieira e Regina (2018, p. 366) que “A única hipótese possível para a existência de vínculo trabalhista entre um líder espiritual e a organização religiosa é no caso de desvirtuamento das funções eclesiais. Esta ocorre quando o líder exerce funções que não

guardam nenhuma relação com o fenômeno religioso”.

Mesmo que nessa esteira não haja tratamento da legislação trabalhista, a organização religiosa deverá atentar para qualquer valor pecuniário pago para os voluntários, pois indenizações poderão, sim, ocorrer, caso seja caracterizado o vínculo empregatício, coincidente ao alerta de Piccinini:

a indenização prevista na lei para as despesas realizadas pelo trabalhador voluntário não têm a mesma natureza da prebenda, pois é destinada às despesas necessárias à execução do trabalho realizado e não as despesas pessoais do trabalhador. Inclusive, qualquer tipo de remuneração ao voluntário, que não tem o condão de ressarcir despesas, apresenta-se como equívoco e risco para igreja, na medida em que o pagamento poderá indicar uma relação de trabalho, que por sua vez, impõe a sujeição às obrigações da CLT. Assim Ministério do Trabalho poderá atuar na igreja por descumprimento dos Direitos Trabalhistas como o próprio voluntário poderá valer-se dessa situação para propor reclamação trabalhista alegando o vínculo de trabalho sem que as demais verbas devidas fossem pagas pela igreja. Portanto deve a igreja atentar-se a, tão somente, ressarcir despesas que sejam concernentes à consecução das tarefas, as quais devem ser comprovadas com a apresentação das respectivas notas fiscais (PICCININI 2016, p. 206).

Por último, e não menos importante, é de se ressaltar que, dentro desse escopo, os riscos do serviço voluntário que será prestado são do voluntário.

A prática do voluntariado indica que o voluntário doa não só o serviço, mas também o risco pelo serviço prestado. [...] o serviço voluntário não gera vínculo de emprego nem obrigação de ordem trabalhista previdenciária ou afim. Portanto o risco do serviço prestado em

tese, é do voluntário. (PICCININI, 2016, p. 207).

Portanto, o TAV é um mecanismo de proteção jurídica para o voluntário e para as instituições, que poderão usá-lo como prova no caso de desacordo com o que foi previamente estipulado entre as partes, ou, no caso de algum sinistro ou abuso de poder, verificar a responsabilidade civil, trabalhista e até criminal que possa eventualmente ocorrer nesse contexto.

Veremos a seguir o PL n° 3368/2019, que, na expectativa de proteger a Liberdade Religiosa, desobriga o TAV, caminhando em sentido oposto da transparência e de mecanismos anticorrupção (*compliance*) — das organizações religiosas.

2.1. O PROJETO DE LEI N° 3368/2019

O PL 3368/2019 pretende inserir as organizações religiosas no art. 1º da Lei n° 9.608/1998, amplificando a proteção legal destas no contexto das instituições aptas para realizar o trabalho voluntário. Passaria, portanto, a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenham objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos, religiosos ou de assistência à pessoa. [...] Parágrafo único. Os templos de qualquer culto ficam dispensados de celebrarem o termo de adesão.

Conforme se apresenta a justificativa da proposta de Lei, a preocupação maior do PL é

de ordem trabalhista, pois “visa(sic) garantir que as organizações religiosas integrem as instituições que possam promover a adoção de trabalho voluntário, sem incorrer nos riscos de vínculo empregatício, o que pode gerar desestímulo à atividade.” Segundo reforça o proponente

o projeto deseja inserir as organizações religiosas no rol de entidades que podem ser beneficiadas por atividades voluntárias, mas deixa o texto frágil ao propor a dispensa do termo de voluntariado uma vez que não existe cobertura na legislação trabalhista para esse tipo de labor dentro das igrejas que isente do risco de configuração do vínculo empregatício.⁹

Diferente do Direito Penal, no âmbito do Direito Civil — e até trabalhista —, é possível a hermenêutica analógica para delimitar a ação dessas organizações religiosas, como restou demonstrado acima pela própria exegese da CLT, da Lei do menor aprendiz n° 10.097/2000, do Marco Regulatório do Terceiro Setor e das Leis citadas na introdução deste artigo. Portanto, apesar de não existir lei específica, é possível encontrar cobertura legislativa para essas instituições, apesar da complexidade da tutela legal.

Prosseguem os proponentes da referida Lei exemplificando os cargos mais comuns de voluntariado das organizações religiosas, neste caso orientados dentro de um contexto judaico-cristão.

⁹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206919>. Acesso em 20.08.2019

A prestação de serviços voluntários é uma tônica das organizações religiosas. Além de diáconos e presbíteros – líderes que normalmente não recebem ajuda de custo –, as igrejas contam com fiéis que lecionam em classes de Escola Bíblica, tocam e cantam louvores nos cultos, participam de corais, são responsáveis por multimídia ou controle dos equipamentos de som, laboram em cantinas, limpam o templo, entre outras atividades. Há, portanto, uma imensa gama de atividades exercidas com o mais profundo desejo de servir a Deus junto à comunidade, algo intrínseco à liberdade religiosa, que é assegurado pela Constituição.

A despeito da simples menção às organizações religiosas dispostas no art. 1º, que aumenta a proteção legal a essas instituições, o cerne da questão encontra-se no parágrafo único, que dispõe que “Os templos de qualquer culto ficam dispensados de celebrarem o termo de adesão”. Segundo o PL 3368/2019 sobre o TAV:

Quanto ao termo de adesão, reconhecemos que as atividades têm conteúdo nitidamente espiritual e religioso. É que todos os fiéis – ou pelo menos a imensa maioria deles – e até visitantes não membros acabam desempenhando algum tipo de labor na organização religiosa. Essas relações são travadas na informalidade e, dado que uma mesma pessoa pode atuar em diversas frentes do voluntariado, fica sobremodo complexo que do termo conste “o objeto e as condições” dos serviços prestados.

O argumento do proponente não procede, pois a complexidade de um serviço não significa a escusa da lei, especialmente em situações que envolvem dinheiro público, onde a informalidade, mesmo que sem dolo, resulta em ilegalidade. Apesar da preocupação dos proponentes ser com as pequenas organizações religiosas que sequer

pensam em convênios com o poder público, diante da complexidade das relações sociais humanas, estas podem ser civilmente responsabilizadas pela falta de mecanismos de proteção, podendo ser desconsiderada a personalidade jurídica para atingir os bens dos membros da diretoria.

Portanto, apesar da inserção das organizações religiosas no art. 1º da Lei nº 9.608/98 ser benéfica, o desestímulo ao TAV é medida prejudicial às organizações religiosas, ao Erário e aquele que, de boa fé, voluntaria-se às atividades dessas instituições.

A seguir, veremos que existem dimensões em que o poder público não pode adentrar nas organizações religiosas, pelo risco de seus atos afrontarem a liberdade religiosa como também a laicidade do estado e que, mesmo que a organização religiosa se exponha a riscos desnecessários pela não utilização do TAV, ela não se obriga a utilizá-lo.

3. A LIBERDADE RELIGIOSA COMO EXCLUDENTE DA OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE ADESÃO AO VOLUNTARIADO

A CF/88 estabelece no seu art. 5º, VI que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Essa proteção garante que as organizações religiosas disponham livremente

de liturgias e que não compete ao poder público realizar juízos de valor, pois são assuntos de soberania da esfera religiosa. Um exemplo é a criminalização do discurso religioso que discorda da ética de um grupo social, que, por ser algo recebido de forma transcendental, não cabe ao poder público temporal questionar sua validade no âmbito social, responsabilizando apenas se tal discurso ocorreu de alguma forma tipificada no Código Penal. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que criminaliza atos de homofobia e transfobia LGBTI+ em analogia ao crime de racismo. A segunda tese firmada pela Suprema Corte afirma que:

2. A repressão penal à homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, garantindo-se aos fiéis e ministros os direitos de: (1) pregar e divulgar livremente o seu pensamento; (2) externar suas convicções em conformidade com os seus livros sagrados; (3) ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica; (4) buscar e conquistar prosélitos; (5) praticar atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, seja coletiva ou individualmente. As manifestações religiosas não devem configurar discurso de ódio, isto é, incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero¹⁰(BRASIL, 2019).

Apesar de resguardada a liberdade religiosa no contexto dos cultos das organizações religiosas, as manifestações da

¹⁰<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf> (acessada em 13/10/2019)

fé transbordam para outros contextos não definidos pelo STF, como a objeção de consciência daqueles que, por convicção religiosa, ideológica ou política, recusem-se a oferecer pacificamente serviços ou produtos que contrariem a própria convicção. É o caso do confeitiro¹¹ e do militar¹², que ficaram sob o risco de ter sua fé e a sua liberdade criminalizada ou mitigada por causa da reprovação do Estado aos seus pressupostos teológicos, o que enseja clara afronta a liberdade religiosa.

O art. 5º, inciso II da CF/1988 estatui o princípio da legalidade em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e como a própria lei prossegue no inciso VIII “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a

¹¹ Houve grande repercussão no caso do Confeitiro Jack Phillips, que se utilizou da liberdade religiosa para não fazer um bolo de casamento para um casal homoafetivo, tendo seu direito reconhecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA). <https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html> (acessado em 14/10/2019).

¹² Desmond T. Doss foi um adventista militar norte-americano que na II Guerra Mundial foi designado para combater na Batalha de Okinawa, exercendo a objeção de consciência para não utilizar armas. Chegou a receber a Medalha de Honra na guerra por socorrer outros militares. Posteriormente teve um filme lançado em sua homenagem sob título de “Hacksaw Ridge” ou “Até o Último Homem”. <https://www.nytimes.com/2006/03/25/us/desmond-t-doss-87-heroic-war-objector-dies.html?mtrref=www.google.com&gwh=A559974D1BEFC1674C886EC2DD7322C5&gwt=pay&assetType=REGIWALL> (acessado em 14/10/2019)

cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Portanto, nos casos em que existam encargos legais, o religioso ou as organizações religiosas poderão prestar obrigações alternativas ao Estado, desde que satisfaça a prestação exigida.

É o caso do início da existência jurídica das organizações religiosas que ocorre no momento do registro do estatuto e da ata da Assembleia Geral no Ofício de Registro de Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos. É ilegal que o cartório obrigue a Igreja a seguir seus modelos preestabelecidos, pois essa imposição incide na violação da liturgia, dos princípios reguladores do culto e até dos pressupostos teológicos.

A organização religiosa é livre para fazer seu estatuto conforme sua confissão de fé (DAYAN, 2019)¹³. Porém, as questões elencadas abaixo devem ser rigorosamente observadas e constar no estatuto, pois são necessárias para identificar a organização e benéficas, por garantir a segurança dos seus atos, segundo o art. 46º do Código Civil de 2002:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Verifica-se que o TAV e o art. 46º do Código Civil não afetam diretamente questões litúrgicas, pois são de caráter discriminatório, não adentrando no âmbito filosófico ou teológico, reduzidos, portanto, ao aspecto jurídico. Porém, caso a organização religiosa entenda que o TAV ofende de alguma forma a sua liturgia, ela pode ancorar-se na liberdade religiosa para escusar-se de assiná-lo. Silva Júnior (2019) argumenta sobre a não utilização do TAV diante de questões litúrgicas:

Pensamos inviável exigir o mencionado termo de adesão quando a realização das atividades tem conteúdo nitidamente espiritual e religioso. É que todos os fiéis - ou pelo menos a imensa maioria deles - e até visitantes não membros acabam desempenhando algum tipo de labor na organização religiosa. Essas relações são travadas na informalidade e, dado que uma mesma pessoa pode atuar em diversas frentes do voluntariado, fica sobremodo complexo que do termo conste “o objeto e as condições” dos serviços prestados.¹⁴

Prosseguiremos na sequência exemplificando os modos que poderão ser feitas parcerias entre o poder público e as

¹³ MATOS, Gabriel Dayan S de. **Cartilha de Assistência Jurídica Para Organizações Religiosas**. Curitiba, 2019.

¹⁴ SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. **Manual Prático de Direito Religioso: um guia completo para juristas, pastores, líderes e membros**. São Paulo. Fonte Editorial. 2019. p 305.

organizações religiosas em causas que sejam de interesse social mútuo.

4. POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS PARCERIAS DO PODER PÚBLICO COM ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS

As parcerias entre as organizações religiosas com o poder público estão amparadas pela Lei nº 13.019/2014, denominada de Marco Regulatório do Terceiro Setor¹⁵. A definição legal de parceria pode ser encontrado no art. 2º, III, sendo o

conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de

¹⁵ Terceiro Setor são as pessoas jurídicas de Direito Privado, classificadas como organizações da sociedade civil que não possuem fins lucrativos. Diferem do primeiro setor, compostas pelas pessoas jurídicas de Direito Público e também do Segundo Setor, que é o Mercado de Capitais. São discriminadas no Art. 2º da Lei nº 13.019/2014: *I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;*

atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação;

No próprio conceito, a Lei estabelece três hipóteses de convênios que podem ser firmadas entre o poder público e as organizações religiosas, sendo elas:

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;

Antes da alteração da Lei nº 13.019/2014, por meio da Lei nº 13.204/2015, não havia norma específica que versasse sobre essas cooperações e, após a alteração, foi estabelecido que o padrão para firmar convênios são os termos de colaboração e fomento e o acordo de cooperação. A diferença entre esses padrões é a inexistência de transferência de recursos financeiros e a quem interessa firmar a cooperação. O Marco Regulatório do Terceiro Setor incluiu as organizações religiosas trazendo mais

segurança jurídica a essas, e também permitindo uma abertura para que aumentem seu protagonismo em muitas ações sociais que apenas o Estado tinha legitimidade para realizar.

A organização religiosa pode ficar responsável por dispor de seus voluntários, do patrimônio e da sua estrutura física na cooperação, enquanto o Estado cooperaria com os servidores, as estruturas de entes públicos, excetuando a transferência de capital financeiro. Por sua vez, a organização religiosa não poderá realizar proselitismo religioso durante as atividades, pois no caso de empenho financeiro do erário, poderá configurar subvenção do poder público a alguma religião, afrontando a laicidade do Estado disposta no art. 19º da CF/88.

Para a proteção do erário e a adequação aos mecanismos de *compliance*, podem ocorrer transferências pecuniárias do poder público para a conta-corrente da organização religiosa, desde que a finalidade seja claramente descrita, sendo, para tanto, compreendidos como recursos públicos e não privados, sob a fiscalização dos Tribunais de Contas.

A Lei nº 13.019/2014 estabelece no art. 11º o procedimento dos atos de Transparência e Controle — *compliance* — com forte ênfase à publicidade dos atos da administração:

Art. 11. A organização da sociedade civil deverá divulgar na internet e em locais

visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública.

Parágrafo único. As informações de que tratam este artigo e o art. 10 deverão incluir, no mínimo:

I - data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável;

II - nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB;

III - descrição do objeto da parceria;

IV - valor total da parceria e valores liberados, quando for o caso;

V - situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo.

VI - quando vinculados à execução do objeto e pagos com recursos da parceria, o valor total da remuneração da equipe de trabalho, as funções que seus integrantes desempenham e a remuneração prevista para o respectivo exercício.

Dessa maneira, a parceria será regular somente quando houver a utilização do TAV na equipe de trabalho, sob risco de a parceria ser considerada irregular, tornando a organização religiosa vedada para celebrar qualquer modalidade de parceria com o poder público prevista na Lei nº 13.019/2014.

O art. 80¹⁶ do Marco Regulatório também permite que seja criada uma forma eletrônica de controle do processo de compras

¹⁶ LEI Nº 13.019/2014. Art. 80º. O processamento das compras e contratações que envolvam recursos financeiros provenientes de parceria poderá ser efetuado por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela administração pública às organizações da sociedade civil, aberto ao público via internet, que permita aos interessados formular propostas.

e contratações, transparente ao público. Aqui estariam dispostos quem prestou o serviço voluntário e o tipo de atividade realizada. Protege-se assim o voluntário de algum sinistro que venha a ocorrer durante o voluntariado, e também se alguém porventura tenha se sentido lesado. Facilita-se, dessa forma, encontrar quem descumpriu a lei, ou aquele que tenha praticado abuso de poder, e causado dano a pessoas que usufruem da cooperação entre as organizações religiosas e o poder público.

5. CONCLUSÃO

A organização religiosa pode optar ou não pelo uso do TAV, pois não cabe ao Estado imiscuir nas práticas litúrgicas dessas organizações por causa da liberdade religiosa e da Laicidade de Cooperação estabelecida na CF/88. Porém, para que sejam realizados convênios com o poder público, especialmente voltados à área da assistência social e amparados pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor, é *conditio sine qua non* a utilização do TAV para a sua assinatura, em obediência aos mecanismos de *compliance*, moralidade pública e transparência das ações governamentais que envolvem o dinheiro público.

Resguardada a liberdade religiosa da organização religiosa optante pela não utilização do TAV em projetos de cunho social, não poderá participar de convênios públicos na ausência do termo.

O PL 3368/2019, apesar de resguardar a liberdade religiosa e aumentar a proteção legal que recai sobre elas, vai na contramão do crescente apelo social na prestação de contas sobre qualquer movimentação de dinheiro público, incluindo quem exerce trabalho voluntário. A liberdade religiosa não pode ser justificada para descumprir os princípios elementares da administração pública e a ausência do TAV é uma névoa que permite a ocultação de abusos trabalhistas e financeiros, os quais oneram todos aqueles que estão envolvidos nesse processo, como a organização religiosa, o voluntário, o terceiro de boa-fé, os órgãos fiscalizadores e o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988.

_____. Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. *Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890*. Coleção de Leis do Brasil, 1890.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

_____. *Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 ago. 2014.

_____. *Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 dez. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3368/2019*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. 2019.

MATOS, Gabriel Dayan S de. *Cartilha de Assistência Jurídica Para Organizações Religiosas*. Curitiba, 2019.

MILANI, Daniela Jorge. *Igreja e Estado: Relações, Secularização, Laicidade e o Lugar da Religião no Espaço Público*. Curitiba, Juruá, 2015.

PICCININI, Taís Amorim de Andrade. *Manual Prático de Direito Eclesiástico*. São Paulo: Editora Amar, 2015.

SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. *Manual Prático de Direito Religioso: um guia completo para juristas, pastores, líderes e membros*. São Paulo. Fonte Editorial. 2019.

VIEIRA, Thiago Rafael e REGINA, Jean Marques. *Direito Religioso: Questões práticas e teóricas*. Porto Alegre: Concórdia, 2018



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**O DOGMA DA AUTONOMIA RELIGIOSA DO
PENSAMENTO TEÓRICO EM DOOYEWEERD E SUAS
CONTRIBUIÇÕES PARA A ACADEMIA BRASILEIRA**

**THE DOGMA OF RELIGIOUS AUTONOMY OF
THEORETICAL THOUGHT IN DOOYEWEERD AND HIS
CONTRIBUTIONS TO THE BRAZILIAN ACADEMY**

Leonardo Balena Queiroz

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
Rio de Janeiro - Rua Conselheiro Costa, 100 - Maracanã



O DOGMA DA AUTONOMIA RELIGIOSA DO PENSAMENTO TEÓRICO EM DOOYEWEERD E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A ACADEMIA BRASILEIRA

THE DOGMA OF RELIGIOUS AUTONOMY OF
THEORETICAL THOUGHT IN DOOYEWEERD AND HIS
CONTRIBUTIONS TO THE BRAZILIAN ACADEMY

Leonardo Balena Queiroz¹

RESUMO

O presente artigo detém como propósito central introduzir aos leitores brasileiros a crítica dooyeweerdiana à neutralidade religiosa do pensamento científico. A problemática norteadora perpassa pela compreensão de que nenhuma teoria ontológica baseada na criação de Deus poderia ser levada em consideração no contexto universitário, caso uma delimitação epistemológica precisa acerca dos limites e condições do fazer teórico não existisse. Desta feita, adere-se ao método bibliográfico de pesquisa, estabelecendo como referencial teórico o movimento neocalvinista holandês, especialmente Dooyeweerd e seus colaboradores. O texto que se segue está dividido em três partes principais. Em primeiro lugar, almejando apresentar o tópico de forma ampla, analisa-se certos conceitos primordiais, quais sejam, o de lei criacional divina; o de ser e significado; o de tempo cósmico e os aspectos modais refratados pelo mesmo; e o da crítica transcendental. Em seguida, visualiza-se a crítica transcendental em seus dois caminhos e os três problemas sistemáticos advindos dela. Por fim, inquire-se acerca das possíveis contribuições de tal sistema teórico para o meio acadêmico pátrio, ressaltando a impossibilidade da existência sistemas filosóficos religiosamente neutros.

Palavras-chaves: Dooyeweerd; autonomia religiosa; crítica transcendental; cosmovisão cristã; academia brasileira.

¹Leonardo Balena Queiroz

Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa), membro do Grupo de Pesquisa Tradição da Lei Natural (CNPq) e autor do livro: Filosofia e Teologia Reformada: Perspectivas Cristãs à luz do Pensamento e Vida de Herman Dooyeweerd.

ABSTRACT

This article has the main purpose to introduce Brazilian readers to the Dooyeweerdian critique of the religious neutrality of scientific thought. The guiding problem runs through the understanding that no ontological theory based on the creation of God could be considered in the university context, if an accurate epistemological delimitation about the limits and conditions of theoretical doing did not exist. In this way, it adheres to the bibliographic research method, establishing the Dutch Calvinism movement as a theoretical reference, especially Dooyeweerd and his collaborators. The following text is divided into three main parts. Firstly, aiming to present the topic in a broad way, we analyze certain fundamental concepts, namely, that of divine creation law; that of being and meaning; that of cosmic time and the modal aspects refracted by it; and that of transcendental criticism. Then, the transcendental criticism is visualized in its two paths and the three systematic problems arising from it. Finally, it inquires about the possible contributions of such a theoretical system to the national academic environment, emphasizing the impossibility of the existence of religiously neutral philosophical systems.

Keywords: Dooyeweerd; religious autonomy; transcendental critique; Christian worldview; Brazilian academy.

1 INTRODUÇÃO

A contribuição proporcionada pela filosofia de Herman Dooyeweerd (1894-1977) conta com gradativa descoberta no meio acadêmico brasileiro por meio da proliferação de livros, artigos e materiais, os quais visam difundir seu pensamento e explicar conceitos vitais de suas teorias. A proposta única estabelecida pelo reformador de Amsterdã nunca pretendeu encontrar seu conteúdo diretamente nas páginas das Escrituras. Dooyeweerd nunca propôs que o filósofo abrisse a Palavra e começasse a elaborar conceitos filosóficos. Afinal, as Escrituras não possuem o propósito de ensinar nenhum tipo filosofia. Contudo, deixava bem claro que seu pensamento, partindo de sua crença acerca do grande e soberano Deus, estaria, do início ao fim, sob a completa sujeição às normas e princípios oriundos da revelação especial do Criador, se lançando na investigação de suas obras criacionais

Sobre seu contexto, entre os fatores mais relevantes que influenciaram a vida e o pensamento de Dooyeweerd, pode-se citar duas fontes, a saber: o neocalvinismo holandês e a filosofia alemã. O primeiro teve representação na pessoa do seu principal líder, Abraham Kuyper (1837-1920), fundador do Partido Antirrevolucionário (*Anti-Revolutionaire Partij*) em 1878 e da Universidade Livre de Amsterdã (*Vrije Universiteit Amsterdam*) em 1880.

Entre os principais nomes que marcaram esse sistema integral de vida, pode-se citar: Groen van Prinsterer (1801-1876), Abraham Kuyper (1837-1920), Herman Bavinck (1854-1921), Dirk Vollenhoven (1892-1978), Cornelius Van Til (1895-1987), Herman Dooyeweerd (1894-1977), Hans Rookmaaker (1922-1977), dentre outros. O movimento, de origem nos Países Baixos, estabeleceu um programa de reestruturação do calvinismo a nível de uma cosmovisão (*weltanschauung*), a qual teria implicações diretas em todas as áreas das atividades humanas, clamando o senhorio de Cristo sobre a totalidade da existência. O neocalvinismo surge, dessa forma, como uma resposta do cristianismo aos ideais secularizados no contexto europeu do século XIX.

E o segundo fator de influência se deu a partir do neokantianismo e da fenomenologia de Husserl (1859-1938), no qual o filósofo de Amsterdã obteve importantes pontos de crítica e diálogo ao longo de sua jornada. Contudo, segundo Dooyeweerd, apesar de originalmente estar persuadido pelas correntes filosóficas citadas acima, o grande ponto de virada de sua atividade teórica se deu na descoberta da raiz religiosa do próprio pensamento e de como essa realidade influenciaria qualquer tentativa de síntese entre a fé cristã e qualquer filosofia imanentista baseada na suficiência da razão.

Tem-se, à luz do exposto, que o objetivo geral de Dooyeweerd, nas palavras de Roy Clouser (2019, p. 122), era “desenvolver uma teoria da realidade que fosse uma descrição sistematicamente não reducionista das naturezas das coisas e da ordem cósmica”, a qual admite sua origem cristã na busca de reformular a razão. Contudo, como bem salientado pelo próprio filósofo holandês, justificando a problemática do presente artigo, “toda filosofia que reivindicar um ponto de partida cristão será confrontada pelo tradicional dogma da autonomia do pensamento filosófico, referente à sua independência de quaisquer pressuposto religioso” (DOOYEWEERD, 2010, p. 47).

Portanto, o texto que se segue detém como objetivo central questionar tal noção de neutralidade científica, considerando a crítica transcendental ao pensamento teórico de Herman Dooyeweerd para que, ao final, certas contribuições práticas possam vim a ser consideradas para a academia brasileira. O artigo conta com a metodologia bibliográfica e está dividido em três partes principais: primeiro, serão analisados alguns conceitos fundamentais para uma introdução à crítica dooyeweerdiana; em seguida, a apresentação da crítica em si, por meio dos seus dois caminhos; e, por fim, sua devida contribuição para a academia brasileira.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL

Com a finalidade de proporcionar uma introdução geral à crítica de Dooyeweerd é preciso, em primeiro lugar, conhecer alguns temas de suma importância para o desenvolvimento de seu pensamento e teoria. Assim, será visto no presente tópico noções sobre: ideia de lei; ser e significado; tempo cósmico e níveis de sentido; e crítica transcendental.

2.1 A IDEIA DE LEI

Para Dooyeweerd, toda filosofia é baseada em uma ideia de lei (*wetsidee*), ou, pelo seu correlato em inglês, “ideia cosmonômica” (*cosmonomic idee*), quer seja admitido pelo filósofo ou não. O seu conceito pode ser entendido como um tipo de ordem existente fundante da realidade, a qual é influenciada diretamente pelo motivo-base que a dirige e pelo ponto arquimediano de sua origem (KALSBECK, 2015, p. 62). Nesse sentido, a expressão citada, cunhada pelo próprio autor, é fundamental para a compreensão de sua ontologia e refere-se à inquebrantável coerência entre a lei de Deus (*nomos*) e sua criação (*cosmos*), a qual está sujeita a este princípio ordenador.

Surge, portanto, a indagação referente à qual seria a *wetsidee* do filósofo de Amsterdã. Segundo Carvalho (2010, p. 18), o pensamento dooyeweerdiano possui grande ênfase na lei da criação de Deus, assim, no

ato inicial, a palavra divina de ordem, a qual chama à existência todas as coisas visíveis e invisíveis, assumiria o papel de decreto, sendo lei para suas criaturas, logo, “existir” e “estar sob a lei divina” poderiam ser termos equiparados.

O tópico de uma lei criacional é uma contribuição do neocalvinismo, representado por Kuyper, à filosofia de Dooyeweerd. Na medida em que a palavra de Deus se constitui lei para suas criaturas, esta é a “natureza normativa e identidade distintiva de todo tipo de coisa criada” (WOLTERS, p. 155, 2019). Assim, não se pode identificar ou reduzi-la aos sujeitos ou objetos que são governados pelo decreto divino. J.M. Spier (2019, p. 5) exemplifica que estar sujeito à lei do criador é a expressão máxima da criaturalidade do universo, na medida em que a lei divina é a fronteira entre Deus e o *cosmos*.

Dessa forma, a ordem soberana de Deus é aquilo que Dooyeweerd chama de *Ordem Divina da Criação*, a qual funciona como a norma estruturadora de tudo aquilo que existe. A ideia cosmonômica de sua filosofia seria a ideia de uma estrutura a *priori* de significado promovida pelo criador (OLIVEIRA, 2006, p. 84). Nesse sentido, o próprio Dooyeweerd cunhou o nome para sua *magnum opus* de: *A Filosofia da Ideia de Lei (De Wijsbegeert der Wetsidee)* ou *Filosofia Cosmonômica*, como ficou conhecido seu pensamento.

2.2 SER E SIGNIFICADO

Ao final do século XVIII, carregado por valores humanistas que detinham no ideal da Razão a solução para uma humanidade que rumava nos trilhos do “progresso”, chega-se ao Iluminismo. A racionalidade é então vista como a única solução para o homem “evoluído”, o qual necessita deixar de lado tanto a teologia, quanto a metafísica, estágios inferiores comparados ao dogma do Positivismo. É somente após a primeira metade do século XX, depois das duas grandes guerras e da avassaladora crise na economia que submergiu o ocidente, que o ideal da razão perde algumas trincheiras para a noção existencialista de falta de significado ou propósito no mundo, sendo assim, responsabilidade do homem moderno criar ou fabricar para si próprio o sentido de sua existência.

Porém, tendo em vista os citados atos criacionais, leis ou decretos divinos, o filósofo de Amsterdã escreve contra este tipo de concepção filosófica imanentista, a qual encontra a Origem ou *Arché* da existência na própria realidade temporal. Assim, o conceito de ser e significado assume grande importância em seu pensamento.

Dooyeweerd (1969, p. 4, *tradução nossa*) salienta que “Significado é o ser de tudo que foi criado e a natureza até mesmo da nossa individualidade”. Tal afirmação distingue-se da definição usual do termo

“significado”, uma vez que segundo Van Riessen (1959 *apud* KALSBECK, 2015, p. 73), saudoso professor do departamento de Filosofia da Universidade Livre de Amsterdã, “Significado não é como um propósito que uma coisa tenha; pois se fosse assim, então essa coisa, como um resíduo do ser, estaria novamente isenta de ser significado. E, assim, esse resíduo novamente se torna uma coisa independente, algo que pode existir em si mesmo”. Dessa forma, constata-se a impossibilidade de algo existir *per si*.

O que implica na contingência necessária do cosmos em relação ao seu criador, o que por um decreto-lei fez, por assim dizer, a *existência*. Logo, contempla-se a relatividade e insuficiência da criação (pela própria condição de criatura) à parte daquele que a criou, o único que existe por si só, o Absoluto (OLIVEIRA, 2006, p. 83). Nas palavras do professor sul-coreano Yong-Joon Choi (2000, p. 14, *tradução nossa*), “com esta ideia, Dooyeweerd quer indicar que um ser criatural não é autossuficiente, mas totalmente dependente acerca da Origem, Deus, o qual é o doador do significado”.

Significado é o *modo de ser* das coisas, as quais apontam para uma direção contrária a si mesmo, para algo mais da qual dependa completamente, e que não seja, por sua vez, dependente de nada. Portanto, em referência a esta dependência que permeia a totalidade criacional, o ser não possui significado, ele é significado (KALSBECK,

2015, p. 71), na medida em que se direciona para fora e além de si, para sua Origem, caso contrário, seria o ser absoluto e autossuficiente (DOOYEWEERD, 1969, p. 4).

2.3 TEMPO CÓSMICO E NÍVEIS DE SENTIDO

Segundo Dooyeweerd, uma vez que a realidade criada, por meio da palavra divina, constitui-se significado, esta não pode ser caótica ou sem sentido (OLIVEIRA, 2006, p. 85). Desta feita, ela é organizada em uma diversidade de níveis, ou assim chamados de aspectos modais, modalidades ou funções modais. Tais modos são aspectos do próprio tempo e só podem se manifestar por meio dele.

O tratamento dado por Dooyeweerd à temática do tempo cósmico, assim como ao conceito de significado, não compreende a noção comum que se faz do termo, nesse sentido, carece de explicação. Segundo Albert Wolters (2019, p. 171), a ideia de tempo cósmico, obtida nos estudos das obras dooyeweerdianas, guarda estreita relação com o que foi apresentado em *O ser e o tempo* (1927) de Heidegger (1889-1976), sendo um “princípio ontológico de continuidade intermodal”.

Para o filósofo de Amsterdã, o tempo seria o meio pelo qual a totalidade de significado é concebida em uma rica variação de modalidades. Dooyeweerd o compara como a luz do sol que, quando refratada por

um *prima* (o tempo), se dissipa em várias cores formando um belo arco-íris. Assim, o “tempo envolve e penetra toda a realidade em seus aspectos e estruturas” (CHOI, p. 17, 2000, *tradução nossa*). Dessa forma, pode-se entendê-lo como a maneira, ou a forma, que a criação divina se manifesta.

Assim sendo, uma vez que a luz, isto é, a totalidade de sentido atribuída por Deus, se dissipa por meio do prisma, também chamado de tempo cósmico, há a descoberta de uma extraordinária paleta de cores, as quais são os aspectos modais, ou níveis de sentido da experiência humana. Essas modalidades são caracterizadas por grande coerência e irredutibilidade entre si e referem-se ao modo pelo qual a realidade temporal é experimentada na sua totalidade de significado.

Dessa forma, contata-se quinze aspectos não exaustivos enumerados na seguinte ordem: (1) numérico, (2) espacial, (3) cinemático, (4) físico, (5) biótico, (6) sensitivo, (7) lógico, (8) histórico, (9) linguístico, (10) social, (11) econômico, (12) estético, (13) jurídico, (14) ético e (15) pístico – fé.

O fato de uma esfera não se reduzir a outra consiste em que cada nível de sentido possui um núcleo modal, o qual garante sua irredutibilidade e interdependência entre os demais níveis. Segundo Herman Dooyeweerd (1969, p. 102, *tradução nossa*), “cada aspecto

modal da realidade temporal tem sua própria esfera de leis, irreduzível ao do outro aspecto modal e, nesse sentido, é soberano sobre sua própria órbita, por causa da sua irreduzível modalidade de significado”.

Essa percepção antirreducionista da realidade criada, para Wolters (2019, p. 157), foi fruto direto da influência que Kuyper exerceu por meio da chamada soberania das esferas (*Souvereiniteit in eigen Kring*) na vida e pensamento de Dooyeweerd. Ainda argumenta o autor que, o filósofo holandês buscava expandir a noção sociológica kuyperiana de que cada instituição social ou setor cultural teria sua própria jurisdição guiada por sua natureza própria a níveis de irreduzibilidade ontológica, materializadas nas chamadas esferas modais.

Dooyeweerd (2015, p. 57) salienta sobre a tentativa reducionista de contemplar a multicolorida dimensão da realidade criada apenas por meio de uma cor do prima que

Aqueles que absolutizam um único aspecto da realidade criada não podem compreender nem esse nem qualquer outro aspecto sobre a base do seu próprio caráter interno. Eles têm uma concepção falsa, não verdadeira, da realidade. Embora isso certamente não exclua a descoberta de vários *momentos* importantes de verdade, esses momentos acabam por integrar-se numa falsa concepção da *totalidade* da realidade. Precisamente nesse sentido, eles se tornam a arma mais perigosa e venenosa do espírito da mentira.

Dessa forma, conclui-se este subtópico junto ao pensamento do Dr. Vern S. Poythress (2019, p. 336), na medida em que os níveis de

sentido exalam a grande riqueza multidimensional e irreduzível da criação. Assim, não se pode ter uma esfera absoluta ou reduzida à outra, sob pena de se formar os *-ismos* modernos, i.e., o empirismo, o psicologismo, o marxismo, o naturalismo, o idealismo e outras tantas reduções da realidade, as quais buscam, por assim dizer, enxergar apenas uma das diversas cores do prisma cósmico dado pelo Criador

2.4 CRÍTICA TRANSCENDENTAL

O último conceito a ser estudado antes de se adentrar na temática principal do artigo, a saber a crítica dooyeweerdiana do pensamento científico e suas repercussões para a academia brasileira, refere-se às próprias características de tal crítica.

Assim, tendo em vista o grande entusiasmo pelo neokantianismo (*Kritizismus*) nas universidades holandesas durante a primeira metade do século XX, Dooyeweerd, desde cedo, como visto anteriormente, esteve sob sua forte influência até obter um *insight* a respeito da concepção religiosa de toda a ciência advinda das ideias kuyperianas. Contudo, algumas abordagens e tendências do filósofo ainda são marcadas pelos temas desenvolvidos por Kant (1724-1804), sendo o método transcendental o mais importante.

Segundo Roy Clouser (2009, p. 3), esse processo é resultado de um longo legado deixado pelo crítico de Königsberg, de tal forma que, não se faz surpreendente

Dooyeweerd contemplar sua crítica do pensamento teórico paralela com a feita por Kant sobre as experiências. Porém, continua o citado, mesmo que o filósofo holandês use termos semelhantes aos usados por seu interlocutor, sua ontologia e suas consequências para sua epistemologia não poderiam ser mais diferentes das realizadas por Kant.

Por exemplo, Dooyeweerd (1947, p. 2, *tradução nossa*) argumenta que Immanuel Kant, não teria examinado

a possibilidade de uma teoria crítica do conhecimento humano como puramente uma teoria científica. Ele (Kant) convida seus leitores na introdução o seu celebrado trabalho, *A Crítica da Razão Pura*, a não aceitar nenhuma outra informação a não ser a da Razão Pura. Consequentemente, a atitude teórica do pensamento não tem para ele nada problemático. Ele a considera como um dado inabalável.

Constata-se, nesse sentido que Kant, ao adotar como ponto de partida a Razão Pura, almejou compreender criticamente a estrutura, limite e possibilidade do conhecimento por meio de seu método transcendental, o qual encontra sua razão de ser na busca das condições *a priori* que tornam o conhecimento possível.

Contudo, o grande dogma kantiano, duramente criticado pela filosofia da ideia de lei, se deu no momento em que o mesmo não desenvolveu um problema crítico da atitude teórica do pensamento, assumindo, assim, a pretensa autonomia e neutralidade da razão. Dooyeweerd, portanto, denomina sua crítica

de transcendental mais profunda do que a feita por Kant, pois esta realiza uma inquirição da estrutura interna do pensamento e suas condições necessárias, proporcionando uma crítica filosófica à própria crítica oriunda da razão autônoma (CARVALHO, 2010, p. 23).

Para Reichow (2019, p. 64), a filosofia dooyeweerdiana pode ser tida como crítica na medida em que estabelece um exame rigoroso sobre os pontos de partida do pensamento. E, segundo o próprio Dooyeweerd (2010, p. 51), sua crítica é transcendental, pois almeja investigar as condições universalmente e necessariamente válidas do pensamento teórico.

Desta forma, assim como para que um edifício se firme precisa de fundamentos sólidos, foi necessário consolidar alguns conceitos primários cosmonômicos – a ideia de lei; a noção de significado; o tempo cósmico e os níveis de sentido; e as características de sua crítica – com o objetivo de se estabelecer as bases para a estrutura rígida da sua obra filosófica.

3 A CRÍTICA DOOYEWEEERDIANA

Adentra-se, neste momento, na crítica transcendental elaborada por Dooyeweerd contra a possibilidade de se erigir uma suposta neutralidade do pensamento teórico em relação a qualquer pressuposto de natureza religiosa. Para o filósofo de Amsterdã (2013, p. 4), sua crítica

transcendental do pensamento teórico é a chave para compreender a filosofia cosmonômica.

A primeira versão completa de seu pensamento foi apresentada aos leitores holandeses em 1935 e 1936, anos da publicação de sua *Magnum opus*, intitulada *Wijsbegeerte der Wetsidee*. Nessa obra, o filósofo de Amsterdã compôs, como seria chamado posteriormente, o “primeiro caminho” de sua crítica, o qual, partindo da noção de totalidade de significado da criação, possui como última instância a ideia de que todo pensamento teórico possui uma raiz religiosa, quer seja admitido pelo pensador ou negado.

Contudo, dentre muitos pontos positivos, existiram diversas discussões e questionamentos levantados a partir de seu texto. Tal situação motivou Dooyeweerd a escrever, quase vinte anos depois em 1953, a segunda edição de sua obra, que contou com sua própria supervisão no processo de tradução, agora em língua inglesa denominada de *A New Critique of Theoretical Thought*. Na nova edição, o autor trouxe à tona o que denominou de “segundo caminho” como uma forma de aprimoramento de sua concepção filosófica, contando com os três problemas transcendentais e a necessidade da autorreflexão. Assim, será analisado de forma breve o motivo pelo qual Dooyeweerd concebeu a ideia de uma crítica transcendental e, em seguida, se buscará

apresentar o primeiro e o segundo caminho de seu pensamento.

3.1 MOTIVO DA EXISTÊNCIA DE UMA CRÍTICA TRANSCENDENTAL

Como visto anteriormente, o grande ponto de virada no pensamento e vida de Dooyeweerd se deu no momento que um *insight* sobre a natureza religiosa do próprio pensamento iluminou sua percepção acerca do núcleo de significado das diversas teorias existentes, contemplando, assim, a formação de tais atividades científicas como, em última instância, se afastada de sua origem absoluta, uma realização espiritual apóstata.

Segundo Roy Clouser (2009, p. 2), essa concepção de uma religiosidade inata por parte do ser humano teria sido influência direta dos ensinamentos e ideais propagados pelos reformadores sobre o filósofo de Amsterdã. Nesse sentido, o trono em que a religião se assenta na vida do homem foi atribuído por Dooyeweerd, ao coração, na medida em que este assume o conceito bíblico de unidade central do *eu* ou *self*, sendo assim, a representação do que compõe o ser humano. O conceito de coração na filosofia cosmonômica, tal como o de significado e de tempo, assume ideias divergentes do uso cotidiano dos vocábulos, e não pode se confundir com apenas sentimentos ou emoções.

J.M. Spier (2019, p. 31) afirma que qualquer ato do homem é condicionado e

determinado pelas profundezas do seu coração, sendo neste lugar onde sua relação com o divino é encontrada. Da mesma forma, Kalsbeek (2015, p. 41) salienta que a direção que o pensamento de cada filósofo vai percorrer é oriundo dos motivos mais profundos do seu coração.

Tendo em vista tal comprometimento religioso, Clouser (2009, p. 6) preleciona sobre a impossibilidade, dentro da Filosofia da Ideia de Lei, de que esta condição não afete por completo a existência do homem, até mesmo na sua atividade de fabricar teorias. O citado autor diz ainda que este ensino de Dooyeweerd foi baseado em uma interpretação reformada das escrituras no texto de Romanos 1, tendo assim o “homem transformado a verdade de Deus em mentira”, na medida em que deificou, de forma consciente ou não, um falso ídolo para si como fundamento da realidade criada, tendo este, portanto, o *status* de origem ou no caso de pseudo origem.

Dooyeweerd (2014, p. 45), sobre a temática, escreve que:

A Queda, a separação fundamental de Deus, constituiu nisto: o coração humano rebelou-se contra sua Origem Divina; a humanidade imaginou ser algo em virtude de si mesma; a humanidade buscou a si mesma e, com isso, buscou a Deus dentro da temporalidade. Eis, então, a idolatria que se manifesta na apostasia contra o Deus verdadeiro revelado no coração da humanidade por meio de sua Palavra.

Dessa forma, a partir do ensino bíblico acerca do condicionamento e

comprometimento religioso do coração, o qual se manifesta em todas as áreas de criação e produção humana, inclusive na construção de teorias, Dooyeweerd supôs que a formação de uma crítica que buscava examinar as profundezas do pensamento teórico, realizando assim, uma inquirição real de sua natureza, seria necessária para se produzir um diálogo verdadeiro e autêntico.

3.2 PRIMEIRO CAMINHO

O filósofo de Amsterdã apresenta o primeiro caminho de sua famosa crítica logo nos prolegômenos da *Wijsbegeerte der Wetsidee*. Dooyeweerd propões aos leitores quatro pontos fundamentais de reflexão, a saber: a totalidade; o papel da filosofia; a necessidade de autorreflexão; e o ponto arquimediano, com o objetivo de demonstrar a inafastabilidade de suposições religiosas no ato de produção do pensamento teórico e como seu ponto de partida cristão teria legitimidade sobre as demais visões.

Assim, como visto anteriormente, a realidade criada, não caótica, possui níveis de sentido, os quais gozam de uma interação intermodal, não reducionista, marcada pela coerência entre os diversos aspectos que são refratados pelo tempo cósmico em uma multicolorida diversidade de esferas modais que apontam para uma *totalidade* central, a qual, por sua vez, é expressa nas próprias modalidades. Nesse sentido, Dooyeweerd relaciona o *papel da filosofia*, sendo esta, o

pensamento filosófico dinamicamente direcionado para a totalidade de significado mencionada e dirigido pelo coração ou *self*, o qual se expressa em todas as funções do mundo temporal.

Uma vez compreendida a direção do pensamento filosófico referente à totalidade de significado, a *necessidade de autorreflexão* surge a partir da importância que o Eu assume, na medida em que este ego “é quem permanece o ponto central de referência e a mais profunda unidade sobre toda diversidade modal dos diferentes aspectos da minha existência temporal” (DOOYEWEERD, 1969, p. 5, *tradução nossa*). Dessa forma, o filósofo de Amsterdã salienta que a expressão *know thyself* (conhece-te a ti mesmo) deveria de fato ser escrita nos portais da filosofia, sendo conhecida desde do tempo de Sócrates como a chave para todo pensamento filosófico (DOOYEWEERD, 1947, p. 5).

É por este motivo que Dooyeweerd encontrou no coração do homem o ponto central de sua vida, e não na razão humana, como clamaria Kant ou o neokantianismo, demonstrando, assim, a necessidade do autoconhecimento (CARVALHO, 2010, p. 29). Com esse objetivo, os limites do pensamento científico devem ser perpassados, pois o *self* se configura como o ponto de concentração central que não pode ser tido dentro de nenhuma das funções, nem em sua coerência na realidade cósmica

(DOOYEWEERD, 1969, p. 15). Portanto, explica Yong-Joon Choi (2000, p. 63), que a filosofia cosmonômica neste ponto clama o coração como a raiz religiosa da existência humana e sua insuficiência que se manifesta sempre dependente da Origem absoluta.

O último conceito a ser considerado no primeiro caminho da crítica é o de *ponto arquimediano*. Por volta de 250 a.C., Arquimedes construiu e desenvolveu o mecanismo de alavanca, podendo, a partir deste notável feito, realizar coisas que antes necessitavam de muito mais esforço. Segundo o inventor, conta a história, se lhe fosse concedido um bom ponto de apoio fixo, ele declarou que poderia até mesmo mover a própria terra. De forma semelhante, Dooyeweerd compara o caso citado ao pensamento filosófico, uma vez que este precisa de um ponto fixo no qual encontrará sua referência e seu suporte último. A questão tange, assim, se tal ponto será obtido dentro do pensamento ou fora do mesmo (KALSBECK, 2015, p. 50).

Da descoberta da raiz religiosa inata ao ser humano, obtêm-se consequências epistemológicas, ou seja, referentes às implicações daquilo que se pode conhecer. Desta feita, sendo o pensamento científico direcionado para a totalidade de sentido, não é possível que a reflexão teórica seja feita sem um ponto de partida último. Tal carência refere-se à direção do pensamento filosófico para a totalidade de significado (CHOI, 2000,

p. 64). Conclui-se, portanto, com o primeiro caminho da crítica dooyeweerdiana na clara negação de um ponto de partida do pensamento teórico neutro, sendo este religiosamente determinado pela escolha do ponto arquimediano e, assim, dependente de sua relação com o absoluto.

3.3 SEGUNDO CAMINHO

O motivo da formação do segundo caminho para a filosofia dooyeweerdiana se fez necessário na medida de seu objetivo central. Uma vez que a crítica transcendental busca em seu fundamento proporcionar uma inquirição crítica das condições universalmente válidas capazes de possibilitar o pensamento teórico, esta, por sua vez, segundo Roy Clouser (2009, p. 6), estaria impossibilitada de se iniciar a partir de uma hipótese postulada ou diante de qualquer *status* privilegiado de um axioma filosófico.

Nesse sentido, o primeiro caminho formulado pelo filósofo de Amsterdã encontra-se carente de revisão, na medida em que segundo Dooyeweerd (1969, p. 34):

nós tivemos que começar de uma suposição sobre as características da filosofia, a qual não é universalmente aceita de modo nenhum nos círculos filosóficos. Além disso, pode parecer que uma devida consideração da transição do problema teórico básico da filosofia para esfera central religiosa estava faltando. Portanto, desde da aparição da primeira [...] edição deste trabalho, eu tenho direcionado toda minha atenção para uma afiação do método do criticismo transcendental, através da qual, a objeção mencionada acima deve ser encontrada.

Dessa forma, com o propósito de não obter uma teoria antidogmática da realidade criada, moldada pelo dogmatismo, a crítica transcendental assume grande relevância na filosofia cosmonômica, pois estabelece um problema fundamental que se relaciona com os limites da filosofia, o qual encontra sua existência na suposição que o pensamento teórico é autônomo em relação a fé (DOOYEWEERD, 2013, p. 7).

Assim, voltado para um estudo crítico das estruturas do pensamento teórico, Dooyeweerd fórmula três questões que, em conjunto, possuem como função desvendar o verdadeiro ponto de partida de qualquer escola que clame por uma suposta neutralidade religiosa.

3.3.1 Primeiro Problema transcendental

Roy Clouser (2009, p. 5) salienta a importância do processo descritivo de abstração na teoria dooyeweerdiana, uma vez que a convicção ou confiabilidade dos seus escritos se encontram na precisão dessa descrição primária. Nesse sentido, o primeiro passo da crítica deve ser compreendido à luz da distinção fundamental entre a atitude teórica do pensamento, responsável pelo ato abstrativo, e a experiência ordinária, responsável em opor resistência à tal oposição antitética.

Como visto, Dooyeweerd ressalta que a atitude teórica é a análise da realidade empírica por meio da separação entre a

experiência ordinária e a atitude teórica do pensamento. O pensamento teórico teria, assim, uma típica relação antitética, ou seja, de oposição criada intencionalmente. A função lógica ou analítica do pensamento é, então, colocada em confronto com qualquer um dos níveis de sentido da realidade temporal (relação *Gegenstand*) para que dela se obtenha o conhecimento científico.

Por sua vez, a experiência ordinária ou pré-teórica, segundo o filósofo de Amsterdã, corresponde a indissolúvel coerência entre todos os aspectos ou modos da realidade. Nesta concepção não científica, as coisas são vivenciadas em sua concretude não separadas pela função lógica do pensamento. A experiência ordinária não seria uma teoria sobre determinado componente da criação, pelo contrário, ela é a própria realidade criada, condição para o pensamento teórico.

Desta feita, ao abstrair uma modalidade da realidade, a atitude teórica proporciona a criação de um relacionamento antitético com o nível escolhido. Tal obra é caracterizada pela resistência do aspecto não-lógico, pois a coerência de significado dada pelo criador à criação, nos níveis de sentido que são refratados pelo tempo cósmico em uma multicolorida diversidade existente, continua atuante com o aspecto que sofreu a oposição (DOOYEWEERD, 1969, p. 39). Assim, dessa relação de *Gegenstand*, é promovido o primeiro problema transcendental: “O que nós abstraímos na

atitude antitética do pensamento teórico das estruturas da realidade empírica enquanto estas estruturas são dadas na experiência pré-teórica? E como essa abstração é possível?” (DOOYEWEERD, 1969, p. 41, *tradução nossa*).

Dooyeweerd (2010, p. 66) responde ao questionamento levantado por meio da relação sujeito-objeto, garantindo, portanto, o caráter integral da experiência não teórica. Para o autor, por meio dessa relação, “todos os aspectos modais de uma coisa ou evento em seu elo de coerência contínua no quadro de referência estrutural de um todo individual, sem qualquer dissociação analítica desses aspectos diferentes” são reunidos. Dessa forma, o primeiro problema transcendental possui como objetivo principal negar a falsa preposição de que o aspecto lógico, separado de todos os outros níveis de sentido, corresponde à realidade em si.

3.3.2 Segundo Problema transcendental

Uma vez estabelecida a relação antitética, Dooyeweerd propõe, como segundo passo de sua crítica, formular qual seria o ponto de partida da obrigatória síntese que surgirá como consequência da oposição mencionada acima. O pensamento teórico não pode, nesse sentido, cessar em frente do problema, pelo contrário, precisa avançar da *Gegenstand* em direção à síntese para que se possa chegar em um conceito lógico do

aspecto não-lógico da realidade (DOOYEWEERD, 1947, p. 4).

O segundo problema transcendental, ressalta Dooyeweerd, pode ser formulado nos seguintes termos: “De que ponto de vista nós podemos reunir sinteticamente o aspecto lógico e o não-lógico da experiência que foram colocados em oposição um contra o outro na antítese teórica?” (DOOYEWEERD, 1969, p. 45, *tradução nossa*).

A pergunta feita pelo segundo problema transcendental se torna o questionamento chave para confrontar as diversas teorias que clamam o dogma da autonomia da razão teórica, pois subjuga cada possível ponto de partida do pensamento científico em direção à uma crítica fundamental. Segundo o filósofo de Amsterdã (2013, p. 14), é evidente que o ponto de partida de uma união teórica entre o aspecto lógico e o nível modal não-lógico não pode ser encontrado em um dos polos de tal relação antitética. Contudo, deve transcender a antítese em um ponto central onde há a convergência de todos os aspectos da consciência em uma unidade radical central.

Neste exato momento, surge um grande impasse nas teorias imanentistas, pois segundo Dooyeweerd (1969, p. 45, *tradução nossa*), “em ordem de manter a pretendida autossuficiência do pensamento teórico, os defensores deste dogma são compelidos a procurar seu ponto de partida na própria razão

teórica”. Entretanto, salienta Choi (2000, p. 80) que devido ao caráter intrínseco antitético do pensamento teórico, o mesmo é direcionado, obrigatoriamente, para a formação de uma síntese teórica. Assim, existem tantas possibilidades de sínteses teóricas quanto há modalidades de natureza não-lógica.

O verdadeiro ponto de referência para a proposta síntese somente pode ser encontrado no caminho apontado pelo coração humano, uma vez que para Choi (2000, p. 82), “a síntese teórica toma lugar no *self* por causa que este último funciona em todos os aspectos modais da realidade, mas ao mesmo tempo *transcende* todos os aspectos como uma central e radical raiz unitária”.

Desta feita, constata-se que é somente a partir do coração, mas não propriamente nele, que se torna possível reunir de forma sintética o aspecto lógico e o não lógico da experiência, colocados em oposição na atitude antitética de abstração teórica do pensamento científico, sendo, portanto, o “eu” humano o ponto de partida que transcende a diversidade temporal. Conclui-se, nesse ínterim, com a necessidade de uma autorreflexão crítica, com o objetivo de se obter uma inquirição profunda sobre a questão transcendental da origem no pensamento filosófico e para se desvendar o real ponto de partida do pensamento teórico.

3.3.3 Terceiro Problema transcendental

O terceiro passo consiste, a seu turno, no autoconhecimento; quem é o “eu” que realiza a citada síntese é a pergunta levantada. O último problema transcendental é formulado por Dooyeweerd (1969, p. 52, *tradução nossa*) da seguinte forma: “Como é possível esta autorreflexão crítica, esta direção concêntrica do pensamento teórico para a *euidade*, e qual é a sua verdadeira característica?”

O filósofo de Amsterdã (2013, p. 18) busca, a partir do questionamento levantado, conhecer a natureza interna do *eu* humano. Assim, uma vez que ponto de partida do pensamento científico necessita transcender os termos tidos em oposição (relação de *Gegenstand*) (DOOYEWEERD, 1947, p. 6), não é possível que a direção concêntrica do *self* tenha uma origem teórica, pelo contrário, ela é supra teórica, na medida em que terá que ser baseada em uma verdadeira ou falsa origem de significado.

Dooyeweerd contempla essa relação em direção à origem absoluta da diversidade de sentido temporal, nada mais que um compromisso religioso, consequência do impulso inato do coração humano. É por isso que, segundo Clouser (2009, p. 6), toda crença de existência independente é tão religiosa quanto a crença em Deus. A influência proporcionada pelos reformadores na filosofia cosmonômica é logo revelada, uma vez que para Calvino (2003, p. 53), “existe na mente humana, e na verdade por

disposição natural, certo senso da divindade”, o qual foi estabelecido pelo próprio Deus, uma noção divina infundida no homem. Tal impulso dooyeweerdiano corresponde ao *sensus divinitatis* do reformador de Genebra.

Percebe-se, a partir do exposto, que se este senso do divino que se encontra na raiz religiosa humana for de caráter apóstata, ele direcionará o ego, ou seja, o ponto de concentração de toda sua existência em direção à formação de ídolos, pois este absolutizará um aspecto da realidade temporal como a causa fundante de toda a criação em detrimento dos outros. Por outro lado, se o impulso inato citado acima for dirigido para o verdadeiro conhecimento de Deus, a atividade teórica terá sucesso, pois estará harmonizada à ordem da criação estabelecida pelo próprio criador (DOOYEWEERD, 1947, p. 5).

É somente neste momento que Dooyeweerd pode chegar à conclusão do seu último problema transcendental. Para ele (2010, p. 78), “o mistério do ego humano é o fato de que ele não é nada em si mesmo”, isto é, quando o *eu* se encontra separado das relações centrais que assume, este se concretiza como uma abstração vazia que se desfaz no nada (TAYLOR, 1969, p. 75). Tais relacionamentos podem ser, então, compreendidos em um caráter triplo, a saber, a relação que o *ego* possui com o tempo cósmico; com os seus semelhantes; e com a sua Origem, Deus.

Dessa forma, nota-se a relatividade do *self* acerca de sua origem de significado. O ponto de partida verdadeiro da síntese teórica só pode ser encontrado, então, no que Dooyeweerd (2010, p. 84; 2012, p. 47) denomina raiz religiosa da comunidade humana (união dos corações), a qual é revelada por meio de um motivo básico religioso. O filósofo de Amsterdã passa a enumerar quatro motivos de natureza comunal que influenciariam o coração da comunidade, atuando como forças motrizes para o pensamento filosófico, a saber: o motivo grego da matéria e forma; o motivo escolástico da natureza e graça; o motivo cristão da criação, queda e redenção; e o motivo humanista da natureza e liberdade.

Em suma, o terceiro passo da crítica transcendental serve para desmascarar os diversos aderentes do dogma da autonomia religiosa do pensamento teórico, pois este se demonstra dependente religiosamente de sua origem absoluta de significado.

4 CONTRIBUIÇÕES PARA A ACADEMIA BRASILEIRA

Ao se refletir sobre as diversas contribuições ocasionadas pela filosofia cosmonômica ao meio acadêmico pátrio, constata-se, em primeiro lugar, o caráter multifacetário do seu fundador, o jurisfilósofo Herman Dooyeweerd. Conhecido como um cristão reformado que interpretou de forma intensa e verdadeira o principal ideal do movimento neocalvinista holandês, a saber

que nenhuma área da existência humana estaria livre do domínio e senhorio de Cristo, Dooyeweerd foi um professor, escritor e palestrante de grande conceito nos mais diversos espaços dentro do ambiente universitário.

Sua singularidade dentre os filósofos do século XX se deu por meio do legado e relevância deixados na criação e estruturação de um modelo filosófico reformado que se demonstrava diretamente contrário as principais ideias de seu contexto histórico-cultural (WOLTERS, 2019, p. 150). Tal assertiva ganha força na carta escrita em razão do septuagésimo aniversário de Dooyeweerd, por G.E. Langemeijer (1964, p. 9), procurador geral da Suprema Corte da Holanda e presidente da Academia Real Holandesa de Ciências e Letras, na qual admitiu que “sem qualquer exagero, Dooyeweerd pode ser chamado o filósofo mais original que a Holanda já produziu, incluindo Espinosa”.

Nesse sentido, indaga-se sobre quais teriam sido os maiores objetivos da longa e frutífera jornada acadêmica do filósofo de Amsterdã. Segundo Roy Clouser (2009, p. 2), há um consenso de que os dois projetos centrais do seu trabalho foram, de um lado, a sua crítica transcendental, e por outro, a sua teoria da realidade. Enquanto que o primeiro busca demonstrar as condições universais e necessárias para a formulação do pensamento teórico e como tal ato estaria completamente

dependente e regulado por motivos religiosos; o segundo almeja proporcionar uma visão não reducionista da realidade criada, baseada na crença em Deus.

As duas temáticas não são excludentes, pelo contrário, se relacionam ao longo de todas suas obras. Desta feita, devido ao escopo apresentado no atual artigo, será averiguado especificamente três contribuições proporcionadas por Dooyeweerd no que tange ao assunto contra o dogma da autonomia religiosa do pensamento teórico dentro do contexto brasileiro.

O primeiro ponto a ser considerado é a importância central do tão esperado diálogo entre as diversas escolas de pensamento. Ao admitir que nenhuma filosofia poderia esperar prosperar se tida em isolamento e que qualquer uma delas poderia contribuir da sua própria forma à missão filosófica comum da humanidade, Dooyeweerd (2010, p. 105) salienta a necessária humildade em testar conceitos e concepções divergentes à luz da verdadeira discussão.

Contudo, o filósofo de Amsterdã deixa clara sua intenção em realizar de fato uma busca ao âmago de qualquer discurso que reivindique a pretensa autonomia religiosa pautada na “necessidade de neutralidade”. Dooyeweerd, portanto, faz um convite à reflexão sobre os verdadeiros motivos do pensamento teórico e sobre como tal obra é dependente da verdadeira ou pseudo

origem atribuída pelo pesquisador com os fins de evitar qualquer absolutização dos aspectos limitados no horizonte temporal da experiência humana.

A segunda contribuição deve ser vista à luz da atual realidade brasileira em seus diversos centros acadêmicos, assim como no contexto europeu dooyeweerdiano, o dogma de uma pretensa autoridade suprema e exclusiva do uso da razão como fonte última do debate universitário se elevava à padrões de regra geral, ocasionando, assim, certa privatização da fé apenas destinada aos “lugares” ditos eclesiásticos. É interessante ressaltar, em caráter hipotético, como Dooyeweerd (2010, p. 50) responderia ao ser interposto pela necessidade de que por estar dentro da academia, seu discurso deveria ser movido em princípio central pela razão pura, para ele:

Se todas as correntes filosóficas que alegam estabelecer seu ponto de partida exclusivamente na razão teórica não possuíssem, de fato, pressuposições mais profundas, seria possível resolver todas as discussões filosóficas entre elas de uma forma puramente teórica. Mas a situação real é bastante diferente. Um debate entre tendências filosóficas que sejam fundamentalmente opostas entre si comumente resulta em um raciocínio de propósitos conflitantes, pois elas não são capazes de penetrar até os verdadeiros pontos de partida de seus pares.

Dooyeweerd menciona que essa falta de capacidade de se penetrar no discurso teórico de outras escolas é devido a condição mascarada dos pontos primários proporcionada pelo dogma da autonomia do pensamento filosófico. Sendo, portanto,

necessário a exposição cada vez mais difundida de matérias, textos e artigos que ditem contra tal concepção retrógrada que despreza os verdadeiros pontos de partida do pensamento teórico, e não valorizam o verdadeiro diálogo.

O terceiro fator positivo diz respeito à possibilidade de não se realizar sínteses teóricas entre o pensamento cristão reformado e os motivos apóstatas imanentes. Neste sentido, válido se faz ressaltar, brevemente, a história e o testemunho do saudoso pesquisador da filosofia da ideia de lei aplicada à esfera estética da realidade, Hans Rookmaaker.

Na década de 1940, quando a Alemanha nazista avançava pela Europa em direção a conquista de territórios em sua expansiva, Rookmaaker (2018, p. 27), prisioneiro de guerra, vivenciou um conflito fundamental de consciência, uma vez que se questionara como poderia se tornar um cristão, mas ao mesmo tempo ser kantiano em relação à filosofia. Para esta dúvida, foi apresentado aos ideais dooyeweerdianos pelo seu colega de prisão e, posteriormente, professor, capitão do exército holandês, Mekkes (1898-1987), descobrindo, assim, o caráter irreconciliável promovido pela presença da antítese entre as duas cosmovisões citadas.

Dessa forma, Rookmaaker (2018, p. 29) finaliza ao afirmar que Deus tomara posse

de sua existência por completo, em seu cerne, não meramente uma parte de sua vida, se tornando um escravo do Senhor em todas suas áreas de atuação. Nesse sentido, a filosofia cosmonômica se proporciona como a alternativa antirreducionista da realidade, marcada pelo reconhecimento de seu motivo básico (criação, queda e redenção), o qual não aceita sínteses filosóficas com qualquer outro motivo religioso. Logo, uma filosofia que busca atuar de maneira autenticamente cristã precisa escolher de qual lado da antítese está. Assim, simplesmente, não há possibilidades reais de misturas ou tentativas de acomodações com outros motivos religiosos básicos.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi introduzir um importantíssimo tópico da filosofia reformacional de Herman Dooyeweerd, a saber, o dogma da autonomia religiosa do pensamento teórico. Para se alcançar tal feito, foi necessário, em primeiro lugar, proporcionar uma breve noção de alguns conceitos básicos da filosofia cosmonômica, tais como: a ideia de lei; ser e significado; o tempo cósmico e os níveis de sentido; e crítica transcendental.

A partir disso, foi possível se adentrar na própria crítica transcendental dooyeweerdiana e, assim, analisar as condições universais e necessárias para a produção do conhecimento teórico. Logo,

além dos motivos reformacionais pelos quais foram possíveis sua idealização e realização, apresentou-se os dois caminhos, construídos ao longo de sua *Magnum opus*, *A New Critique of Theoretical Thought*.

Enquanto que o primeiro advogava sobre a existência, em última instância, de raízes religiosas que não permitiriam a neutralidade do discurso filosófico; o segundo caminho, como consequência de longos debates, reformulações e revisões por parte de Dooyeweerd, defendia uma noção mais profunda de crítica, sendo assim, a inquirição feita a partir de três problemas transcendentais, os quais visavam estabelecer questionamentos sobre os pontos de partida fundamentais de cada filosofia que os aceitasse responder.

Dessa forma, os três problemas transcendentais, pelas quais Dooyeweerd busca desnudar a pretensa autonomia da razão no discurso científico e, assim, dialogar verdadeiramente com as diversas escolas do pensamento teórico, se constituem como ponto central do presente trabalho. Por fim, à luz de tudo o que foi dito, buscou-se ao final do percurso interpretar as possíveis contribuições do seu raciocínio ao contexto brasileiro acadêmico.

Analisou-se três contribuições, a saber: a necessidade de um diálogo real entre as diversas escolas; uma reflexão contra qualquer tipo de privatização da fé nos meios

científicos; e, em último lugar, a realidade da filosofia cosmonômica como uma resposta contra qualquer síntese do pensamento cristão a partir de origens apóstatas. Desta feita, finaliza-se com a observação sobre a impossibilidade da existência de qualquer raciocínio “religiosamente neutro”, uma vez que o pensamento teórico carece de um ponto de partida absoluto, podendo este ser associado à uma origem pagã, a qual absolutiza um aspecto modal como fonte primária de significado ou à verdadeira origem absoluta, Deus.

REFERÊNCIAS

CALVINO, João. *As Institutas*. São Paulo: Cultura Cristã, 2003.

CARVALHO, Guilherme. Herman Dooyeweerd, reformador da razão. Em: DOOYEWEERD, Herman. *No crepúsculo do pensamento ocidental*. São Paulo: Hagnos, 2010.

CHOI, Yong-Joon. *Dialogue and Antithesis: A philosophical study on the significance of Herman Dooyeweerd's transcendental critique*. Tese de Doutorado apresentada na Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoer Onderwys, 2000.

CLOUSER, Roy. The transcendental Critique Revisited and Revised. *Philosophia Reformata*, v. 74, n. 1, p. 21-47, 2009.

CLOUSER, Roy. Um breve esboço da filosofia de Herman Dooyeweerd. Em: SPIER, J. M. *O que é a Filosofia Calvinista?* Brasília: Monergismo, 2019.

DOOYEWEERD, Herman. *A New Critique of Theoretical Thought: The Necessary Presuppositions of Philosophy*. Philadelphia: Presbyterian and Reformed, 1969. v. 1

- DOOYEWEERD, Herman. *Encyclopedia of the Science of Law*. Grand Rapids: Paideia Press. 2012. v. 1
- DOOYEWEERD, Herman. *Estado e Soberania*. São Paulo: Vida Nova, 2014.
- DOOYEWEERD, Herman. *Introduction to a Transcendental Criticism of Philosophic Thought*. 1947. Disponível em: <<http://www.reformationalpublishingproject.com/rpp/index.asp>>. Acesso em: 1 ago. 2019.
- DOOYEWEERD, Herman. *No crepúsculo do pensamento ocidental*. São Paulo: Hagnos, 2010.
- DOOYEWEERD, Herman. *Raízes da Cultura Ocidental*. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.
- DOOYEWEERD, Herman. *Christian Philosophy and the Meaning of History*. The Collected Works of Herman Dooyeweerd. Grand Rapids: Paideia Press, 2013.
- KALSBECK, L. *Contornos da Filosofia Cristã*. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.
- KUYPER, Abraham. *Calvinismo*. São Paulo: Cultura Cristã, 2002.
- LANGEMEIJER, G.E. Uma avaliação de Herman Dooyeweerd. Em: *Contornos da Filosofia Cristã*. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.
- OLIVEIRA, Fabiano de Almeida. Philosophando coram deo: uma apresentação panorâmica da vida, pensamento e antecedentes intelectuais de Herman Dooyeweerd. *Fides Reformata*, São Paulo, v. , n. 2, p.73-100, 13 dez. 2006. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_XI_2006__2/Fabiano.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- POYTHRESS, Vern S. *Redimindo a Filosofia*. Brasília: Monergismo, 2019.
- RAMOS; FREIRE. Neocalvinismo, política e Estado: contextualizando a abordagem de Herman Dooyeweerd. Em: *Estado e Soberania*. São Paulo: Vida Nova, 2014.
- REICHOW, Josué K. *Reformai a Vossa Mente*. Brasília: Monergismo, 2019.
- ROOKMAAKER, H. R.. *Filosofia e Estética*. Brasília: Monergismo, 2018.
- SPIER, J. M. *O que é a Filosofia Calvinista?* Brasília: Monergismo, 2019.
- TAYLOR, Eustace Lovatt Hebden. *The Christian Philosophy of Law, Politics, and the State*. New Jersey: The Craig Press, 1969.
- WOLTERS, Albert M. O meio intelectual de Herman Dooyeweerd. Em: *O que é a Filosofia Calvinista?* Brasília: Monergismo, 2019.



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**INTRODUÇÃO A UMA COMPREENSÃO DIALÓGICA
CRISTÃ DA PESSOA HUMANA APLICADA AOS
DIREITOS HUMANOS**

**INTRODUCTION TO A CHRISTIAN DIALOGICAL
COMPREHENSION ON HUMAN PERSONHOOD
APPLIED TO HUMAN RIGHTS**

*Lucas Oliveira Vianna
Matheus Carvalho Dias*

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
Rio de Janeiro - Rua Liberdade, 100 - 2º andar - 20040-000



INTRODUÇÃO A UMA COMPREENSÃO DIALÓGICA CRISTÃ DA PESSOA HUMANA APLICADA AOS DIREITOS HUMANOS

INTRODUCTION TO A CHRISTIAN DIALOGICAL
COMPREHENSION ON HUMAN PERSONHOOD
APPLIED TO HUMAN RIGHTS

Lucas Oliveira Vianna¹

Matheus Carvalho Dias²

RESUMO

As concepções clássica e moderna de pessoa humana são problemáticas para lidar com questões éticas complexas e fundamentar adequadamente a responsabilidade intersubjetiva inerente à noção de direitos humanos. Compreendendo essa limitação e com o fito de desenvolver uma abordagem cristã confessional ao tema, o presente estudo visa a abordar o ser humano a partir de suas dimensões dialógica e teleológica, enquanto ente criado com o fim de se relacionar com o próximo e com o ser divino pessoal, bem como examinar as consequências de tal enfoque para o campo dos Direitos Humanos. Para tanto, utiliza-se o método indutivo, através da revisão bibliográfica das obras de Emmanuel Lévinas, Martin Buber e Hans Urs von Balthasar. Conclui-se que a cosmovisão judaico-cristã apresenta uma perspectiva altamente relacional e intersubjetiva da ética e da pessoalidade e que, portanto, uma compreensão cristã da pessoa humana não pode prescindir do entendimento de sua dimensão teleológica, consistente em relacionar-se com os outros e com seu Criador

Palavras-chave: direitos humanos; pessoa humana; princípio dialógico; cosmovisão cristã; alteridade.

¹ Lucas Oliveira Vianna

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Cristianismo e Política pelo Seminário Teológico Jonathan Edwards. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

² Matheus Carvalho Dias

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

ABSTRACT

The classical and modern conceptions of human person are problematic to deal with complex ethical problems and finely ground the intersubjective responsibility which is inherent to the idea of human rights. Comprehending this limitation and with the intent of developing a confessional Christian approach to the subject, the present study aims to address the human being by its dialogical and teleological dimensions, as an entity created with the end of interacting with its neighbor and with the personal divine being, as well as consider the consequences of such emphasis to the field of Human Rights. For this purpose, the inductive method is adopted, through the bibliographical review of the works of Emmanuel Levinas, Martin Buber and Hans Urs von Balthasar. The conclusion is that the Judeo-Christian worldview presents a highly relational and intersubjective perspective of ethics and personhood and that, therefore, a Christian comprehension of the human person cannot disregard the comprehension of its teleological dimension, consisting in engaging its neighbors and its Creator.

Keywords: human rights; human person; dialogical principle; Christian worldview; otherness

1 INTRODUÇÃO

Poucas palavras possuem tantas camadas de sentido quanto “pessoa”. Em

sentido imediato, o termo nomeia qualquer ser humano, quando compreendido individualmente. Assim, no interior desta identificação, o conceito aponta a singularidade do indivíduo, sua insubstituibilidade, que o dignifica para além de mero espécime da humanidade (BALTHASAR, 1984).

Entretanto, a mesma pluralidade de sentido é, também, a raiz de grandes controvérsias conceituais. Múltiplas concepções de personalidade humana disputam a hegemonia acadêmica e pública, buscando, assim, não apenas explicar realidades, mas construí-las e justificá-las através do discurso. Diferentes alicerces erigem diferentes edifícios, que servem a propósitos diversos.

Estas perspectivas, quando adotadas, funcionam como lentes conceituais, a partir das quais se interpreta o moderno dogma da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento moderno dos Direitos Humanos, a partir da ressignificação da personalidade que é dignificada.

Entretanto, mesmo em meio a tal pluralidade, é flagrante a insuficiência das atuais concepções para abordar satisfatoriamente os problemas da Modernidade. Autores como Martin Buber e Emmanuel Levinas, dentre outros, têm apontado que as concepções da pessoa humana são insuficientemente abrangentes, não compreendendo o homem holisticamente,

enquanto um ser que se realiza a partir da incomunicabilidade do Eu, no encontro com o Outro e na participação do Todo.

Deste modo, adotando o método indutivo mediante revisão bibliográfica, o presente artigo buscará investigar a crise do conceito de pessoa humana na Modernidade, apresentando novas compreensões ampliadas da personalidade, que abarquem a dimensão relacional e dialógica do homem, como pressuposto para a análise efetiva de nossos problemas modernos e desenvolvimento de formas éticas comunitárias de enfrentá-los.

2 ESBOÇO HISTÓRICO

Os avanços tecnológicos e as transformações sociais das últimas décadas trouxeram consigo um renovado debate em torno do conceito de personalidade humana. Diversas questões éticas colaboraram para demonstrar a insuficiência do presente paradigma conceitual: o *status* legal do abortamento voluntário, manipulação genética, clonagem, o direito ao meio ambiente no contexto de crise climática, o direito dos refugiados, entre muitas outras.

Este esgotamento do sentido de *pessoa* se dá por diversas causas. Entretanto, a principal razão é facilmente observável: a erosão do consenso em torno do entendimento clássico, frente à ascensão de novas concepções de personalidade, esvaziou o termo em sua excessiva abertura a múltiplos sentidos. Tal crise não atinge somente o

debate intelectual acadêmico, mas espalha suas consequências na política, no direito, e no principal campo limítrofe entre estas esferas no século XXI: os Direitos Humanos.

Tendo estes efeitos em vista, a busca por uma solução conceitual à crise paradigmática que proveja um ponto arquimediano, a partir do qual possamos satisfatoriamente abordar os novos problemas éticos e humanitários da Modernidade, deve necessariamente partir de uma compreensão histórica do conceito de pessoa, de modo a compreender a origem da presente controvérsia, e resgatar, da tradição, a novidade.

Afirma o consenso historiográfico que o termo latino *persona*, do qual provém em português “pessoa”, derivaria do etrusco *phersu* e designava originariamente um objeto, a máscara utilizada pelos atores no teatro antigo (BALTHASAR, 1986). Por uma evolução semântica metonímica, a palavra passou a indicar o ator que, nas representações teatrais, encenava diversos personagens, finalmente, simplesmente o homem, que, no mundo real, age interpretando seus diversos papéis sociais (pai, cidadão, negociante etc.).

Neste último sentido foi a palavra absorvida pelo direito romano. Como observa Umberto Vincenti (2007, p. 147), a categoria jurídica de *pessoa* surge em contraposição à de *coisa*. Enquanto estas eram apropriáveis,

integrando os bens do *pater familias* como posses, a *pessoa* era o homem juridicamente considerado. Deste modo, *pessoa* se referiria ao indivíduo não tanto em sua corporeidade biológica, mas enquanto ente moral livre, sujeito de direito.

Entretanto, conforme aponta Bruno A. Lacerda (2017), maior reflexão racional sobre seu sentido somente se deu em sua apropriação pela teologia cristã. As controvérsias trinitárias e cristológicas do cristianismo primitivo trouxeram um refinamento não existente antes ao termo. Passa-se então a definir a natureza da Divindade cristã como *três pessoas em uma substância*; tradução insuficiente da terminologia grega *hypóstasis/ousia*. A Pessoa do Filho, por sua vez, conjugaria em sua Pessoa a dupla natureza humana-divina que o caracteriza.

As diferenciações conceituais realizadas no campo da teologia permitiram que se desenhasse uma definição filosófica. Boécio (2005, p. 282), filósofo dos séculos VI e V, viria então a delinear a chamada concepção ontológica de *pessoa*, posteriormente complementada por Tomás de Aquino (2001-2006): *pessoa* é a substância individual da natureza racional.

Ao assim definir, Boécio afirma a individualidade e indivisibilidade do ser humano. Não sendo parte de outro ser, não pode o homem ser compreendido

fracionadamente, estando sua personalidade realizada na sua integralidade. Ainda, adotando certa perspectiva aristotélica, a racionalidade da substância pessoal humana apontaria para seu *telos*: um indivíduo moral livre, capaz de consciência e autorreflexão.

Uma relevante especificidade desta definição deve ser ressaltada para posterior ruminação: ao definir a pessoa humana como “substância individual”, Boécio enfatizou o sentido do termo não enquanto universal, atinente ao gênero humano em si, mas ao próprio indivíduo humano concreto. Como diz Battista Mondin (1988, p. 365 *apud* LACERDA, 2017), “a pessoa é o homem singular e concreto, em toda a sua concreteness, unicidade e irrepitibilidade [...]”. Em todo homem, para Boécio, habita a plenitude da personalidade humana. Em tal concepção, o ser humano é o reflexo da imagem da divindade. O conceito de pessoa, assim descrito, não aponta para uma função presente ou ausente ao homem, mas à sua natureza, da qual pode desenvolver ou não determinadas capacidades, como racionalidade e autoconsciência.

Com a chegada do Iluminismo, surgem diversos movimentos filosóficos que buscam libertar definitivamente o homem não apenas do jugo da lei divina, mas também da ideia de uma ordem cósmica e social que seja a fonte última de seus direitos. Após a Modernidade, se no campo astronômico o homem descobriu que não é o centro do

universo, na filosofia moral e ética ele passa a ser. Deste modo, “o homem não é mais concebido como um espelho de alguma realidade externa e superior, mas como a lâmpada, a fonte e o centro de luz que ilumina o mundo” (DOUZINAS, 2009, p. 87).

A síntese clássica do conceito de *persona humana* vigorou no ocidente de modo incontestado durante séculos. Apenas com a ruptura da Modernidade e sua revolução copernicana, com o abandono da centralidade da ontologia na filosofia, é que se testemunha o surgir de uma concepção concorrente de personalidade humana. A partir da cisão do indivíduo entre a substância material (*res extensa*) e a substância imaterial racional, detentora da razão inata (*res cogitans*), René Descartes (1983) identifica a personalidade com a segunda, igualando-a ao pensamento, a natureza substancialmente racional do homem. Assim, para o filósofo francês, o homem não é uma substância una, mas a união de duas naturezas, a física e a intelectual. Tal concepção, em seu dualismo, contrasta grandemente com a concepção clássica de Boécio e Tomás.

John Locke (1986, p. 318) avança esta concepção, abandonando o resquício metafísico, substituindo a natureza substancial pela consciência individual, sua identidade de pensamento em meio à distensão temporal: a consciência de si. Assim, somente o indivíduo que mantém sua consciência mnemônica em meio ao

tempo, sua identidade, é digno de ser chamado *persona*.

Ao repensar o paradigma constituído da personalidade humana, Descartes e Locke contribuíram para o surgimento de uma outra linha interpretativa do conceito, diversa da denominada “clássica”. Se, para Boécio e seus continuadores, *persona* era a subsistência do indivíduo humano, naturalmente racional, com potencial para desenvolver suas aptidões intelectuais e morais, para os modernos iluministas, essa passa a ser identificada com o próprio pensamento, ou a consciência de si, completamente livre de obrigações (dever-ser) deriváveis de seu ser ou do ser do outro.

Desde então, diversos autores atravessaram o debate, posicionando-se em múltiplos espectros da controvérsia. Entretanto, a controvérsia permanece. Sem uma síntese unificadora, as duas concepções contrapostas permaneceram em oposição, limitadas ao debate acadêmico. Todavia, é possível observar como a crise paradigmática apresentada, apoiada pela Pós-Modernidade e nos novos problemas gerados pelos recentes avanços técnicos, vem se refletindo nos mais diversos campos do conhecimento e prática, como na ética e no Direito. Defende-se publicamente a ausência de personalidade de fetos, bebês e deficientes mentais graves (SINGER, 1993. p. 117-118), bem como a inexistência de obrigações morais e jurídicas para com eles. Ao mesmo tempo, falta a ambas as bases conceituais fundamentação

que possibilite a construção de uma ética para a posteridade, o dever moral e, talvez, jurídico para com as próximas gerações em matéria ambiental, fiscal e civilizacional.

Como bem aponta Alasdair MacIntyre (1981), a fragmentação moral moderna, descrita por ele como uma estágio de “cacofonia moral”, é fruto exatamente desta discussão iluminista. A falha da proposta da Razão autônoma, que negou a normatividade da ordem divina e natural vigentes no medievo através do cristianismo e do aristotelismo escolástico, resultou na destruição dos alicerces públicos da moralidade vigente. Assim, buscou-se reconstruir, a partir do modelo instrumental de razão antropocêntrica não-participativa, novas bases para os mesmos valores.

Naturalmente, tal empreitada não seria possível: os preceitos éticos herdados pelos modernos tinham sua inteligibilidade determinada exatamente pelo paradigma cosmonômico em que eles foram divisados; isto é, uma realidade na qual se compreende o homem a partir da narrativa divina e natural, de realidades valorativas objetivas, às quais o homem deveria se dobrar e ser guiado por elas rumo a seu *telos* (MACINTYRE, 1981, p. 54-55). A falha, então, conduz inexoravelmente à anarquia solipsista dos valores, onde inexistente estrutura ética publicamente compartilhada, sendo toda moralidade um ato subjetivo de adesão, um salto de fé kierkegaardiano do indivíduo

negativamente delimitado em seu universo de liberdade.

Tal individualismo não é um efeito colateral da Modernidade; é, de certo modo, seu próprio projeto racional. Muito além de uma defesa da centralidade do indivíduo, o racionalismo liberal moderno traz consigo a ideia de uma separação ontológica do Outro, e o humano absolutamente separado da natureza. Coelho Júnior (2008, p. 215) argumenta que, pelo menos desde Descartes, “para a filosofia moderna [...] colocou-se uma distância irreconciliável entre eu-outro, ou consciência-mundo.” Para o Moderno, o sujeito pessoal constitui-se, necessariamente, através do conflito de sua liberdade com a liberdade de tudo que o transcende.

Desde então, diversas outras correntes filosóficas surgiram até a chegada da Pós-Modernidade, em sua grande maioria pessimistas quanto à racionalidade humana. Todavia, o fundamento básico que é inaugurado na Modernidade, e que permanece mesmo na Pós-Modernidade, é a busca do desenvolvimento de uma ética que seja baseada no homem racional autonomamente considerado, e não na natureza ou na lei divina. O homem, agora, estabelece as normas que o definem e, ao fazê-lo, forma a si mesmo: “O homem é um projeto, que está constantemente criando a si mesmo” (SARTRE, 1963, p. 23).

O conceito moderno de personalidade humana, cuja raiz já foi investigada no presente estudo, nada mais é do que a matriz de toda esta forma de pensamento. Ao mesmo tempo, o conceito clássico, com sua concepção ontológica da personalidade, abstraída de seu contexto formativo, é não apenas insuficiente para o trato com os modernos problemas, mas também impossível, pela incapacidade de consenso. Portanto, somente um salto ao interior da presente crise, munido do arcabouço histórico e conceitual apresentado, permitirá propor novas alternativas de conteúdo a este conceito tão caro enquanto matriz da moderna ética dos direitos humanos.

3 A CRISE DA MODERNIDADE E A VISÃO BÍBLICA RELACIONAL DA PESSOA HUMANA

O projeto moderno de tomar a razão humana, possuída pelo indivíduo soberano, como único ponto de partida para a construção de sociedades éticas e igualitárias fracassou ruidosamente quando governos construídos sobre as mesmas bases racionalistas foram responsáveis pelas maiores atrocidades já registradas na História.

Isso não significa que não houvesse violações terríveis aos direitos humanos antes da Modernidade. O perturbador, contudo, foi constatar o desenvolvimento de substratos teóricos para justificar tais violações, e isso com base não em crenças religiosas supostamente desprovidas de “racionalidade”,

mas em argumentos extraídos das mentes dos grandes luminares intelectuais da época. Como aponta Frankl (1989, p. 45), referindo-se ao Holocausto Judeu, “não foram apenas alguns ministérios de Berlim que inventaram as câmaras de gás de Maidanek, Auschwitz, Treblinka”, nem uma seita religiosa exclusivista, mas essas máquinas da morte “foram preparadas nos escritórios e salas de aula de cientistas e filósofos niilistas, entre os quais se contavam e contam alguns pensadores anglo-saxônicos laureados com o Prêmio Nobel.”

A concepção de uma pessoa individual abstrata portadora de direitos, desvinculada da ordem social e suas relações, por sua vez, também se mostrou insuficiente para lidar com questões éticas intersubjetivas complexas. Isso porque a moderna ênfase é sempre colocada nos *meus* direitos enquanto indivíduo, em sua subjetividade, levando, frequentemente, à desconsideração dos direitos alheios. Como afirma John Stott (2014, p. 211), “os direitos que Deus deu a todos os seres, igualmente, facilmente se degeneram em ‘meus direitos’, nos quais eu insisto, sem considerar os direitos dos outros ou o bem comum”. É o que se vislumbra contemporaneamente nos diversos movimentos coletivos de defesa dos direitos de determinado grupo social, mas que, frequentemente, demonstram pouca consideração pelos direitos de outros grupos ou pelo bem da sociedade como um todo,

bem como na cultura de política enquanto “luta”, e não como construção cooperativa.¹⁷

Conceber um direito como um atributo metafísico dessa substância individual denominada “pessoa” também ocasiona distorções e dissonâncias na ordem jurídica, uma vez que “o direito é relação entre os homens, multilateral. Tenha ou não consciência disso, quando [...] [se] usa a palavra ‘direito’, trata-se de uma relação. Como é que se poderia inferir uma relação, que abrange vários termos, de um termo único: o Homem?” (VILLEY, 2007, p. 99). Como explica um teólogo católico que permaneceu no anonimato, “o direito que me pertence implica, necessariamente, uma outra pessoa, ou o dever positivo de adquirir alguma coisa, ou, ao menos, o dever negativo de não ser perturbado no exercício do que me compete” (INSTITUTES, 1876, p. 87).

Os direitos humanos — e a pessoa humana que os fundamenta — não podem ser vistos de forma atomista, pois cada um dos direitos humanos, se absolutizado e “praticado separadamente é gerador de injustiças” (MORAES, 2017, p. 13). Tal fato é publicamente manifestado na oposição ao recebimento de refugiados por países desenvolvidos, sob o pretexto de que estes “tirarão o emprego dos nacionais”. O direito de um indivíduo (o direito ao trabalho) é

defendido de forma absoluta, ainda que em detrimento do direito à vida de outro. Falta a compreensão da dimensão dialógica da pessoa humana, a noção de que, se na defesa do *meu* direito acarreto violações irreparáveis aos direitos humanos de outrem, não é a dignidade da pessoa humana que está sendo preservada, mas interesses egoístas. Faz-se necessário, portanto, um entendimento de “pessoa” não apenas como substância individual, mas que se realiza plenamente em sua interrelação e que, portanto, quando uma pessoa humana é desprezada, todas as pessoas humanas o são.

Em virtude dessa visão atomista moderna do indivíduo que a concretização dos direitos humanos frequentemente encontra óbice no suposto direito à autonomia individual. Desse modo, para parcela da sociedade contemporânea, se a tutela do direito à vida do nascituro entra em conflito com a liberdade feminina de não ter filhos, aquela deve ser sacrificada em nome desta.¹⁸ A noção de liberdade da Modernidade “é anárquica e [...] substitui a verdadeira

¹⁸A mentalidade pró-aborto também está diretamente ligada ao mito fundante moderno de que o avanço científico subjugaria as aleatoriedades da natureza: “O domínio científico da natureza prometia o fim da escassez, da miséria e da arbitrariedade das calamidades naturais.” (HARVEY, 1990, p. 12). O indivíduo moderno pretende-se soberano até mesmo sobre a criação. Assim sendo, se a ciência não se mostrar capaz de desenvolver um método anticoncepcional absolutamente eficaz, o indivíduo assume ser defensável recorrer mesmo ao assassinato para garantir seus supostos “direitos reprodutivos” e “controle sobre o próprio corpo”. É por isso que os defensores da prática consideram o aborto apenas mais um “método contraceptivo”.

¹⁷Para uma excelente crítica sobre o tema, ver: CARVALHO, 2018.

liberdade, que consiste, antes de tudo, não em uma simples escolha moralmente indiferente, mas no fato de livremente aderir ao bem” (BERTHOUD, 2018, p. 46)¹⁹. A definição Moderna de liberdade como desvincilhada das ordens social e espiritual “se opõe à definição tradicional da liberdade ordenada, ou seja, fundamentada na ordem da verdade e da justiça” (LASSUS, 1985, p. 23).

Decorre, naturalmente, a atual dificuldade em se desenvolver uma ideia de responsabilidade pelos refugiados ou pelo meio-ambiente. Na busca pelo fundamento, pelo atributo que tornaria o ser humano superior aos demais seres, a Modernidade dirigiu-se não à solidariedade, mas à racionalidade e ao livre-arbítrio. Por essa razão, postulava Descartes (1991, p. 326) que é o livre arbítrio, e não a responsabilidade intersubjetiva, a capacidade mais nobre do ser humano, pois aquele “nos torna, de certa maneira, iguais a Deus e nos isenta de sermos seus súditos: portanto, seu uso legítimo é o maior de todos os bens que possuímos, e ainda não há nada que seja mais nosso ou que seja mais importante para nós”. Vê-se que,

¹⁹ Berthoud (2018) possui uma posição extremista de oposição à noção de direitos humanos, os quais são, para o autor, inerentemente opostos à fé cristã, com o que absolutamente não podemos concordar. Não obstante, as críticas feitas pelo autor em sua obra são, em grande medida, dirigidas contra a perspectiva da Modernidade sobre os direitos humanos, a qual busca emancipar a pessoa humana de Deus, de seu propósito criacional e da responsabilidade intersubjetiva, como já visto. Portanto, optou-se por adotar parte da crítica feita pelo autor, pela pertinência temática de alguns de seus argumentos, registrada a presente ressalva.

subjacente à emancipação em relação às instituições medievais, havia na Modernidade uma vontade de emancipação em relação ao próprio Deus.

Ainda assim, há uma tendência, por parte do Cristianismo ocidental, de concordar com alguns temas da Modernidade. Assim é que boa parte dos cristãos, quando deparados com o problema de conceituar pessoa humana, recorrem à ideia de substância individual dotada dos atributos de racionalidade ou livre-arbítrio, historicamente considerados como prováveis explicações ao que seria a “imagem de Deus” no homem. Há uma inclinação, por parte dos cristãos, de aceitar essas noções, uma vez que elas foram desenvolvidas na filosofia cristã muito antes da Modernidade, em teólogos como Aquino, Boécio e mesmo alguns pais da Igreja. Não obstante, cumpre questionar se a visão que a Bíblia apresenta da pessoa humana coaduna-se realmente com a noção da Modernidade.

Inicialmente, parece que a Bíblia apresenta uma visão altamente relacional e intersubjetiva da ética. Os próprios mandamentos de Deus eram entendidos pelos judeus não como a expressão de alguma lei impessoal, mas como “o cumprimento das exigências de um relacionamento, quer fosse com outros seres humanos, quer fosse com Deus” (HIEBERT, 2016, p. 177). A obediência é, antes de tudo, o cumprimento dos termos de uma aliança. O preâmbulo dos mandamentos é “Eu sou o SENHOR, *teu*

Deus” (Êx 20:2; Dt 5:6). A ética é definida nos termos da comunidade da aliança, no relacionamento dos sujeitos entre si e com a terra que lhes foi dada.

A Escritura apresenta uma noção de pessoa humana cuja existência plena se dá no seu diálogo reflexivo com os outros portadores da imagem de Deus e com a Criação. No único momento de plena solidão humana na narrativa criacional, Deus contempla o homem e afirma que aquilo “Não era bom” (Gn 2:18). Examinando a Bíblia, segue-se a Berthoud (2018, p. 61) quando afirma que “não podemos encontrar nela a noção do homem concebido como átomo individual, separado de Deus, de outros da mesma espécie e da ordem da criação.” Enquanto na Modernidade “nós e nosso mundo nos tornamos objetos a serem dispostos, contados, organizados e possuídos”, a Bíblia apresenta a ideia de “uma comunidade de seres relacionados uns aos outros, em uma rede complexa de prestação de contas chamada ‘verdade’” (PALMER, 1993, p. 39).

Dessa visão intersubjetiva da ética deriva também um elevado senso de responsabilidade social. O pobre não devia ser oprimido (Pv 14:31), havia restrições ao penhor de seus bens (Dt 24:12-13), o escravo não era submetido a plena reificação por sua condição (Ex 21:27), e os desfavorecidos (viúvas e órfãos) não deveriam permanecer sem auxílio (Dt 24:17). Enquanto na

Modernidade, “o cidadão atinge a maioria quando é liberado das obrigações e compromissos tradicionais para agir como um indivíduo, que segue seus desejos e emprega sua vontade no mundo natural e social” (DOUZINAS, 2009, p. 37), na perspectiva bíblica, a maturidade de uma sociedade mostra-se no nível de dignidade que seus indivíduos devem conceder aos necessitados (OESTREICHER, 1980, p. 1-8).

Pode-se questionar, contudo, se uma visão relacional da pessoa humana não minaria a sua dignidade individualmente considerada, sujeitando seu valor moral à comunidade. Analisando a Bíblia, contudo, não é isso que parece, visto que as Escrituras, longe de negar a dignidade da pessoa humana, afirmam-na sob uma ótica *teorreferente* (e não *autorreferente*, como na Modernidade).

A pessoa humana bíblica é digna não em decorrência de alguma qualidade autônoma sua, mas porque foi criada “à imagem de Deus” — sua dignidade, portanto, decorre de uma relação, uma relação com Deus. Stott (2014, p. 207-208) pondera que a dignidade humana, sob a ótica cristã, manifesta-se em três relacionamentos singulares que o homem pode manter, nos quais implicará direitos e responsabilidades: (i) o relacionamento do homem com Deus, do qual decorrem as liberdades de crença, de opinião, de expressão e de prática religiosa;

(ii) o relacionamento do homem com o próximo, do qual provêm as liberdades de casamento, de associação, de reunião pacífica, bem como o direito de ter sua dignidade respeitada pela comunidade humana, sem distinção de idade, sexo raça, ou posição; e (iii) o relacionamento com o mundo ao redor, que implica os direitos ao trabalho digno, ao descanso, a compartilhar dos recursos da terra, ao alimento, à saúde, e à libertação da pobreza, da fome e das doenças.

É interessante observar que, segundo a Bíblia, Cristo é aquele que está “sustentando todas as coisas pela palavra do seu poder” (Hb 1:3). Assim, mesmo a ontologia última de todas as coisas é relacional. A existência não é uma entidade absoluta, mas derivada da relação que Deus estabelece com sua criação. O universo existe em decorrência de uma aliança, firmada por Deus com essa criação, de sustentá-la continuamente pela sua Palavra. A este pacto a existência deve a sua estabilidade.

A perspectiva relacional de justiça estende-se inclusive entre gerações, uma vez que há uma responsabilidade intergeracional na comunidade da aliança. Assim como a pessoa humana não pode ser plenamente compreendida à parte de sua relação com seus pares, a presente geração também não pode ser concebida à parte da narrativa maior em que está inserida. No cristianismo primitivo, por exemplo, “as pessoas eram importantes

porque faziam parte da história da igreja, que era maior do que elas”, e a história da igreja, por sua vez, tinha significado “porque era parte da história divina, iniciando com Deus e a criação e terminando na eternidade” (HIEBERT, 2016, p. 164). A Modernidade pós-Iluminista, por outro lado, “focaliza o presente e a felicidade momentânea como questões mais importantes que a história de gerações passadas ou que o bem-estar das futuras gerações” (HIEBERT, 2016, p. 164).

Percebe-se, portanto, que a visão cristã se afasta diametralmente do individualismo da Modernidade, mas, por outro lado, não recai no comunitarismo excessivo que despreza a individualidade humana. Como afirma Willaime (2000, p. 26-29) “o protestantismo possui uma bipolaridade [positiva] intrínseca no que tange à dualidade individual-comunitário, que se manifesta em uma ênfase no aspecto social que, no entanto, preserva a transcendência do indivíduo.” Essa concepção aproxima-se do conceito filosófico de Georg Simmel de “caráter duplo do indivíduo”, que considera que o ser humano é um elemento do todo social e, ao mesmo tempo, um todo em si mesmo (WAIZBORT, 2000, p. 500). Dessa forma, “o que se opõe ao humanitarismo abstrato” não é um comunitarismo excessivo, mas nossa natureza de “homens e mulheres criados por Deus conforme sua imagem (trinitária) e assim concebidos para viver em sociedade” (BERTHOUD, 2018, p. 82).

Por fim, é mister reconhecer que a atual concepção de direitos humanos herdou muito da cosmovisão judaico-cristã, principalmente no que diz respeito à dignidade da vida humana e a proteção dos necessitados. Não obstante, os valores bíblicos e a ótica teorreferencial que fundamentaram essa doutrina são cada vez mais repudiados pelos que escrevem sobre o tema. A consequência é que, abandonada a tradição judaico-cristã, inter-relacional e teorreferencial, os direitos humanos deixam de ter uma fundamentação moral sólida. Como explica Stott (2014, p. 206), “além dos direitos humanos, há a necessidade de alguma estrutura moral da qual eles possam tirar sua autoridade e que forneça seu fundamento. Sem essa estrutura, eles existem num vácuo moral e correm o risco de se tornarem autorreferentes”.

4 A VISÃO FENOMENOLÓGICA DE BUBER E LÉVINAS

A consequência da moderna separação absoluta entre pessoa e comunidade é que “a moral fica relegada a um corolário de uma filosofia. Uma filosofia que tem o Eu como centro de um movimento centrípeto” (CORTES, 2005, p. 40). Em vista disso, alguns autores buscaram desenvolver um conceito de pessoa humana embasado no que ficou conhecido como “princípio dialógico”, com vistas a evitar “o equívoco das apostas feitas tanto em direção ao individualismo

possessivo, quanto em direção ao coletivismo impositivo” (CORTES, 2005, p. 36).

Destacaram-se nesse sentido as contribuições de Emmanuel Lévinas e Martin Buber, dois filósofos que desenvolveram compreensões intrinsecamente intersubjetivas da pessoa humana. Embora teóricos inseridos na tradição da fenomenologia, certamente foram influenciados consideravelmente pela ética relacional bíblica em razão de sua criação: ambos nasceram no seio de famílias judaicas observantes.

Emmanuel Lévinas foi um filósofo judeu lituano-francês que se destacou na elaboração de “uma concepção particular de ética, compreendida como o permanente reconhecimento do outro, que nos antecede e faz com que sejamos alguém” (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 213). Para o autor, a dimensão fundante de toda a ética — e da própria pessoa humana — não é a discussão ontológica acerca da natureza dos seres envolvidas na relação moral, mas a própria relação intersubjetiva em si, pressuposta de forma absoluta.²⁰ Lévinas considera a

20 É interessante notar que a Bíblia não se preocupa em nos dizer qual seria a substância que representa “a imagem de Deus no homem”, tão historicamente debatida pelos cristãos. Isso porque tal prescrição bíblica claramente não é descritiva, mas normativa, não é ontológica, mas ética: a vida humana tem valor moral por refletir a imagem de Deus. Assim, pelo menos nesse ponto, é aplicável a filosofia levinasiana de que a ética precede a ontologia: mais importante do que investigar acerca de uma substância metafísica que corresponderia à imagem de Deus no homem é reconhecer radicalmente a presença dessa imagem e, portanto, preservá-la. Isso tem implicações relevantes

dimensão intersubjetiva não como uma mera aplicação, mas sim como o próprio *fiat* da ética, sendo prévio e constituinte de qualquer discussão moral: “O rosto do próximo me significa uma responsabilidade irrecusável, precedendo todo consentimento livre, todo pacto, todo contrato” (LÉVINAS, 1978, p. 141).

A filosofia levinasiana concebe a transubjetividade não apenas como elemento fundante da ética, mas da própria pessoa humana. Para Lévinas (1997), o ontológico apenas obtém existência e sentido a partir da necessidade de justiça na dimensão transontológica. Subjaz à realidade ontológica uma ordem normativa representada pela necessidade de justiça. Essa necessidade de justiça é que “introduz a medida e a sincronia na ordem diacrônica da experiência ética primitiva entre a subjetividade nascente e a alteridade” (MALDONADO, 2007, p. 152). Segue-se que, para o autor, a ética, e não a ontologia, é a filosofia primeira (BRESOLIN, 2013, p. 166).

Não se pode reconhecer o outro com base em uma análise ontológica de sua personalidade ou “substância” (na terminologia dos gregos). Isso porque, para que o outro seja reconhecido em sua “radical alteridade”, “não posso ‘instituí-lo’ por comparação, por analogia, nem por projeção

ou introjeção, tampouco por processos de fusão afetiva”, uma vez que todas estas formas “excluem a possibilidade do reconhecimento do outro em sua diferença, em geral reduzindo o outro a mim mesmo, ou concebendo sua existência à minha imagem e semelhança” (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 216).

Como explica Maldonado (2007, p. 151), Lévinas:

[...] concebe o “dar” como um ato metafísico que torna possível a comunicação entre o sujeito e o Outro, assim como também a emergência de um mundo em comum. Sem o “dar” ao Outro não haveria subjetividade propriamente falando, assim como sem o receber do outro não haveria racionalidade nem conceitos. A subjetividade, a razão, e o próprio ser, devem sua existência a um momento trans-ontológico. O trans-ontológico não é, pois, simplesmente uma realidade paralela ao ontológico, senão que serve de fundamento a este.

Desse modo, “a ética não aparece aqui como suplemento de uma base existencial prévia; é na ética entendida como responsabilidade que se funda o próprio núcleo do subjetivo” (LÉVINAS, 1997, p. 1). Assim, eticamente não há subjetividade sem que haja antes uma alteridade radical que a possibilite (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 213).

Martin Buber laborou em sentido muito semelhante ao de Lévinas. Em sua obra intitulada “Eu e Tu”, o filósofo desenvolve a ideia de que a pessoa humana é construída em sua interação intersubjetiva, e que essa

para a ausência de capacidade racional do feto suscitada no debate sobre o aborto.

interação tem como ponto de partida o reconhecimento do Outro em sua radicalidade. Segundo Buber, “Não há Eu isolado; o Eu realiza-se no encontro com o TU”, o qual é qualitativamente distinto do encontro “Eu-Isso”; enquanto o “Eu-Isso é a atitude de objetivação do outro, de utilização e de experimentação”, a atitude “Eu-Tu estabelece o encontro dialógico” (VON ZUBEN, 2015, p. 946). Na filosofia de Buber, “não é a partir de sua solidão que o Eu organiza e compreende a realidade. Na origem está um encontro, e é a partir desse encontro que o Eu se torna Eu” (CORTES, 2005, p. 36). Deve ser assinalado, todavia, que a submissão que ambos os autores fazem da ontologia à ética “não significa que a realidade seja fruto da minha (da sua) vontade”, mas que “a partir da minha (da sua) liberdade, tenho responsabilidade pelo modo de relação de minha vida” (CORTES, 2005, p. 36).

Deve ser mencionado, ainda, que a filosofia buberiana aproxima-se mais de uma ótica teorreferencial que a de Lévinas. Isso porque Buber defende que o encontro Eu-Tu é uma manifestação do divino, do Deus que criou homens com capacidade de se relacionarem e se conhecerem. A intenção de Buber é “construir uma ontologia da relação para entender uma antropologia do encontro que leva a e, ao mesmo tempo, é sustentada por uma teofania” (VON ZUBEN, 2015, p. 947-948). Na compreensão de Buber (2006,

p. 99), “as linhas de todas as relações, se prolongadas, entrecruzam-se no Tu eterno. Cada Tu individualizado é uma perspectiva para ele. Por meio de cada Tu individualizado a palavra-princípio invoca o Tu eterno”. Esse mundo de relações, na filosofia buberiana, “se realiza em três esferas: a esfera da natureza, aquela com os homens, e, a terceira, com as essências espirituais” (VON ZUBEN, 2015, p. 958), e “em cada uma dessas esferas, em cada ato de relação, por meio de tudo o que se nos torna presente, vislumbramos a orla do Tu eterno... Todas as esferas são incluídas nele, mas ele não está incluído em nenhuma” (BUBER, 2006, p. 117). Assim, Deus “é a estrutura metafísica que fornece o sentido e suporta a relação horizontal e vertical” (MARTINS, 2010, p. 36).

No pensamento de Buber também se encontram noções da dignidade humana que se aproximam de uma compreensão mais teleológica da pessoa. Para Buber (1982, p. 152), “é somente quando há dois homens, dos quais cada um, ao ter o outro em mente, tem em mente ao mesmo tempo a coisa elevada que a este é destinada e que serve ao cumprimento do seu destino”, e isso “sem querer impor ao outro algo da sua própria realização”, somente aí é “que se manifesta de uma forma encarnada toda a glória dinâmica do ser do homem.” Desse modo, “somente [...] na relação em que se tem em vista a grandeza da vocação à qual o outro é chamado no âmbito da criação, aparece o ser

humano que deve realizar o seu ser-próprio e manifestar sua verdadeira natureza humana” (MARTINS, 2010, p. 36).

Esse entendimento coaduna-se com a visão Bíblica, que também apresenta uma compreensão teleológica da pessoa humana. O ser humano foi criado por Deus com um propósito que precede a sua própria criação, um propósito que é intrinsecamente relacional: conhecer (e amar) a Deus e ao próximo.

A pessoa humana não pode ser compreendida com plenitude, e o Direito que rege as relações intersubjetivas não pode ser administrado com Justiça, se desconsiderarmos esse propósito. Uma sociedade que não acolhe refugiados desprezou a teleologia da pessoa humana de amar ao próximo; uma sociedade que viola a liberdade religiosa desprezou a finalidade da pessoa humana de conhecer a Deus.

5 A PESSOALIDADE CRÍSTICA DE HANS URS VON BALTHASAR

Buscando também responder à crise conceitual, Hans Urs Von Balthasar (1905-1988), considerado o maior teólogo católico-romano do século XX, propõe outro caminho. Fiel à tradição metodológica do *ressourcement*, através da qual foi pioneiro do movimento da *nouvelle théologie*, o suíço propõe um retorno às discussões trinitárias e cristológicas em torno do conceito de pessoa humana para, “através de seu singular

significado teológico, iluminar a especial dignidade do termo ‘pessoa’ em meio à história” (BALTHASAR, 1986, p. 19).

Em seu seminal artigo *On the concept of person* (1986), Balthasar parte de breve análise histórica, onde demonstra o desenvolvimento do conceito de pessoa, com especial ênfase em como se deu sua racionalização através da teologia. De acordo com o autor, a origem teatral e jurídica do termo aponta para sua compreensão relacional, para como “cada vida humana individual possui a natureza de um papel (*role*)” (BALTHASAR, 1986, p. 20).

Tal concepção, argumenta ele, teria sido apreendida pela teologia patrística que, em seus debates trinitários e cristológicos, trabalham o conceito para definir a natureza da divindade cristã (“três pessoas em uma essência”) e do Cristo (“duas naturezas unidas em uma pessoa”). Para Balthasar (1986, p. 21-22), tais concepções só podem subsistir, sem tornar-se em politeísmo, através de uma compreensão relacional das pessoas divinas.

A ignorância deste caráter relacional, portanto, teria sido exatamente a falha da concepção clássica de Boécio, que identifica a pessoa ao indivíduo. Assim, a moderna proposta de identificação da personalidade como a parcela do indivíduo detentora de autoconsciência e independência nada mais teria sido que a exacerbação desta rachadura anterior no edifício teórico do conceito.

Assim, a partir desta reavaliação da história de sua formação, Balthasar abraça os novos avanços trazidos pelos autores da compreensão dialógica da personalidade humana, como Buber e Ebner, reconhecendo-lhes as raízes comuns judaico-cristãs ao apontar que as referidas concepções “vivem através de sua inspiração bíblica” (BALTHASAR, 1986, p.24). Todavia, afirma ele, tais perspectivas ainda não alcançam uma imagem trinitária do conceito.

A imagem trinitária da personalidade, defende Balthasar, se encontra na relação de processão entre as Pessoas da Trindade. Absorvendo o conceito tomista de que o “envio (*missio*) é a forma econômica da eterna processão (*processio*) que constitui as Pessoas do Filho e do Espírito Santo”, Balthasar (1986, p. 25), ao contrário da definição de Boécio, defende a diferenciação entre o conceito de indivíduo e de pessoa. Todavia, contra a perspectiva moderna, o teólogo não compreende a personalidade como característica do indivíduo, mas, entendendo o indivíduo como o sujeito consciente natural, propõe enxergarmos a personalidade como a graciosa elevação do indivíduo através de sua participação na “missão” (*missio*) do Cristo.

Deste modo, passa-se a enxergar a personalidade não mais enquanto atributo da natureza, mas sim do espírito divino. Esta elevação do sujeito consciente portador daquela substância de que trata Boécio se daria a partir do chamado personalizante de

Deus, que revela a este seu papel dentro do drama humano da missão do Cristo Encarnado que, ao descer à terra, possibilita aos homens participar de sua personalidade como “coparticipantes da natureza divina” (1 Pe. 1:4).

Assim como diversos autores de outras correntes cristãs – notavelmente a tradição reformacional de Herman Dooyeweerd e Abraham Kuyper –, Balthasar recusa-se ao dualismo que, ao simular um campo de neutralidade religiosa no discurso científico e político, nega a relevância da pessoa de Jesus Cristo para o debate público. Para Balthasar (1963, p. 15), “Cristo é a chave para a interpretação, não apenas da Criação, mas do próprio Deus” e, portanto, “nós não podemos continuar a tratar de metafísica natural, ética natural, direito natural, estudo da história natural, agindo como se Cristo não fosse, em concreto, a norma sobre todas as coisas”. Neste espírito antidualista, aproveitando-se do paradigma pós-moderno, Balthasar propõe Cristo como a resposta filosófica à questão da personalidade humana.

Portanto, para Balthasar, a grande questão humana do “quem sou eu?” é respondida a partir da grande questão dos Evangelhos: “quem é Jesus?”. A existência da pessoa arquetípica encarnada do Cristo, o ponto arquimediano entre o físico e o metafísico, é a condição de possibilidade da *personalização* do indivíduo natural, que

alcança seu status ontológico mais elevado ao compreender sua missão em meio ao plano divino, podendo então, como Cristo, ser enviado por Deus a entregar-se em amor ao próximo (RAY, 2019, p 345).

Deste modo, Balthasar supera Tomás de Aquino ao tornar Cristo o ponto central da metafísica e antropologia filosófica (RAY, 2019, p. 321). Ele nos fornece, então, uma inovadora perspectiva humana, compreendendo-o enquanto um ser substancial, racional, que caminha em constante desenvolvimento rumo à sua pessoalização última em sua relação com Deus, que o nomeia e envia de volta aos outros. Tal processo necessariamente inclui sua tomada de consciência individual, como preconizado pelos modernos, mas é superado ainda pelo seu desenvolvimento relacional, sendo, ao fim, coroado por sua pessoalização teorreferenciada junto à missão do Cristo no drama da Criação, Queda e Redenção.

Tal perspectiva absorve as críticas colocadas pelas propostas anteriores, propondo uma síntese que leva em conta a riqueza da tradição cristã na consideração com a pessoa humana. A natureza trinitária e cristocêntrica do pensamento de Balthasar fornece uma inovadora base para pensarmos nossa ética teológica e filosófica social, compreendendo uma recuperação da perspectiva teleológica do homem, agora sobre novas e arrojadas bases conceituais. Como afirmaria o Sínodo Reformado

Ecumênico, “o relacionamento trinitário entre o Pai, o Filho e o Espírito Santo serve de paradigma, de modelo, para a vida das comunidades humanas, vida de amor, de paz e de justiça” (RES, 1983, p. 36-37).

6 CONCLUSÃO

Percebe-se que a compreensão que a Modernidade desenvolve sobre a pessoa humana e sobre os direitos que a ela correspondem é excessivamente atomista e consideravelmente reducionista. A noção do personalismo ontológico de pessoa como “substância individual” é insuficiente para lidar com questões éticas complexas, bem como não compreende a dimensão relacional e dialógica da pessoa humana.

A cosmovisão judaico-cristã, por sua vez, apresenta uma perspectiva altamente relacional e intersubjetiva da ética e do indivíduo, entendendo que a realização plena da personalidade humana se dá nas relações que esta estabelece com o seu próximo. A compreensão adequada da pessoa humana também não pode prescindir do entendimento de sua dimensão teleológica, ou seja, da finalidade a ela atribuída por Deus de relacionar-se com os outros e com seu Criador. Qualquer definição de pessoa humana que seja unicamente ontológica falhará em compreender tais dimensões, absolutizando a existência pura em detrimento de um olhar holístico sobre o indivíduo.

No ponto, as proposições de Emmanuel Lévinas e Martin Buber representaram avanços significativos em direção ao desenvolvimento de uma compreensão dialógica do indivíduo. Ambos consideraram que, principalmente no que diz respeito à conceituação de pessoa humana, a ética precede a ontologia, tendo a filosofia buberiana se destacado também pelas suas elaborações no sentido de uma teorreferencialidade.

Já Von Balthasar, absorvendo as críticas propostas pela Modernidade, busca iluminar o sentido do termo filosófico de pessoa a partir de um *ressourcement* teológico. Assim, descobrirá, como Buber, as raízes do caráter relacional da pessoa humana, mas nas discussões em torno da doutrina das *personas* trinitárias. Por fim, em uma proposta cristológica, subverte o conceito, apontando a pessoalidade como algo erigido sobre a individualidade a partir do chamado personalizante de Deus, que revela ao indivíduo seu próprio papel a ser realizado através da participação na missão da Pessoa arquetípica do Cristo, que em sua Encarnação comunica a pessoalidade de Deus aos homens. Apresenta-se, assim, um *insight* teológico de uma pessoalidade teleológica teo-relacional.

Por fim, deve o leitor ter em mente que o presente artigo tem por objetivo ser apenas uma introdução a uma compreensão dialógica e teorreferencial do conceito de

pessoa humana, em contraponto às visões ontológica clássica e liberal Moderna, estabelecendo alguns princípios e ponderações iniciais para posteriores aprofundamentos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AUTOR DESCONHECIDO. *Institutes de droit naturel privé et public et public et du droit des gens*.2. ed. vol 1. Paris, 1876.

BALTHASAR, Hans Urs von. *A Theology of History*. New York: Sheed and Ward, 1963.

BALTHASAR, Hans Urs von. On the concept of person. *Communio: International Catholic Review*, Washington, n. 13, p. 18-26, spring 1986.

BERTHOUD, Jean M. *Uma Religião sem Deus: os direitos humanos e a Palavra de Deus*. Trad. Paulo Athayde Ribeiro. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2018.

BOÉCIO. Contra Eutychen et Nestorium, III, 170. In; BOÉCIO. *Escritos*(OPUSCULA SACRA). Tradução, introdução, estudos introdutórios e notas Juvenal Savian Filho. Prefácio de Marilena Chauí. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRESOLIN, K. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas. *Conjectura*, Caxias do Sul, v. 18, n. 3, p. 166-183, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/con>

[jectura/article/download/2211/1421](#)>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BUBER, M. *Do diálogo e do dialógico*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

BUBER, M. *EU e TU*. Trad. Newton Aquiles von Zuben. 10. ed., 4. reimpressão. São Paulo: Centauro, 2006.

COELHO JUNIOR, N. Da fenomenologia à ética como filosofia primeira: notas sobre a noção de alteridade no pensamento de E. Lévinas. *Estud. pesqui. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, ago. 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812008000200007&lng=pt&nrm=iso>.

Acesso em: 15 ago. 2019.

CORTES, Bianca Antunes. Ética é limite. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 31-49, Mar. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462005000100003&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 10 set. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1981-77462005000100003>.

DESCARTES, R. *Discurso do método*. Trad. J. Guinsburg & B. P. Júnior. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983

DÉSCARTES, R. The philosophical writings of Descartes. *In*: COTTINGHAM, J;

STOOTHOFF, R; MURDOCH, D, orgs. *The correspondence*. vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

DOUZINAS, C. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FRANKL, V. *Sede de Sentido*. Trad. Henrique Elfes. São Paulo, Quadrante, 1989.

HIEBERT, P. G. *Transformando cosmovisões: uma análise antropológica de como as pessoas mudam*. Trad. Carlos E. S. Lopes. São Paulo: Vida Nova, 2016.

LASSUS, A de. *Action familiale et scolaire*. Supplément au n. 64, 1985.

LACERDA, B. A. O Direito e os desafios contemporâneos do conceito de pessoa. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n.1, p.89-107, jan./abr. 2017.

LÉVINAS, E. *Autrement qu'être ou au delà de la essence* [1974]. Paris: Livre de Poche, 1978.

LÉVINAS, E. Entrevistas com Emmanuel Lévinas. *Cadernos de Subjetividade*. São Paulo, v. 5, n. 1, p. 09-38, dezembro, 1997. (publicações originais das entrevistas: 1982 e 1986).

LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

- MACINTYRE, A. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3 ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- MALDONADO-TORRES, N. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S; GROSGOUEL, R. (eds.). *El giro decolonial*. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 127-167
- MARTINS, J. S. A Existência Intersubjetiva em Martin Buber. *Argumentos*, Ano 2, N°. 4 - 2010.
- MORAES, F. T. de. Prefácio. In: BERTHOUD, J. M. *Uma Religião sem Deus: os direitos humanos e a Palavra de Deus*. trad. Paulo Athayde Ribeiro. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2018.
- OESTREICHER, P. *Thirty years of human rights*. The British Churches' Advisory Forum on Human Rights, 1980. Tradução de John Stott.
- PALMER, P. J. *To know as we are known: education as a spiritual journey*. San Francisco: Harper-San Francisco, 1993.
- RAY, E. Hans Urs Von Balthasar on the Notion of Person. *Studia Gilsoniana*, Cromwell: International Etienne Gilson Society, v. 8, n. 2, p. 319-349, abr./jun. 2019.
- RES. Reformed Ecumenical Synod. *Testimony on Human Rights*. Grand Rapids: RES, 1983.
- STOTT, J. *Os cristãos e os desafios contemporâneos*. rev. e atual. por Roy Mccloughry; trad. por Meire Portes Santos. Viçosa, MG: Editora Ultimato, 2014.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Tradução: Carlos-Josaphat P. de Oliveira et al. São Paulo: Loyola, 2001-2006. 9 v.
- VILLEY, M. *O Direito e os Direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- VON ZUBEN, N. A.Tu Eterno e religiosidade no pensamento de Martin Buber. *Horizonte*, Belo Horizonte, v. 13, n. 38, p. 941-968, abr./jun. 2015 – ISSN 2175-5841.
- WAIZBORT, L. *As aventuras de Georg Simmel*. São Paulo: Editora 34, 2000.
- WILLAIME, J-P. O protestantismo como objeto sociológico. *Estudos de Religião*. Revista Semestral de Estudos e Pesquisas em Religião, ano 14, n. 18, 2000.



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA**

**THE RECEPTION OF INTERNATIONAL TREATIES
ABOUT HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDER:
A LOOK AT CASE LAW**

Cíntia Cristina Santos

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Advogados Evangélicos
do Brasil dos Libertadores da Constituição



A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

THE RECEPTION OF INTERNATIONAL TREATIES ABOUT HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDER: A LOOK AT CASE LAW

Cíntia Cristina Santos¹

RESUMO

Após a aprovação da Emenda Constitucional n.45, ressurgiu a discussão sobre a recepção dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, ante a possibilidade de tramitação legislativa idêntica à das emendas constitucionais. O propósito do estudo é analisar como o Brasil vinha entendendo o tema e a evolução da jurisprudência a partir da edição da emenda, até que se firmasse o posicionamento pela supralegalidade desses tratados.

Palavras-chave: direitos humanos; tratados internacionais; hierarquia normativa; supralegalidade.

ABSTRACT

After the approval of Constitutional Amendment n.45, re-emerged the discussion about how could brazilian legal order receive human rights traties, before the possibility to go through the same legislative process than Constitutional Amendments. The purpouse of the study is to analyse how do Brazil has been understanding the subject and the developments in case-law after amendment, until the establishment of its position in therms of supra-legality of these treatries.

Keywords: human rights; international treaties; legal hierarchy; supra-legal.

¹Cíntia Cristina Santos

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em dezembro de 1948, traz a afirmação de certa ética universal, ideal, um modelo que influenciou a redemocratização do Brasil, inclusive possibilitando-a em vários aspectos. Um novo ramo do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, aparece com o fim do período militar, em 1985. Os tratados internacionais refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na busca de assegurar o “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2011).

O objeto de estudo dessa ramificação das ciências jurídicas, a saber, os tratados internacionais de Direitos Humanos, surgem como documentos capazes de intersecções com o direito positivo brasileiro. Antes disso, acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes já estavam presentes em julgamentos importantes dos Tribunais Superiores como a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

O trabalho desenvolve-se sob a premissa da dignidade da pessoa humana como valor fundante da República Federativa do Brasil, com função hermenêutica (*in dubio pro dignitate*) e conteúdo autônomo passível de invocação inclusive na prática judiciária. Trata-se de princípio norteador da ordem nacional e

internacional e ostentando conteúdo ético e moral, eficácia e aplicabilidade e função teleológica.

Na elaboração da dogmática mais recente, sem que ainda possa haver unanimidade de critérios sobre o peso dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, com a introdução de cláusulas de abertura e a interpretação construtiva do princípio *pro-homine* como eixo para solucionar casos complexos, aspira-se a assegurar direitos com fundamento numa horizontalidade que retoma a ideia de gênero humano e dignidade humana, derivando em legislações, políticas públicas e decisões judiciais, em cuja base estão tanto Declarações quanto disposições constitucionais (ALARCÓN, 2015).

A mencionada cláusula de abertura sempre existiu desde o texto constitucional de 1891²¹, a qual em seu artigo 78 previa que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (MARTINS, 2018). Desde então as demais constituições retomaram a previsão com variantes próximas do dispositivo, sempre

²¹ Certamente a inspiração para a cláusula de abertura fora a Nona Emenda à Constituição Norte-Americana, aprovada em 1971, que trouxe a proposta a fim de minimizar o risco de restrição de direitos, quando do ato de enumerá-los.

fechando o rol dos “Direitos e Garantias individuais”.

Com o advento da Constituição de 1988, a menção aos temas afetos à dignidade humana e sua tutela expressa na ordem internacional ocorre desde os primeiros artigos, desde já denotando integrar a base e núcleo duro do texto. Em paralelo, a cláusula de abertura contida no art.5º, §2º ampliou-se para acrescentar direitos e garantias previstos em tratados internacionais.

A partir daí, a ideia de proteção aos Direitos Humanos, que já pairava sobre o ordenamento jurídico internacional, passou a integrar o direito interno. Entretanto, surgiram dúvidas sobre o alcance da incorporação dos tratados quanto a matéria relacionada a outros instrumentos de Direito Internacional ou em conflito com o direito interno.

Importante mencionar que o conflito de normas em matéria de direitos humanos não deve ser estudado apenas no aspecto formal hierárquico, mas, sim, levando-se em conta princípio hermenêutico da prevalência da regra mais favorável ao ser humano.

Não obstante, o artigo limita-se ao estudo das possibilidades de hierarquia normativa assumida pelos tratados internacionais de Direitos Humanos quando do seu ingresso no ordenamento jurídico interno, dado relevante para sustentar-se a

posição normativa interna de diplomas atinentes à liberdade religiosa.

A seguir, analisar-se-á a possibilidade de recepção dos tratados de direitos humanos como norma supraconstitucional, infraconstitucional, constitucional e supralegal, sendo esta última a posição que tem prevalecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. NORMA DE HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL

Alguns autores como Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2001) defendiam, nas décadas de 60 e 70, a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, que não poderiam ser derogados sequer por emendas constitucionais.

Nas palavras de Hildebrando Acyoli é possível extrair o respeito pela cooperação internacional, talvez até pelo momento vivido, em meio às guerras mundiais, apontando para a necessidade de uma internacionalização da interpretação jurídica. Afirma o aludido autor que “o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados” (ACYOLI, 1976 apud PIOVESAN, 2015). Segundo ensina, o Estado teria o dever de respeitar suas obrigações contratuais, sendo os tratados

assim entendidos, e não as poderia revogar unilateralmente.

No plano filosófico, importante citar Hans Kelsen (KELSEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto, 2002), para quem a ordem jurídica interna deriva da internacional como sua delegada. Sendo assim, por motivos de ordem prática, o autor advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno.

Nesse sentido, parte da jurisprudência brasileira recomendava o respeito aos tratados internacionais ainda que em conflito com ao direito interno, até mesmo no que se refere a temática distinta dos direitos humanos. Pode-se citar a Apelação Cível n.9.587 em que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser um tratado capaz de revogar as leis anteriores. Da mesma forma o Pedido de Extradicação n.7 de 1913, no qual foi aplicado ao caso concreto um tratado, apesar da existência de uma lei posterior contrária. Em reforço, a Apelação Cível n. 7.872 de 1943 definiu que a lei não revoga um tratado.

Por fim, é possível citar a Lei n. 5.172/66, na qual se estabelece que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, devendo a legislação superveniente observá-los.

Tal entendimento se firma em primeira mão na ideia de pacto, já que o Estado, como

pessoa jurídica de direito público internacional, participa de negociações para elaboração de regras e princípios positivados por meio dos tratados e convenções, normas essas que não poderia contraditoriamente descumprir, ao alvitre de seu Poder Legislativo interno, ou mesmo disciplinar de maneira divergente.²²

Outra justificativa para a suprallegalidade está na característica das normas internacionais. Tratados e convenções de direito público refletem ideias imersas em forte carga valorativa: o *jus cogens*, conceituado como sendo o conjunto de normas peremptórias de Direito Internacional, imperativos gerais, aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional como norma que não admite acordo em contrário (PIOVESAN, 2015).

Reforça a tese o jurista Jorge Miranda no que se refere à abertura do sistema para ampla proteção dos direitos internacionalmente e constitucionalmente reconhecidos:

Debruçando-se sobre o texto norte-americano, escreve KELSEN que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir,

²² A convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, de 1969, prevê em seu artigo 27 que nenhum estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

explica, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso traduz é que os órgãos de execução do direito, especialmente os tribunais, podem estipular outros direitos, afinal indirectamente conferidos pela Constituição (MIRANDA, 1991).

É interessante notar que o autor invoca a relevância do conteúdo dos documentos que visam garantir direitos humanos na ordem internacional, o que, por tal viés, poderiam, sem dúvida, impulsionar a evolução da norma interna em direção à ampliação da proteção pretendida.

O autor Antônio Augusto Cançado Trindade destaca o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas de violações de direitos humanos. Em seu entendimento, seja a norma de origem internacional, seja de origem nacional, o critério de solução para aplicação nos casos concretos seguiria uma lógica para além do limite constitucional.

(...)tais órgãos internacionais podem, e devem, no contexto de casos concretos de violações de direitos humanos, determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos, de qualquer omissão por parte de qualquer poder ou órgão ou agente do Estado. (...)

A aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não de desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos (TRINDADE, 1999).

Nesse jaez, sugestiona-se uma interação dinâmica entre o direito internacional e interno, de modo que toda a proteção conferida aos direitos humanos formaria um *corpus iuris*, um todo harmônico, um verdadeiro sistema de proteção.

Por essa interpretação, uma norma internacional poderia ser aplicada em detrimento de uma norma interna, ainda que constitucional. Haveria uma interpenetração do direito internacional de proteção aos direitos humanos, não necessariamente a supraconstitucionalidade da norma. Não obstante, os efeitos do tratado seriam sentidos acima do que dispusesse a lei interna contrária a seu texto.

Ora, tal interpretação segue a linha de orientação que o sistema de proteção de direitos humanos confere ao direito interno. Os Estados-partes desse tipo de tratado assumem o compromisso de adotar medidas administrativas, legislativas e judiciais tendentes à realização de seus objetivos.

A jurisprudência brasileira não chegou a acolher, após a Constituição de 1988, a adoção dos tratados de direitos humanos internamente como normas supraconstitucionais, razão pela qual não será tal interpretação objeto de maiores considerações.

No entanto, é necessário deixar claro que o conceito de *jus cogens* continua tendo

importância fundamental, posto que positivado na Convenção de Viena, nos artigos 53 e 64, sendo o que leva o intérprete do ordenamento jurídico internacional a admitir a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais, servindo de base para o sistema misto existente hoje no Brasil.

3. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL

Até 1977, havia grande abertura na jurisprudência brasileira para o primado do Direito Internacional sobre o Interno, assunto objeto do tópico anterior²³.

Avançando na análise, passa-se a verificar o que possibilitou a alteração do entendimento.

3.1. RE n.80.004/SE – Min Xavier de Albuquerque²⁴

Em 1977, no julgamento do RE n.80.004/SE, a posição do Ministro Francisco Rezek foi assumida pelos Ministros Marco Aurélio e Ribeiro da Silva no sentido de equiparar os tratados internacionais às demais leis federais, pelo que deveria prevalecer a posterior por derrogação/revogação. Vários julgamentos posteriores confirmaram a jurisprudência.

²³ Um exemplo é o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que impõe aos tratados a revogação da legislação interna em matéria tributária e a sua observância quando da elaboração de diplomas posteriores.

²⁴ Julgado em 1.6.1977 – DJ 29.12.1977

Desde então até a Constituição de 1988 os tratados eram entendidos como recepcionados pelo direito interno com *status* de lei ordinária pela jurisprudência doméstica, qualquer que fosse a matéria tratada.

O jurista Antônio Augusto Cançado Trindade foi um dos entusiastas da ideia de que esse entendimento merecia revisão. Propôs à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, por ocasião da audiência pública realizada em 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a cláusula que veio a integrar o art.5º, parágrafo 2º do texto constitucional.

3.2. Após a Constituição da República de 1988 – manutenção do entendimento do STF no julgamento do HC 72.131²⁵

Em 1992 o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Ambos ingressaram no direito brasileiro sem que o Congresso Nacional ou o Poder Executivo lhes tenha imposto qualquer reserva. Tal fato acabou por suscitar inúmeras discussões quanto ao inciso LXVII do art.5º da Constituição de 1988 no que permite a prisão civil do “depositário infiel” em descompasso com diplomas ratificados.

²⁵ Ocorrido em 1995

Ora, se os tratados permitiam expressamente a prisão civil do devedor de alimentos e não faziam menção à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, algo deveria ser considerado. A omissão foi considerada exemplo de “silêncio eloquente”, apontando para a clara impossibilidade de novas exceções à vedação da prisão civil. Tratando-se de norma que permite a privação da liberdade do indivíduo, e, por seu turno, um valor precioso para a dignidade humana, excepcionada seria se o fosse expressamente, partindo-se da hermenêutica que leva em conta o fator teleológico dos pactos.

A jurisprudência foi evoluindo nesse sentido. Entretanto, ainda em 1995, o julgamento do HC 72.131-RJ apontou para a possibilidade da prisão civil por dívida baseada na paridade hierárquica dos tratados em relação à ordem interna. Sendo assim, mesmo após a promulgação do texto constitucional de 1988, com a clara menção do §2º o art.5º em relação à obediência às normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais, o posicionamento jurisprudencial foi mantido.

O julgamento contou com votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Francisco Rezek nesse sentido.

A jurisprudência precisava ser revista a partir da tendência contemporânea do “Estado Constitucional Cooperativo”. Além

disso, ampliava-se o regime de responsabilização dos Estados pelas violações a tratados internacionais, especialmente no tocante a direitos humanos.

Importante ressaltar que convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, de 1969, prevê em seu artigo 27 que nenhum estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Aqui resta claro que o descumprimento unilateral do acordo internacional, ainda que pela invocação da tese da legalidade ordinária, restaria incompatível com os princípios internacionais que passaram a estabelecer-se nas relações entre Estados soberanos.

Em sentido diverso, encontramos autores que entendem, mesmo após o julgamento do RE 466.343-1/SP pelo Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais de direitos humanos são hierarquicamente pareados a qualquer lei ordinária interna.

Um dos argumentos nesse sentido seria a interpretação da expressão “não excluem”, existente no §2º do artigo 5º. Ora, se o texto constitucional deixar de mencionar um direito, entende-se que ele não resta afastado do ordenamento. Se a Constituição não os exclui, os tolera, aceita, porém, não os iguala a si em termos de hierarquia. Tais direitos não expressos no

texto constitucional estariam destituídos da prerrogativa de superar o *status* das leis ordinárias.

O chamado princípio *pro homine*, segundo os adeptos dessa tese, constitui-se num postulado carente de fundamentação, pois, inseguro e difuso em demasia. Ora, os limites constitucionais estabelecem-se inclusive em relação a direitos fundamentais, a fim de aplicá-los sob o prisma da proporcionalidade. A necessidade de se investigar qual seria a norma mais favorável ao ser humano inviabiliza, por esse prisma, a hierarquização superior das normas constitucionais advindas da abertura material.

Outro desenvolvimento interpretativo da expressão “não excluem” é o que admite a ampliação do rol de direitos e incorporação de novos que podem servir de parâmetro jurídico-constitucional desde que atendidas as seguintes condições: a origem contratual ou convencional da norma de direitos humanos; a conformidade constitucional dos tratados internacionais e a validade dos tratados internacionais de acordo com a forma de ratificação (art.5º, §3º). Trata-se da ideia de complementaridade condicionada.

Portanto, no entender dessa corrente doutrinária, da qual faz parte o autor Leonardo Martins (MARTINS, in MORAES, 2018), sem a ratificação por meio do quórum igualmente previsto para

aprovação de emendas constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos permaneceriam hierarquicamente equiparados às leis ordinárias.

Outro argumento a corroborar o entendimento esposado é o de que o texto Constitucional previu no artigo 102, inciso III, alínea b, a possibilidade de tribunais julgarem tratados internacionais inconstitucionais (a par do que ocorre com as leis ordinárias), decisão que desafiaria Recurso Extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal. Ora, se o STF pode analisar um tratado com base na Constituição, extrai-se daí que o seu texto ingressa no ordenamento jurídico como norma infraconstitucional.

Com o desenvolvimento do Direito Internacional como um todo, a doutrina brasileira passou a analisar mais de perto a questão. O entendimento sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos passou a oscilar entre a possibilidade de as normas integrarem o sistema constitucional ou, ainda que não o fizessem, tivessem um status especial, supralegal.

O desenvolvimento dessas teorias segue adiante.

4. NORMA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

A doutrina brasileira evoluiu sobremaneira no estudo do tema.

Importante destacar o pensamento do autor Ingo Wolfgang Sarlet (2011) que propugna o princípio da dignidade da pessoa humana como mote da “abertura material” do sistema constitucional brasileiro, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Ora, ao interpretar o §2º do art. 5º da Constituição Federal, o professor entende que foram ali incluídos todos os direitos e garantias fundamentais existentes no texto constitucional ou fora dele. A despeito do caráter analítico do título constitucional em questão, outros direitos e garantias decorrentes do regime ou de princípios constitucionais devem ser incluídos no sistema constitucional, não cabendo a mera exclusão destes por invocação de sua omissão no texto do Título II. Da mesma forma, os tratados internacionais poderiam conter prescrições que, uma vez conferindo direitos fundamentais concordes com o regime e princípios constitucionais, estariam, igualmente, ombreados, integrando o que se denomina no direito francês de bloco de constitucionalidade.

O texto assim afirma: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros dependentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Caberiam aqui direitos e garantias implícitos, subentendidos e expressos em

textos outros, ainda que não o texto constitucional. A mesma expressão “não excluem”, já referida neste trabalho, é aqui entendida como integração, ou seja, a omissão de certos direitos e garantias fundamentais na enumeração do texto constitucional determina mais que tolerância ou convivência com prescrições adicionais. Significaria que o texto inclui no sistema constitucional outros direitos.

Essa interpretação deriva, mais uma vez, do princípio hermenêutico da prevalência da regra mais favorável ao ser humano, já mencionada no intróito do estudo. Portanto, em matéria de direitos e garantias constitucionais, o constitucionalismo brasileiro seria cumulativo.

No que se refere aos tratados internacionais, objeto do presente estudo, bastaria que fossem ratificados para que seu conteúdo em matéria de Direitos Humanos passasse a ocupar a hierarquia de norma constitucional.

Fica clara a dificuldade de aplicação dessa interpretação no que se refere à tarefa imperativa de se estabelecer critérios para fundamentar a adoção desse ou daquele direito ou garantia no rol dos constitucionalmente eleitos como fundamentais. Direitos implícitos ou desenvolvidos espontaneamente na sociedade implicam em forte disciplina

hermenêutica do conceito de dignidade da pessoa humana em seu sentido material.

O que se percebe é que, lamentavelmente, a admissão dessa vasta gama de normas com força de texto constitucional restou prejudicada pelo elevado grau de indeterminação do parágrafo analisado e o conteúdo polissêmico do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem diretamente os direitos fundamentais.

Por tais razões, restou possível compreender que a abertura material mencionada limitaria o reconhecimento dos direitos não expressos na constituição ao status de materialmente constitucionais, não havendo que se possibilitar, por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade nesses casos.

A Procuradora do Estado de São Paulo Flávia Piovesan, tratando do tema específico da recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento interno, defende a distinção dos tratados, e, conseqüentemente, da sua posição hierárquica, com relação à matéria por eles tratada.

Os tratados que disciplinam as relações institucionais entre Estados soberanos gozariam de status infraconstitucional enquanto que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos

integrariam o ordenamento interno com status constitucional²⁶.

Para ela a incorporação do tratado internacional de direitos humanos no direito brasileiro seria automática, independente de produção de qualquer ato normativo, mediante a simples aplicação do §1º do art. 5º da Constituição Federal em conjunto com o art. 4º, inciso VIII.

Isso porque até então a corrente dualista defendia a necessidade de intermediação legislativa para que os tratados - que já obrigavam os Estados - passassem a conferir direitos e garantias aos particulares. O §1º do art.5º deixou claro, ao revés, que, se o Brasil é parte do tratado e este estabelece direitos e garantias fundamentais, suas normas teriam aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro..

Atualmente predomina a interpretação de que os indivíduos residentes em um determinado Estado são imediatamente beneficiados por normas internacionais constantes em Tratados subscritos pelo país em que residem, cabendo ao Estado garantir, por intermédio dos poderes constituídos, a estrita observância de tais direitos. Assim, a celebração de um tratado por um Estado torna seus habitantes sujeitos dos direitos nele estabelecidos. (PFEIFFER, 1988)

²⁶ Esse chamado *sistema misto* foi o adotado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no julgamento do HC 87.585-8.

Em contrapartida, os tratados sobre outras temáticas não teriam aplicabilidade imediata e demandariam instrumento normativo de incorporação no direito brasileiro.

Quanto à aprovação da Emenda Constitucional 45, que acrescentou o §3º ao art. 5º do texto Constitucional prevendo rito especial para aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos, entende a pensadora que o dispositivo apenas reforça a natureza constitucional destes já conferida pelos parágrafos anteriores, sendo que, ao estabelecer um critério específico de tramitação no Congresso Nacional, possibilita que o diploma internacional detenha indubitavelmente a caracterização também de texto formalmente constitucional, o que não ocorre com os tratados sobre matérias diversas.

Nasce aqui a tese mais abrangente no que se refere à internacionalização dos direitos humanos. Até a aprovação da emenda, em seu entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados teriam hierarquia formal e materialmente constitucional, mesmo porque não poderiam ter sido submetidos ao rito cuja previsão inexistia à época de seu ingresso no ordenamento pátrio. Após a emenda, a hierarquia constitucional no aspecto material permanece mantida, ainda que a aprovação não atinja o quórum de

emenda constitucional. Em sendo aprovado em dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional por maioria qualificada, o tratado será recepcionado como norma formal e materialmente constitucional.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 18.799 de maio de 2006, o Ministro José Delgado, no sentido da interpretação acima mencionada, propugnou a tese de que o §3º teria eficácia retroativa em relação aos tratados de direitos humanos já ratificados por quórum diverso, fazendo com que tais normas fossem assimiladas no direito brasileiro com *status* constitucional.

Ainda, no julgamento do HC 87.575-8 que pautou a discussão quanto à constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, o Ministro Celso de Melo ressaltou que os tratados de direitos humanos ratificados até o advento da Emenda Constitucional 45 foram recepcionados com status constitucional – na acepção material - por força do §2º, integrando o chamado bloco de constitucionalidade.

O Pacto de San José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua

retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos.²⁷

O aludido Ministro, revendo posicionamento anterior, votou no sentido da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil por meio de tramitação normal de ratificação antes da EC/45, aplicando-lhes a disciplina do §2º do art.5º. Em sendo o processo legislativo concluído após a referida emenda, entende que o *status* de norma constitucional – formal e material - pode ser conferido sob a condição de os textos serem submetidos ao *iter* procedimental previsto no §3º.

Critica esse entendimento o jurista Valério de Oliveira Mazzuoli, posto que, nesse passo, se o valor das normas internacionais de direitos humanos dependerem do quórum de aprovação do instrumento de ratificação, toda a ideia valorativa da dignidade humana até aqui absorvida restaria perdida. O princípio cumulativo já bastante desenvolvido retrocederia. Em suma “o Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e talante, decidir qual a hierarquia normativa que teriam determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando, a nosso ver, a completez material do bloco de constitucionalidade”. (MAZUOLLI, 2018)

As implicações práticas da recepção do tratado como texto formalmente constitucional demonstram-se na (1) possibilidade de reforma à Constituição (assim como as emendas constitucionais o fazem); na (2) vedação à denúncia do tratado e possibilidade de responsabilização por parte do governo, caso o faça²⁸ e (3) elevação ao patamar de paradigma do controle de convencionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição, para fins de controle abstrato em relação às normas domésticas com ele incompatíveis, com eficácia *erga omnes* do julgamento.

Sendo assim, para o entendimento da doutrina aqui exposta, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal não seria desnecessário e nem apontaria para uma incompatibilidade com a interpretação até então aceita da cláusula de abertura prevista no §2º. Tal dispositivo teria sua própria função no ordenamento.

Não obstante as ressalvas expressas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos citados, até aqui percebe-se a clara evolução no sentido da prevalência do valor liberdade em detrimento do valor propriedade (no caso do julgamento da prisão civil do depositário infiel),

²⁸ Quer nos termos do §2º, quer nos termos do §3º do art.5º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais; o que difere é que, uma vez aprovado o tratado pelo quórum do §3º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, o que não ocorre na sistemática do §2º do art.5º.

²⁷ RHC 18.799, j. em 9-5-2006, DJ, 8-6-2006.

ênfatizando-se a importância do respeito aos direitos humanos. A temática humanitária foi o mote da revisão da jurisprudência da corte.

Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art.4º. II) – da prevalência dos direitos humanos permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória ou inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro (MELLO, 2008).²⁹

5. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL, PORÉM, AO MESMO TEMPO, SUPRALEGAL

Na esteira do que se expôs até aqui, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a necessidade de que os tratados internacionais de direitos humanos fossem objeto de novo estudo pela corte, notadamente no que toca à sua incorporação ao ordenamento jurídico doméstico.

A tese de que os tratados sobre direitos humanos deveriam ser entendidos como normas hierarquicamente superiores à lei ordinária foi primeiro defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, enquanto

relator do RHC nº 79.785-RJ, invocando a cláusula de abertura prevista no art.5º, §2º da CF.

Por ocasião do julgamento do RE 466.343-1/SP, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal retomou a análise da matéria, terminando por negar provimento ao recurso, por votação unânime. O caso discutia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ao que se seguiu a concessão da ordem de Habeas Corpus nos autos de n. 92.566/SP, no ano de 2008, a revogação da Súmula 619 e, finalmente, a edição da Súmula Vinculante n. 25 que prevê a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, sob qualquer modalidade.

A decisão do RE 466.343-1/SP passou a servir como parâmetro e pacificou o entendimento da corte nos julgamentos que se seguiram³⁰, pelo que, pode-se ter por clara a adoção da tese que erigiu os tratados internacionais sobre direitos humanos à hierarquia normativa supralegal.

De tal decisão extrai-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não integram formalmente o texto constitucional caso não tenham sido aprovados com o quórum qualificado previsto para qualquer emenda (artigos 5º, §3º e 60, §2º da Constituição Federal). Em contrapartida, diante do caráter especial de tais tratados (sistema misto), há que se ter

²⁹ Ministro Celso de Mello, HC 87.585-8 de 12.3.2008.

³⁰ Cite-se HC 123.246 de 15.01.2009; AI 705.483 de 30.09.2010, apenas a título de exemplo.

por inequívoca a impossibilidade de sua simples revogação pela legislação infraconstitucional ordinária, que não pode sequer dispor de modo diverso ignorando os preceitos internacionais sobre o tema. Além disso, o julgamento deixou clara a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre o direito interno, detentores do efeito de paralisar a legislação com eles conflitante.

Tratando-se da posição prevalecente, faz-se necessária a análise do julgamento como um todo para que a questão seja melhor compreendida.

Antes mesmo da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, muitos autores entendiam que a prisão civil do devedor fiduciante já não seria admissível no ordenamento brasileiro por não se tratar de depósito *strictu sensu*, mas sim de uma ampliação legal infraconstitucional de um conceito excepcionado pelo constituinte, que acaba por esvaziar a própria garantia constitucional.

Tudo leva a crer que o Decreto-Lei nº 911/69, que alterou o artigo 66 da Lei nº 4.278/65 (Lei do Mercado de Capitais) excedeu todos os limites da proporcionalidade como proibição de excesso sob o ponto de vista de seus elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, bem como da reserva legal proporcional. Ora, a lei equipara o devedor a depositário, por

mera ficção legal, e transforma o contratante proprietário do bem em possuidor. Sendo assim, prevaleceu a discussão sobre o conceito de depósito e o primado da liberdade individual sobre a recomposição patrimonial do credor-fiduciante e a hierarquia dos tratados sobre o tema coadjuvaram a discussão. Deixou de ser analisado pelas Côrtes o conflito entre a legislação interna e o tratado internacional ratificado.

Partindo da jurisprudência anterior que equiparava os tratados às leis ordinárias, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou a necessidade de que os tratados internacionais de direitos humanos fossem reposicionados no ordenamento de modo a conferir efetividade à proteção do ser humano, que na tendência constitucional contemporânea ocupa a posição de centralidade.

A saída encontrada para evitar o descumprimento unilateral de acordos internacionais sobre direitos humanos, diante da Emenda Constitucional nº 45 já em vigor, foi atribuir-lhes característica de supralegalidade, como nas Constituições do Paraguai e Argentina. Assim, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar especial no ordenamento jurídico.

Isso porque, no seu entendimento, o texto do §3º do art. 5º seria uma declaração

eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional promovida pela EC n.45/2004, e não submetidos à nova votação nela prevista, não podem ser comparados às normas constitucionais. Por outro lado, o mesmo texto seria um indicativo claro da importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua superioridade em relação aos demais.

O Ministro Gilmar Mendes deixa claro que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não revogaram o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal em que há previsão da prisão civil do depositário infiel. Isso porque não se equiparam a normas constitucionais e não tem o condão de alterar o seu texto. O status supralegal de tais convenções permite, tão somente, a paralisação dos efeitos da legislação infraconstitucional conflitante, seja anterior ou posterior a sua ratificação, não havendo possibilidade de se aplicar internamente o texto constitucional permitindo a prisão civil do depositário infiel.

O efeito paralisante mencionado decorre no princípio da reserva legal proporcional já citado. Dele se extrai que a regra geral de proibição de prisão civil por dívida (“Não haverá prisão civil por dívida, salvo...”) contém reserva de lei restritiva, o que, ao mesmo tempo, impõe-se como

garantia na medida que restrições devem ser estabelecidas pelo legislador³¹. E como as restrições concernentes ao depositário não podem ser aplicadas por estarem em confronto com os tratados mencionados, a prisão fica excetuada apenas no caso de inadimplemento inescusável de obrigação alimentícia.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional que regulamentava e permitia a prisão civil do depositário infiel (Código Civil de 1916, art. 1.287 e Decreto-Lei nº 911 de 1969) teve sua eficácia paralisada, já que os tratados citados gozam de hierarquia superior à legislação ordinária. Da mesma forma, a legislação posterior à ratificação desses tratados, como, por exemplo, o Código Civil de 2002, art. 652, teve, igualmente, sua eficácia paralisada.

Por fim, para que o texto constitucional seja modificado no sentido do que preveem os artigos 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 7º, 7 do Pacto de San José, o legislador deve submetê-los à aprovação prevista no art.5º, §3º, tal como definido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Daqui é possível extrair-se claro exemplo de mutação constitucional, ou seja, o texto teve seu sentido alterado para adequar-se às mudanças sociais que

³¹ Isso porque na Constituição de 1967 e alteração de 1969, sob a égide da qual surgiu a regra analisada, havia expressa necessidade de que a prisão ocorresse “na forma da lei”.

ocorreram após a redemocratização do país e sua abertura para o pluralismo.

A partir desse entendimento, estabelece-se a possibilidade do chamado controle de convencionalidade das leis pelo poder judiciário. Ora, estando igualmente sujeito aos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, deve-lhe obediência e aplicação prática nos julgamentos domésticos, não só mediante a utilização da hermenêutica comum como devendo recorrer à interpretação que os tratados tenham recebido das cortes internacionais. Assim, à semelhança do controle de constitucionalidade difuso, verifica-se aqui a necessidade de que, nos casos concretos, as convenções e tratados sobre direitos humanos norteiem possíveis decisões que reconheçam a ineficácia do direito interno.

Em suma, o entendimento que prevaleceu na Corte Suprema do país é o de que a Constituição Federal é superior, em termos de hierarquia normativa, aos tratados ratificados pelo Brasil, inclusive aqueles que confirmam ampliação ao rol de direitos humanos estabelecido internamente. Em tese, ao Supremo Tribunal Federal não é vedado realizar o controle de constitucionalidade de tratados, embora todas as cortes internacionais mundo afora tendam a evitar declarações de inconstitucionalidade de documentos internacionais ratificados internamente,

posto ser a ratificação uma demonstração de submissão ao acordo mais amplo.

CONCLUSÃO

Embora a tese que confere *status* constitucional aos tratados internacionais que veiculam a proteção aos direitos humanos não tenha logrado êxito no entendimento do Supremo Tribunal Federal, impossível negar que o texto contido no §2º do art.5º demonstra a necessidade de proteção de direitos não enumerados formalmente.

Ora, há valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, por seus princípios, pelo regime. A dignidade foi guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito. O valor dignidade da pessoa humana serve então como diretriz material a toda e qualquer interpretação.

Nesse aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos, embora não tenham reconhecidamente revogado o art.5º, inciso LXVII da Constituição de 1988, não deixaram de atingi-lo. O texto Constitucional continua existindo, porém, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sem aplicabilidade diante do efeito paralisante dos tratados em relação à legislação infraconstitucional com eles incompatível.

Doravante, o procedimento legislativo especial de aprovação previsto no §3º do art.5º da Constituição Federação pode resolver as pendências interpretativas até aqui sentidas, de modo que novos e antigos tratados internacionais de direitos humanos podem ser alçados ao *status* de Emenda Constitucional, alterando formalmente o texto constitucional, sem prejuízo de nova mudança de entendimento na Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro. Considerações Críticas sobre a Abordagem dos Direitos Humanos e a Constitucionalização e Internacionalização do Direito. In: MAGRAF, Alencar Frederico, LAZARI, Rafael de [organizadores]. **A consolidação substancial dos direitos humanos: perspectivas e tendências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KELSEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito Internacional e Estado Soberado**. Org.Mario G Losano. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo:Editora Martins Fontes, 2002.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira, In: MORES, Alexandre de. et al.; [organização Equipe Forense]. **Constituição Federal Comentada** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Leonardo, In: MORES, Alexandre de. et al.; [organização Equipe

Forense]. **Constituição Federal Comentada** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art.5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano e AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro – Interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano. In: PIOVESAN, F. et al. [coord.] **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** 15. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Anotações sobre a Dignidade da Pessoa Humana e sua Relação com os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira. In ANTONIAZZI et al. [coord.] **Direitos Humanos e integração jurídica:**

avanzando no diálogo constitucional e regional – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.** 1947. Arquivos de Direitos Humanos, v.1, 1999.



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E
LIBERDADE RELIGIOSA**

**TENSIONS IN ADO 26: JUDICIAL ACTIVISM AND
RELIGIOUS FREEDOM**

*Emily Beatriz dos Santos Alves
Matheus Thiago Carvalho Mendonça*

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
Rio de Janeiro - Rua Liberdade, 110 - 2º andar - Centro



TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E LIBERDADE RELIGIOSA

TENSIONS IN ADO 26: JUDICIAL ACTIVISM AND RELIGIOUS FREEDOM

Emily Beatriz dos Santos Alves

Matheus Thiago Carvalho Mendonça

RESUMO

O presente estudo pretende analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em face das liberdades de consciência e religiosa com base no julgamento da ADO 26, que criminalizou as práticas de homofobia e transfobia ao torná-las semelhantes ao crime de racismo. Para tanto, o trabalho utiliza como instrumento metodológico de pesquisa a revisão literária, sendo predominante a análise bibliográfica e jurisprudencial, concernentes à ADO 26 e referenciais teóricos destacados. O trabalho pretende investigar a natureza do ativismo judicial e seu vínculo com a judicialização. Posteriormente, demonstrar a dinâmica das liberdades de consciência e religiosa, de modo a enfatizar a constitucionalidade desta garantia e a religião como bem humano básico na teoria de John Finnis. Ao final, se analisa o caso concreto da ADO 26, sustentando a hipótese de que o posicionamento da Suprema Corte pode ser entendido como ativismo judicial ao usurpar funções legislativas em prol de manifestação ideológica ilegítima.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Liberdade Religiosa; John Finnis; STF.

¹Emily Beatriz dos Santos Alves

Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA, Belém-PA)

² Matheus Thiago Carvalho Mendonça

Graduando em Direito na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Graduando em Filosofia pela Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (UNLP).

ABSTRACT

This study aims to analyze the judicial activism of the Supreme Federal Court in the face of freedom of conscience and religion

based on the judgment of ADO 26, which criminalized the practices of homophobia and transphobia by making them similar to the crime of racism. To this end, the work uses literary review as a methodological research tool, with a predominance of bibliographic and jurisprudential analysis, concerning ADO 26 and highlighted theoretical references. The work intends to investigate the nature of judicial activism and its link with judicialization. Subsequently, demonstrate the dynamics of freedom of conscience and religion, to emphasize the constitutionality of this guarantee and religion as a basic human good in John Finnis' theory. In the end, the specific case of ADO 26 is analyzed, supporting the hypothesis that the position of the Supreme Court can be understood as judicial activism when usurping legislative functions in favor of illegitimate ideological manifestation.

Keywords: Judicial activism; Religious Freedom; John Finnis; Brazilian Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com o surgimento do constitucionalismo democrático e a universalização do *judicial review*, verifica-se a força do discurso de

proteção dos direitos humanos e das virtudes cívicas. Presencia-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno à inamovível força vinculante dos valores de justiça. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo político do Poder Judiciário, ao depositar nele novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social não solucionados pelas instâncias político-representativas (VERBICARO, 2019).

Nesse contexto, em dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em face do Congresso Nacional, com o propósito de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, por ser isto (a criminalização específica), segundo os patronos da demanda judicial, decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII, CF/88). Após alguns anos, em junho de 2019, por maioria, o pleno julgou a ADO nº 26 procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para, dentre outras implicações: (1) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso

Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos supraditos da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (2) declarar que, em face dos mandados constitucionais de incriminação, deve-se enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei do Racismo (Lei 7.716/89), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Assim, no âmbito do caso acima relatado, o presente estudo se debruça sobre as principais fundamentações elencadas na apreciação da ADO 26 e busca demonstrar que a atuação do Tribunal Constitucional foi dotada de um caráter ativista eminentemente ideológico. O estudo busca, outrossim, analisar sua repercussão no que concerne à liberdade religiosa, seus potenciais riscos e violações, destacando a religião como um bem humano básico.

Para tanto, instrumentalizando a revisão bibliográfica como método. o presente estudo, no primeiro momento, se debruça sobre o fenômeno do protagonismo judicial – especificamente sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Acerca desse último, investiga suas origens, diferenciações ao protagonismo político, possíveis violações ao princípio da separação de poderes e sua questionável

legitimidade. A segunda parte busca descrever a natureza constitucional da liberdade religiosa e a religião – potencialmente afetada pelo julgado em análise –, como um bem humano básico, a partir da corrente teórica jusnaturalista de John Finnis. Ao fim, se pretende realizar uma exposição analítica, prévia e básica, acerca do conteúdo da ADO 26 e apreciar possíveis reflexos do ativismo, no caso, sobre as liberdades de consciência e religiosa.

2. ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1. NOTAS PRELIMINARES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL

“O protagonismo judicial pode ser considerado gênero que congrega duas espécies distintas de fenômeno, a judicialização e o ativismo judicial” (VIARO, 2017, p. 232). No contexto de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição – no qual “[o] ‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, [...] [mas] também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 37) – cada um deles (a judicialização e o ativismo judicial) se prestam a ilustrar hipóteses de redimensionamento da interação de quatro principais elementos na contemporaneidade:

direito, política, sociedade e Poder Judiciário.

No plano internacional, os debates sobre a judicialização³² têm um dos grandes marcos ao início dos anos 90, com a conferência *The Judicialization of Politics*³³. A conferência resultou numa coleção de escritos acerca da judicialização em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, com destaque para o trabalho de Vallinder (1994) que introduz a temática, em sentido amplo. No curso da década seguinte ao referido evento, diversos acadêmicos debruçaram-se sobre o tema, dentre os quais destacam-se os trabalhos de Capeletti (1971), Antoine Garapon (1999), Stone-Sweet (2000), Shapiro (2002) e Ran Hirschl (2004a; 2004b). Contudo, um escrito – em certa dimensão “pioneiro” – que assume proeminência é a coletânea editada por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), que se tornou referência no debate da questão.

³² Há de se observar que a judicialização tem sido trabalhada a partir de duas perspectivas principais: a primeira, comumente chamada “judicialização da política”, trata o problema pelo prisma político-institucional, com principal foco no Estado e em processos de modificação das relações entre seus Poderes; e a segunda, comumente referenciada “judicialização das relações sociais”, trata o problema pelo prisma sociocultural, conferindo maior atenção à própria sociedade e aos processos de modificação das relações entre seus agentes (CARVALHO; MARONA, 2009; VIARO, 2017; VERBICARO, 2019).

³³ Conferência realizada pelo *Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudizario*, vinculado à Universidade de Bologna, em junho de 1992.

Considerando a necessidade (teórica e pedagógica) de distinguir a temática do ativismo judicial e judicialização, o presente estudo meditará primeiramente sobre a segunda, acerca da qual, em vias preliminares, Vallinder escreve:

[A judicialização seria] (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes em prejuízo dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do legislativo, do gabinete ou serviço público para os tribunais, ou pelo menos, (2) a disseminação de métodos de tomada de decisões judiciais fora da própria esfera judicial. Resumindo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial (VALLINDER, 1994, p. 91, tradução nossa).

Nesse sentido, em uma acepção mais ampla, pode-se dizer que “a judicialização corresponde a um fenômeno complexo em que, além do elemento jurídico, estão envolvidos elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e também culturais” (VIARO, 2017, p. 234), que interagem em diferentes níveis, sob variadas formas, em múltiplos cenários, estabelecendo tendências de ampliação de normatização e expansão do espectro de questões passíveis de deliberação por magistrados e tribunais. Tal fenômeno não se dá por mera coincidência de questões políticas, mas “reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, agravado [...] pela Carta de 1988 – a *judicialização da política* que tende a trazer a politização da justiça” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 1, grifo

original). Não é outro o entendimento de Garapon (1999), para quem o protagonismo dos tribunais é, com efeito, um fenômeno de natureza social, mas que remete ao “esvaziamento dos ideais e práticas democráticas³⁴ que faz substituir as modernas instituições associativas, induzindo deslocamentos de legitimidade” (AVRITZER, MARONA, 2014, p. 85). Em tom similar, Verbicaro escreve:

Com a consolidação desse fenômeno [da judicialização da política] percebe-se uma certa aproximação entre o direito e a política, bem como uma **mitigação ao conceito de legitimidade democrática**, compreendida como simples representação originária do povo nas urnas capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos constituídos, ampliando-se tal fundamento democrático para a plena realização dos direitos fundamentais (VERBICARO, 2008a, p. 157, grifo nosso).

Em continuidade, acerca das condições necessárias ou facilitadoras ao surgimento do dito processo de judicialização da política, Neal Tate (1995) enumerou algumas delas, quais sejam: a institucionalização de uma ordem democrática; a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário; a universalização do acesso ao sistema de justiça; a existência de uma Constituição

(política de afirmação de direitos) que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria³⁵; o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política; a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política (tal ineficácia materializa-se na ausência e/ou insuficiência as políticas públicas acertadas na arena política e na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do Parlamento, gerando, com isso, uma espécie de crise de governabilidade e paralisia no processo decisório, o que culmina, quase sempre, em demandas ao Poder Judiciário); as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica (trata-se de um ato de renúncia à prerrogativa de decidir a fim de evitar o enfrentamento direto com questões fortemente controversas e de grande magnitude e impacto à sociedade. Exemplo: os casos de aborto, eutanásia, adoção de crianças por casais homossexuais, etc.) (TATE, 1995, p. 27-36)

³⁴ Nesses termos, o protagonismo do Judiciário estaria diretamente associado à generalizada desconfiança em relação às tradicionais instituições representativas; em especial, em relação aos Legislativos, permitindo assim tanto uma comunicação entre a sociedade civil e o Judiciário quanto uma forte limitação de impulsos democráticos pelo Poder Judiciário (FILGUEIRAS; MARONA, 2012).

³⁵ Tese fortemente compartilhada por Ferreira Filho (1994).

2.2. UM OLHAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

A outra forma de manifestação no protagonismo judicial seria o chamado ativismo judicial, que – no âmbito da doutrina jurídica estadunidense – constituiu oposição à ideia de passivismo, expresso nas duas variantes do interpretativismo: o “textualismo” e o “originalismo” (CHEMERINSKY, 2006; RAMOS, 2010, p. 129). Nesse sentido, deve-se esclarecer que o *textualismo* refere-se à “teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição”, ao passo que o *originalismo*, além da mera linguagem textual, abarca também “o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto” (RAMOS, 2010, p. 130).

E, de outra parte, Silva Ramos (2010) complementa ao explicar acerca do “não interpretativismo” que, por sua vez, também divide-se em (1) *conceitualismo*, que reconhece que a sociedade evolui e a lei muda, evoluindo também o significado da Constituição; e (2) *simbolismo*, “que pode ser definido pela tentativa de lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americanas (como definidas pela Corte) ‘para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo’” (VIARO, 2017, p. 238).

Uma vez realizadas esclarecidos tais detalhes teóricos concernentes à jurisdição constitucional estadunidense – ambiente onde deu-se o início de tais debates³⁶ – deve-se observar a evidente ambiguidade do termo “ativismo judicial”, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não “interpretativismo”, mesmo que não destoante dos postulados positivistas³⁷, não olvidando a carga valorativa adquirida, que pode ser positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais (RAMOS, 2010). Note-se, inclusive, a existência de dissensões bastante expressivas que

³⁶ Marcelo Continentino explica que “o conceito de ativismo judicial tem seu ‘nascimento’ ligado a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte Americana. É o resultado de uma narrativa que busca justificar como se daria o legítimo exercício da competência da Suprema Corte dos Estados Unidos” (CONTINENTINO, 2012, p. 142).

³⁷ No âmbito filosófico, esse fenômeno caracteriza-se, na verdade, pelo rompimento com o formalismo clássico (o paradigma entre jusnaturalismo e positivismo), em detrimento da ascensão doutrinária *pós-positivista*, onde os conflitos jurídicos originam na dissidência de interesses particulares incompatíveis com preceitos resolutivos explícitos na norma, conforme Barroso explana: “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e ética” (BARROSO, 2015, p. 30).

propiciaram a cunhagem do termo “juristocracia” (VIEIRA, 1994, 2008).

Contudo, em tom propositivo, pode-se dizer que o ativismo judicial seria um fenômeno caracterizado pela proatividade do Judiciário ao interpretar a Constituição associada à participação na concretização dos valores e fins constitucionais para, de alguma maneira, suprir omissões e falhas dos poderes representativos. Para Barroso (2009, p. 6), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Como mencionado anteriormente, a análise feita acerca do fenômeno é costumeiramente ambígua. Na perspectiva positiva, a postura “proativa” (BARROSO, 2009) do magistrado é tida como atuação “funcional necessária e oportuna” (VASCONCELOS, 2015, p. 20), como forma de “fazer valer a primazia da Constituição” (BRASIL, 2011). No sentido oposto, na perspectiva negativa, têm-se o ativismo como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional” (RAMOS, 2010, p. 116), descambando o juiz para o voluntarismo ou “decisionismo judicial” (SARMENTO, 2007).

Contudo, sem prejuízo desse (aparente) contrassenso valorativo, é

possível constatar que tanto os que apontam críticas como os que elogiam o ativismo parecem dar como preestabelecida a percepção de que o ativismo, em suas várias matizes, transpõe um incontestável afastamento do juiz do âmbito do que seria (ou poderia ser) o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que o aplaudem, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, censuram a quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito (BRANCO, 2013).

Na sequência expositiva acerca do ativismo judicial, deve-se destacar que há pelo menos um fator que pode ser considerado essencial: “a predisposição ou vontade dos juízes e tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício da atividade jurisdicional, que leva o juiz ou o tribunal a atuar fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento” (VIARO, 2007, p. 244). Em tom similar, Ernest Young (2002) entende que o ativismo apresenta um inegável caráter comportamental, pelo que o fenômeno não ocorrerá não ocorrerá enquanto os agentes do Judiciário, por sua disposição, mantiverem sua atuação dentro dos limites previstos no ordenamento.

Para alguns autores, a exemplo de Hirschl (2004a, 2004b) e Loiane Verbicaro (2008a, 2008b), tal fenômeno é reflexo do processo de constitucionalização e

positivação de direitos, bem como a instrumentalidade processual para reivindicá-los na Constituição de 1988 (FERREIRA FILHO, 1994) e, sendo o neoconstitucionalismo mecanismo responsável por centralizar a resolução de conflitos, conferir autonomia e ampliar a atuação do judiciário para outras esferas do político. Igualmente, atribui-se sua origem as transformações dogmáticas e institucionais ocorridas no direito constitucional descendentes Segunda Grande Guerra, no século XX³⁸. Segundo Barroso, tais mudanças constituíram-se através de três “marcos” resultantes do “novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo” (BARROSO, 2015, p. 28)

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o **pós-positivismo** [...]; (ii) como marco *histórico*, a **formação do Estado constitucional de direito**, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a **redemocratização** institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o **reconhecimento de força normativa à Constituição** (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a **expansão da jurisdição constitucional** e o **desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação**

³⁸ Ademais, consta-se como “marco” histórico o processo de redemocratização iniciada na Europa, em especial na Alemanha e Itália no pós-guerra e a reconstitucionalização (nos pós autoritarismo) no Brasil, fato que conferiu importância e centralidade à Constituição ante as instituições na promulgação da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2005, p. 3-4)

constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (BARROSO, 2015, p. 28, grifo nosso).

Nesse diapasão, Loiane Prado Verbicaro (2008b, p. 394) explica que “uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos” – como reconhecidamente é o texto da Carta de 88, a chamada Constituição Cidadã –, quando associada a “uma prática judiciária que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental” com o escopo de realizar os valores substanciais presentes em seu texto e “garantir o elo contencioso de união da política (pública governamental do Estado) ao núcleo político e valorativo do contrato social expresso na Constituição”. Dito em outro tom, é possível sustentar que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço que, para o jurista argentino Zaffaroni “consiste em controlar que, nessas realizações normativas [...], [o Estado] respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana” (ZAFFARONI, 1995, p. 37)

Acerca do protagonismo do Judiciário e o chamado neoconstitucionalismo, Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 117) afirmam que “a judicialização refere-se ao novo estatuto

dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política”. Tal processo, como sustentado pelo presente trabalho, põe em risco os pilares democráticos, o que é agravado pelo sistema híbrido de controle de constitucionalidade, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes: “O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno [...] com contornos desconhecidos nas democracias maduras. Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria” (apud MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117).

Na prática, as inovações legislativas permitiram ao Supremo Tribunal Federal um controle maior da constitucionalidade dos mais diversos atos legislativos, sobretudo quando esses carecem de alguma validade constitucional. Com inspiração no modelo europeu, o STF “faz vezes de corte constitucional ao atuar no controle (concentrado) de constitucionalidade das leis, o que poderia situá-lo num ponto independente dos três poderes”. No entanto, por outro lado, em referência à tradição estadunidense, “ao operar na revisão judicial, [...] o STF se inclui dentre os órgãos do Poder Judiciário com competências revisionais em matéria

constitucional” (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 83).

Nesse contexto, Azevedo Campos (2014) entende que o ativismo judicial não viola o princípio da separação dos poderes, mas antes disso, existe uma notória discrepância quando se observa a confusão conceitual entre direito e Política; na sua abordagem, a própria sociedade se molda à necessidade de uma resposta além do modelo de estado moderno, que se apresenta deficitário. Logo, quando o judiciário toma uma característica ativa, busca, dentro dos ditames legais, a resolução de diversas lacunas. O autor sustenta, ainda, que a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar e aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes

Loiane Verbicaro (2008b, p. 399) entende que “a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos” demonstraria a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada após a democratização do país.

É precisamente nesse contexto que se insere a apreciação da ADO nº 26 à medida em que o ativismo judicial, na busca por suprimir eventuais omissões ou mesmo salvaguardar algum direito ou garantia fundamental, pode estender sua competência, no caso concreto, à competência legislativa. Mas, será tal fenômeno produtor para o chamado Estado Democrático de Direito?

2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF COMO PORTA PARA O ATIVISMO

A tradição liberal³⁹, em linhas gerais, relaciona o constitucionalismo à estabilidade. Seria possível afirmar, nessa linha, que o constitucionalismo expressa aquele conjunto de regras elaborado como prevenção à discricionariedade e à negociação de interesses (AVRITZER; MARONA, 2014). A pressuposição óbvia, por assim dizer, é a que opõe o reino da política, das paixões, dos particularismos, ao do direito, da razão, dos princípios. Nesse sentido, uma das funções mais importantes daqueles limites de inspiração constitucional é, portanto, constituir obstáculos à

³⁹ Por outro lado – com o escopo de desenhar uma abordagem mais abrangente – tem-se a vertente do igualitarismo, que toma o constitucionalismo como condição de possibilidade da democracia e aproxima-se da segunda onda de constitucionalização dos regimes democráticos, especialmente fundada na experiência europeia de fortalecimento e ampliação do catálogo de direitos fundamentais (AVRITZER; MARONA, 2014). Nessa linha, encontra lugar Dworkin (2001, 2007, 2010), para quem o constitucionalismo opera como fundamento moral da ordem jurídica, mas também Ely (1980), para quem os freios constitucionais, em lugar de serem antidemocráticos, podem reforçar a democracia.

construção de decisões majoritárias futuras (ELSTER; SLAGSTADT, 1988).

Assim, a ideia de Constituição assume a forma de um pré-comprometimento geracional, que – para Avritzer e Marona (2014) – resulta em, ao menos, duas consequências capitais: o (i) estabelecimento de um sistema rígido de revisão constitucional e o (ii) estabelecimento de um processo de adequação constitucional da legislação ordinária, em face da relação de subordinação que aquela ideia de Constituição impõe.

Roberto Gargarella (2013), por sua vez, aponta que o processo de independência da grande maioria dos países latino-americanos, ao longo do século XIX, deu continuidade àquela tradição constitucional clássica estabelecida na América do Norte e Europa. Na sequência, Roberto Pastor e Martinez Dalmau (2005, 2010) destacam que, ao final do século XX, novas e profundas mudanças na América Latina, induzidas pela generalizada crise política e de direitos humanos, derivada das ditaduras no continente ao longo dos anos 70, impulsionariam a reflexão crítica acerca do sistema de autoridade concentrado na figura do Executivo. Não obstante, a crise neoliberal demandaria que uma nova reflexão acerca das implicações e responsabilidades econômicas do Estado. Por fim, a proliferação de lutas sociais

complementaria o cenário turbulento. O resultado foi um amplo processo de reconstitucionalização dos estados latino-americanos que culminou com a promulgação de diversos textos constitucionais⁴⁰ – dentre eles, o brasileiro, em 1988. “Essas experiências, que são bastante diversas entre si, impulsionaram um esforço comum de redefinição crítica da teoria constitucional, em especial em face de sua tendência de uniformização sociocultural” (AVRITZER; MARONA, 2014).

Dentre os vários fatores marcantes do Estatuto Constitucional de 1988, a enorme autonomia do Poder Judiciário é digna de nota, vez que instituiu-se um amplo sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Esse controle categoriza-se, nos termos do artigo 102 da Constituição, de duas formas: ordinária e constitucional, conforme preleciona Barroso a seguir:

Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: (i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos

Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público (BARROSO, 2015, p.35).

Desta forma, vislumbra-se que ao STF é conferido competência para a aplicação de norma infraconstitucional a casos concretos de conflito de competência entre tribunais, a julgamento criminal de parlamentares e a interpretação e aplicação da Constituição em ações diretas a processo subjetivo (BARROSO, 2015, p. 35).

O STF [...] se destaca como *guardião da Constituição* pela força vinculante de suas decisões, geralmente em sede de Recurso Extraordinário. Mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, teoricamente mais descentralizado, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal torna ainda mais nítida sua função de guardar e uniformizar a interpretação do texto constitucional, mormente depois das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/200322, ponto culminante do processo de reforma do Judiciário (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 83, grifo original).

Na sequência, para Luís Roberto Barroso – magistrado que atualmente compõe o pleno STF –, esse controle sobre os demais poderes demonstra que a democracia exige a “incorporação” de valores transcendentais ao conceito clássico de “governo da maioria”. Por isso, ao tribunal constitucional superior transfere-se função representativa “por sua capacidade de ser um fórum de princípios [...] de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública [...] de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate”. Esse deslocamento representativo, caracteriza-se por uma

⁴⁰ Ademais, verifica-se a promulgação das Constituições de Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009).

“transferência de poder político” capaz de atribuir um certo protagonismo jurídico e poder criativo ao STF. É nesse ponto que a jurisdição constitucional origina a “judicialização política” e, no seu extremo, o ativismo judicial (BARROSO, 2015, p. 37-39)

Apesar de semelhante, o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, pois o ativismo judicial é o julgamento tendencioso a depender de um apelo social com respaldo constitucional nos princípios e direitos fundamentais adotando uma interpretação exageradamente extensiva ao que está na Constituição ou em alguma lei infraconstitucional. É uma escolha que o juiz faz diante de um caso concreto revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático.

Lenio Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Lepper (2015) sugerem algumas perspectivas de abordagem acerca do ativismo: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior

interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. No entanto, de mais a mais, retoma-se o ponto posto anteriormente, do ativismo como eminentemente “comportamental”, vez que “trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições”. Ao final, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 59), ao associar o ativismo ao “império da vontade”⁴¹, vaticinam: “O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o

⁴¹ Na mesma direção, Ferreira Filho – há mais de um quarto de século atrás – lançou seu “presságio” acerca do efeito da “opinião pública” sobre a vontade dos magistrados, ao falar de um “controle ‘externo’ do Judiciário”: “[...] a justicialização (sic.) da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em off, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do “controle externo” do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando – perdoe-se o pleonasma – no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial. E em favor disto invoca-se a democracia” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 16)

prática, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia”.

3. O QUE FINNIS TEM A VER COM A LIBERDADE RELIGIOSA?

3.1. UMA BREVE LEITURA DA LIBERDADE RELIGIOSA

Gregorio Peces-Barba (1993) – quando do prefácio a um clássico de Bobbio – assinala que a liberdade e a igualdade situam-se numa encruzilhada em que se reúnem a reflexão sobre a política e o direito, a filosofia política e a jurídica e inclusive raízes de filosofia moral. Destaca que “aparecem no âmbito da moralidade, como *prolongamento da personalidade humana e de sua dignidade*, assumem determinadas concepções do poder (liberal, democrática e social, três aportes imprescindíveis) e realizam-se numa ideia de Estado de direito” (PECES-BARBA, 1993, p. 36-37, grifo nosso).

Tal ideia pode ser mais bem ilustrada com a referência de Alexy (1993, pp. 331-2.) ao caso *Elfes*, apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão (TCA). No referido caso, em apertada síntese, o recorrente, em 1953, teve negada sua solicitação de renovação de passaporte. O TCA, em janeiro de 1957, não se convenceu de que a liberdade de viajar estivesse contemplada pelo artigo 11 da Lei Fundamental (que garante a liberdade de movimento), mas fundou sua tutela constitucional no

dispositivo que diz respeito (ao direito) ao livre desenvolvimento da personalidade, a suportar uma liberdade de atuar em sentido amplo – desde que não se vulnerem os direitos dos demais, nem se atente contra a ordem constitucional ou à moral (SCHWABE, 2003, p. 19-22). Ao comentar o referido caso, Jayme Weingartner Neto, acompanhando Alexy (1993), escreve:

Desta formulação extraem-se conseqüências (sic.) de grande alcance: trata-se da liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se queira, uma norma permissiva *prima facie* (desde que não intervenham *restrições*) – o que é dizer um direito, frente ao Estado, a que este não impeça as ações e omissões possíveis (não intervenha). E além de ações, podem-se abarcar situações e posições jurídicas neste direito geral de liberdade (a tutelar não só um “fazer”, mas também um “ser” fático e jurídico) [...]. Alexy foca, assim, o *princípio da liberdade jurídica*, que “exige que as alternativas de ação sejam afetadas o menos possível por mandatos e proibições” (WEINGARTNER NETO, 2006, p. 198, grifo original).

Em resumo, nesse ponto, o Tribunal Constitucional Alemão sintetiza sua concepção na fórmula sobre a imagem da pessoa: “um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se, a si próprio, em liberdade” (ALEXY, 1993, p. 342-349). Nessa linha, a Carta Política de 1988 diz que o primeiro objetivo da República é construir uma sociedade livre (art. 3º, I), assim como a inviolabilidade do direito à liberdade é assegurada no *caput* do art. 5º e a liberdade religiosa – provisoriamente compreendida como a inviolabilidade de crença, consciência e a

proteção do exercício de culto e suas liturgias em determinado espaço previsto – está contemplada no inciso IV do artigo 5º.

Portanto, seguindo Weingartner Neto (2006), é possível mencionar o conceito jurídico da liberdade religiosa, pensada como um direito complexo (*cluster right*⁴²), de vertentes subjetiva (titulares pessoas físicas e jurídicas) e objetiva – que se reveste, assim, de dimensões negativas e positivas e vincula os órgãos estatais e os particulares, sendo importante diferenciá-la do direito fundamental matricial da liberdade de consciência, e segui-la nas manifestações de crença e culto.

Pontes de Miranda (1967) aponta que os povos antigos desconheciam as garantias jurídicas da liberdade de consciência e de crença, que são inconfundíveis, vez que, para o autor, o “descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”. Após

⁴² Gomes Canotilho e Jónatas Machado (2003, p. 370-372) tratam das liberdades publicísticas – aquelas presentes noutros direitos fundamentais que “concretizam aquele direito nos vários domínios da vida social, como sejam a liberdade de participação política, a liberdade religiosa (MACHADO, 2002, p. 16) –, enquanto direito mãe ou *cluster right*, que seria um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina reconduz à categoria genérica de liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação, construída como um “superconceito” com o escopo de proteger “condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou efeito do seu conteúdo”, a prescindir da análise dos objetivos espirituais ou materiais da comunicação (WEINGARTNER NETO, 2006).

reconstrução histórica, Miranda destaca que, na alvorada do Renascimento ocorre a aparição do “Homem novo”, empenhado em defender a sua crença, quer contra o Estado, quer contra a imposição de Mundo, unirreligioso, simétrico e sobrevivente, do Império romano e, nesse contexto, “brotou [...] como parcela da liberdade de pensamento, porém a frente de todas as outras parcelas, a liberdade de religião como direito fundamental” (MIRANDA, 1967, p. 110-112).

Seguindo a Jayme Weingartner Neto (2006, p. 271)., “o direito à liberdade religiosa visa a proteger o *forum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé”. Cria-se, em torno do indivíduo, uma “esfera jurídico-subjetiva” cujo “perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar”. Vista como instrumento de florescimento dos cidadãos, livres e iguais, a liberdade religiosa entende-se juridicamente como conceito-quadro, cujo “preenchimento positivo é, acima de tudo, uma prerrogativa essencial e ineliminável da personalidade” (MACHADO, 2002, p. 220-221).

Ao fim, considerando o exíguo suporte para a exposição do conceito, pode-se subscrever a síntese abaixo, em vias de conclusão preliminar:

Em suma, esta é a posição, direito subjetivo individual que reconhece e

assegura a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião. A faceta negativa é, pois, inerente à liberdade religiosa, pena de abrir-se o flanco para a programação do direito fundamental, que significaria, *ipso facto* e já na raiz, sua negação. Trata-se da forma mais segura de blindar o direito contra qualquer coação (WEINGARTNER NETO, 2006, p. 272).

3.2. A RELIGIÃO COMO BEM HUMANO BÁSICO EM FINNIS

Após um período de domínio do debate jurídico pelas correntes positivistas, no início dos anos 70, John Finnis⁴³ – a pedido e por influência de seu orientador, H. L. A. Hart⁴⁴ – dedicou-se a pesquisar sobre a tradição da lei natural. Inserido na tradição analítica, com a publicação de *Lei natural e direitos naturais* (FINNIS, 1980, 2007), o jusfilósofo australiano foi capaz de introduzir o debate sobre o Jusnaturalismo no centro do pensamento jurídico contemporâneo, o que ocasionou o desenvolvimento da chamada Escola Neoclássica do Direito Natural ou Nova Teoria do Direito Natural (PINHEIRO, SOUZA, 2016b).

⁴³ “John M. Finnis faz parte da *New School of Natural Law* (juntamente com Germain Grisez, Joseph Boyle, Robert P. George e William E. May) que, ao menos desde meados do século XX, tem realizado uma reinterpretção do pensamento de Santo Tomás de Aquino com o objetivo de promover uma revitalização do Direito Natural” (SGARBI, 2007, p. 661)

⁴⁴ “Essa pesquisa era necessária, pois o sentido do Direito Natural havia sido fortemente mistificado, embaçado por uma nuvem de mitos e ideologias que jamais correspondeu à tradição de 2.400 anos da reflexão metajurídica, ética e política sobre o Direito” (PINHEIRO, SOUZA, 2016b, p. 4)

De “matriz aristotélico-tomista”⁴⁵, a referida teoria tem como pressupostos a apreciação dos bens humanos básicos regidos pelo ser humano e da razoabilidade prática, assim como a conceituação de bem comum substancial na razão prática⁴⁶, sendo a última responsável por legitimar a autoridade estatal “pela consecução de direitos humanos, que asseguram os bens humanos básicos do florescimento humano” (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p.241).

Para Finnis, o Direito é uma instituição social que permite a realização da razoabilidade prática – conforme mencionado anteriormente – com a que os homens os chamados bens humanos básicos. O objetivo de seu principal escrito consiste basicamente em (i) identificar os bens

⁴⁵ Victor Sales Pinheiro e Horácio Neiva (2019, p. 241) destacam que o mérito principal de Finnis parecer ser o de oxigenar a reflexão contemporânea com a contribuição de autores clássicos como Aristóteles e Tomás de Aquino. No tocante à teoria da justiça, a renovação do conceito de bem comum, a partir de uma concepção substancial, e não apenas instrumental, de razão prática, é relevante para refletir sobre as dificuldades de fundamentação ética das filosofias políticas que esposam teorias restritivas e deflacionadas do bem.

⁴⁶ “Outro aspecto central na teoria de Finnis”, na concepção de Pinheiro e Souza (2016b, p. 7), é a “razoabilidade prática. A ciência social descritiva tem, inevitavelmente, uma dimensão de razão prática, de filosofia prática. Afinal, as ações humanas apenas podem ser pensadas quando tomadas a partir do seu fim, a partir do bem ao qual elas visam. A ação humana é uma espécie de movimento para alcançar algo”. Ora, é imperioso esclarecer que, “em Finnis, ‘a noção de ‘prático’ [...] relaciona-se à ação e à decisão que a antecede, e não diz respeito à praticidade enquanto factibilidade ou eficiência. Prático aqui, no sentido aristotélico que Finnis emprega esse termo, não é oposto ao intelectual, ao reflexivo ou ao teórico” (MENDONÇA, 2018, p. 100)..

humanos básicos⁴⁷ (aspecto substancial da teoria); (ii) analisar a razoabilidade prática que os efetiva na ação humana, na vida prática (aspecto prudencial da teoria) e (iii) elucidar a epistemologia adequada⁴⁸ à compreensão do Direito (PINHEIRO; SOUZA, 2016a).

Por meio da apreensão do pensamento aristotélico-tomista, Finnis aponta um método para sopesar questões e determiná-las como moralmente certas (virtudes) ou moralmente erradas (vícios). Tal método perpassa pelo questionamento do que é razoável e coerente com o fim, o escopo do indivíduo e da comunidade. Isso implica na intelecção dos chamados bens

⁴⁷ Acerca disso, Finnis escreve: “Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições têm cabimento e de que maneiras podem ser (e frequentemente são) deficientes” (FINNIS, 2007, p. 17).

⁴⁸ Finnis (2007, p. 37-40), desde o começo, aponta os problemas do positivismo, que, segundo ele, “parte de uma ingenuidade hermenêutica, de uma ilusão metodológica”. Pinheiro e Neiva (2019, p. 1-2) são categóricos a esse respeito: “O positivismo seria muito bom, se fosse factível. No entanto, o que parte do positivismo jurídico faz é ocultar o horizonte hermenêutico do qual parte”. Deve-se mencionar que embora seja intenção de Finnis descrever fenômenos objetivamente, o autor insiste que é necessário tomar-se conhecimento do caso central a partir do qual é possível estabelecer relações com os casos periféricos. Isso instaura um significado focal que torna inteligível o fenômeno que está sendo descrito (FINNIS, 2007, p. 23-25). Em alguma dimensão, “é como se Finnis estivesse afirmando que toda descrição do direito é, *ipso facto*, avaliativa. Portanto, não é possível descrever o direito sem avaliá-lo” (PINHEIRO, NEIVA, 2019, p. 6).

humanos básicos (MENDONÇA, 2018, p. 103). Sobre os bens humanos básicos:

[...] [Finnis] afirma haver certas coisas que são básicas para o ser humano aprimorar-se; coisas, das quais, ele [...] depende, enfim, para desenvolver seu potencial crescimento enquanto ser humano. Por outras palavras, esses “valores básicos para a existência humana” constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais. Ou seja, os *basic values*, de Finnis, operam além de princípios de todo esforço moral, também do político e jurídico. Portanto, eles possuem caráter “pré-moral”, “pré-político” e “pré-jurídico”. De todo modo, importa mais uma vez assinalar que, para nosso Autor, eles são “autoevidentes”, e mesmo que nem todos os homens os entendam e os realizem com igual intensidade, eles são universais e fundamentais (SGARBI, 2007, p. 667)

“É importante notar que Finnis aponta características fundamentais dos bens humanos básicos. São elas *objetividade*, *auto-evidência* e a *incomensurabilidade*” (MENDONÇA, 2018, p. 103). Pautado nessas características básicas, Finnis elenca uma lista – com possibilidade de expansão⁴⁹ – de formas básicas de bem, como a vida, o conhecimento, a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e, por fim, a religião. Considerando o escopo do presente estudo – e o fato de que debruçar-se longamente sobre a teoria finnisiana seria irrealizável nessas laudas – deve-se focar no bem humano básico da religião.

⁴⁹ Finnis adverte, de plano, que (i) não há necessidade de o leitor aceitar sua lista, tampouco sua nomenclatura; e admite que (ii) não seria problema admitir outras formas básicas de bem, se de fato forem finalidades básicas do agir humano (FINNIS, 2011, p. 91-92).

Nesse sentido, Souza Simões e Anna Laura Fadel (2017) explicam que religião é um valor fundamental em Finnis (2007), na medida em que o homem se expressa, também, através da religião. Deve-se esclarecer que quando o jusfilósofo australiano se refere à religião, não se tem em conta uma religião específica, nem mesmo remete a uma religião única; pelo contrário, “afirma que o aspecto religioso é um aspecto necessário, historicamente verificado nas manifestações humanas, inclusive a manifestação antiteísta”. Finnis (2007, p. 95) indica Sartre, por exemplo, que – como destaca Pinheiro e Souza (2016b) – tem como sistema filosófico um ateísmo esclarecido, que seria um humanismo existencialista, em que o homem não tem essência pré-determinada e fixa, não tem nenhum critério superior à sua própria liberdade de ação. Portanto, a relação que Finnis traça é o fato de religião estar interligada ao sentido de buscar as origens de sua existência, “uma origem transcendente da ordem universal das coisas” (SIMÕES; FADEL, 2017, p. 584-585)

Assim, se poderia entender o valor humano básico da religião como o questionamento metafísico da realidade (a crença ou descrença numa ordem universal) (GEORGE, 1999, p. 135). A consciência, por sua vez, pertence a condição metodológica da razoabilidade prática e,

define parâmetros morais extrínsecos e intrínsecos de determinação do ser e sua práxis, advindos da cognição de objetos e situações exteriores, o discernimento do bem e do mal. Entende-se que uma crença se relaciona com o ser como elemento de sua integridade, ou seja, é o resultado do um juízo de valor feito na esfera subjetiva com um objeto externo, que constituirá, posteriormente, sua identidade.

Dessa forma, ao ser constatado o vínculo entre a ação ética razoável (a partir dos bens humanos básicos) e o bem comum, é necessário que em uma ação ética razoável esteja incluso o bem comum, para a consecução da humanidade, da felicidade. O bem comum, nesse sentido, é um critério tanto ético quanto jurídico, que legitima a justiça da política (FINNIS, 2007, p. 164) . Portanto, é possível perceber uma liberdade positiva e uma liberdade negativa. Pinheiro e Souza (2016b) notam que essa dualidade constitutiva da noção de direito e dever confere ao Estado uma dupla função em relação aos bens humanos básicos: (1) uma negativa, que consiste em respeitá-los, não se intrometer neles e deixá-los como estão; e (2) uma função positiva de promovê-los, torná-los cada vez mais acessíveis, disponíveis, para que no interior de cada decisão moral plenamente livre dos homens, eles hierarquizam e priorizam esses bens (GEORGE, 1999, p. 134). Por isso o Estado promove o esporte, a música, a cultura, a

literatura e exatamente por isso também cabe ao Estado promover a religião.

4. O CASO CONCRETO

Como referido na introdução do presente escrito, o Partido Popular Socialista (PPS) apresentou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com fundamento na suposta indiferença do Congresso Nacional e mora, que, segundo os argumentos apresentados na inicial, configuraria atitude preconceituosa à comunidade LGBT por influências de grupos majoritários eminentemente confessionais.

Alega-se que a “homotransfobia” compreende o que a Constituição define como racismo (art.5º, XLII, CF) devendo ser igualmente penalizada pela norma que aborda a “discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais” (art.5º, XLI, CF). Desta forma, atribui-se ao Congresso Nacional, a obrigação de editar norma que incrimine preconceito e discriminação em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero.

O Partido Popular Socialista postula contra o Congresso Nacional a impetração do reconhecimento da homofobia e transfobia enquadram-se no conceito de racismo (ontológico-constitucional); a mora inconstitucional do Congresso Nacional no dever de editar legislação criminal que puna a homofobia e transfobia frente às ofensas,

aos homicídios, as agressões, ameaças e discriminações em razão da orientação sexual ou identidade de gênero restando ao STF no reconhecimento de omissão e fixação de prazo razoável de um ano para elaboração da legislação criminalizadora, por fim, a Corte adote a corrente concretista geral do mandado de injunção, superando o mandado constitucional que exige lei formal aprovada pelo Congresso – em outras palavras, enquadre no crime de racismo.

4.1. A REPERCUSSÃO DA ADO 26 SOBRE O PRECEITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA

O artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal estabelece a liberdade de crença religiosa e resguarda a proteção aos locais de culto para transmissão dos ensinamentos que fundamentam fé, a qual se manifesta como um conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os valores para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal (GARCIA, 2010). A autora sustenta, ainda, que a fé está intimamente ligada a subjetividade do sujeito, sua forma de apreender o mundo e o seu agir em sociedade, condicionada por “referenciais superiores”.

A liberdade de consciência religiosa é a liberdade mais individual de todas, vez

que dá forma a identidade do ser e seus juízos tornam-se elementos intrínsecos ao indivíduo. Assim, o Estado não pode violar o poder de escolha do que acreditar e julgar moralmente bom, tal fundamento é primordial na defesa das liberdades individuais, visto que a cada indivíduo é permitido professar ou não quaisquer tipos de credo.

Nessa direção, observa-se o excerto a seguir, extraído do voto do Ministro Celso de Mello, relator da demanda judicial em tela:

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, **inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito,** vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, **recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero,** reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”) (BRASIL, 2019, p. 14, grifo nosso).

Essa explanação é interessante porque demonstra uma imposição de consciência pelo magistrado, onde a não aceitação a ideologia de gênero apresenta-se como ato discriminatório. Ora, a liberdade conferida pela Constituição – já abordada em momento anterior no presente trabalho – perpassa a hipótese de negar a consciência

de gênero. É manifesto que nas palavras do relator do caso há dentro dessa linha de raciocínio uma ausência normativa (já que não se trata de julgamento com vistas a tipificar a conduta, mas sim equipará-la ao crime de racismo) referente à plena liberdade de consciência religiosa, de maneira a responder objetivamente o ponto limítrofe entre o direito fundamental e o crime.

4.2. O POSICIONAMENTO ATIVISTA DO STF NA ADO 26

A Constituição estabelece no art. 22, I a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal, sendo esta função exercida pelo Congresso Nacional (art.48, CF/88). Tal alegação foi ratificada pelo ministro Ricardo Lewandowski (2019, p. 17), em seu voto:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta

O voluntarismo judicial tem como fundamento primeiro a proteção da democracia por meio do resguardo de preceitos fundamentais. Ocorre que a importância da Constituição e sua interpretação jurídica não podem suprimir outros poderes, como o legislativo. Desta

forma, diz-se que houve protagonismo judicial na Constituição, de fato, após provocação. Todavia, ao longo dos anos, o poder judiciário transformou-se, sendo mais ativo em questões de inércia do Congresso Nacional em demandas sociais inalcançáveis por omissão legislativa, conforme Barroso preceitua:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador originário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2009, p. 6).

Visando a proteção e garantia do princípio da igualdade, liberdade e dignidade sexual, com fins de mudança e inclusão social apreciou e concedeu discricionariamente a criminalização da homofobia e transfobia por equiparação atípica ao racismo com caráter *erga omnes* até sua regulamentação.

Primeiramente, deve-se dar destaque à equiparação ao crime de racismo no que tange à maneira como o ministro relator aborda a situação voltada à dignidade dos grupos sociais vulneráveis. Nos termos de seus votos a omissão legislativa bem como

uma política heterossexista transgredem de maneira cabal a própria condição humana.

É clara e nítida a conotação ideológica do relator quando sua abordagem declina de maneira enfática de estudos que vão de encontro ao que se está pleiteando na presente ação. Resta cristalino que o ativismo judicial, dentro das máximas de estudo não deve ser, em momento algum, reduzido. Todavia, ele deve ser em prol da redução de consequências já existentes de um determinado regramento jurídico.

É, antes de tudo, dever da Suprema Corte a sua ação visando a defesa e proteção dos diversos grupos e indivíduos que se encontram em flagrante posição de vulnerabilidade. Entretanto, deve-se atentar ao fato que a norma constitucional não deve ser ultrapassada quando da análise de um caso concreto por uma suposta omissão, e ter ainda mais agravada, quando em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Em caso similar, se verifica o extrapolamento das funções jurisdicionais da Suprema Corte quando esta acaba por legislar fora de suas atribuições, já que ainda no sistema de freios e contrapesos e independência dos poderes na República e no Estado Constitucional de Direito, o órgão máximo do judiciário não poderia atuar de maneira tão ideológica como tal (BARROSO, 2009).

Ponto em que extrai o entendimento acima encontra repouso quando da leitura do

voto. O relator cita passagem que frisa que “a nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição” (BRASIL, 2019, p. 23)

Outro ponto que merece destaque se refere a questão da análise do porquê o ministro entende que a homofobia e transfobia devem ser equiparados ao crime de racismo.

Há uma valoração dos bens protegidos constitucionalmente. Tal efeito gera, dentro do panorama jurídico, grande valia, visto que permite a supressão da omissão estatal; porém, deve-se salientar que tais normas constitucionais e salvaguardadas como normas de direito fundamental não devem ser extensivamente aplicadas sob pena de atuação inconstitucional do próprio Supremo Tribunal Federal à medida em que o poder judiciário passa a legislar sobre matéria reservada exclusivamente ao Legislativo, fato este devidamente destacado pelo voto.

É importante o destaque às fls. 64 os seguintes dizeres:

(b) **reconhecimento imediato**, por esta Corte, *de que a homofobia e a transfobia, quaisquer* que sejam as formas pelas quais se manifestem, **enquadram-se**, *mediante interpretação conforme à Constituição,* **na noção conceitual de racismo prevista** na Lei nº 7.716/89,

em ordem a que se tenham como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, *comportamentos discriminatórios e atentatórios* aos direitos e liberdades fundamentais **do grupo vulnerável LGBT**.

“**revela** que a comunidade internacional **elegeu o termo racismo** como expressão **que designa, sob o mesmo signo, todas as formas** de discriminação e de intolerância que, **representando a negação da igualdade e da dignidade** que qualificam os seres humanos, **fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais**” (fl. 81).

A maneira como se aborda a equiparação é sobretudo em virtude do ato de menosprezar os indivíduos que compreendem a orientação sexual diversa daquele biologicamente existente.

Há de se mencionar que, no tocante à existência da liberdade de culto como direito fundamental insculpido na Constituição, segundo o relator, não deve ser, sob hipótese alguma, tolhido ou mesmo impedido pelo Estado. Ocorre que dentro da celeuma apresentada nos deparamos com a suposta existência de abusos em pensamento quando estes extrapolam os limites constitucionais e atingem determinado grupo, neste caso LGBT

encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que *de sua prática possam resultar, especialmente no domínio religioso ou espiritual,* posições opiniões **ou** ideias **que não reflitam** o pensamento *eventualmente prevalecente* em dado meio social **ou** que, *até mesmo,* **hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária** de pensamento em determinada coletividade (fl.117)

É evidente que o *princípio majoritário desempenha* importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito (fl. 142)

É de importante destaque salientar que o posicionamento do relator não busca suprimir a liberdade religiosa. No entendimento do voto, o magistrado afirma que antes de tudo a liberdade religiosa é condição fundamental e inerente ao Estado Democrático de Direito, valendo-se da premissa de que qualquer violação a isso fere gravemente a Constituição da República.

De outro modo, relaciona a omissão estatal à presença de mecanismos de inferiorização de grupos vulneráveis sob o argumento de discurso de ódio, antissemita e racial como prática que deve ser combatida de maneira acentuada. Sua tese busca respaldo na formação basilar e fundamental da República Brasileira em dois aspectos: a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, que nesse sentido em conhecimento específico rechaça quaisquer práticas ou condutas que busquem a desumanização daqueles considerados pertencentes a grupos vulneráveis.

Tal destaque reveste-se de relevância vez que dentro do estudo sobre o ativismo judicial, encontramos e nos deparamos com ferramentas constitucionais que permitem ao judiciário sanar omissões legislativas referentes a condutas que violam preceitos fundamentais.

No resumo do voto, o eminente ministro busca salientar de maneira dinâmica que a liberdade religiosa não adentra o campo do discurso do ódio, pois sua expressão se dá por meio de atos, condutas, comportamentos e meios que apenas visam professar determinada fé, não obstante o comportamento religioso deve ser limitado ao respeito do direito do outro. Significa dizer que dentro da sistemática constitucional a expressão de qualquer tipo de manifestação que ultrapasse a garantia da liberdade fundamental não deve ser reconhecida como direito pela sua simples invocação (BRASIL, 2019).

Uma crítica que se estabelece, mais uma vez, é o caráter ideológico pessoal na condução da relatoria sob um aspecto com viés à resolução de um problema sem que com tal fundamento seja resguardado, em sua completude, o direito ao livre pensamento em suposto entendimento majoritário.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a liberdade religiosa e o ativismo judicial

apresentado no julgamento da ADO 26, onde a Suprema Corte equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, usurpando competência privativa do Poder Legislativo no que tange à penalização de condutas.

A abordagem feita demonstrou que em primeiro lugar a existência de um ativismo judicial desde o processo de redemocratização do país no período pós 1988, destacando que a Constituição Federal permitiu à Suprema Corte um papel de controle concentrado de constitucionalidade, o que elevou sobremaneira a importância de seu papel judicial.

Na continuidade do trabalho abordamos a dinâmica das liberdades onde se buscou demonstrar a análise da liberdade religiosa que permite ao indivíduo a livre manifestação de suas convicções, salientando que a simples exposição de tais liberdades não deve ser compreendida como de natureza odiosa. O trabalho investigou, outrossim, a relevância da religião como bem humano básico na teoria finnisiana, de modo a sustentar a importância da religião como modo de expressão da ontologia do ser humano.

A última parte deu ênfase ao julgamento da ADO 26, concluído em junho de 2019, onde deu-se lugar a análise de alguns pontos apresentados pelos eminentes ministros da Corte – especialmente o

conteúdo do voto do Relator do caso, o Ministro Celso de Melo – bem como se destacou o ativismo judicial, criticando-o de maneira a salientar a posição ideológica tão clara em sua fundamentação.

Ao fim, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal deveria ter se atido a notificar/cientificar o Poder Legislativo da necessidade imperiosa de avaliar a questão, em vez de equiparar uma norma para um assunto sem regra jurídica a ser tratada. Em resumo, o estudo constatou que houve usurpação da competência privativa do Poder Legislativo e claro ativismo judicial que propicia insegurança jurídica ao atentar contra o princípio da legalidade, a qual define que uma conduta lesiva somente poderá ser caracterizada como crime se estiver expressamente previsto em lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie C. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 69-94, set./dez. 2014

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o

governo da maioria. **Revista de Direito Administrativo**, Brasília, v. 240, 2005, p. 1-42

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05/05/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Rel. Min. Celso de Mello. J. 13/06/2019

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. New York: Bobbs-Merrill, 1971

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014

CARVALHO, Ernani; MARONA, Marjorie C. Por um conceito Operacional de Judicialização da Política. **Trabalho apresentado por ocasião do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Recife, v. 4, 2009

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

- ELSTER, Jon; SLAGSTADT, Run. **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988
- ELY, John. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994
- FILGUEIRAS, Fernando; MARONA, Marjorie. A corrupção, o judiciário e a cultura política no Brasil democrático. *In*: BIASON, Rita de Cássia (org.). **Temas de Corrupção Política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980
- FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999
- GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. *In*: GRIM, B. J.; LAZARI, R.; SORIANO, A. G. (org.). **Liberdade religiosa e desenvolvimento econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018
- GEORGE, Robert P. **In defense of Natural Law**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004a
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004b
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão:** Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho . Introdução ao pensamento de John Finnis e as insuficiências juspositivistas. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 14, p. 93-107, 2018

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** Tomo IV. São Paulo: RT, 1967

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, R. Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In:* CORTE CONSTITUCIONAL DEL EQUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.** Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, R. Martínez. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano. **Agora**, n. 13, p. 55-68, 2005

PECES-BARBA, Gregorio. La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio. *In:* BOBBIO,

Norberto. **Igualdad y libertad.** Barcelona: Paidós Ibérica, 1993

PINHEIRO, Victor Sales. NEIVA, Horácio L. M. Razão prática, direito e bem comum na teoria da lei natural de John Finnis. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 240-265, 2019

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016a

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. O laicismo e a teoria da lei natural em Finnis: a religião como bem humano básico. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 3, n. 1, p. 2-22, 2016b

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010

SARMENTO, Daniel Souza (Org.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 1, p. 73, 1947.

SCHWABE, Jürgen et al. **Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.** Trad.

- Marcela Anzola Gil.
Montevideo/Bonn/Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung/ Konrad-Adenauer-Stiftung EV/Gustavo Ibañez, 2003
- SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da**
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez. 2007.
- SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002
- SIMÕES, Sandro A. S.; FADEL, Anna L. M. O uso de símbolos religiosos nos espaços públicos e o mito da neutralidade do secularismo nos estados modernos: uma análise da religião como um bem humano básico, à luz da teoria de John Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 553-591, jul./dez. 2017
- STONE-SWEET, Alec. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995
- VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics—A World-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, p. 91-99. April 1994
- VASCONCELOS, Edson de Aguiar. Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado. **Revista Justiça Eleitoral em Debate**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 15-20, abr./jun. 2015
- VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019
- VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política no Brasil: aprofundamento ou distorção da democracia. **Confluências**, Niterói, v. 10, n. 1, p. 155-184, 2008a
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008b
- VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e

interpretação constitucional. *In:* DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (Coords.). **Interpretação Constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2017, p. 231-253

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte?. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 70-77. 1994

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracy. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 441-463. 2008

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: Um feixe jurídico entre a inclusividade e o**

fundamentalismo. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

- A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em "Comentários ao editor".
- O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF.
- Onde disponível, os URLs para as referências foram fornecidos.
- O texto está em espaçamento 1,5; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.
- O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em [Diretrizes para Autores](#), na página Sobre a Revista.

DIRETRIZES PARA AUTORES

1 Pré-condições e Orientações básicas

1.1 Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local (revistas ou anais de congressos, por exemplo).

1.2 Serão aceitos trabalhos redigidos em português, espanhol ou inglês.

1.3 O arquivo submetido não deve conter o(s) nome(s) do(s) autor(es).

1.4 Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é

fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

2 Tipo de colaboração aceita pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1 Artigos Científicos

2.1.1 Extensão: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (resumo e abstract) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices).

2.1.1 Formatação: formato do Word (nas extensões .doc ou .docx); A4, posição vertical; Fonte: Times New Roman; Corpo: 12; Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas; Entrelinhas: Espaçamento 1,5 cm; Sem espaçamento entre parágrafos; Margem: superior e esquerda – 3 cm; Inferior e direita – 2 cm; Numeração da páginas: contínua, no canto superior direito.

2.2 Resenhas

2.2.1 Extensão: mínimo de cinco (5) e o máximo de dez (10) páginas.

2.2.2 Serão aceitas Resenhas de livros recentemente publicados, cuja data de publicação não deve ultrapassar três (3) anos.

2.2.3 Resenhas submetidas à revista só podem ter um único autor.

2.2.4 A referências completa do(s) livro(s) resenhado(s) deve ser o primeiro elemento na estrutura do trabalho, na parte superior do arquivo, justificado, especificando-se: Autor(es), título e subtítulo (se houver), local (cidade), editora, ano de publicação e número de páginas.

3 Cadastro dos dados dos autores e do trabalho no sistema:

3.1. Os autores (até o máximo de 03, no caso de artigo) deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

3.1.1. Título do artigo em português;

3.1.2. Resumo e palavras-chave;

3.1.3. Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional e resumo da biografia (na parte de metadados e não no arquivo do manuscrito).

Atenção: a identificação dos autores deve constar apenas no cadastro da revista e na parte de metadados da submissão. Não deve haver indicação de autoria no texto do artigo submetido à avaliação.

4 Estrutura dos Trabalhos:

4.1 A ReBraDir: Revista Brasileira de Direito e Religião adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

4.2 A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1 Folha(s) despersonalizada contendo:

Título em português, não devendo exceder 20 palavras, em caixa alta (tamanho 12), centralizado e em negrito. Se houver subtítulo, inserir dois pontos após o título e escrevê-lo em seguida, na mesma linha, em caixa alta sem negrito.

Título em inglês, compatível com o título em português.

Atenção: Para textos em espanhol, Título, Resumo e Palavras-chave devem vir com tradução em inglês e português, antes do corpo do texto. Para textos em inglês, Título, Resumo e Palavras-chave devem vir com tradução em português, antes do corpo do texto.

Resumo, com no máximo de 200 palavras, fonte Times New Roman, corpo 12, redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado. O resumo deverá conter uma apresentação resumida dos pontos relevantes do artigo e fornecer elementos suficientes para que o leitor possa decidir sobre a conveniência da leitura do texto. O resumo, em sua estrutura, deverá contemplar, no mínimo, os seguintes itens: a) objetivo, b) método, c) conclusões da pesquisa.

Palavras-chave, mínimo 3 e máximo 5, para fins de indexação do trabalho.

Abstract e Keywords, em inglês, no caso de trabalho em português ou espanhol, e inglês e português, no caso de trabalho em espanhol.

4.2.2 Texto propriamente dito.

Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

O primeiro item do trabalho, devidamente numerado, deve ser identificado como "Introdução". A introdução do artigo deve conter elementos essenciais a uma plena compreensão do texto. Sugere-se que os autores apresentem a) uma breve contextualização do assunto; b) o problema que será investigado; c) os objetivos do artigo; d), bem como, a metodologia empregada. Ao final da introdução recomenda-se que seja realizada uma apresentação sucinta da estrutura geral do artigo de modo a permitir que o leitor compreenda como o assunto será abordado a partir de então.

O último item textual, numerado, deve ser identificado como "Conclusão". Ela deverá permitir ao leitor compreender se os objetivos apontados na introdução foram atendidos.

Os demais itens e subitens, devidamente numerados, podem ser identificados conforme escolha do autor.

Os títulos das divisões do artigo devem estar em caixa alta e negrito. Os subitens, se houver, devem estar em caixa alta sem negrito.

4.2.3 Citações e referências

Ao final, devem ser listadas as obras efetivamente citadas durante o texto, conforme normas da ABNT. Deve-se utilizar o negrito ao invés do itálico na identificação das obras.

Todas as citações de até 3 linhas deverão ser indicadas no corpo do texto por meio do uso “de aspas” seguida da indicação da fonte pelo sistema autor-data.

As notas de rodapé devem ser somente explicativas.

Quando for necessária alguma citação que exceda 3 linhas, o texto deverá sofrer um recuo de 2 cm a partir da margem esquerda e o texto deverá ser grifado em letra tamanho 10 e espaçamento simples.

Sugere-se moderação no uso de citações diretas.

5 Submissões Online: a Revista possui o compromisso de manter a qualidade das publicações, por isso prima pelo comportamento ético, conduta isenta de plágio ou qualquer comportamento antiético.

ARTIGOS

Política padrão de seção

Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local (revistas ou anais de congressos, por exemplo). Devem contribuir para o desenvolvimento doutrinário sobre Direitos Fundamentais, especialmente Liberdade Religiosa, e sobre temas que relacionem Direito e Religião.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Ao submeter manuscritos à avaliação da Revista, os autores afirmam se tratar de obra autoral, sem violação de direitos de terceiros e concordam que o texto, caso seja publicado, passe a ser de titularidade da revista. Assim sendo, os trabalhos publicados não devem ser comercializados ou utilizados indevidamente sem autorização expressa da revista. Permite-se a utilização para fins acadêmicos e desde que citada a fonte.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

CIVIL SOCIETY

TABLET

011 967 1 1000

MIC

10000

1 2 3 4 5



ANAJURE

Asociación Nacional de Juristas Evangélicos
por Defensa de las Libertades Eclesiastico-Pastorales