

**LEONARDO GOMES PENTEADO ROSA**

**Secularismo e liberdade de religião**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**



**LEONARDO GOMES PENTEADO ROSA**

**Secularismo e liberdade de religião**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de Concentração "Filosofia e Teoria Geral do Direito", sob a orientação do Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr.

Versão corrigida em junho de 2018. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que contribuíram a esta tese.

Gostaria de agradecer à UFLA, aos meus alunos e orientandos, em especial aos que me acompanharam durante grupos de estudo. Gostaria de agradecer em especial aos professores David Francisco Lopes Gomes, Gustavo Leite Ribeiro e Pedro Ivo Ribeiro Diniz.

Pelas discussões, gostaria de agradecer ao Yuri Corrêa da Luz, à Luciana Silva Reis, ao Artur Pericles Lima Monteiro, a David Francisco Lopes Gomes e, em especial, à Raphaela Rocha Ribeiro.

Gostaria de agradecer ao Artur Pericles Lima Monteiro e à Raphaela Rocha Ribeiro por me ajudarem com acesso a textos. Ao Arthur agradeço também pela ajuda na formatação.

Gostaria de agradecer também aos membros da Banca de Qualificação de Doutorado, professores Oscar Vilhena Vieira e Luis Fernando Barzotto.

Agradeço em especial ao orientador, Ronaldo Porto Macedo Jr.

Agradeço também à banca que aprovou esta tese em 04/04/2018: profa. Dra. Joana Zylberstajn, Profs. Drs. Thomas da Rosa Bustamante, Júlio Cesar Casarin Barroso Silva, Conrado Hübner Mendes e José Eduardo Campos de Oliveira Faria.

Agradeço à Rapaela, por tudo e mais um pouco. Pelo amor, pelos planos e pelo ninho ferroviário.



"Ofendam, amargurem ou seduzam a quem quer que seja, estorvem ou desgostem essas minhas convicções - não posso modificá-las, como não posso modificar meu próprio corpo. Preciso viver por mim mesmo, sozinho, e por mim mesmo e sozinho morrer (e muito em breve), por isso não posso de modo algum acreditar senão naquilo em que creio, preparando-me para ir ao encontro daquele Deus do qual provim. Não estou dizendo que minha fé seja a única incontestável de todas as verdades, mas não vejo outra mais simples, clara e que responda a todas as demandas da minha mente e de meu coração; se conhecer uma fé assim, logo a aceitarei, pois Deus não tem necessidade de nenhuma outra coisa além da verdade. Já não posso, de modo algum, retornar àquilo que, com tamanho sofrimento, acabo de deixar, assim como o pássaro que voou uma vez já não poderá entrar na casca do ovo de onde saiu", Liev Tolstói, "Resposta à resolução do Sínodo de 20-22 de fevereiro de 1901 e às cartas recebidas nessa ocasião" in *Padre Sérgio*. Tradução Beatriz Morabito, Prefácio Samuel Titan Jr., Pós-fácio Boris Schnaiderman, Desenhos Kazimir Maliêvitch. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 118.





ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *Secularismo e liberdade de religião*, 2018. 251f. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta tese apresenta proposta de regulamentação igualitária da relação entre estado e religião. Entende-se a religião como um conceito interpretativo (Ronald Dworkin) que designa o esforço humano de harmonizar-se com o divino (Joseph Boyle). Sustenta-se que o Estado deve visar a manter individualizadas as opções religiosas (Douglas Laycock), e que, ao fazê-lo, pode-se concebê-lo como secular (Dworkin e MacLure & Taylor). Ainda, analisa-se o argumento institucional de Richard Garnett a respeito da liberdade de religião e sua preservação. A tese em seguida analisa duas questões concretas: a concessão de acomodações na forma de isenções a regras gerais em razão de exercício de religião, bem como o significado de não-estabelecimento de culto ou subvenção da religião no ensino religioso nas escolas públicas. Quanto ao primeiro ponto, a tese sustenta interpretação da igualdade que justifica a concessão da acomodação (a partir de reflexões de Martha Nussbaum, de Garnett e de outros autores contra argumentos oferecidos por Ronald Dworkin e Eisgruber & Sager). Quanto a Dworkin, o modelo oferecido pela tese segue sua teoria política, mas sustenta proteção da liberdade de religião por regime concomitante de independência ética e de direitos especiais. Por fim, quanto ao ensino religioso nas escolas públicas, a tese defende que uma forma de seu oferecimento, sustentada por parte da doutrina brasileira, é capaz de promover a natureza secular do governo pois atende às demandas de convincente interpretação norte-americana de cláusula de não-estabelecimento, que também existe na nossa Constituição, e que não deve impedir benefícios públicos à religião que sejam indiretos, intermediados por escolha privada, e executados por entidades não-estatais (Nussbaum, Eisgruber & Sager, Laycock e Volokh).

Palavras-chave: secularismo; liberdade de religião; acomodações; ensino religioso nas escolas públicas; Ronald Dworkin; estabelecimento; independência ética; direitos especiais.



ROSA, Leonardo Gomes Penteado. Secularism and freedom of religion. 2018. 251p. Doctorate. Faculty of Law. University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2018.

This thesis presents an egalitarian proposal of regulamenting the relationship between state and religion. Religion is conceived as an interpretive concept (Ronald Dworkin) that designates the human effort to harmonize with the divine (Joseph Boyle). It is argued that the state should aim at keeping individualized the religious options (Douglas Laycock) and that, by doing so, it can be considered secular (Dworkin and MacLure & Taylor). In addition, Richard Garnett's institutional argument on the freedom of religion and its preservation is analysed. The thesis then analyses two concrete issues: the granting of accommodations in the form of exemptions to general rules due to the exercise of religion, as well as the meaning of non-establishment of worship or the subvention of religion in the religious teaching at public schools. As to the first point (and beginning at reflexions by Martha Nussbaum, Garnett and others against arguments offered by Ronald Dworkin and Eisgruber & Sager), the thesis defends an interpretation of equality that justifies granting of accommodations. As to Dworkin, the model offered by the thesis follows his political theory, but holds protection of the freedom of religion by a regime of concomitant ethical independence and special rights. Finally, as to religious teaching at public schools, the thesis defends that a form of its offering which is held by part of Brazilian scholars is capable of promoting the secular nature of government because it follows the requirements of a convincing American interpretation of the non-establishment clause, that also exists in our Constitution, and that should not prevent public benefits to religion that are indirect, intermediated by private choice, and executed by nonstate actors (Nussbaum, Eisgruber & Sager, Laycock e Volokh).

Key Words: Secularism; freedom of religion; accommodations; religious teaching at public schools; Ronald Dworkin; establishment; ethical independence; special rights.



ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. Secolarismo i libertà di religione. 2018. 251p. Dottorato. Facoltà di Giurisprudenza. Università di Sao Paulo, Sao Paulo, 2018.

Questa tesi presenta proposta di regolazione egualitaria della relazione tra stato i religione. É capita la religione come un concetto interpretativo (Ronald Dworkin) che designa il sforzo umano di armonizzarsi con il divino (Joseph Boyle). É proposto che lo stato dovrebbe mantenere individualizzati gli opzioni religiosi (Douglas Laycock) e che, nel farlo, si può concepirlo come secolare. Ancora, è analizzato il argomento istituzionale di Richard Garnett su la libertà di religione i sua preservazione. La tesi poi analisi due questioni concreti: la concessioni di adattamenti attraverso di esenzioni dal regole generale dovute dell'esercizio della religione, così come il significato di non stabilimenti di culto o sovvenzione della religione nel insegnamento religioso nella scuola pubblici. Per quanto riguarda il primo punto, la tesi sostiene interpretazione de egalianza che justifica le concessioni di adattamenti (ispirato da riflessioni di Martha Nussbaum, di Garnett e altri autori contra l'argomento offerto da Ronald Dworkin e Eisgruber & Sager). Per quanto riguarda a Ronald Dworkin, il modello offerto da tesi segue sua teoria politiche, ma supporta le protezioni della libertà di religioni por schema concomitante di indipendenza etica e di diritti speciali. Alla fine, per quanto riguarda l'insegnamento religioso nella scuola pubblici, la tesi difende che uno modo di offerta, supportato da parte della giurisprudenza brasiliana, può promuovere la natura secolare del governo perchè soddisfa gli richiesti di una interpretazione americana avvincente della regola di non establimenti, che esiste anche alla nostra Costituzione, e che non dovrebbe impedir gli benefici pubblici alla religioni che sono indiretti, intermediati da decisioni privati, i eseguito per entità non statale (Nussbaum, Eisguber & Sager, Laycock i Volokh).

Paroli chiavi: Secolarismo; libertà di religione; adattamenti; insegnamento religioso nella scuola pubblici; Ronald Dworkin; establimenti; indipendenza etica; diritti speciali.



## Conteúdo

INTRODUÇÃO.....	1
Seção 1. Religião e igualdade.....	1
Subseção 1.1. O mais do velho mesmo .....	1
Subseção 1.2. Tese fundamental .....	2
Subseção 1.3. Direito e interpretação .....	2
Seção 2. Antecedentes.....	9
Seção 3. Os autores e as questões do trabalho.....	12
CAPÍTULO 1. RELIGIÃO E GOVERNO SECULAR.....	21
Seção 1. Introdução .....	21
Seção 2. Religião e sua interpretação .....	22
Seção 3. Governo Secular.....	40
Seção 4. As liberdades e suas instituições.....	50
Seção 5. Conclusão.....	60
CAPÍTULO 2. A LIBERDADE DE RELIGIÃO E A SUA PROTEÇÃO .....	63
Seção 1. Introdução .....	63
Seção 2. Religião e acomodações.....	66
Seção 3. Não-especialidade da religião: uma crítica .....	74
Subseção 3.1. Liberdade de religião e igualdade .....	74
Subseção 3.2. Religião e independência .....	99
Seção 4. A forma da liberdade: por que a religião deve ser livre?.....	120
Subseção 4.1. Introdução.....	120
Subseção 4.2. Os passos do argumento e os erros de Dworkin.....	122
Subseção 4.3. Liberdade e integridade .....	133
Subseção 4.4. Direito especiais à liberdade de religião.....	143
Seção 5. Aplicações dos direitos especiais.....	153
Subseção 5.1. Independência ética e exceção a direito .....	153
Subseção 5.2. O Sabá no STF .....	161
Seção 6. Conclusão.....	167
CAPÍTULO 3. ENSINO RELIGIOSO NA ESCOLA PÚBLICA.....	169
Seção 1. Introdução .....	169
Seção 2. A igualdade na escola pública.....	179
Seção 3. Um Critério.....	186
Subseção 3.1. Acesso igualitário e ensino da religião.....	186
Subseção 3.2. Escolas abertas e o direito constitucional brasileiro.....	201
Seção 4. A ADI 4429: o ensino religioso no Supremo Tribunal Federal.....	210
Seção 5. Conclusão.....	214
CONCLUSÃO.....	219
BIBLIOGRAFIA .....	223
Trabalhos acadêmicos.....	223
Decisões judiciais e documentos similares .....	244
Petições Iniciais .....	244
Manifestações no processo.....	244
Participações como amicus curiae.....	245
Votos disponibilizados (ADI 4439) .....	246





# INTRODUÇÃO

## Seção 1. Religião e igualdade

### *Subseção 1.1. O mais do velho mesmo*

Ao comparar o papel da religião na Idade Média ao do estado no mundo contemporâneo, Brian Tierney faz a seguinte observação:

"O único laço de unidade que mantinha junta a sociedade cristã ocidental era o laço de uma religião comum. Hoje em dia, o foco da nossa lealdade é o estado; nos voltamos ao estado para proteger a nossa segurança e a nossa liberdade; ser uma 'pessoa sem estado' ('stateless') é uma situação das mais infelizes. *O outro lado da moeda é que não toleramos pessoas que são percebidas como traidoras do estado. Nós as acusamos de traição; nós lhes infligimos pena, por vezes pena capital em casos extremos. Uma alegação de sinceridade pessoal, de que o traidor agiu por bons motivos, de acordo com sua própria consciência, não é defesa suficiente.* Os medievais consideravam os hereges de modo bastante similar; eles os consideravam culpados de traição à igreja, e eles os tratavam como traidores. Quando uma religião comum definia todo o modo de vida de uma sociedade, rejeitá-la era desligar-se da comunidade, tornar-se uma espécie de fora da lei - um tipo perigoso de fora da lei do ponto de vista medieval."<sup>1</sup>

A referência do autor à pena de morte e a medidas coativas drásticas não deve nos permitir concluir que regimes democráticos, que tendem a adotar penas mais brandas, não tratam a adesão a padrões comuns de conduta como critério de pertencimento e de lealdade a uma sociedade e ao estado que a protege. Por vezes, a religião, ou algumas versões dela, é vista como desvio deste padrão e, se não atrai punições extremas, por vezes convida versões mais atenuadas de exclusão. Esta tese parte da percepção de que a religião é um elemento da vida social que não pode autorizar, seja em defesa do estado, seja em defesa de religião comum, o tipo de comportamento que Tierney verifica em diferentes momentos históricos. Isso se estende às versões mais palatáveis da espécie de reação identificada pelo autor. A proposta da tese é que a Constituição Federal 1988 exige regime distinto deste padrão de

---

<sup>1</sup> Brian TIERNEY (2003, pp. 43-4, traduzi, itálicos acrescentados). Tierney faz a afirmação após citar Frederic Maitland e a visão de que a igreja funcionava como um estado na idade média; no original, "The only bond of unity that held western Christian society together was the bond of a common religion. Nowadays the focus of our loyalty is the state; we look to the state to protect our security and our liberty; to be a 'stateless person' in the twentieth century is a most unhappy fate. The other side of the coin is that we do not tolerate people who are perceived as traitors to the state. We charge them with treason; we inflict punishment on them, sometimes capital punishment in extreme cases. A plea of personal sincerity, that the traitor has acted from good motives, in accordance with his own conscience, is not a sufficient defense. Medieval people regarded heretics in much the same way; they held them guilty of treason to the church, and they treated them as traitors. When a common religion defined the whole way of life of a society, to reject it was to cut oneself off from community, to become a sort of outlaw - and a dangerous outlaw from a medieval point of view". Compare com WHITMARSH (2015, pp. 114, 192, 235 e ss., cap. 8), BROWN (2017), LABORDE (2010, pp. 11-2), SPINNER-HALEV (2004, esp. p. 165), bem como com o breve artigo de DE LEMOS (2017) sobre Anatole France.

oposição entre fidelidade e integração, de um lado, e traição e ostracismo, de outro, que se verifica hoje mesmo de modo mais sutil que as perseguições mais explícitas e violentas do passado. A tese defende que a liberdade de religião é uma questão de igualdade, a cuja implementação o direito tem papel importante, e que é a igualdade que justifica a rejeição do padrão identificado por Tierney. Em três capítulos, e a partir de literatura dedicada ao tema, procuro explicar por quê.

### *Subseção 1.2. Tese fundamental*

A tese a ser defendida é que a liberdade de religião é uma demanda da igualdade que se expressa por uma regra secular de justiça. Esta regra atribui centralidade ao indivíduo, e não ao coletivo (isto é, não à autoridade coativa, mas ao indivíduo, inclusive aos grupos formados por indivíduos) no exercício de religião, que deve ser compreendida de maneira ampla, não tradicional.

Esta tese geral se desmembra em algumas teses que articulam a relação entre igualdade e liberdade de religião e oferece uma interpretação igualitária da Constituição Federal de 1988. Nesta interpretação, o estado deve reconhecer direitos especiais a acomodação na forma de exceções à autoridade geral que tem de impor obrigações, bem como deve permitir que a religião ingresse em ambientes públicos, observadas certas restrições que, se preenchidas, descaracterizam este benefício à religião como seu estabelecimento. Este último ponto é explorado especificamente quanto à obrigatoriedade constitucional do ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental.

A tese, no contexto desta reflexão teórica e no esforço de oferecer interpretação aplicável da constituição, encontra na literatura estrangeira ou nacional critérios, ou uma "estrutura analítica"<sup>2</sup>, de enfrentamento das duas questões destacadas, a saber, o reconhecimento das acomodações e a implementação do ensino religioso nas escolas públicas.

### *Subseção 1.3. Direito e interpretação*

Como dito, o argumento deste trabalho é que a liberdade de religião é uma demanda da igualdade. A opção não é óbvia; para muitos autores, com efeito, é contraditória, pois o

---

<sup>2</sup> Como diz NUSSBAUM, 2008, p. 361. Veja ainda DA SILVA (2002, pp. 30 e 31), FERRAZ JR. (2015) e BARZOTTO (2010, pp. 141-2)

reconhecimento de acomodações seria tendência anterior ao direito contemporâneo e suas conformações igualitárias.<sup>3</sup> Este trabalho visa a mostrar, entre outros, que a liberdade de religião deve ser compreendida como uma exigência da igualdade, e que fazê-lo inclui acomodar a religião. É essencial ressaltar que a noção de igualdade a ser elaborada para a construção de uma relação adequada entre estado e religião é teórica<sup>4</sup>. Esta afirmação também é controversa no debate contemporâneo, sobretudo nos EUA, a respeito da liberdade de religião, pois autores nele envolvidos tendem a replicar a divergência da teoria do direito entre positivistas e anti-positivistas quanto à importância da filosofia ao direito<sup>5</sup>. Observar este ponto nos permite superar alguns equívocos sem deixar de incorporar o que há de correto na parte da bibliografia que não compartilha as filiações teóricas desta tese.

Tomemos um exemplo, a saber, algumas das críticas dirigidas a *Religion Without God*, livro de Ronald Dworkin. Paul Horwitz<sup>6</sup> e Andrew Koppelman<sup>7</sup> dirigiram pelo menos uma crítica convergente a um ponto, a saber, à disposição de Dworkin de oferecer uma visão interpretativa de religião e da sua liberdade<sup>8</sup>. Em suma, Dworkin se pergunta o seguinte<sup>9</sup>: o

---

<sup>3</sup> GEDICKS (1997-8, esp. p. 557 e p. 571). Veja LABORDE (2014a, 2014b, 2015a).

<sup>4</sup> E não, portanto, uma noção "fluida", dependente de arranjos históricos dados, como sustenta Andrew Koppelman a respeito da neutralidade do Estado quanto à religião (KOPPELMAN, 2013b, p. 26).

<sup>5</sup> DWORKIN, 2006b ou 2010, cap. 2. Para citar Dworkin, procuro fazer referência tanto ao original quanto à tradução (daí o "ou" nas notas).

<sup>6</sup> Ver HORWITZ, 2014b; veja ainda texto de HORWITZ, 2013a, que aplica análise econômica à religião. Entre nós, autora que passa pelo tema é PINHEIRO (2009 e 2017).

<sup>7</sup> KOPPELMAN, 2014a.

<sup>8</sup> Elemento também claro em DWORKIN, 2008, pp. 63-4, em que o debate acerca do papel da religião na esfera pública é um "debate of principle, not of history", p. 64, e que razões práticas para a proteção especial da religião, embora convincentes na ocasião da fundação dos EUA, não estão disponíveis hoje (pp. 67-8; veja comentários de LABORDE, 2014b, p. 1270, n. 58 e de HORWITZ, 2014b, pp. 4 e ss., 10, 14). Compare com LAYCOCK (2010, pp. 80 e ss.) criticando a rejeição do argumento textual por EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 5, 58, 67 e ss., esp. pp. 69 e 70 para Laycock e pp. 72-3 para MacConnell; veja ainda 2008-9, pp. 822-3, 832 e ss.) e INAZU (2014); veja ainda MACCONNELL (2000-1, pp. 9-10, p. 12 e p. 15) e crítica de GEDICKS (1997-8, pp. 558-560) a LAYCOCK, bem como seus comentários sobre história (pp. 560-2). Veja ainda TIERNEY (2003, pp. 48 e ss.) e GEORGE (1993, pp. 199-200). Questão paralela a essa é a possibilidade de encontrar padrões gerais que expliquem o direito norte-americano sobre as relações entre estado e religião. GREENAWALT, em *Exemptions* (2016), não admite visão mais geral das cláusulas - coisa que KOPPELMAN (2017a) pretende oferecer na sua resenha do livro (pp. 822 e p. 846, bem como p. 833, comentando visão que Smith ofereceu a livro anterior de Greenawalt; veja ainda KOPPELMAN, 2016, p. 46). ESBECK (2007) também discorda da postura de Greenawalt e tenta oferecer "regularização" da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a partir de algumas regras. A meu ver, esta é também a crítica NUSSBAUM a Kent Greenawalt (em 2007, n. 109, p. 381 à p. 180). Compare com MCCONNELL e o esforço que faz de construir uma "Unified Theory of Religious Freedom" (2000-1, pp. 38 e ss.), bem como LAYCOCK (2010).

<sup>9</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3, p. 111. LABORDE (2015b, pp. 582-3, 590, 595 e 2016, pp. 251, 265) defende esta postura interpretativa para lidar com a liberdade de religião, tema do segundo capítulo. Quanto ao ensino religioso nas escolas públicas, tema do terceiro capítulo, veja ALMEIDA (2008, pp. 263 e ss., p. 294) para análise e

que há de valor potencialmente captado pela definição de religião? Em argumento a ser oportunamente analisado, o autor conclui que o significado de religião deve ser expandido para incluir práticas de identificação de valor objetivo da realidade independentemente de conterem componente teísta. Ou seja, é possível ser religioso sem acreditar em Deus, e aqueles que acreditam em Deus não são religiosos por fazê-lo. Este ponto será elaborado no próximo capítulo, mas vale antecipá-lo para indicar as filiações teóricas deste trabalho.

Para este propósito, o importante a ressaltar é que o argumento de Dworkin é interpretativo<sup>10</sup> porque não ignora as práticas contemporâneas de valor, inclusive as que se restringem a versões teístas de atribuição de valor; ele é interpretativo porque as submete ao escrutínio da pergunta fundamental: há algo de teoricamente específico nas manifestações teístas? A resposta negativa implica a extensão do conceito de religião para além do teísmo. Ademais, o argumento é interpretativo porque Dworkin se pergunta: que tipo de contribuição estas práticas trazem ao valor da vida dos sujeitos nelas envolvidas? O autor, recuperando sua teoria da dignidade desenvolvida anteriormente, destaca a ideia de independência ética, como a característica da vida digna segundo a qual aquele que a vive é o responsável por tomar as decisões cruciais sobre como conduzi-la<sup>11</sup>. A conclusão prática da independência ética é que a liberdade de religião consiste na limitação da atuação do Estado, que passa a poder agir por razões de justiça (por exemplo, proíbe o aborto em fim de gravidez para proteger o direito à vida do feto) mas não razões éticas (não proíbe interrupção de gravidez no início, pois o feto não tem direitos), a fim de evitar imposição de concepção de bem ao cidadão (no caso, para evitar impor à gestante uma visão sobre o valor intrínseco da vida, uma questão religiosa)<sup>12</sup>.

Por fim, pergunta Dworkin: o valor de proteger essas práticas da intervenção do Estado exige que o façamos por meio de instituições como as reservadas à liberdade de expressão, por exemplo, que só podem ser restritas em casos de risco "presente e claro"<sup>13</sup>? O

---

rejeição do argumento de Danilo Mendonça, que vê na teoria do direito de Dworkin caminho para defender o o ensino confessional como a melhor opção dada a história do direito constitucional brasileiro.

<sup>10</sup> DWORKIN, 1986 ou 2007, cap. 2.

<sup>11</sup> DWORKIN, 2012 ou 2011, cap. 9, 1995, 2001b ou 2005a, cap. 6; ROSA, 2014a, cap. 2; veja comentários ainda neste capítulo, na seção "Antecedentes". Veja LABORDE (2016, pp. 251 e ss., 259) e veja análise de CLAYTON (2017, pp. 137 e ss., esp. "An authentic life is one that is *identified* and *pursued* by oneself. Such a life does not require freedom from influence or from natural or social limitations.", p. 139, itálicos no original, veja pp. 139-40 para análise dos "familiar civil rights of liberal society" (p. 139).

<sup>12</sup> DWORKIN, 1993 e 2013. Veja MCCLAIN (2015).

<sup>13</sup> Veja DWORKIN, 2011a ou 1977, cap. 7 e 2006a ou 1996a, cap. 8, e 1988. Analisei a concepção de liberdade de expressão em Ronald Dworkin em ROSA: 2014a, pp. 28 e ss., 39-56, 76 e ss., 62, 64, 167, 174, 221,

autor, novamente em argumento a ser apresentado e criticado oportunamente, conclui negativamente<sup>14</sup>. Para ele, uma vez expandida a ideia de religião, a sua proteção por um direito especial seria impossível de se reconhecer pois geraria incoerências e injustiças. Ademais, proteção desta espécie é desnecessária, pois a restrição da ação do estado aos casos em que há violação de justiça é o suficiente para preservar a independência das vidas. A liberdade de religião não é, então, um direito especial.

Meu objetivo, no momento, não é adotar ou criticar este argumento de Dworkin. Pretendo somente distinguir a disposição teórica que o autor tem com a atitude, digamos, mais pé no chão (ou no direito) de outros autores. Em contraste com a tese interpretativa<sup>15</sup>, Horwitz rejeita a abordagem teórica de Dworkin<sup>16</sup> e Koppelman entende o esforço de interpretar as relações jurídicas entre estado e religião nos EUA como uma análise quase sociológica do acordo político flexível mas dado a cada momento<sup>17</sup>. De maneira semelhante, Richard Garnett<sup>18</sup> tem chamado a atenção à história do direito norte-americano e ao texto da Constituição dos EUA para defender que a religião é e deve ser entendida como especial. O autor, naturalmente, oferece um argumento substantivo para tal conclusão, e este argumento será importante a esta tese<sup>19</sup>. Mas para além dele, Garnett chama a atenção para aspectos de

---

conclusão, 2014c (comentando crítica de Waldron), 2015a, 2017a, 2017b, 2017c e outros trabalhos citados na bibliografia.

<sup>14</sup> CLAYTON, 2017, p. 135.

<sup>15</sup> DWORKIN, 1986, cap. 2; veja ROSA, 2014, esp. cap. 1, pp. 52 e ss..

<sup>16</sup> Veja a crítica de HORWITZ (2014b) a Dworkin, esp. p. 4 (apresentando a visão de princípio, e não textual ou histórica, de Dworkin), e p. 19 (concluindo que a filosofia não ajudará a esfriar as guerras sociais em torno da religião). Veja ainda DWORKIN, 2008, pp. 67-9 para rejeição de razões históricas (como guerras de religião) para proteger especialmente a religião, e para a formulação da questão teórica a se por como de liberdade, de filosofia.

<sup>17</sup> "The life of political theory has not been logic. It has been articulating the zeitgeist", 2014, p. 1250 (ver HORWITZ, 2013a, p. 38, citando Holmes). Vale lembrar, por outro lado, que o projeto de Koppelman não é só de capturar um consenso qualquer em torno da relação entre estado e religião, mas mostrar que o consenso norte-americano é "coerente e atraente" (2013b, p. 1). Compare com SCHWARTZMAN (2012, esp. p. 1357).

<sup>18</sup> GARNETT, entre outros, 2011, pp. 1818 e ss., 2014a, pp. 42-3. Ver ainda McCONNELL, 2000, pp. 12-16. Veja referências em nota acima.

<sup>19</sup> Em diversos pontos, Garnett faz perguntas de tom interpretativista, em especial se o que enxergamos de valor na religião é protegido por um regime exclusivo de liberdade individual. Por exemplo, ele diz o seguinte: "We should want our laws -- and perhaps especially our human rights laws -- to capture faithfully what is significant, and what really matters, about the real world that these laws govern and to which they speak. We should want, in other words, our human rights laws to "see," and so to respect and protect, the freedom that belongs rightfully to religious groups, associations, institutions, and communities." GARNETT, 2010, p. 220. Não precisamos concordar com a resposta do autor (que é negativa e é seguida pela sua defesa da liberdade da Igreja como uma categoria teórica paralela às liberdades individuais). Por hora basta observar a semelhança da pergunta com a de Dworkin: ambos os autores e perguntam se uma categoria teórica (no caso de Dworkin, a independência ética e, no caso de Garnett, a tradição ocidental de direitos individuais) é capaz de captar o que há de valioso na proteção

relevância limitada numa postura interpretativista, a saber, a histórica e o texto dos diplomas legislativos. Em geral, para estes autores, o argumento dworkiniano de buscar conhecer o valor por trás das práticas e a disposição de interpretá-las a partir deste valor<sup>20</sup> é no mínimo desnecessário, e por vezes equivocado, pois o direito norte-americano não deixa dúvidas: a religião é diferente de outras práticas sociais e merece tratamento diferenciado.

Este trabalho rejeita esta postura, embora ela esteja disponível ao intérprete do direito norte-americano<sup>21</sup> e talvez também ao intérprete do direito brasileiro, afinal, a Constituição Federal de 1988<sup>22</sup> veda a subvenção *da religião* ou estabelecimento de *culto ou igreja*,<sup>23</sup> imuniza seus *templos* de cobrança de tributos<sup>24</sup> e obriga o ensino *religioso* facultativo nas escolas públicas.<sup>25</sup> Esta tese sustenta que esta disposição é aparente, e que o ônus argumentativo do intérprete não é atendido por simples referências ao texto da Constituição e aos pronunciamentos genéricos de que o Estado *pode* incentivar a religião.

---

da religião frente as interferências do estado. Este tipo de pergunta é interpretativo porque trabalha internamente os sucessos e os fracassos da prática, isto é, dispõe-se a confirmá-la ou corrigi-la conforme padrão normativo nela disponível e a partir do qual ela deve ser avaliada. Para visão a meu ver parcialmente convergente, veja a obra de Douglas Laycock (LAYCOCK, 2010, p. 21-2, e p. 72, sobre o significado de religião).

<sup>20</sup> DWORKIN, 1986, cap. 2, esp. p. 13.

<sup>21</sup> SCHWARTZMAN (2014, pp. 1099 e ss., esp. p. 1101) caracteriza a Constituição norte-americana como "antiquada", em contraste com a tendência posterior de outros diplomas garantidores de direitos de protegerem tanto a religião quanto outras práticas (como a consciência), o que se reflete em trabalhos contemporâneos, como os de MACLURE & TAYLOR (2011 esp. pp. 105 e ss. e p. 90, inclusive n. 8 na p. 128, que se vêem inspirados por DWORKIN, 2011) e de NUSSBAUM (2008); compare com FINNIS (2011, pp. 35 e ss., que tem visão contrária). Veja ainda SCHWARTZMAN (2012, p. 1426), MCCONNELL (2000-1, pp. 12 e ss.) e Veja ZUCCA (2015, p. 392) e AUDI (2015, pp. 418-9). A CF/88, pelo menos no artigo 5º, VI e VIII reflete o processo histórico de afastamento do modelo norte-americano que o autor elogia (veja ainda comentário de PINHEIRO, 2017 e MAZZUOLI & SORIANO, 2009, p. 28), embora em outros pontos, como a imunidade aos cultos e a dispensa do serviço militar aos eclesiásticos, pareça privilegiar a religião frente a outras manifestações humanas, a exemplo da Primeira Emenda à Constituição dos EUA, que fala especificamente de "religião".

<sup>22</sup> Esta parece ser parte da postura de Gilmar Mendes ao citar diversos dispositivos da CF/88, alguns dos quais menciona aqui, em caso no STF que discuto abaixo em nota (STF, 2009). Compare MACLURE & TAYLOR (2011, n. 6 na p. 118 à p. 56) e BRANCO (2009, p. 461) sobre preâmbulos de constituições.

<sup>23</sup> "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;"

<sup>24</sup> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

b) templos de qualquer culto;"

<sup>25</sup> "Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental."

Isto não basta, como percebem Dworkin e outros. Com efeito, veremos que afirmar a permissão destes incentivos é verdadeiro porque é inevitável, e que o ônus do intérprete é construir critérios sobre as hipóteses em que esse incentivo decorre de uma visão coerente da Constituição.

O argumento a ser oferecido nesta tese de doutorado é firmemente situado no campo interpretativista do direito e da política. Dados os constrangimentos institucionais de qualquer curso de doutorado realizado hoje em dia, pretendo discutir temas pontuais, e não oferecer uma teoria detalhada das relações entre governo e religião. Mas pretendo fazê-lo com a disposição de assumir o ônus fundamental do intérprete do direito, a saber, compreender qual a melhor regulamentação íntegra capaz de ser extraída da prática jurídica nacional, ainda que esta prática, como é o caso, seja basicamente formada pela Constituição e por alguns documentos jurídicos esparsos. Este esforço exige elaboração teórica, daí a referência a autores estrangeiros, inclusive aqueles que, no contraste de teoria do direito traçado, tem filiação doutrinária mais arredia a vãos teóricos.

Em suma, este trabalho defende a possibilidade e a necessidade de interpretar as normas e princípios de liberdade de religião e secularismo na Constituição Federal de 1988 de modo internamente coerente. A visão contrária, que vê conflito entre as normas, tem um problema. Se entendemos a separação entre religião e Estado de forma tal que a imunidade tributária dos cultos não lhe seja compatível<sup>26</sup>, a Constituição precisa ser interpretada por pelo menos dois grupos de princípios (um para cada norma) e, portanto, cultos que gozem de imunidade serão, nesta questão tributária, regulados por um grupo que não explica, por exemplo, a proibição de subvenção das religiões<sup>27</sup>. Podemos dizer, a partir da reflexão de Ronald Dworkin, que esta alternativa é problemática porque viola a igualdade ao permitir que casos que deveriam receber tratamento análogo, ainda que não idêntico, ou melhor, cujos tratamentos, ainda que diferentes, podem sê-lo se justificados por uma só teoria, sejam tratados de formas diferentes em razão de as diferentes normas que os regulam não poderem

---

<sup>26</sup> Veja no capítulo 3 crítica à doutrina nacional sobre o ensino religioso nas escolas públicas (MONTEIRO, 1997 e FERRAZ, 2008, por exemplo).

<sup>27</sup> Veja, por exemplo, DWORKIN (1986, p. 184).

ser justificadas por uma só teoria<sup>28</sup>. Meu objetivo nesta pesquisa é realização de esforço oposto: pretendo interpretar a Constituição Federal de 1988 de maneira internamente coerente.

Este esforço, naturalmente, não é inovador. Dentre os que se dedicaram a empreitada de compreender igualmente as relações entre estado e religião destacam-se Eisgruber and Sager, que, em seu livro abrangente do direito norte-americano sobre o tema, buscam o tempo todo a construção de uma visão teórica internamente coerente e que ofereça interpretação convincente do direito<sup>29</sup>. Isto se faz a partir da ideia de igualdade, que fornece os instrumentos pelos quais é possível estabelecer as condições e os limites de acomodações à religião, entre outros. Os autores, é bem verdade, defendem parte significativa dos precedentes norte-americanos sobre o tema<sup>30</sup>, mas o fazem a partir de disposição interpretativa evidente: querem saber o que há de valor nestas soluções e como podem ser consideradas decorrentes de um só ideal de governo. Em outras palavras, o esforço de Eisgruber e Sager pode ser interpretado como uma aplicação da integridade ao tema, isto é, como o esforço de tratar o direito das relações entre estado e religião nos EUA como oriundo de um só conjunto de princípios, que aplica a todos os casos regras que podem ser distintas mas que, em última instância, são internamente coerentes.<sup>31</sup>

Veremos, no capítulo segundo, por que, embora Ronald Dworkin e Eisgruber & Sager tenham postura adequada quanto ao direito e sua interpretação, o modelo que oferecem não protege suficientemente a liberdade de religião. Por enquanto, gostaria de apresentar alguns dos pressupostos de teoria política desta tese; trata-se do liberalismo igualitário de Ronald Dworkin.

---

<sup>28</sup> WALDRON (1997, p. 7). Para o tema, veja DWORKIN: 1986 ou 2007, caps. 5 e 6; 2006b ou 2010, cap. 6; veja ainda ROSA: 2014a, esp. cap.1, pp. 52 e ss., 56 e ss. Veja ainda LAYCOCK (2010, pp. 21-2 e referências nas próximas notas).

<sup>29</sup> Os autores dizem: "Equal Liberty demands principled consistency accross cases rather than conformity to some idealized, theoretically specified regulatory equilibrium." (EISGRUBER & SAGER, 2007, p. 90).

<sup>30</sup> EISGRUBER & SAGER (2007). KOPPELMAN (2013b) também tenta fazê-lo, embora tenha visão cética sobre a igualdade. Compare com a crítica de Douglas Laycock ao que chama de "disaggregated neutrality", que, entre outros, "shift back and forth among different versions of neutrality without explanation" (LAYCOCK, 2010, p. 21). Mas veja crítica de LABORDE: este coerentismo de certos autores com o direito positivo de qualquer país prejudica análise política sobre a religião (2014a, p. 63, 75-6, 2014b, pp. 1257-8).

<sup>31</sup> DWORKIN, 1986 ou 2007, caps. 5-6 e 2006b ou 2010, cap. 6. Veja ainda GOMES & ROSA (2018, previsão de publicação).



## Seção 2. Antecedentes.

Em trabalhos anteriores, sobretudo em dissertação de mestrado defendida em 2014, apresentei a interpretação de Ronald Dworkin sobre a liberdade de expressão<sup>32</sup>. Embora o tema desta tese seja diferente, e parte significativa das visões de Dworkin sobre liberdade de religião sejam analisadas e rejeitadas neste trabalho, a teoria política liberal, bem como a teoria dos direitos por trás da visão de liberdade de expressão do autor, apresentadas na dissertação, são adotadas nesta tese. Por isso, temas, argumentos e soluções presentes na defesa dworkiniana da liberdade de expressão, e apresentadas na dissertação, retornem na tese, embora, sobretudo no capítulo 2, abaixo, sejam feitas críticas às conclusões que Dworkin defende a respeito da liberdade de religião. Ao longo do trabalho, faço referências às obras de Dworkin, bem como aos comentários que fiz na dissertação; desde já, entretanto, gostaria de destacar os temas mais salientes que analisei anteriormente e que compõem o pano de fundo deste trabalho.

Em primeiro lugar, Dworkin defendeu visão de direitos como "direitos fortes"<sup>33</sup>. É esta a categoria que o autor nega ser adequada para interpretar a liberdade de religião<sup>34</sup>, embora lhe enxergue centralidade na interpretação da liberdade de expressão. O argumento desta tese, no capítulo 2, pode ser entendido como defesa da aplicação da análise que o autor faz de liberdade de expressão à liberdade de religião, exatamente o que Dworkin negou em *Religion Without God*.

Em segundo lugar, a noção de secularismo em Dworkin, e a distinção que faz entre ações do indivíduo e coletivas, são aplicação específica à religião da categoria independência<sup>35</sup>, que marca sua visão individualista de ética<sup>36</sup>, de direitos<sup>37</sup>, e que repercutem

---

<sup>32</sup> ROSA: 2014a. O trabalho foi financiado pela FAPESP (processo nº 2011/15618-4). Veja ainda ROSA: 2014b, 2014c, 2015a, 2015b, 2016a, 2016b, 2017a (e vídeos referidos na bibliografia), 2017b.

<sup>33</sup> DWORKIN, 2001a ou 1977, cap. 7; veja ROSA: 2014a, esp. cap. 1 e seção 1 e subseção 4.1. KENDRICK (2017) faz análise diferente da minha a respeito do tema na obra de Dworkin: na visão da autora, ter um direito não significaria poder provocar "harm" (pp. 103-5; sobre "harm", veja ainda pp. 103 e ss., 96, 96-7, 102 e seção 3 do capítulo segundo, abaixo). Entre nós, veja DE LIMA (2011).

<sup>34</sup> Embora pelo menos num ponto parecia tê-la endossado: DWORKIN, 2001b, p. 217-8, citado em ROSA (2014a, p. 151).

<sup>35</sup> LABORDE (2016) nota isso: comentando Dworkin, diz que "The state's attitude to religion, then, is only an application of a broader liberal principle of justificatory neutrality" (p. 251; veja ainda pp. 251 e ss., 258-9). Veja ainda MCCLAIN (2014) e CLAYTON (2017, esp. p. 137). Veja DWORKIN, 1996a ou 2006a, cap. 11, entre outros; veja em especial ROSA: 2014a cap. 3, pp. 189 e ss., 191-4, para análise da democracia no autor.

<sup>36</sup> Para "independência ética" no autor, veja DWORKIN, 1996a ou 2006a, cap. 11, 2011 ou 2012; ver ainda ROSA: 2014a, esp. pp. 45, 73 e ss., 59, 61, cap. 2, seção 2.2, 96-8, 103-4, 114 e ss., 135 e ss., 150 e ss., 154-5,

na sua teoria política, inclusive na sua teoria da democracia. Com efeito, o que Dworkin chama de estado secular, e que discuto abaixo no capítulo primeiro, é uma aplicação particular à liberdade de religião do que ele chamou de "cultura de independência"<sup>38</sup>, e que o autor defendeu a partir de visão de ética que inclui a independência da vida. A ideia de voluntarismo, defendido pela literatura interpretativa das cláusulas religiosas da constituição norte-americana, também está por trás das visões de Dworkin, bem como a tese de individualização das ações religiosas, proposta, por exemplo, por Laycock.

Em terceiro lugar, alguns argumentos oferecidos por Dworkin ao lidar com a liberdade de expressão são pertinentes à liberdade de religião. Em especial, a proposta de delimitação dos direitos especiais à liberdade de religião defendida nesta tese a partir de análise de Michael McConnell é similar ao modo pelo qual Dworkin enfrenta o tema da pornografia e as regras de zoneamento que restringem seu consumo<sup>39</sup>. Ademais, o argumento de Dworkin contra a existência de um direito especial à liberdade de religião ecoa argumento oferecido pelo autor a favor do direito ao discurso de ódio: a crítica ao descontrole na liberdade de religião oriundo da expansão do conceito de religião me parece análogo à crítica de impossibilidade de "generalização"<sup>40</sup> dos direitos que, segundo os interlocutores de Dworkin, o discurso de ódio viola. Este é argumento comum de Dworkin para sustentar que um direito contra o discurso de ódio é aparente. No caso da liberdade de expressão, em que se discutem direitos contra o discurso de ódio, o argumento do autor é bem sucedido. No caso de *Religion Without God* e a negação do direito especial à liberdade de religião, não é. Parte significativa do capítulo 2 visa a mostrar o porquê deste erro. Em suma, pretendo defender

---

180 e ss.; entre nós, veja FURQUIM (2010). O tema é central à interpretação que o autor faz da liberdade de religião e o analisarei no capítulo 2, abaixo.

<sup>37</sup> DWORKIN, 2001a ou 1977, cap. 7; veja ROSA: 2014a, esp. cap. 1, pp. 37, 107, 140, 161, conclusão, 2017b e 2017a.

<sup>38</sup> DWORKIN, 1996a ou 2006a, cap. 11; ROSA, 2014a, cap. 3, subseção 4.3, conclusão e 2017a (bem como comentários de Lucas Petroni na apresentação do texto e a resposta, disponíveis nos vídeos indicados na bibliografia).

<sup>39</sup> DWORKIN, 2005b ou 1985, cap. 11, e 2006a ou 1996a, cap. 9; ROSA, 2014a, pp. 203, 223-4. Com efeito, o tema do zoneamento é importante à doutrina da liberdade de religião, afinal, igrejas são comumente afetadas por regras desta espécie (veja EISGRUBER & SAGER, 2007 e LAYCOCK, 2010); veja BAKER (1996-7, pp. 1008-9).

<sup>40</sup> DWORKIN, 2005a, pp. 515-5 ou 2001b, p. 366 para argumento discutido em ROSA: 2014a, cap. 3, esp. pp. 202, 210 e ss., 213 e ss., p. 215, n. 888 (citando DWORKIN 1996a, p. 272 ou 2006a, p. 232) e pp. 220-2 (citando trabalho de Caio Moysés de Lima). Veja ainda GOMES & ROSA: 2017 e ROSA: 2015b (bem como apresentação de 2017a para resposta a pergunta de Horácio Neiva).

modelo de liberdade de religião que é, a meu ver, próximo ao que Dworkin defendeu à liberdade de expressão.

Por fim, vale salientar o seguinte. A dissertação, de certa forma, fixou uma agenda de pesquisa, cuja continuidade é composta, entre outros, por esta tese, em que pretendo apresentar características do ambiente público necessário à liberdade<sup>41</sup>, bem como compreender as liberdades como uma questão de igualdade e de boa vida<sup>42</sup>. A liberdade de religião é compreendida nesta tese nesses termos: como uma questão de igualdade e do ambiente em que podemos viver com liberdade.<sup>43</sup> Em suma, Dworkin integra justiça e ética<sup>44</sup> e igualdade e liberdade. Esta tese se constrói a partir da pressuposição de que estas integrações são acertadas. O que a tese faz então é identificar argumentos éticos e igualitários a favor de modelo secular de governo que reconhece acomodações religiosas e que permite ensino religioso nas escolas públicas.

Estes elementos de conexão entre liberdade de expressão e de religião, e que fazem trabalhos anteriores a este serem relevantes ao argumento da tese, não são coincidência. Dworkin apresenta sua visão de liberdade de expressão num contexto político-jurídico norte-americano, e as soluções a que chegam doutrina e jurisprudência dos EUA quanto a um tema (a liberdade de expressão) refletem no outro (a liberdade de religião), e vice-versa. Meu objetivo nesta tese é defender solução igualitária também à segunda, e não só a primeira. Em outras palavras, convencido no mestrado de que Dworkin trata bem a liberdade de expressão na sua teoria da justiça, a pergunta que surge é: ele trata bem a liberdade de religião? Não muito, mas podemos fazer melhor a partir de suas obras anteriores. Como é possível fazê-lo é objeto da próxima seção.

---

<sup>41</sup> ROSA: 2014a, pp. 148, 171, conclusão, 174-5, pp. 246 e ss. ou 2017 (comentando WALDRON, 2012). Veja abaixo defesa das contribuições de Richard GARNETT à liberdade de religião. Discuti o texto em 2017 em mesa composta por Jacqueline Abreu e Lucas Petroni; fica o agradecimento especial a Petroni, que debateu o texto e incentivou continuar pensando a questão das liberdades na chave proposta no artigo (apesar das suas divergências com Dworkin). Agradeço ainda a Luciana Silva Reis, que, em pergunta, também incentivou a proposta.

<sup>42</sup> DWORKIN, 2001b ou 2005a, cap. 3 e 1995; ROSA: 2014a, 139 e ss., cap. 140 e ss., 143, 140, 127, 148, 166 (esp. n. 707, citando DWORKIN, 2001b, p. 122). Daí a necessidade de uma teoria da justiça (2014a, conclusão, 2017), e daí a crítica que fizemos David Francisco Lopes Gomes (GOMES & ROSA, 2017) e eu (2015b) fizemos à doutrina da proporcionalidade. Veja ainda a crítica, a partir de Dworkin e de análise que Robert Post faz de Oliver Holmes, que fiz ao STF no caso da Marcha da Maconha (ADPF 187-DF) em ROSA (2015a).

<sup>43</sup> ROSA: 2014a, pp. 249-50, conclusão.

<sup>44</sup> DWORKIN, 2001b ou 2005a, cap. 6 e 1995; ROSA: 2014a, esp. cap. 2.

### Seção 3. Os autores e as questões do trabalho

Esta tese foi construída a partir da incorporação de partes de reflexões de diversos autores a respeito da relação entre direito e religião. A maior parte deles escreveu no ambiente jurídico norte-americano, mas essa circunscrição originária não impede o aproveitamento das ideias que construíram, como pretendo demonstrar. Antes de apresentar, nos capítulos a seguir, os argumentos fundamentais da tese, gostaria de expor, ainda que brevemente e de maneira não exaustiva, os principais débitos teóricos da tese.

Em primeiro lugar, como dito, esta tese se constrói a partir do liberalismo igualitário de Ronald Dworkin, notadamente de sua teoria ética, que identifica na independência e na responsabilidade os componentes de uma vida bem vivida; trata-se do que chamou de "individualismo ético". O autor, em uma série de escritos que apresentei em trabalho anterior<sup>45</sup>, constrói visão da política e do direito que protegem o que chama de cultura de independência, adequadamente compreendida como o ambiente em que os sujeitos conseguem viver bem por assumirem a autoridade de formular eles mesmos suas visões de mundo. O secularismo faz parte deste política. Assim, análise das relações entre religião e estado levou o autor, em *Is Democracy Possible Here?* a propor visão de estado secular que remete aos indivíduos, e não ao coletivo, a formação dos compromissos religiosos. Estes elementos formam a base desta tese. A adesão ao trabalho de Dworkin continua quando o autor propõe visão interpretativa e abrangente de religião, que não se limita às visões ortodoxas do fenômeno; a adesão, entretanto, encerra-se quando o autor, em *Religion Without God*, sustenta que à liberdade de religião basta uma proteção genérica das liberdades pessoais, sendo inaceitável que se lhe reconheçam direitos especiais, próprios da liberdade de expressão. Faz parte desta tese a defesa de que parte da liberdade de religião precisa ser protegida por direitos especiais, ou acomodações. Parte do argumento que defendo é que as propostas de Dworkin demandam esta proteção qualificada, a despeito de visão contrária mantida pelo próprio autor.

Elemento importante a este argumento é que a religião é especialmente valiosa. Autor comprometido coma tese de que a melhor explicação do direito norte-americano exige esta premissa é Andrew Koppelman. O autor, entretanto, recorre a visão deliberadamente vaga de religião, e, neste ponto, sua análise precisa ser socorrida por reflexões de outros autores. Esta tese encontra em obra de Joseph Boyle e outros autores da tradução jusnaturalista esta

---

<sup>45</sup> ROSA, 2014a, 2017.

reflexão: para o autor, a religião é o bem de harmonizar-se com o divino. Como outros autores, Boyle com razão admite que visões ateias sejam religiosas.

Jocelyn MacLure e Charles Taylor, em *Secularism and Freedom of Conscience*, trabalho curto mas bastante valioso, propõem reflexões também incorporadas nesta tese. Em primeiro lugar, os autores apresentam o secularismo como regra do mundo público no sentido herdado da tradição romana; público é, portanto, o governo, e não tudo aquilo que é acessível ou disponível a todos. Daí a ideia de que o governo deve ser secular, mas que os ambientes acessíveis a todos, como ruas e praças, não precisam ser. Ademais, os autores têm percepção de que regras institucionais são dependentes de visão moral, e que não se devem defender visões como "separação entre estado e religião" como se fossem independentes de objetivos substanciais mais básicos. Regras de separação são então maneiras pelas quais se executam valores políticos, e devem ser defendidas nestes termos. Por outro lado, a visão restritiva que os autores têm de "religião" é deixada de lado em prol de uma visão mais abrangente, ainda que os conceitos de "consciência" e de "integridade moral", apresentado pelos autores, componham o argumento que ofereço a pelo menos parte das acomodações à religião recomendadas nesta tese.

Como dito, um aspecto da proposta dworkiniana de interpretação da liberdade de religião é visão interpretativa e abrangente do significado de "religião". Christopher Eisgruber e Lawrence Sager, em livro bastante influente intitulado *Religious Freedom and the Constitution*, ainda que críticos da própria necessidade de adoção de um critério constitucional de religião, buscam oferecer interpretação igualitária do tratamento da religião. Esta postura é essencialmente correta, ainda que os resultados a que chegam os autores não possam ser acatados completamente. Os autores, a meu ver, têm proposta bastante similar à de Dworkin quanto à proteção da religião por direitos especiais, e é objetivo desta tese mostrar por que, apesar de importantes, as análises que fazem precisam ser complementadas por direitos especiais a acomodações.

Ainda, parte da literatura que discuto, notadamente aquela que se pode classificar como igualitária, têm recebido análise e críticas perspicazes de Cécile Laborde, em muitos

pontos incorporadas nesta tese<sup>46</sup>. A autora têm se preocupado em compreender as possibilidades da liberdade de religião numa teoria igualitária, e tem cobrado da literatura dedicada ao tema o oferecimento de uma "métrica" desta igualdade.<sup>47</sup> A meu ver, a autora traça corretamente o projeto igualitário a ser enfrentado.<sup>48</sup> Com efeito, a busca por teoria "complexly egalitarian" é exatamente o que se precisa para compreender o desafio que a liberdade de religião põe à teoria da igualdade<sup>49</sup> (embora não se deva concluir que qualquer teoria igualitária nega a especialidade da religião, como a autora parece sugerir<sup>50</sup>). Nesta tese, tento esboçar solução para os problemas postos por Laborde, e, para fazê-lo, sigo os passos sobretudo de Nussbaum, que me parece, dentre os autores igualitários dedicados à liberdade de religião, é quem a analisou de maneira mais acabada e convincente.

É que Martha Nussbaum, em trabalho historicamente e filosoficamente mais ambicioso, mas, como o de Eisgruber e Sager, interpretativo da herança norte-americana, oferece análise igualitária mais próxima dos compromissos teóricos desta tese. Em suma, a autora desenvolve argumento constitucional e político cogente quanto ao não emprego de autoridade estatal para traçar distinções entre cidadãos em razão de religião, mas defende

---

<sup>46</sup> Veja LABORDE (2014b sobre Eisgruber & Sager, 2014b sobre Dworkin e 2015a sobre MacLure & Taylor; veja 2015b, 591, n., citando Dworkin, Leiter, MacLure & Taylor, Koppelman e Schartzman; veja ainda 2016, p. 267, n. 1 à p. 249).

<sup>47</sup> LABORDE, 2010, pp. 52, 62 e ss., 2016, p. 270.

<sup>48</sup> LABORDE, 2014: "This essay is part of a larger project that attempts to set out the precise (if limited) sense in which egalitarian political philosophy should treat religion as special, or uniquely special.", p. 53. Ao fim do texto (p. 77, n. 81, a autoria diz que "In future work, I am to reformulate a viable egalitarian project that dispenses with the category of religion altogether and instead pursues a strategy of disaggregation of the compound concept of religion"), a autora traça parâmetros que não me parecem promissores a um esforço igualitário. Apesar disso, diversas das críticas que faz à literatura igualitária são importantes e merecem atenção. O artigo em que LABORDE (2015b) executa o projeto tem as seguintes características: "The starting point of the disaggregation strategy is to suggest that different parts of the law should capture different dimensions of religion for the protection of different normative values." (2015b, p. 594; veja ainda 2016). A autora analisa diversas teorias, como a de KOPPELMAN (pp. 590 e ss.), e sustenta que não passam pelos três critérios que julga relevantes (não serem as teorias estreitas, sectárias ou injustas a quem não tem religião) (pp. 583 e ss., 587; veja ainda 2016, esp. pp. 255 e ss.), mas sustenta que sua visão passa nestes testes. Em suma, Laborde desagrega a religião em diferentes outros direitos (sua inspiração é James Nickel, 2015b, pp. 593 e ss.). Fica para outra ocasião analisar os argumentos da autora, dedicado à saber se a religião é especial (p. 2016, p. 249) e que, portanto, são importantes ao tema deste trabalho. Esta tese segue a opção de não desagregar a liberdade de religião, que não é compreendida como partes de outros direitos. A meu ver, a opção de proteger a religião por outros direitos é também a adotada por SCHARWITZMAN (2012), EISGRUBER & SAGER (2007) HIMMA (2015) etc. (entre nós, veja DA SILVA, 2015, pp. 277 e ss.).

<sup>49</sup> LABORDE, 2014a, pp. 76-7. A outra característica defendida por LABORDE é de a teoria não pretender coerência com um direito específico, o que, para ela, se mostrou um defeito na obra de EISGRUBER & SAGER (pp. 63, 75-6).

<sup>50</sup> LABORDE, 2013, p. 76 (sobre Dworkin a este propósito), 2014a, pp. 52, 54 (e p. 57, n. 17, citando MACLURE & TAYLOR, SCHWARTZMAN e DWORKIN como igualitários) e 2014b, pp. 1256-7.

também acomodações a ações de consciência. As reflexões da autora serão em especial empregadas nas diferentes propostas de liberdade de religião (ver capítulo 2), bem como na construção de argumento a respeito da relação entre escola pública e religião (cap. 3). (Sem prejuízo dessas influências, vale reconhecer que pelo menos para um leitor (Koppelman), Nussbaum segue estratégia de definição de religião similar à de McLure e Taylor, em contraste à proposta dworkiniana que adot..)

Um dos mais importantes juristas dedicados à relação entre religião e estado nos EUA é Douglas Laycock. De sua obra extrai-se a noção de que religião é questão individual, embora seu foco na ideia de neutralidade substantiva, i.e., na visão de que o estado deve buscar tanto quanto possível nem incentivar nem desincentivar ação religiosa, não seja opção mais recomendável. Por outro lado, outros pontos da reflexão de Laycock são importantes: para o autor, a religião é prática de responder a perguntas fundamentais da vida, o que faz com que seu conceito constitucional inclua o ateísmo quando voltado a responder a estas perguntas. Ademais, Laycock tem artigo e comentários extremamente proveitosos sobre legislação norte-americana que disciplina acesso de organizações, inclusive religiosas, às escolas públicas, bem como a respeito de precedentes da Suprema Corte dos EUA sobre o tema. O capítulo três desta tese, apesar de oferecer conclusão provavelmente contrária às preferidas pelo autor, é influenciado bastante por estes trabalhos.

Richard Garnett também merece menção: é jurista defensor de diversas análises incorporadas a esta tese, entre elas a importância de instituições à proteção da religião, cujos custos devem ser arcados por todos. Este ponto é essencial ao argumento do capítulo segundo, em que, a partir de Garnett (em artigo em coautoria com Dunlap), argumento pela proteção da religião pelo menos em algumas hipóteses por direitos especiais. Ainda que Garnett tenha conclusão a meu ver pouco convincente a respeito do caso *Hobby Lobby* (o autor defende que se acomodem empresas que se recusam, por liberdade de religião, a incluir métodos contraceptivos nos seguros-saúde de suas funcionárias), a interpretação que o autor faz da liberdade de religião e de suas necessidades a partir de contribuições de Jack Balkin e Frederick Schauer é promissora e bastante mais convincente que a visão mantida por outros autores, inclusive por Andrew Koppelman. No fim do capítulo primeiro, elaboro em mais detalhes a incorporação das reflexões de Garnett.

Literatura importante, notadamente ao capítulo terceiro desta tese, em que defendo a possibilidade de ensino confessional nas escolas públicas brasileiras, é a representada na Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo STF pela Ação Educativa & Outros. Trata-se de parte da literatura jurídica de direito constitucional brasileira que, formada por autores como Anna Cândida Ferraz, Nilton Monteiro, Gianotti & Monlevade (como membros do CNE) e outros, mas que remete, segundo descrições disponíveis nos autos da ADI, Constituição de 1934<sup>51</sup>. As sugestões do capítulo 3 não são novas, portanto, mas próprias de pelo menos parte do nosso direito constitucional.

Por fim, um diálogo num longo romance de Karen Maitland, intitulado *The Owl Killers*, serviu de catalisador a parte significativa do argumento desta tese. No trecho, uma personagem chama a atenção da outra para a consistência que a liberdade e os ambientes que a protegem exigem de nós. A meu ver, a fala da personagem articula o valor que Dworkin defende ao falar em integridade. O diálogo é importante a ponto de merecer análise à parte, feito no capítulo 2.

Naturalmente, há outros débitos, a autores como Andrew Koppelman, Frederick Gedicks, Carl Esbeck, Eugene Volokh, Christopher Lund, Thomas Berg, Kent Greenawalt, Robert George, John Finnis etc. Micah Schwartzman<sup>52</sup> tem criticado a ideia de que a religião é especial, e tem identificado de maneira adequada o processo de expansão do conceito de religião empregado por quem defende proteção especial à religião. O autor o critica, a meu ver sem sucesso, por razões que exploro no capítulo 2 e que também afetam a obra de Dworkin. É que é necessário e possível limitar esta expansão, como defendeu Thomas Berg.<sup>53</sup>

Em poucas palavras, defenderei na tese, a partir de um esforço interpretativo do direito e das relações entre religião e estado (e, portanto, como visto acima neste capítulo, contra Horwitz, Koppelman e Garnett), que parte da prática de religião precisa ser protegida por direitos especiais (ponto em que alio-me a Garnett, Horwitz, Koppelman, MacLure &

---

<sup>51</sup> AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012) e DE MORAES(2017); veja ainda FERRAZ (2008), CNE (1997), MONTEIRO (1997). A peça da AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS é especialmente importante, pois foi por ela que cheguei a FERRAZ e outros trabalhos da literatura.

<sup>52</sup> SCHWARTZMAN (2012, esp. pp. 1355 e 2014, esp. pp. 1093-4, pp. 1101 e ss.); veja ainda GEDICKS (1997-8).

<sup>53</sup> BERG, 2013, esp. p. 25, p. 36 e ss., 42.



Taylor e Nussbaum<sup>54</sup> e abandono Eisgruber e Sager e Dworkin). À outra parte basta proteção geral à liberdade. Assim, se na teoria do direito e no método de argumentação pretendo seguir o interpretativismo de Dworkin, na conclusão pretendo rejeitar suas visões (que, a meu ver, são bastante convergentes com as de Eisgruber e Sager). Espero que, ao fim da tese, esta exposição das referências esteja mais transparente e se constitua num argumento consistente e forte, apesar - e, a verdade, uma vez que - produto em reflexões poderosas disponíveis na bibliografia a respeito das relações entre estado e religião.

Os elementos deste produto serão expostos em maior detalhe nos três capítulos do trabalho. Mas vale apresentá-los brevemente. No primeiro capítulo, defendo o conceito de religião a ser empregado no trabalho. O conceito a ser adotado é expansivo como em Dworkin<sup>55</sup> e segue observações feitas por MacLure e Taylor sobre os "core commitments"<sup>56</sup>, embora estes autores pretendam se escusar do uso da expressão "religião" para falar em "consciência", bem como a de Joseph Boyle a respeito da prática de religião como esforço de harmonização com o divino. É objetivo desta seção apresentar conceito de religião que permita selecionar, posteriormente, dentre as manifestações sociais religiosas, aquelas cuja liberdade é especialmente relevante à independência ética e à vida bem vivida e. Defenderei que nem tudo na religião deve ser protegido nestes termos, mas que é possível reconhecer que em algumas hipóteses a mera não discriminação contra ações religiosas não basta. Este ponto é importante, pois a impossibilidade de fazê-lo foi o que levou Dworkin a rejeitar direitos especiais, tema do capítulo segundo.

Posteriormente, mas ainda no capítulo primeiro, ofereço concepção de secularismo a partir das contribuições de Ronald Dworkin, Douglas Laycock e MacLure & Taylor<sup>57</sup>. Neste trabalho, secularismo é uma regra de justiça aplicável ao governo que exige que a religião, como esforço de harmonização com o divino, deve ser praticada pelos indivíduos ou por grupos formados por compromisso individual, não político. Ainda, nesta seção pretendo analisar as contribuições à liberdade de religião feitas por Garnett sob a rubrica de "liberdade da igreja"<sup>58</sup> a partir das análises institucionalistas de autores como Jack Balkin e Frederick

---

<sup>54</sup> Embora, admita-se, a definição restrita de religião adotada por MACLURE & TAYLOR e a importância da ideia de consciência em NUSSBAUM coloquem este mapeamento em questão.

<sup>55</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>56</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011.

<sup>57</sup> MACLURE & TAYLOR (2011), LAYCOCK (2010) e DWORKIN (2013).

<sup>58</sup> Diversos trabalhos (ver bibliografia): por todos GARNETT, 2015b.

Schauer. Acredito que algo de muito importante possa ser extraído das reflexões de Garnett, a saber, a compreensão de que a ideia de um governo limitado, que renuncia a tratar de questões de religião, é uma interpretação atraente de secularismo, bem como que a liberdade exige regras e arranjos públicos para a sua proteção. Não é meu objetivo saber se Garnett concordaria com os detalhes do argumento, mas sim extrair elementos relevantes de sua produção acadêmica, sobretudo aos argumentos desenvolvidos nos capítulos seguintes.

O objetivo do capítulo segundo é analisar o tema dos direitos especiais. O argumento fundamental a ser oferecido é que a distinção entre justiça e ética oferecida por Dworkin, e que permite ao estado agir por razões do primeiro tipo, mas não do segundo, como interpretada pelo autor, não oferece proteção suficiente à liberdade de religião<sup>59</sup>. Corretamente compreendida, a independência ética, isto é, a atribuição ao sujeito, e não a terceiros, a decisão sobre o valor da vida, exige mais do que Dworkin pretende reconhecer pela distinção entre justiça ética. Exige direitos especiais, isto é, exceções à autoridade que o estado tem proibir condutas e que só podem ser negados em situações raras, de prevenção de violação de direitos especiais de terceiro<sup>60</sup>. O direito especial à liberdade de religião se expressa em acomodações, isto é, por adaptações em regimes ou regras jurídicas para atender a demandas oriundas de exercício de religião. Direitos especiais são exigência da igualdade, e incluem a liberdade de expressão mas também a liberdade de religião. Procuro ainda expor por que, contra a visão de Dworkin e de autores como Eisgruber e Sager, selecionados porque assumem um ônus qualificado de oferecer visão coerente e igualitária da liberdade de religião, o reconhecimento de direitos especiais à religião não viola a igualdade; pelo contrário, pretendo demonstrar como seu reconhecimento é caracterizado, como sugere Nussbaum, por liberdade igualitária, que todos temos, mas que a alguns precisa ser especificamente protegida. A compreensão deste ponto exige exposição mais extensa de diferentes visões sobre a relação entre igualdade e liberdade e a defesa de uma concepção a respeito do "formato" da liberdade (expressão de Nussbaum) que explique por que a igualdade exige acomodações. Ademais, a partir de algumas sugestões de MacLure & Taylor, Garnett, Greenawalt bem como de Perry Dane, indico algumas hipóteses em que direitos especiais podem deixar de ser concedidos.

---

<sup>59</sup> Para tese contrária, veja CLAYTON (2017), para quem a independência ética assim compreendida "is enough".

<sup>60</sup> Ver discussão acima sobre direitos em Dworkin; veja ROSA, 2014a, cap. 1, esp. pp. 28 e ss., 39-46, 169-178, 175 e ss., 193, 242 etc.; 2017.

Por fim, o capítulo terceiro cuidará o ensino religioso nas escolas públicas. O objetivo do capítulo é oferecer interpretação do § 1º do art. 210 da Constituição Federal a partir dos argumentos acima apresentados a respeito da relação adequada entre Estado e religião. O referido dispositivo obriga o ensino religioso facultativo na educação pública fundamental, e sua interpretação foi disputada em ações no Supremo Tribunal Federal (ADIs 3268-2 e 4439). Neste capítulo, pretendo oferecer leitura igualitária do dispositivo, bem como encontrar um critério de ocorrência do ensino religioso nas escolas que seja integrado à natureza secular do governo e às proteções das liberdades individuais de religião. Este critério será oferecido, entre outros, a partir de análise de escritos de autores como Douglas Laycock, Andrew Koppelman, Eugene Volokh, Eisgruber & Sager e Nussbaum, cujas análises sobre financiamento público de ações religiosas são capazes de iluminar as hipóteses em que o Estado secular pode beneficiar a religião. O argumento passará pela percepção de que a escola pública é uma manifestação institucional específica do estado, em que alguns indivíduos (os estudantes) têm suas liberdades privilegiadas, e que isso autoriza o tratamento excepcional das suas manifestações sociais, inclusive religiosas, que sejam levadas democraticamente ao ambiente escolar. Ademais, analiso as propostas da parte da literatura brasileira que, formada, entre outros por Anna Candido Ferraz e Nilton Monteiro, foi levada aos autos da ação pela Ação Educativa & outros, bem como defendida pelo Min. Alexandre de Moraes. Defendo que, salvo alguns pontos, a literatura é bem sucedida no seu objetivo de apresentar modelo de ensino religioso confessional que não viola o artigo 19, I da CF, que veda subvenção ou estabelecimento de culto.

Estes são os delineamentos dos temas e dos argumentos oferecidos nesta tese. Há, em outro sentido, diversas coisas que este trabalho não oferece. Entre elas, destacam-se as seguintes:

1) visão geral da teoria contemporânea das religiões, dos seus autores e dos argumentos que oferecem, embora diversos sejam mencionados e seus argumentos trabalhados, o que se dá conforme a necessidade do argumento da tese.

2) teoria detalhada da relação entre estado e religião e, embora para dois tema-chave (acomodações e ensino religioso nas escolas públicas) argumentos sejam defendidos.

3) análise detalhada da jurisprudência, embora documentos relativos aos dois tema-chave sejam trabalhados.

4) Análise detalhada da CF/88, que tem diversos dispositivos a respeito da religião entre religião e Estado. A tese se limita a oferecer o secularismo como uma regra de justiça a ser observada nestas relações, bem como razões para compreender religião de maneira ampla, e a enfrentar as duas questões mencionadas. Outros temas, como o das imunidades tributárias, não são objeto de análise.

Algumas observações finais sobre a bibliografia se fazem necessárias. Em muitos casos, utilizei versões disponíveis no SSRN, por vezes não publicadas em *journals* (como é aparentemente o caso de Perry Dane<sup>61</sup>), mas somente no site, ou que, ainda que publicadas, talvez tenha sofrido alterações. Ainda, cito como sugerido por este *sítio*, mesmo quando referência inclui livro que não foi consultado (a paginação citada, portanto, é a do arquivo em .pdf disponível no site)<sup>62</sup>. Ademais, a versão pode não ser a última disponível, pois a plataforma permite revisões, o que naturalmente tem vantagens, mas ao mesmo tempo diminui controle do leitor. Ademais, em nota ao capítulo 3 explico como cito os documentos processuais consultados. Em especial, acórdão das ADI sobre ensino religioso nas escolas ainda não foi publicado, mas diversos votos foram disponibilizados. Ainda, num ponto trabalhos em coautoria são citados com nomes em ordens diferentes, para respeitar o que parece ter sido a opção dos autores.<sup>63</sup> Quanto às citações, por vezes há notas omitidas e, nas ocasiões em que há tradução dos trechos, em algumas vezes mantenho palavras entre colchetes. Por fim, pelo menos numa ocasião, corriji a sugestão de citação pois no ano indicado estava equivocado.<sup>64</sup>

Isso dito, passo ao primeiro capítulo do trabalho.

---

<sup>61</sup> DANE (2013 e 2016).

<sup>62</sup> TEBBE, SCHARTZMAN & SCHRAGGER (2016a e 2016b).

<sup>63</sup> GEDICKS & KOPPELMAN (2014a e 2014b) e KOPPELMAN & GEDICKS (2015).

<sup>64</sup> KOPPELMAN (2017: ano constava como 2012).

## **CAPÍTULO 1. RELIGIÃO E GOVERNO SECULAR.**

### **Seção 1. Introdução**

Este capítulo é dedicado à análise conceitual da religião e do governo secular. Trata-se de esforço preliminar ao enfrentamento das duas questões políticas práticas que a tese visa a solucionar, a saber, a do direito à acomodação e a do ensino religioso nas escolas públicas. Nos capítulos segundo e terceiro, estes temas serão analisados a partir do conceito de religião e da concepção de governo secular aqui defendida.

Expus na introdução desta tese que pretendo defender concepção de liberdade de religião que se apresente como uma interpretação da igualdade. Especificamente, defendo que são exigências da igualdade o reconhecimento de direitos especiais na forma de acomodação (por exemplo, exceção na realização do ENEM para os praticantes de dia de guarda aos sábados) e a permissão o ensino religioso nas escolas. Anterior a essas soluções concretas há o ônus argumentativo de apresentar visão que tenha, como diz Dworkin<sup>65</sup>, integridade. Este é um ônus aparentemente rejeitado por parte da literatura, sobretudo daquela que endossa as acomodações que esta tese defende. O objetivo das seções a seguir, portanto, é de oferecer os antecedentes teóricos da tese defendida, a saber, que a liberdade de religião e o governo secular são questão de igualdade.

Neste primeiro capítulo, como dito, ofereço alguns conceitos fundamentais a serem empregados nas construções argumentativas dos dois capítulos posteriores. O primeiro deles é o de religião. Neste ponto, endosso a disposição de Dworkin de conceber a religião como um conceito interpretativo, o que produz concepção abrangente de religião. O autor concebe a atitude religiosa como o reconhecimento do valor intrínseco na realidade, humana e natural, o que dispensa a crença em Deus. Entre teístas e ateus, portanto, há o compartilhamento de visão sobre o valor independente do universo, ainda que haja divergência quanto a ter sido ele criado por alguém. Crucialmente, adoto a visão de Boyle e outros de que a religião é o bem de harmonizar-se com esta realidade transcendental, que o autor chama de divino. Apresento, ademais, visão de Laycock da religião como uma prática de responder a certas perguntas. Apesar de a proposta do autor não ser de interpretação filosófica do significado de religião, a meu ver desempenha adequadamente a tarefa de dar execução prática à análise filosófica. Afinal, o trabalho do jurista não é tanto de saber o que significa filosoficamente a religião, mas

---

<sup>65</sup> DWORKIN, 2007 ou 1986, caps. 5-7.

de saber quais os contornos políticos da sua liberdade. Esta tese segue a sugestão de Nussbaum de que a liberdade tem forma de espaço em que perguntas são respondidas. Daí a validade da sugestão de Laycock, ainda que a teoria da neutralidade que está por trás dela não seja adotada.

Por fim, apresento concepção de secularismo, que instruirá as análises dos capítulos seguintes. Fundamentalmente, adoto a visão dworkiniana de que o regime secular é aquele que trata a religião como uma questão individual, e não coletiva. Esta visão é eco da tradição norte-americana, que muitas vezes compreende o regime constitucional criado pela Primeira Emenda como um de "voluntarismo". Pensar o secularismo nestes termos a meu ver é maneira fértil de compreender os termos da relação adequada entre estado e religião. O secularismo, com efeito, é aqui concebido como um conjunto de regras de justiça que regulam estes termos ao situar a religião no âmbito individual (ou dos grupos formados por indivíduos). O não reconhecimento de acomodações à religião, em alguns casos, é adequadamente descrita como uma espécie de coletivização da prática religiosa, o que viola o regime secular e deve ser corrigido por direitos à acomodação; ademais, impedir totalmente a religião de ingressar nas escolas públicas é igualmente supressão de atividade religiosa em esfera própria sua. Nestes termos, esta visão de secularismo, construída a partir das obras de autores como Dworkin, Laycock entre outros, é integrada às teses oferecidas posteriormente neste trabalho. Antes de iniciar a elaboração teórica a que se dedica este capítulo, vale mencionar que contribuem à percepção da importância da religião (ainda que não aos seus contornos filosóficos) e aos limites da atuação do governo quanto às atividades religiosas as reflexões a meu ver incompletas mas bastante instigantes de Richard Garnett. As ideias do autor são mencionadas ao fim deste capítulo.

## **Seção 2. Religião e sua interpretação**

Na introdução a esta tese, apresentei o contraste entre autores, sobretudo norte-americanos, a respeito do papel da filosofia na interpretação do direito da liberdade de religião. A este contraste que opõe Horwitz, Koppelman e Garnett a Dworkin, Eisgruber e Sager acrescenta-se um outro de fronteiras coincidentes, mas mais substantivo. Trata-se de saber se a religião é especial. Os três primeiros autores respondem positivamente à pergunta, e os três últimos, negativamente. A coincidência das fronteiras não é um acaso, pois quem se

permite interpretar teoricamente o direito tem mais liberdade para se desvincular do passado como convencionalmente interpretado, e o passado tem sido marcado em geral por visão restritiva do conceito de religião e por proteção especial da religião assim compreendida frente a outras práticas sociais. Diz o primeiro trio: o passado histórico reconhece a especialidade da religião, firmemente consagrada na Constituição dos EUA e, durante muito tempo, em precedentes da Suprema Corte, ainda que devamos muitas vezes estender o conceito para abranger práticas paralelas<sup>66</sup>. Como dito, coisa parecida pode ser dita sobre a Constituição Federal de 1988 e o direito brasileiro.

É relevante, no nosso contexto jurídico, saber como lidar com a especialidade que o texto constitucional atribui ou nega à religião e, também, saber como compreender esta realidade. Mas o ônus é interpretativo sobretudo. São estas, entre outras questões, a que este trabalho pretende responder. O objetivo desta tese é, num marco interpretativista, situar a religião num arcabouço teórico igualitário das instituições políticas. Isto exigirá, a exemplo do que sugeriu Dworkin em contraste com o que tem sido historicamente predominante, interpretá-la de maneira abrangente, de modo a incluir não só as religiões tradicionalmente consideradas como tais, mas todas as atitudes que reconhecem valor intrínseco da realidade humana ou natural<sup>67</sup>. Expande-se, portanto, o conceito de religião<sup>68</sup>. Por sua vez, e contra a

---

<sup>66</sup> Se isto mudou em *Smith*, caso a respeito das acomodações religiosas de consumo de *peyote* em que o direito especial foi rejeitado como interpretação da Constituição dos EUA, é questão parte do debate. Ainda, existe tendência nos autores, mesmo aqueles que definem a religião estreitamente, de glosar positivamente casos norte-americanos de liberdade de consciência que estenderam o significado de religião. Ver KOPPELMAN, 2013b, 142-3, EISGRUBER E SAGER, 2007, 112 e ss.. (veja ainda MACLURE & TAYLOR, que escrevem a partir da experiência quebecois e mencionam decisão norte-americana sobre objeção de consciência em alistamento militar para dizer que o decisivo não é a natureza religiosa, mas da centralidade da crença: 2011, pp. 89-90). Estas questões serão trabalhadas no capítulo 2. Sobre objeção de consciência, veja SEFERJAN (2012, pp. 62 e ss.).

<sup>67</sup> Vale reconhecer, naturalmente, que autores como Nussbaum (ver KOPPELMAN, 2013b, pp. 155 e ss., comentando NUSSBAUM, 2008) e MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 89-90) adotam o que Micah Schwartzman chama de estratégia de suplementação da religião por outras categorias, e não pela sua extensão (SCHWARTZMAN, 2014, pp. 1099 e ss. sobre a tendência de adoção da estratégia da suplementação por sistemas jurídicos). Schwartzman diz o seguinte: "Given the diversity of religious and philosophical perspectives that have developed within our society, the inequality between religious and nonreligious views implied by the constitutional text is morally indefensible" (p. 1086, nota omitida); argumento deste tipo é então atribuído a Dworkin, Brian Leiter, Maclure & Taylor e Eisgruber & Sager. O ponto, de rigor, diz respeito a como lidar com esta variedade.

<sup>68</sup> SCHWARTZMAN (2012) descreve duas maneiras de lidar com a aparentemente não especialidade da religião, sendo uma delas a tentativa de "reconcile the Religion Clauses with political morality by expanding the definition of religion to include secular ethical and moral doctrines. This approach faces some familiar difficulties, but it suggests one path to bringing existing law into line with the view that religion is not normatively distinctive" (p. 1355; compare com KENDRICK, 2017, p. 98 e ss., sobre liberdade de expressão); veja ainda SCHWARTZMAN, 2012, pp.1354 para bibliografia que sustenta sua especialidade (n. 13), bem como para bibliografia que a nega (n. 14). Também claramente: "If one accepts that religion is not special as a

proposta dworkiniana ainda que a partir de sua teoria liberal de sua defesa da independência ética, a tese proporá em alguns casos o reconhecimento de direitos especiais à religião. Cumpro iniciar pelo primeiro ponto, a saber, o significado de religião, o que farei a partir da obra de Dworkin, bem como autores menos recentes como Douglas Laycock e Joseph Boyle. A meu as reflexões destes autores tendem aos objetivos almejados nesta tese, i.e., a compreensão igualitária expandida da ideia de religião.

Começamos por Ronald Dworkin, que definiu em *Religion with God* a religião como uma visão de mundo "distinta": pois afirma a existência de valor intrínseco da realidade humana e natural<sup>69</sup>. O autor chega a esta conclusão após compreender o esforço de definir a

---

normative matter, then there are basically two ways to respond to the conflict between that view and the law. The first is to reject the law as morally defective and argue that it should be changed to remedy its failures. The second is to attempt some form of reconciliation with the law by showing that it can be interpreted in ways that either diminish or dissolve the underlying conflict." (2012, p. 1403; para a rejeição, veja pp. 1403 e ss; para reconciliação, veja pp. 1414 e ss.). Veja ainda p. 1401 e ss., p. 1367, n. 62 (citando McConnell), 1373, 1390 e ss., 1394-6, 1410, 1420, 1427). A primeira opção SCHWARTZMAN encontra em LAYCOCK: "The strategy of expanding the definition of religion has two main parts. The first is to say that any answer to an essentially religious question must count as religious for constitutional purposes.<sup>232</sup> Although the boundaries of the concept of religion are vague and contested, there are some easy cases here. Questions about the existence of God (or gods), about the nature of divinity, and about what, if anything, the divine demands of human beings are quintessentially religious.<sup>233</sup> More controversial is the idea that negative answers to such questions should be included within the constitutional concept of religion. Thus, traditional atheism denies the existence of God (or gods), and agnosticism either takes no position on these questions or contemplates serious doubts about affirmative answers to them. These responses to religious questions might not be considered "religious" within the common or conventional meaning of the term.<sup>234</sup> And yet while some atheists and agnostics (among others) might bridle at the suggestion that their views are religious,<sup>235</sup> it might nevertheless make sense to describe them as such for constitutional purposes.<sup>236</sup>", 2012, pp. 1415-6, notas, entre outros, a Laycock, bem como à teoria da interpretação de Dworkin, que, segundo SCHWARTZMAN, se presta a fundamentar esta estratégia de expansão, exatamente o que Dworkin fez (veja ainda pp. 1415 e ss., 1426, 1427; entre nós, veja MAZUOLI & SORIANO, 2009, p. 29, comentando John Garvey). Veremos abaixo que, neste ponto, deve-se seguir Laycock. SCHWARTZMAN diz ainda: "The second part of the definitional strategy for reconciliation is to extend the concept of religion to cover what have previously been considered secular doctrines." (2012, p. 1417; veja ainda pp. 1417 e ss e pp. 1427). SCHWARTZMAN descreve bem o caminho seguido pelos defensores da expansão da religião, mas rejeita a especificidade da religião (veja ainda pp. 1418-9 para referências à distinção entre "subject" e "scope" na definição de religião). Ele diz: "In the context of both accommodations and legal justification, then, there are normative and epistemic grounds for going beyond the category of religion, at least when that category is defined in terms of doctrines based on belief in a transcendent or supernatural authority, which is a basic feature of religion within all but one of the theories described above.<sup>180</sup> Framed in such terms, religious beliefs and practices do not as a general matter warrant more (or less) favorable treatment than those which follow from secular doctrines.", p 1402, nota omitida a trabalho de EISGRUBER & SAGER. Esta tese admite expansão limitada da categoria de religião (como sugere BERG, 2013), e não julga necessário suplementá-la por outra categoria.

<sup>69</sup> "Religion is a deep, distinct, and comprehensive worldview: it holds that inherent, objective value permeates everything, that the universe and creatures are awe-inspiring, that human life has purpose and the universe order", 2013, p. 1 e "the religious attitude accepts the full, independent reality of value", p. 10. O autor defende ainda o que chama de "Hume's Principle", que "insists that one cannot support a value judgment - an ethical or moral or aesthetic claim - just by establishing some scientific fact about how the world is or was or will be", pp. 16-7. O realismo de valor do autor é, neste sentido, "ungrounded", isto é, não demanda uma realidade científica para



religião como interpretativo: "as pessoas que usam o conceito não concordam precisamente sobre o que ele significa"<sup>70</sup>, o que faz com que definições oferecidas caracterizem posição sobre o que deve ser considerado religião<sup>71</sup>. Religião, a exemplo de outros conceitos, como liberdade, dignidade etc., é um "ideal político"<sup>72</sup>. Isso significa que o fato de que certa atitude não é identificada usualmente como religiosa não implica que não o seja, pois talvez deva ser. A pergunta que Dworkin faz é "qual explicação da religião seria mais revelador adotar?"<sup>73</sup> Daí ele rejeitar a estratégia de definir religião por meio de "entendimentos comuns"<sup>74</sup> sobre o que significa.

Para o autor, o "centro metafísico da religião" é uma atitude que reconhece o valor objetivo da vida humana e da natureza<sup>75</sup>. Esta definição não exclui religiões teístas, mas faz com que a afirmação da existência de um Deus não seja característica necessária da religião<sup>76</sup>. Sendo interpretativo o conceito, o que justifica esta opção conceitual é o reconhecimento de que a mesma atitude de identificação da realidade transcendente que alguns tentam articular na forma de religiões teístas está presente em atitudes não teístas. Elas devem, portanto, ser também reconhecidas como religiosas.

A meu ver, ainda que oriundo de tradição filosófica bastante distinta, Joseph Boyle apresenta conceito convergente de religião. Ele diz o seguinte, após apresentar uma definição teísta de religião obtida de um dicionário,

"A despeito da ênfase teísta desta definição, as crenças que subjazem às atividades religiosas não precisam ser teístas; há concepções alternativas do princípio ou princípios básicos da realidade e do seu relacionamento com o restante da realidade. Farei uso de uma visão mais genérica do que a que o teísmo especifica, a saber, a ideia *do divino como um princípio da realidade e sentido além dos seres humanos e de suas comunidades*. Ademais, como a definição indica, religião não é simplesmente um conjunto de crenças teóricas sobre a realidade; é uma questão de preocupação (*concern*), de *uma resposta humana ao que é último na realidade*. O que subjaz a esta resposta prática ao divino pode ser entendido como um interesse em estar *em harmonia com o divino*.

---

fundamentá-lo (pp. 10 e ss., esp. p. 15; veja ainda p. 90). Veja MCCLAIN (2014, pp. 1276 e ss., 1292-3, 1298, 1300 e ss.).

<sup>70</sup> DWORKIN, 2013, p. 7, traduzi.

<sup>71</sup> DWORKIN, 2013, *idem*.

<sup>72</sup> DWORKIN, 2013, p. 109, traduzi.

<sup>73</sup> DWORKIN, 2013, p. 7, traduzi.

<sup>74</sup> DWORKIN, 2013, p. 108, traduzi.

<sup>75</sup> DWORKIN, 2013, p. 10.

<sup>76</sup> Veja comentários de MCCLAIN (2014, pp. 1278, 1281, 1282-3, 1298). Veja, entre nós, PINHEIRO (2017).

"Tomando estes dois aspectos da definição comum de religião, proponho que um benefício religioso seja a harmonia entre uma pessoa ou pessoas e o divino, isto é, Deus ou deus ou o que quer que seja entendido como o princípio último de realidade e sentido no universo"<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> BOYLE, 1998, p.3, traduzi, itálicos acrescentados, nota omitida com referência a Aquino e a Cícero. Em seguida, Boyle diz que benefícios religiosos estão disponíveis aos panteístas, e que (...) *atheists who accept the existence of an objective good to which human action should conform can act for the sake of establishing or maintaining a proper relationship with this impersonal principle of goodness. So, if one believes that there is a divine principle, however that may be conceived, one has the religious belief needed for pursuing religious benefits*", p. 3. Ainda, "(...) even those who do not believe in a personal divinity can see it as beneficial for them to lead a life in harmony with what is most fundamentally true and good. For example, many who are not members of organized religions, including nonbelievers, believe that there is value, beauty, and goodness in the material world that is irreducible to the world's service to human interests, including aesthetic and moral interests", p. 4; ver ainda p. 15 (GEORGE defende tese semelhante: 1993, p. 221 - veja citação deste trecho, seguida de crítica em BOU-HABIB, 2006, pp. 112 e ss., para quem George inclui o ateísmo na religião para evitar argumento "partisan", p. 113). Ao definir religião, FINNIS fala em "alignment" (2011, p. 28, 85, criticando Dworkin) o que é convergente com Boyle, bem como em "(...) the good of harmony with the transcendent source of every other human good, and every form of fruitfulness" (p. 62; veja ainda 1980, p. 89); o autor julga possível falar de religião sem afirmar a existência de Deus (1980, p. 89 e 2011, pp. 2 e ss., pp. 27 e ss., p. 42, p. 44, citando Aquino) esp. "The identification of human flourishing basic aspects can be made, and defended against objections and misunderstandings, without appealing to any idea of divine causality, still less to any idea of a divine will about what we should and should not choose. The inquiry into human flourishing can proceed without adverting to the question of divine existence; the good of relating appropriately to a transcendent and intelligence source of everything we know of can be postulated without being affirmed - can be left, that is, as a kind of space in the account of human flourishing, to be occupied by the good we call *religion*, if, but only if, further inquiry shows that such a being must be judged to exist", p. 42, itálico no original); mas veja pp. 91-2 para afirmações aparentemente distintas (foi a partir deste artigo de FINNIS (2011, cap. 4) que cheguei ao trabalho de Boyle). Veja a sua crítica a Boyle (2011, pp. 85 e ss., esp. p. 86, n. 11), que é feita para criticar EISGRUBER & SAGER. Compare com BARROSO (2017, pp. 6, 9). MCCLAIN (2014, pp. 1305) identifica terminologia convergente em GEORGE, para quem a religião seria uma questão de "right relation to the divine" e implicaria ao fiel "fully order his of her life"; com efeito, o autor defende estas teses (1993 e 2013); para terminologia semelhante, veja JORDAN (1898, trechos dos caps. IV e VI). Para GEORGE, "People have rights, including rights to liberties, because there are basic human goods - that is, ends or purposes that not only conduce but actually *constitute* their flourishing. The full defense of any particular liberty, including the freedom of religion, requires the identification and defense of those human goods, those basic aspects of human well-being and fulfillment, that the liberty secures, protects, or advances" 2013, p. 110, itálico no original; veja ainda 1993, p. 220, itálico no original (veja citações que MCCLAIN (2014) e compare com DWORKIN 1977 ou 2001a, cap. 7; 2006: p. 32; ROSA: 2014a, cap. 1, 2014c). Ainda de GEORGE, "In the focal case, it represents our efforts to bring ourselves into a relationship of friendship with transcendent sources of meaning and value" (2013, p. 113) e "In its fullest and most robust sense, religion is the human person's being in right relation to the divine - the more than merely human source or sources, if there be such, of meaning and value" (p. 118; veja ainda 1993, p. 220, para (...)"harmony and communion with the ultimate (...)); GEORGE cita FINNIS (p. 254, n. 8 à p. 113 e n. 8 à p. 118): a referência são às páginas (1980, pp. 89-90) que também inspiram KOPPELMAN (2013b etc.). Veja ainda MESLIN (2014, pp. 44 e ss., esp. pp. 44, 50); compare com a ideia de "suprarracionalidade" em DOMINGO (2017, esp. p. 2). Para crítica a George, veja BOU-HABIB, 2006, esp. 112 e ss., para quem a religião tem valor derivado da integridade do sujeito e para quem, de rigor, é isto que George defende: "George may now be correct that if we define religion along these lines — as a form of inquiry — the claim that religion is a basic good need not be a partisan claim. However, the key point to notice, for our purposes, is that in defining the good of religion as consisting in an inquiry, George is not, properly speaking, advancing a basic good argument for religious accommodation. Rather than seeking to justify religious accommodation on the grounds that religious conduct is intrinsically valuable, he is justifying it on the grounds that a person's ability to undertake religious conduct is somehow a necessary precondition for his ability to engage in a religious inquiry. What George is in fact advancing is the view that undertaking religious conduct is a derivative good — that it derives its value from the fact that it is necessary for something beyond it, namely a religious inquiry.", p. 113, após citar, nas pp. 112-3 trecho em que George defende que ateus podem participar do bem da religião). BOU-HABIB também observa a

A meu ver, ambos os autores identificam a religião como a prática humana de buscar compreender que a realidade não é formada somente pelos seres humanos ou por suas experiências, mas se há algo sobrenatural<sup>78</sup>, no sentido de não fazer parte desta realidade física ou humana. Dworkin chama isso de "valor objetivo"<sup>79</sup>, e Boyle, de "divino". Não se trata de dizer que as noções são idênticas, mas de observar que visam a identificar o mesmo fenômeno distinto, a saber, o esforço humano, organizado ou não, de reconhecer que talvez haja no mundo algo além de nós e de nossas percepções sensoriais.<sup>80</sup> Os autores convergem ainda em admitir que são manifestações da religião práticas e visões que o sentido ordinário de "religião" não abrange. São estes aspectos comuns aos dois autores que esta tese adota. Em suma, parte do esforço de identificar o que há de valor na realidade (definição de Dworkin) inclui relacionar-se apropriadamente com o transcendente (definição de Boyle). Não é essencial aqui saber se o conceito de religião deve ser mais dworkiniano ou boyleano, até porque a distinção entre as duas propostas é menor do que aparenta, como sustentei<sup>81</sup>. Com isso não quero dizer que os autores concordariam com esta aproximação das suas visões sobre religião, mas que é possível produzir concepção coerente a partir das propostas apresentadas por eles.

Uma observação se faz pertinente ao que Dworkin chama de "centro metafísico da religião": trata-se do reconhecimento de que a vida humana tem valor intrínseco. Este ponto é um dos aspectos do individualismo ético, teoria do valor defendida pelo autor e exposta na introdução deste trabalho. É, entretanto, algo duvidoso que uma religião precise endossar esta visão para ser caracterizada como tal. A ideia de que a realidade tem valor independente da natureza ou dos seres humanos, que exista algo de "divino" não necessariamente implica que os seres humanos façam parte desta realidade de valor. Uma religião que identifique um valor

---

semelhança entre George e Finnis (p. 125, n.7 à p. 112) e sustenta que a integridade é um "basic good" (pp. 117 e ss.).

<sup>78</sup> DWORKIN, 2013, p. 6, mencionando Albert Eistein.

<sup>79</sup> DWORKIN, 2013, idem.

<sup>80</sup> Ver KOPPELMAN sobre Finnis (2013b, 231-2, citando FINNIS, 1980, pp.89-90). Ver FINNIS criticando Koppelman (2011, pp. 28-9, esp. "Koppelman's intention in this enterprise are good - he is a critic of Eisgruber and Sager's unadmitted secularism - but the content and dignity of the good of religion cannot be identified (as he attempts to identify them) with a mere human questing, considered without regard to the reasons that point both to the existence of God as proper and real object of such questing, and to something of the divine nature and activity").

<sup>81</sup> E como MCCLAIN parece indicar, ao comparar Dworkin e George (2014, p. 1305, por exemplo).

idêntico em qualquer vida, humana ou não, pode parecer extravagante e moralmente implausível<sup>82</sup>, mas não há razão interpretativa para não chamá-la de religião, ainda que possa haver razões filosóficas e teológicas para rejeitá-la.

Outro ponto importante diz respeito às visões negativas sobre a religião<sup>83</sup>. Como visto, Dworkin defende concepção de religião a partir do seu conteúdo, como uma visão a respeito da realidade. Esta defesa é correta enquanto análise filosófica das posições que caracterizam essa atitude. Faz sentido então excluir da definição de religião qualquer visão que não compartilhe dos elementos caracterizadores da religião. Daí o autor dizer que em contraste à religião há o naturalismo, que, defendido por autores como Richard Dawkins, consiste na "teoria metafísica bastante popular que nada é real exceto o que pode ser estudado pelas ciências naturais, incluindo a psicologia"<sup>84</sup>. Postura análoga é de quem define religião de maneira ortodoxa (teísta, por exemplo) e exclui o ateísmo. Se o sentido filosófico de religião inclui a crença em Deus, quem não acredita em Deus não tem religião. Se o sentido filosófico é caracterizado como a crença na realidade transcendente do valor, então a visão naturalista, que reduz a realidade aos fatos naturais e às percepções humanas, não é religiosa. Estas são conclusões exigidas pelo conteúdo filosófico dos conceitos. Mas as repercussões políticas destes raciocínios precisam ser seguidas com cuidado.

É que, quando a análise é política, de elaboração de defesa de liberdade de religião, a proteção deve ser estendida a ações que não são literalmente religiosas, mas que envolvem-se com a religião, inclusive para negá-la. Englobam-se nesta definição uma visão, para usar os conceitos de Dworkin, ateia não-religiosa, de tipo naturalista.

A razão desta inclusão é compreendida por Laycock, que emprega conceito ortodoxo de religião, mas nele inclui o ateísmo (que, para Dworkin, seria, pelo menos em alguns casos, considerado propriamente religioso). O que leva Laycock a fazê-lo é o fato de o autor conceber a religião, sob o prisma do direito, como uma prática de buscar responder às

---

<sup>82</sup> DWORKIN, 2013, p. 121, citando trabalho anterior seu.

<sup>83</sup> Veja comentários a LAYCOCK feitos por BERG (2006-7), e citados abaixo em nota, bem como os de SCHWARTZMAN sobre LAYCOCK citados em nota acima.

<sup>84</sup> DWORKIN, 2013, p. 12, traduza. Dworkin é explícito: "the religious attitude rejects all forms of naturalism. It insists that values are real and fundamental, not just manifestations of something else; they are as real as trees or pain", p. 13. Logo, Dworkin não diz que qualquer ato secular seja religioso, mas que muitos atos que não são ortodoxamente religiosos são realização de visão sobre valor intrínseco da realidade, i.e., religiosos. Veja ALMEIDA (2008, pp. 267 e ss.), WHITMARSH (2015, p. 54), ZUCCA (2015, p. 394) e DOMINGO (2017, p. 2).

perguntas que são respondidas positivamente pela religião. A razão é intuitiva. Num debate filosófico sobre a existência de algo, endossar a inexistência da categoria não é subtrair-se do debate. É participar dele. Analogamente, não é dado ao direito tratar de formas diferentes esforços igualmente voltados a responder a certas perguntas. Daí, numa chave tradicional, o ateísmo ser juridicamente religião; daí, analogamente, na chave expansiva de Dworkin, adotada nesta tese, o naturalismo, ainda que não seja propriamente religião, dever receber o mesmo tratamento da religião.

Não se trata, evidentemente, de dizer que a religião é um "debate" literalmente. Mas trata-se, sim, de endossar o que motiva autores como Laycock a utilizarem as expressões "perguntas" e "respostas" para designar religião<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Entendo esta concepção como convergente com a visão de Dworkin sobre o valor da vida (DWORKIN, 1995, 2001b ou 2005a, cap. 6; veja ROSA: 2014a, esp. cap. 2 e CLAYTON (2017). LAYCOCK, 2010, por. ex., p. 72, em trecho citado abaixo em nota. Diz o autor: "(...)'religion' is any set of answers to religious questions, including the negative and skeptical answers of atheists, agnostics, and secularists", p. 69 (para crítica a esta linguagem ver fim de artigo de JENSEN, 2007). Sustenta ele: "My conception of religious neutrality includes a neutral conception of religion. That is, any belief about God, the supernatural, or the transcendent, is a religious belief. For constitutional purposes, the belief that there is no God, or no afterlife, is as much a religious belief as the belief that there is a God or an afterlife. It is a belief about the traditional subject matter of religion, and it is a belief that must be accepted on faith, because it is not subject to empirical investigation. Serious believers and serious disbelievers are sometimes troubled by this question or their belief systems, but we cannot make sense of the Religion Clauses without it. This constitutional conception of religious belief as any belief about religion explains why atheists are protected from persecution (29), and why government cannot establish atheism. "Similarly, the deeply held conscientious objection of a non-theist must be treated equally with a similar objection rooted in a more traditional faith. As a plurality of the Supreme Court put it in a statutory context, the relevant category is 'all those whose consciences...would give them no rest or peace' if they were compelled to comply with government policy. 30 To be sure, there are difficulties in applying that standard to non-traditional sources of conscience. But in a nation with millions of non-believers, no other conception of conscientious objection is even plausibly neutral", p. 14, notas omitidas (mas número e posição indicados entre parêntesis); a nota 30 é ao caso *Welsh*. (Como explica MacConnell, há um problema com esta visão que atribui ao ateísmo uma objeção de consciência. Exploro a questão no texto principal.) Laycock endossa a visão de Norman Dorsen de que as normas sobre religião se aplicam a quem acredita e a quem não acredita em Deus (p. 71, Dorsen citado na n. 61). "If atheism is just a secular idea, government would be free to promote atheism to the same extent that it has ever promoted any other secular idea - say the war effort in World War II, or civil rights during the Second Reconstruction. Government could teach atheism in the schools, promote atheism in the mass media, subsidize the American Atheists and a network of local chapters, and ridicule God as the opiate of the masses. The only sensible interpretation is that this would be an establishment of religion - an establishment of a certain set of views about religion, of a certain set of answers to the fundamental religious questions (77)", 2010, p. 73 (nota omitida, ao trabalho de Mary Harter Mitchell, pp. 73-4). "The law should recognize nontheistic answers to religious question as religion for constitutional purposes and for RFRA purposes. And the law should provide parallel protection for theistic and nontheistic beliefs about religion for as far as the parallels can be reasonably extended. Government should be neutral among these beliefs, endorsing none of them and taking no position on the truth or value of any of them. Private speech from any of these perspectives should be protected as high-value speech, doubly protected by both the Free Speech and Free Exercise Clause (81). The Constitution and RFRA should protect the autonomy of atheistic, agnostic, and humanist organizations, just as they protect the autonomy of churches; (82) they should protect conduct motivated by disbelief in God, if any there be, just as they protect conduct motivated by more traditional religious beliefs(83)", p. 74, notas omitidas, mas número e posição

O ponto é de não intervenção do governo na religião. As regras de um debate filosófico não podem, sob pena de limitá-lo (coisa que é por vezes aceitável na academia, mas não é ação aceitável do estado quanto à religião), excluir de antemão certas respostas. É isto que motiva autores como Douglas Laycock a dizerem que o ateu exerce liberdade de religião mesmo que sua postura não seja literalmente religiosa<sup>86</sup>. A meu ver, isto também obriga que se

---

indicados entre parêntesis (RFRA é a lei norte-americana que disciplina a liberdade de religião). E ainda: "(...)the textual argument for protecting nontheistic beliefs about religion is better than a draw. I would expand the traditional meaning of 'religion' to include beliefs that secularists agree cannot be discriminated against relative to traditional beliefs that are most explicitly protected. That is, I read the constitutional term to include newly emerged beliefs that were not socially significant in the Founders' time but that fall easily into a category - beliefs about the nature of God - that we know the Founders meant to protect", p. 83. Também de Laycock, veja o seguinte trecho: "Where neutrality, equality, and nondiscrimination are part of the central purpose of a clause, it is no anomaly that the clause applies to opposites. The whole point of neutrality, equality, and nondiscrimination is to give equal treatment to categories that are opposite in some way that has been socially significant. To prefer one set of answers to religious questions over the answers to the same questions is to violate the core of the Religion Clauses. The only way to avoid that violation is to recognize that for constitutional purposes, any answer to religious question is religion", p. 72. As razões de Laycock são mais constitucionais que filosóficas, afinal, a liberdade de religião é questão de liberdade, (pp. 54, 123), não de religião. São razões de igualdade, de "equal treatment" (p. 75; ver ainda p. 83), como acentua GEDICKS (1997-8, esp. p. 571). Veja comentários a LAYCOCK feitos por BERG (2006-7, pp. 1202-3, 1203-4, n. 116 e p. 1214, em especial o seguinte trecho: "As Douglas Laycock has pointed out, there are both affirmative and negative answers to central religious questions - whether or not God exists or can be known, for example (112) - and, since it would violate the Establishment Clause for the government to promote explicitly the ideas that God is nonexistent or unknowable, principles of conduct generated by atheism or agnosticism should correspondingly receive free exercise protection", p. 1203, notas omitidas a Laycock e a caso *Malnak v. Yogi*; veja ainda SCHWARTZMAN, 2012, pp. 1415-6). Mas veja MACONNELL, 2000 (pp. 7-8, 12 e ss., 32 e ss., 42 e ss. e comentário em KOPPELMAN, 2013b, pp. 95-6). Veja ainda LAYCOCK (1981, p. 1415), GEORGE (1993, p. 221), BOYLE (1998, p. 22), SCHWARTZMAN (2012, 1414 e ss.) e GEDICKS (1997-8, p. 571).

<sup>86</sup> Para Boyle, entretanto, o ateísmo é religião. Comentando que a crença religiosa só pode sofrer coação em situações extremas, Boyle diz: "This norm applies both to organized religions and to private or individual efforts to pursue the religious good, and in a way even to nonbelief. For nonbelief is one possible outcome of the inquiry into the truth about God that all are naturally obliged to undertake. So the same rights that protect religious people in their effort to find the truth about God and live by it protect nonbelievers.

"But a protected liberty to find out the truth about the important things in life and live according to it, a liberty of worldview for all, including nonbelievers, does not imply that the public domain must be a realm of nonbelief.

"Political society is morally obliged to create the social space for people to fulfill their obligation to seek the truth in religious matters and live by accordingly. It cannot do this if political life is conducted as if a certain outcome of this inquiry - whether a particular type of belief or nonbelief - were correct; for such political action skews public life in ways that hinder rather than facilitate this inquiry, and inevitably and unfairly coerces some to support actions whose rationales are incompatible with deep elements in their worldviews. Rather, political society must recognize that its proper actions cannot be based on any particular outcome of this morally mandatory inquiry, since the correctness of any such outcome is for individuals, families, and voluntary associations, not political societies, to determine. Skepticism about religious inquiry is not the proper political stance, since skepticism about religious matters is one possible outcome of religious inquiry, not a moral norm forbidding taking actions that presuppose some such outcome. Instead of adopting religious skepticism as a basis for political action, political societies must recognize their limitations in dealing with religion", 1998, p. 22 (FINNIS cita uma versão um pouco mais enxuta deste trecho: 2011, p. 97); ver ainda BOYLE, 1998, pp. 23-4. Comentando um caso julgado pela Suprema Corte dos EUA (*City of Boerne v. Flores*) sob a lei norte-americana que protege a liberdade de religião em que a Igreja Católica demandou que prédio seu não fosse considerado local histórico, MacConnell diz: "The question under the RFRA is not who owns the building, but whether the

incluam as manifestações de Richard Dawkins, vistas pelo Dworkin como paradigma de naturalismo, uma espécie de ateísmo não-religioso, como beneficiários da liberdade de religião. Naturalmente, o ateísmo não-religioso só goza dos benefícios desta inclusão quando voltado às questões religiosas. O naturalismo deve, por exemplo, ser incluído no ensino religioso nos mesmos termos da educação religiosa, pois os pais e filhos cujas visões de mundo incluem a inexistência do valor intrínseco na realidade devem poder ensinar e debater o tema.

Quanto ao direito às acomodações, que defendo decorrer do direito à liberdade de religião, a análise é mais complicada. É difícil compreender como uma visão naturalista seria capaz de realizar-se por meio de condutas cujo proibição produz o violação da liberdade que se deve evitar pelas acomodações. Na terminologia de Boyle, não haveria nada com que harmonizar-se. Há fundo de razão na afirmação de que o ateísmo não gera demandas de consciência<sup>87</sup>. A meu ver, Dworkin está de acordo quanto à esterilidade valorativa das visões puramente negativas<sup>88</sup>. Com efeito, na obra de Dworkin, o ateísmo religioso não é religioso porque nega a existência de Deus, mas porque, a despeito de fazê-lo, tem atitude de reconhecimento do valor intrínseco<sup>89</sup> - a mesma atitude que, nas religiões teístas, se organiza em torno da existência de Deus. Mas isso não significa que uma atitude religiosa atea não

---

building is used for the exercise of religion. Under this analysis, atheists are also protected when they preach or proclaim their religious views, or seek to carry such views into practice. If the 'historic landmark on the hill in Boerne' had been a meeting hall for the proclamation of the truths of atheism, it would have received the same protection under the RFRA that the Catholic Church received", MCONNELL, 2000, p. 7.

<sup>87</sup> McConnell, em artigo de 1985, citado por LAYCOCK (2010, pp. 78-9) e KOPPELMAN (2013b, 174 "[U]nbelief entails no obligations and no observances," Michael McConnell observes. 'Unbelief may be coupled with various sorts of moral convictions . . . . But these convictions must necessarily be derived from some source other than unbelief itself'"(31), KOPPELMAN, 2013b, p. 174, citando trecho mais enxuto, mas similar, ao de Laycock; veja ainda KOPPELMAN, 2012, p. 79). Compare com o seguinte comentário sobre DWORKIN (2013) feito por MILLER (2014): "Dworkin introduced the notion of religion without God in order to expand the scope of religious freedom from religious theists to, as he puts it, "religious atheists." But surely Dworkin would extend this right to people who are nonreligious even in his sense of religion—that is, people who deny the objectivity of morals. Not only Einstein and Rawls but also emotivists like C. L. Stevenson and prescriptivists like R. M. Hare enjoy the right as well. Hence, the notion of religion without God turns out to be irrelevant for legal purposes. Just as the law must protect the religious atheist along with the religious theist, so too must it protect the nonreligious atheist as well." (pp. 5-6). Veja comentário de KOPPELMAN sobre a discriminação contra ateus (2013b, p. 174). Sobre o tema, veja PINHEIRO (2017).

<sup>88</sup> Em Dworkin não é só o ateísmo que é valorativamente infértil, mas também o teísmo concebido como uma proposição simples sobre a existência de Deus. Afinal, pelo princípio de Hume, que separa ciência e valor, a existência de Deus é da primeira espécie.

<sup>89</sup> DWORKIN, 2013, p. 21 e ss., esp. "We hope better to understand why so many people declare that they have a sense of value, mystery, and purpose in life in spite of their atheism rather than in addition to their atheism", p. 22.

deva ser acomodada. Como veremos, o argumento de Dworkin é que a religião atea deve receber a mesma acomodação da religião teísta. O autor conclui que *nenhuma das duas deve* ser acomodada, e o faz justamente porque acredita que ambas deve ter o mesmo tratamento<sup>90</sup>. Minha sugestão é que ambas por vezes devem ser acomodadas. Independentemente desta conclusão, deve-se reconhecer que o ateísmo enquanto pura negação da existência de Deus, ou o naturalismo, como simples negação da existência de valor intrínseco na realidade, não geram demandas de acomodação.

Isso não significa que um ateu ou um naturalista nunca possam ser beneficiários de acomodação. Pelo contrário: o argumento de Dworkin é que o ateu religioso está em pé de igualdade com o ateu religioso. O ponto é somente que isto não deriva de ele ser ateu, mas de ele ser religioso, e o argumento do livro consiste justamente em mostrar que ele pode ser os dois simultaneamente. No caso do naturalista, a hipótese em que uma demanda por acomodação seja apresentada é mais difícil de ser antecipada, já que Dworkin concebe o naturalismo como uma postura negativa: no teatro dworkiniano do valor, digamos, o naturalista nega o valor intrínseco e desaparece pelas coxias. Imagino que o naturalista possa ser beneficiado por acomodação, embora para talvez para tanto precise ser inconsistente, i.e., precise incorporar à sua vida elementos incompatíveis com o sua rejeição do valor intrínseco<sup>91</sup>. Em qualquer hipótese, não será seu naturalismo o objeto de proteção.

Em suma é essencial o emprego de categoria que incorpore esforços análogos de responder às perguntas relevantes, independentemente dos resultados destas perguntas. A preocupação com o tema é visível na obra de Martha Nussbaum a respeito da liberdade de consciência na tradição norte-americana. O conceito de liberdade de consciência defendido pela autora, em crítica a uma análise puramente a partir do conteúdo que enxerga em Andrew Koppelman, é uma interpretação das contribuições do colono seiscentista Roger Williams a partir da teoria da justiça como capacidades. Gostaria de fazer citação longa da autora por razões que esclareço a seguir. Ela diz:

---

<sup>90</sup> Como diz SCHWARTZMAN (2012), defensor de proposta convergente com a de DWORKIN, EISGRUBER & SAGER e MCLURE & TAYLOR, "In terms of exemptions, religious and secular claims of conscience rise and fall together" (p. 1359; veja ainda 1420).

<sup>91</sup> Talvez seja isso que Boyle quer dizer quando admite como religiosos os indivíduos cujas concepções sobre o transcendente sejam "confusas", 1998, p. 15, traduzi. Veja ainda DWORKIN, 2013, pp. 122-3. Sobre o ateísmo para Dworkin, veja LABORDE (2014b, p. 1256).



"Para Williams, a faculdade com que cada pessoa busca pelo sentido último da vida é de mérito (*worth*) e valor (*value*) intrínsecos, e merecedora (*worth*) de respeito independentemente de a pessoa a utilizar bem ou mal. A faculdade é identificada parcialmente pelo que ela faz - ela raciocina, busca, e experimenta emoções de espera (*longing*) conectadas a esta busca - e em parte pelo seu objeto (*subject matter*) - lida com as últimas questões, questões de significado (*meaning*) último. É a faculdade, não o objetivo, que é a base do respeito político, e portanto podemos concordar que respeitar a faculdade sem prejudicar a questão sobre haver significado a ser encontrado, ou com que ele se parece. Dado o respeito que temos à consciência da pessoa, a faculdade de indagar e buscar, segue que devemos respeitar o espaço de qualquer atividade que tenha o formato geral da busca pelo sentido último da vida, exceto quando esta busca viola os direitos de outros e se apresenta contra um interesse estatal convincente (*compelling state interest*). O respeito político é endereçado, em primeiro lugar, a uma "capacidade" das pessoas, que demanda desenvolvimento e exercício; não é endereçada, exceto derivativamente, às funções que esta faculdade exerce".<sup>92</sup>

Em outras palavras, Nussbaum caracteriza a capacidade que temos de buscar o sentido das coisas por "consciência" (também usa a expressão "religião", embora haja quem a associe aos que preferem restringir o uso da expressão<sup>93</sup>), sustenta que esta capacidade tem valor intrínseco e que deve ter seu espaço de atuação protegido<sup>94</sup>. Parte significativa das teses que defendo neste trabalho estão contidas neste trabalho da autora e, em especial, neste trecho. A caracterização da consciência como uma "capacidade" tem uma carga filosófica própria da sua reflexão que não pretendo adotar. Ademais, por razões que expus acima, acredito que a religião não se defina propriamente como a busca pelo "sentido da vida", mas sim de harmonia

---

<sup>92</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 168-9, traduzi, mantive palavras do original entre parêntesis, nota omitida a seus próprios trabalhos sobre capacidades. Em seguida, a autora explica por que esta análise corrige defeito da análise de Koppelman justamente ao abranger de maneira mais adequada aos exercícios céticos da consciência.

<sup>93</sup> KOPPELMAN aproxima Nussbaum a Maclure e Taylor, para quem o uso da expressão consciência é mais adequado do que religião. KOPPELMAN (2013b, pp. 131 e ss.), entretanto, tem crítica convincente sobre os limites do conceito de consciência e a sua incapacidade de abranger todos os casos que precisa explicar. Analiso o tema no próximo capítulo.

<sup>94</sup> KOPPELMAN (2013b, p. 153) critica Nussbaum por sustentar que a capacidade de buscar, e não seu objeto de busca é valioso. Não estou certo se esta é uma distinção que explica o trabalho da autora. Com efeito, ela diz, logo após criticar KOPPELMAN, que "It is the faculty, not the goal, that is the basis of political respect" (NUSSBAUM, 2008, p. 169). A meu ver, o ponto aqui é não fazer depender a liberdade de religião de se expressar por adoção de religiões específicas, o que não implica dizer que a religião não é um bem. Com efeito, KOPPELMAN trata corretamente a religião como um bem (2013b, pp. 2, 11, 26, 49, 95, 120, 231-2, n. 18 na p. 124; 2014a, pp. 1243, 1245-6), embora julgue a definição de religião de relevância duvidosa (2013b pp. 7, 37, 45) e apresente análise insatisfatória da religião como um "cluster of goods" (pp. 44, 124, 127, 128, 130 e 143-4), em que inclui "harmony with the transcendent origem of universal order (if it exists)" (p. 124, nota omitida a FINNIS, 1980, pp. 89-90). Como vimos, esta é a linguagem também de BOYLE (1999) e GEORGE (1993 e 2013, cap. 11), e caracteriza conceito a meu ver correto para efeitos jurídicos. O problema, entretanto, reside em compreender que a religião é um bem que, *entre outros*, diz respeito a esta harmonia, colocada ao lado de "courage to face the heartbreaking aspects of human existence" (if that kind of encouragement helps" (KOPPELMAN, 2013b, p. 124, nota omitida a Paul Tilich). Veja MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 87 e ss.) criticando discurso de Sarkozy que tende à proposta de KOPPELMAN e outros). KOPPELMAN adota versão tradicional de religião, segundo BERG (2006-7, p. 1202-3, pp. 1205-6).

com algo transcendental que pode, mas não precisa, formular-se como afirmação de valor intrínseco da vida humana e de concepção de como vivê-la.

Por outro lado - e é por esta razão que cito o longo trecho de Nussbaum - é preciso concordar que os seres humanos buscam compreender as questões últimas e que este é um esforço a ser valorizado e protegido pela organização política na forma de um espaço garantidor de tudo que tem esta "forma" ou "formato", independentemente de seu resultado. O trabalho de Nussbaum é caracterizado também por compreensão igualitária desta liberdade. É nestes termos - de formato igualitário de uma liberdade - que apresentarei o argumento do próximo capítulo.

Outro ponto importante da reflexão de Nussbaum diz respeito à especificidade desse esforço. A atitude religiosa em Dworkin, como vimos, é "distinta". Não é qualquer manifestação humana que se caracteriza como esforço de identificar o sentido da realidade (Dworkin), de se harmonizar com o divino (Boyle) ou de buscar o significado último da vida (Nussbaum). Nos exemplos da autora, amar carros ou torcer para uma equipe esportiva, ou mesmo formar família, por mais importantes que sejam subjetivamente ao indivíduo, não são propriamente religião.<sup>95</sup> Reconhecemos, no exemplo da autora, a violência causada pela lei que força um padre a revelar segredo de confessor, e entendemos que dispensa de testemunhar é exceção que não deve se estender a alguém que simplesmente não queira revelar algo que sabe.<sup>96</sup> Cumpre, é claro, saber se este desejo de não revelar, caso manifesto por um pastor, que obteve a informação no exercício da função religiosa, é um ato religioso.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> NUSSBAUM (2008, p. 169, pp. 164-5); DANE (2015, pp. 9-10); em contraste, veja MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 92-3, para quem esta preocupação não é religiosa, mas por vezes merece o mesmo tratamento das religiosas (mesma ideia de EISGRUBER & SAGER, 2007).

<sup>96</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 126 e ss., esp. pp. 128-9, e o seguinte trecho, inserido entre parêntesis pela autora: "If a Protestant minister wanted to make a case for a similar exemption, he would have to do much more than to say that he doesn't like being made to reveal what has been told him in confidence" (p. 129). Veja ainda GREENAWALT (2016, pp. 188-9, 191, 192-3). Comentando a diferença entre o sacramento da confissão no catolicismo e em regiões que adotam visão diferente, Greenawalt diz: "(...) if a religion does not subscribe to any such doctrine but rather sees clergy as having responsibilities like those of ordinary counselors, a legal exemption should not afford its individual clerics a privilege to decline to testify simply because that is their preference. Because the range of an exemption should be related substantially to what members of the religious group can expect of their clergy if they reveal damaging secrets to them, any cleric who relies on a broad exemption that does not apply to all clergy should need to present a plausible claim that he is supported by the doctrines of his faith rather than rely simply on individual convictions. Civil judges should determine only whether such a claim is reasonable, not exemptly what is the prevailing religious doctrine if this is contested", 2016, pp. 192-3. Compare com EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 116-7).

<sup>97</sup> O exemplo tem esta ambiguidade quanto ao status do desejo do pastor: é manifestação da religião? O ponto de Nussbaum parece ser que o mero desejo de não revelar não é religioso, mas não é claro se a preservação de

Deve-se admitir que Dworkin, em alguns pontos de *Religion Without God*, não restringe a religião desta forma, o que o faz considerar religiosos atos que não devem ser. Trabalharei o tema no próximo capítulo. Por ora, vale identificar que o compromisso com a liberdade de religião não implica proteger qualquer ato humano.

Convergem a este ponto MacLure e Taylor, que tratam a consciência como uma questão dos "compromissos centrais" (*core commitments*) de um indivíduo, definidos como aqueles que exercem um papel específico, a saber, de formação da identidade moral do sujeito<sup>98</sup>. Crucialmente, MacLure e Taylor estão certos ao diferenciá-los de "desejos, gostos e outras preferências pessoais".<sup>99</sup> No exemplo dos autores, a meu ver análogo ao de Nussbaum, há distinção entre a decisão da enfermeira muçulmana de cobrir os cabelos e o colega que

---

segredo obtido por conversa não sacramental entre pastor e fiel seria simplesmente proteção de um desejo, ou um componente importante da liberdade de religião. A meu ver, Nussbaum inclina-se à segunda hipótese, pois cogita que haja mais que desejo. Seu ponto é que a proteção especial depende de efetivamente haver mais que um desejo.

<sup>98</sup> Veja em especial os seguintes trechos: "From that standpoint, core beliefs and commitments, including religious ones, must be distinguished from other personal beliefs and preferences because of the role they play in individuals' moral identity. The more a belief is linked to an individual's sense of moral integrity, the more it is a condition for his self-respect, and the stronger must be the legal protection it enjoys. Core beliefs and commitments allow people to structure their moral identity and to exercise their faculty of judgment in a world where potential values and life plans are multiple and often compete with one another.<sup>7</sup> Moral integrity, in the sense we are using it here, depends on the degree of correspondence between, on one hand, what the person perceives to be his duties and preponderant axiological commitments and, on the other, his actions.<sup>8</sup> A person whose acts do not satisfactorily correspond to what he judges to be his obligations and core values is in peril of finding his sense of moral integrity violated." (p. 76, notas omitidas) e "In short, beliefs that engage my conscience and the values with which I most identify, and those that allow me to find my way in a plural moral space, must be distinguished from my desires, tastes, and other personal preferences, that is, from all things liable to contribute to my well-being but which I could forgo without feeling as if I were betraying myself or straying from the path I have chosen. The nonfulfillment of a desire may upset me, but it generally does not impinge on the bedrock values and beliefs that define me in the most fundamental way; it does not inflict "moral harm."<sup>9</sup>, MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 77, notas omitidas. Veja ainda p. 12. Compare com KOPPELMAN (2013b, pp. 140-1) comentando trabalho de Frankfurt sobre "volitional necessity". Veja ainda AUDI (2015, p. 418).

<sup>99</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 77, traduzi (veja ainda pp. 13, 77, 79, 80, 91-2). É para interpretar este ponto que surge a distinção entre a muçulmana cobrir os cabelos e seu colega usar boné (veja o exemplo em BOU-HABIB, 2006, p. 110). Comentando MACLURE & TAYLOR, LABORDE diz: "So our authors do not shy away from openly perfectionist evaluations, setting "trivial" against "central" commitments and "mere preferences" against "core convictions." Such perfectionist discriminations, it seems to me, are inherent in any serious reflection about the value of freedom of religion. Perhaps this is an obvious point, but it is one that contemporary liberals— punctiliously attached to an ideal of neutrality toward the good— have not fully come to terms with.", 2015a, p. 273. Na Banca de Qualificação de Doutorado, recordo-me de o professor Luis Fernando Barzotto ter feito crítica dese tipo a Dworkin. Veja BRANCO (2009, p. 457). LABORDE (2015b) destaca este ponto da obra de MCLURE & TAYLOR (pp. 588, 596-8, para diferenciar o *hijab* do desejo de usar um chapéu de palhaço); CLAYTON (2017, p. 140) atribui a tese a Bou-Habib (veja ainda p. 141) e diferencia sikhs que demandam dispensa de usar capacete e motociclista que não quer usá-lo, pp. 140-1 (o mesmo exemplo aparece em JONES (2017, p. 172), que o atribui a Brian Barry; veja ainda p. 142, n. 8 e 143-4 para comentário sobre LABORDE). Veja BOU-HABIB (2006) e ROSA (2014a, pp. 62, 67 e ss., 82).

quer usar um boné.<sup>100</sup> É claro: para os autores, esses compromissos centrais são distintos dos religiosos porque algumas manifestações religiosas fazem parte da identidade moral, mas há muito desta identidade que não é religiosa<sup>101</sup>. Mas minha suspeita é que esta conclusão é forçada pelo uso de um conceito tradicional de religião. Se, em vez desta postura, adotamos visão interpretativa, que, como Dworkin explica, permite que nossas posições sobre o que deve ser considerado religião afetem a concepção que defendemos, as preocupações políticas de igualdade de autores como MacLure e Taylor implicam enxergar religião de maneira mais abrangente<sup>102</sup>.

Não é meu objetivo adotar a visão de compromissos centrais dos autores, nem a centralidade da categoria filosófica de identidade moral<sup>103</sup> para compreender os direitos políticos de liberdade de religião. Basta-me observar que o esforço de delimitar ações a serem protegidas por um "espaço", como diz Nussbaum, exige que sejam distinguidas de manifestações humanas que têm outra característica. Como veremos no capítulo segundo, este

---

<sup>100</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 77.

<sup>101</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 89-95.

<sup>102</sup> NUSSBAUM diz coisa similar em termos não-dworkinianos: sobre acomodações, sustenta que "We mitigate the unfairness to nonreligious searches as much as we possibly can, by extending the account of religion as far as we can, compatibly with administrability", 2008, p. 173. Definição abrangente de religião, como diz SCHWARTZMAN (que, entretanto, adota outra estratégia: 2012), diminui, se é que não encerra, crítica igualitária de autores como Eisgruber & Sager ao tratamento diferenciado à religião, aos atos religiosos e às associações religiosas. Veja ainda GARNETT, 2009, p. 659, itálicos no original: "Another, related caveat: There is, in the literature and in the relevant cases, a longstanding debate over whether the "freedom of conscience" is, for constitutional purposes, limited to the freedom of *religious* conscience. 33 In my view, there are solid reasons for believing that respect for conscience should *not* be "limited to religiously shaped or informed consciences" or confined to specifically religious questions and contexts. 34" (n. 33 a caso norte-americano e a Nussbaum e 34 a Smith e Visher, itálicos no original). E ainda: 2015a, p. 103-4, esp. pp. 108-9: "Of course, many scholars and others believe and contend that "singling out" religious or religiously motivated activities, beliefs, and commitments, as such, for protection or accommodation is unwarranted, and even unjust. Religion, in other words, is not "special."45 On this view, any accommodations or exemptions from general laws that are specific to religion would be defensible, if at all, only on prudential or pragmatic grounds. I believe, though, that religion *is* special—indeed, as my former colleague John Garvey once put it, that "religion is a good thing"46—and that this is one reason why it and religious freedom may, are, and should be singled out for special treatment, and special respect, in our constitutions, laws, traditions, and practices.47 The fact that we are in an "age of civil rights"—like the facts that our political communities are increasingly diverse in values and beliefs and our governments' regulatory aims and activities have expanded—gives rise to new challenges, and arguably complicates the enterprise of appropriately protecting religious freedom among and along with other civil and human rights. It is not, however, a reason or an occasion for abandoning or downgrading that enterprise." (n. 45 a Schwartzman, n. 46 a Garvey e Smith e n. 47 a McConnell). Entre nós, quem discute este tema da religião como um bem são MAZZUOLI & SORIANO (2009), esp. o seguinte trecho: "John H. Garvey apresenta uma concepção de liberdade religiosa baseada na idéia de que a religião é um bem. Se a religião é um bem, então deve ser protegida pelo Estado (7)", p. 30, nota 7 a trabalho de John Garvey. Veja ainda BRANCO (2009, pp. 456 e 463).

<sup>103</sup> Embora a ideia de "auto-traição" (MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 77) seja interessante para compreender os delineamentos dos direitos especiais à religião: veja cap. 2, abaixo.

é um desafio teórico fundamental a ser enfrentado para abandonar a conclusão de Dworkin de que religião deve ser protegida da mesma forma que estas manifestações variadas.

Em suma, não é preciso endossar a visão de Nussbaum sobre capacidade ou a visão de Koppelman da religião como pluralidade de bens, tampouco a visão de MacLure e Taylor da consciência e sua relação com identidade moral. O dividendo dessas discussões é outro: consiste então na concepção de religião como o esforço de harmonizar-se o valor objetivo, com a realidade transcendente do universo. Atos de religião são aqueles que visam a compreender o que esta harmonia exige ou deixa de exigir, e de realizá-la. A religião é aqui concebida como o objeto da prática de buscar respostas<sup>104</sup> para estas questões. A conclusão então reside na importância da busca humana pelo sentido e, sobretudo, do espaço social que a organização política deve garantir a este esforço.<sup>105</sup> Religião não é somente o esforço intelectual de encontrar algo, mas também um esforço de adequação a este algo - como diz Boyle, de harmonização com o divino. A este ponto a ideia de "espaço"<sup>106</sup>, como defendo no próximo capítulo, é crucial.

A prática religiosa é valiosa porque é essencial que estejamos certos quanto ao seu objeto<sup>107</sup> e o Estado tem o dever de não atrapalhá-la salvo em circunstâncias demandadas pela justiça porque o valor constitucional da resposta depende da sua individualidade<sup>108</sup>. É, para Laycock e Boyle, o esforço de responder a certas perguntas. Para Nussbaum, na sua interpretação da liberdade de consciência a partir de Williams, é a busca pelo sentido último das coisas. Podemos, independentemente dos detalhes filosóficos destas formulações, chegar a uma conclusão jurídica: a religião é um bem constitucional porque é manifestação do exercício da liberdade humana de viver com responsabilidade, que é um componente da vida boa. Ademais, o Estado tem o dever de incentivá-la, desde que o faça obedecendo a certos

---

<sup>104</sup> Veja citação de LAYCOCK (2010, p. 72) em nota acima.

<sup>105</sup> FINNIS, 2011, p. 97, citando BOYLE (1988, p. 22).

<sup>106</sup> Veja MACLURE & TAYLOR (2011) para "espaço plural moral" (p. 77), que também aparece em NUSSBAUM (2008, 168-9, trecho citado, 361-3) (ou armadura de que fala Garnett a partir de Murray, conforme exposto abaixo na seção 4 deste capítulo).

<sup>107</sup> BOYLE, 1998, pp. 10, 16-7, por exemplo; veja ainda trecho de GARNETT & DUNLAP (2006) citado abaixo. Veja ainda KOPPELMAN, 2013b, pp. 2, 26 etc., FINNIS (2011) e GEORGE (1993, 2013, cap. 11).

<sup>108</sup> Como defende DWORKIN (1995, 2001b ou 2005a, cap. 6); veja ROSA: 2014a, cap. 2, discutido no capítulo anterior, esp. p. 95, n. 352). Ver FINNIS 2011, pp. 35, 49-50, 89 e ss., 93 e 94, GEORGE, 1993, esp. cap. 7, seção VI pp., 220-1, 223-4, 2013, p. 119; veja nota abaixo.

critérios (por "private choice"<sup>109</sup>, preocupação com as perguntas, e não respostas, sem discriminação etc., como discuto nos próximos capítulos).

Esta tese então endossa a importância do significado constitucional de religião<sup>110</sup> e a defesa do compromisso de proteger as ações humanas cujo sentido é o exercício da religião, isto é, os atos de identificação e harmonização com o divino<sup>111</sup>. A liberdade de religião é especialmente importante porque a religião é especialmente importante e boa<sup>112</sup>, e a prática da religião é especialmente importante porque diz respeito aos aspectos centrais às vidas humanas. Somos religiosos quando buscamos entender o sentido fundamental das coisas, inclusive das nossas vidas, e é especialmente problemático que as respostas que encontramos autenticamente, quaisquer que sejam, não possam ser implementadas por nós em razão de

---

<sup>109</sup> GARNETT, 2001a, pp. 1866-75, esp. 1866-1871 e p. 1869, n. 141 (pp. 1871 ss. sobre o significado de "doutrinação") e 2000-1; veja ainda trechos de 2011 e 2014a citados em nova abaixo. Veja ainda KOPPELMAN (2013b, pp. 109 e ss.), EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 167 e ss.), NUSSBAUM (2008) e MCCONNELL (2000, p. 41). Ver discussão e referências no cap. 3, abaixo.

<sup>110</sup> Alguns autores acham a definição de relevância duvidosa (KOPPELMAN, 2013b; EISGRUBER & SAGER, 2007, 2008-9). LABORDE tem razão ao sustentar que EISGRUBER & SAGER têm definição implícita de religião apesar de dizerem que não têm: LABORDE (2014a, pp. 59-60, n. 59: "Eisgruber and Sager deny that they need to provide a definition of religion, but their understanding of what it means to be 'deep', or 'moral' appeals to one or more of the features that are traditionally associated with religion yet are also present in secular worldviews. Note that the implicit definition of religion used is not uncontroversial"; veja ainda p. 77, n. 81. No caso de Eisgruber e Sager, há um modo engenhoso de impedir que esta definição tradicional prejudique o argumento interpretativo do direito, mas isso não justifica desconsiderar a importância da definição da religião. Koppelman utiliza definição "fluida" da neutralidade propiciada por certa definição de religião (KOPPELMAN, 2013b, p. 26; veja ainda SCHWARTZMAN, 2014); em suma, a depender dos rumos políticos que uma sociedade adotar, a definição de religião é alterada (a tendência é expandir o significado) e o direito passa a ser neutro quanto a questão que anteriormente não era (2013b, pp. 28 e ss., esp. 42). Em qualquer momento, entretanto, há uma definição sendo aplicada, e é crucial interpretar qual é. Chama a atenção a definição de Koppelman, que recorre à categoria wittgensteiniana de "family resemblance" (pp. 44-5) e fala em religião como um conjunto variado de bens (pp. 124, 142). Em debate com Schwartzman (SCHWARTZMAN 2014, por exemplo), o autor sustentou que "no single-factor justification for singling out religion can succeed" (KOPPELMAN, 2013a, p. 77; veja mais referências em nota acima). Em contrapartida, Koppelman defende definição de religião como uma *proxy* para bens variados (2012, 2014, 2015) ou um "cluster of goods" (2013b, p. 124, 127 etc.); compare ainda AUDI, 2015, pp. 413 e ss. para critérios identificadores de características das práticas religiosas (p. 413, citando Alston e Williams); a meu ver, esta opção de Koppelman ecoa trecho de MCCONNELL (2000, p. 42), criticado por LABORDE (2015b, p. 595, n. 39). Suspeito que a estratégia de Koppelman abandone a necessidade de um argumento normativo capaz de instruir a interpretação do direito das relações entre estado e religião (DWORKIN, 2008, p. 34 sobre força crítica dos direitos). Ainda, vale observar que, apesar de o autor elogiar certos aspectos do argumento dworkiniano sobre um chão comum entre ateus e crentes em Deus, ele julga "idiosincrático" usar "religião" como Dworkin usa (KOPPELMAN, 2014, p. 1251). Por que o seria? Qual o critério de idiosincrático empregado? Por que ele é relevante?

<sup>111</sup> GARNETT (2015a). Veja LABORDE, 2015b, p. 590, n. 25, citando Bou-Habib (discuto a citação abaixo).

<sup>112</sup> KOPPELMAN, 2013b: pp. 2, 26; GARNETT, 2015a, pp. 108-9. Veja FINNIS (2011, pp. 17 e ss., criticando Dworkin e Eisgruber & Sager por aderirem à tese de que "there is nothing about religion or its free exercise that calls for particular respect, or any mention in constitutional bill of rights" (p. 17; veja ainda p. 31, 85 e ss., 95 e ss.).

bloqueios erigidos pelo direito<sup>113</sup>. Daí a liberdade de religião. Ela é que é constitucionalmente valiosa, embora com isso não se queira dizer que respostas específicas não tenham valor não-constitucional. A literatura adequadamente situa o valor *na liberdade*<sup>114</sup>, mas a liberdade *de religião* é um aspecto especial da liberdade humana. Não há aqui assunção de que a religião como fenômeno social é especial ou boa, pou que uma resposta específica seja especialmente boa o conceito constitucional de religião engloba o ateísmo, que não é religioso no sentido social.<sup>115</sup> O que se assume é que nós, seres humanos<sup>116</sup>, somos religiosos no sentido de que buscamos saber se há ou não verdades não mundanas - esta verdade é especial e a liberdade que protege sua busca também é. Veremos, naturalmente, que há bloqueios aceitáveis, e que nem tudo na busca e implementação do sentido exige os níveis mais generosos de proteção caracterizados por direitos subjetivos.

Em suma, esta tese adota uma visão interpretativa e expansiva de religião. O ponto crucial de uma análise da liberdade de religião, entretanto, não é exclusivamente sobre este significado filosófico de religião, mas a respeito do debate em que a religião tradicionalmente

---

<sup>113</sup> LAYCOCK (2010, 72), BOYLE (1998, "(...) all have the obligation to seek the truth about religion and live by it", p. 14, nota omitida à Declaração sobre liberdade de Religião do Concílio Vaticano II) e KALANGES (2013), GARNETT (2011, 2014b), FINNIS (2011, p. 35), os três últimos com reconhecida influência da encíclica sobre liberdade de religião do Concílio Vaticano Segundo (veja citações em nota abaixo). NUSSBAUM fala em "search for answers": 2008, diversos pontos, esp. pp. 23 e 333 e citação a Maritain. Veja ainda pp. 1, 19, 52, 168, 362. e pp. 19,10, 194, 209, 153 para a não limitação da liberdade de religião a crenças. Ver ainda PINHEIRO (2009 e 2017). KOPPELMAN, entretanto, sustenta que a doutrina católica tende a não reconhecer exceções jurídicas às normas estatais (2013b, p. 138, n. 76 at p. 219); argumentos de FINNIS lhe dão razão (2011, pp. 37-8), e de GEORGE aparentemente também (1993, pp. 222-3 e 2013, p. 125); confira também TRABBIC (2018). Mas veja GARNETT (2014a).

<sup>114</sup> LAYCOCK, 2010, "Religious liberty is first and foremost a guarantee of liberty", p. 54; "Religious liberty is a guarantee of *liberty*, not a guarantee of religion or of secularism", p. 123 (itálico no original, trecho citado em nota acima; compare com MCCONNELL, 2010, pp. 943 e 951, e com HORWITZ, 2014b, p. 13; veja comentário em nota abaixo). Veja GEDICKS (1997-8, p. 563) e ESBECK (2007, pp. 360, 363, 365, 368 e 373). De GARNETT, veja o seguinte trecho: "Maybe one way to put the matter is to say that the American religious liberty regime aims to be "neutral" with respect to the truth of (most) religious claims precisely because it is *not* "neutral"—it does not aim to be neutral, it should not be neutral—regarding the good of *religious freedom*. Religious freedom, in the American tradition, is not what results from the operationalization in law of hostility towards religion. It is not (only) what results from a program of conflict-avoidance or division-dampening. It is not merely the product of those compromises that were necessary to secure the ratification of the original Constitution. It is, instead, a valuable and necessary feature of any attractive legal regime because it reflects, promotes, and helps to constitute human flourishing. So, and again, the state should remain "neutral" with respect to most religious questions—primarily because the resolution of such questions is outside the jurisdiction, and not just the competence, of civil authorities—but it may and should affirm enthusiastically that *religious freedom* is a good thing that should be protected and nurtured in law and policy.", 2012c, pp. 1007-8, itálicos no original (trata-se de artigo sobre Koppelman); veja ainda 2011, pp. 1823-4, trecho citado abaixo. Veja trecho longo de Nussbaum citado acima.

<sup>115</sup> Também não se supõe que a religião seja sempre boa: como diz BOYLE, pode ser e pode não ser, 1998, p. 11, n. 11.

<sup>116</sup> Ver GEORGE (2013, cap. 11), FINNIS (2011, cap. 4), GARNETT (2009, pp. 659-60, 2011, pp. 1816-17, citando John McGreevy); compare com CLAYTON (2017).

concebida se envolve. Atores não-religiosos se envolvem nesse debate. Este, como visto, é o argumento de Laycock a respeito do ateísmo ser considerado religião. É claro que, pela concepção interpretativa dworkiniana, que compreende que o ateísmo pode ser religioso, o argumento de que respostas às mesmas perguntas devem ser religiosas não se aplica ao ateísmo, pois ele pode ser diretamente, e não por equivalência, religioso. Mas se aplica ao naturalismo, que não é religião para Dworkin mas que, como defendi, deve receber tratamento de religião em alguns casos. Em suma, o conceito de religião precisa ser interpretado de modo a incluir religiões não-tradicionais, bem como atores areligiosos (não porque ateus necessariamente sejam religiosos) mas porque o sentido constitucional da regra deve incluí-los, sob pena de produção de um debate truncado e parcial. Evitar este resultado exige, em especial, situar adequadamente o governo quanto à religião. Este é o objeto da próxima seção.

### **Seção 3. Governo Secular**

A respeito deste objetivo, dois pontos merecem destaque - um analisado nesta seção e outro, na próxima. Em primeiro lugar, é preciso oferecer significado de secularismo<sup>117</sup>. Este ponto é trabalhado na tese sobretudo a partir das obras de Ronald Dworkin, Maclure & Taylor, Douglas Laycock e Richard Garnett. O significado de secularismo será formulado a partir da noção dworkiniana de independência ética. Ademais, sua elaboração política deverá seguir a estrutura sugerida por Maclure e Taylor: devemos diferenciar, de um lado, os aspectos morais, como igualdade e liberdade de consciência, que devem guiar um governo secular e, de outro, as regras institucionais que caracterizam o seu modo de operar, como a separação entre igreja e estado ou regras de neutralidade do estado frente à religião.<sup>118</sup> Este aspecto moral, insistem

---

<sup>117</sup> O governo secular deve, por exemplo, regular estas relações sem assumir verdade teológica (ver KOPPELMAN, 2013; veja ainda LAYCOCK, 2010, pp. 55, 62).

<sup>118</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 3-4, 19 e ss., 24, 28 e ss., 41 e ss., esp. pp. 20, 12, 29 e 41. Dizem Maclure & Taylor: "Secularism is complex because it is made up of a set of moral aims and institutional arrangements. And though recent work in the social sciences, law, and philosophy has made major advances possible in our understanding of secularism as a mode of governance, we shall argue that an adequate conceptual analysis of the constitutive principles of secularism is still lacking, and we shall attempt to remedy that gap. The objective of this book, however, is not solely to propose a conceptualization of secularism that we find more adequate. We also wish to demonstrate that a more precise conceptualization allows for a better grasp of the options available to societies facing dilemmas associated with how to manage moral and religious diversity, whether these concern the appropriate relationship between the majority religion and public norms and institutions, the legitimacy of demands for accommodation based on religious beliefs, the place of religious convictions in public deliberations, or the relation between freedom of conscience and freedom of religion. We shall therefore rely on the conceptualization proposed in Chapters 1 and 2 to reflect on the ethical and political disagreements related to the place of religion in the public space." (pp. 3-4), e "It is important to understand that



os autores, visa à proteção das liberdades dos indivíduos, e não à preservação de uma identidade social<sup>119</sup> - o secularismo, portanto, é político, e não social<sup>120</sup>.

É que, como sustentam Maclure & Taylor, a distinção entre público e privado tem ambiguidade produzida pelas diferentes heranças que podem ser utilizadas para explicá-la. Dizem os autores:

"A distinção público-privado contém pelo menos dois significados predominantes (*major*), sem falar de variáveis menores. O primeiro sentido do predicado 'público', herdado da antiguidade romana, tem a ver com a sociedade como um todo em oposição ao que diz respeito aos cidadãos 'privados'. Neste

---

secularism is composed of a set of values *and* of means, or "operative modes," which are so intimately linked that it is difficult to separate them. In our opinion, one of the sources of the impasses in debates both theoretical and practical on secularism is that the aims of secularism are not distinguished clearly enough from the operative modes. As a result, what belongs to means comes to assume a status equivalent to or even greater than that of the aims the secular state is seeking to achieve.

"In our view, secularism rests on two major principles, namely, equality of respect and freedom of conscience, and on two operative modes that make the realization of these principles possible: to wit, the separation of church and state and the neutrality of the state toward religions. The operative modes of secularism are not merely contingent means that can be disregarded. On the contrary, they are indispensable institutional arrangements.", 2011, pp. 19-20, *itálico no original* (veja cap. 2 em geral). Por fim, "The value of "institutional principles" is derived rather than intrinsic; they are essential means toward the realization of properly moral ends." (p. 24; veja ainda pp. 28 e ss.). Disso decorre, a meu ver, a separação do estado e da religião ou a neutralidade do estado não devem ser almejadas - pois não têm fundamentação - independentemente da capacidade que têm de promover elementos mais fundamentais, que, para os autores, é a igualdade e a liberdade de consciência. Esta ausência de independência da separação entre direito e religião, e a crítica ao seu uso, é também defendida em EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 6-7, 22 e ss., 23, 47 e ss., 200, 202) e em NUSSBAUM (2008, pp. 10-11, 11-2, 20-1, 65, 69, 178, 265-6, 274, 281, 283-5 e 316). Veja citação a voto de Gilmar Mendes abaixo, em que a crítica é feita no contexto brasileiro (as manifestações na ADI sobre ensino religioso em geral também seguiram esta linha). PINHEIRO, comentando noção de separação entre estado e religião a meu ver convergente com a de MacLure e Taylor mencionada acima, diz o seguinte a respeito da acomodação dos dias de guarda: "Conclui-se, portanto, que, *se* a cláusula consagradora da separação entre Estado e Igreja configura uma garantia constitucional assecuratória do amplo exercício da liberdade religiosa, *então* este regime de separação deve se colocar a serviço da liberdade religiosa enquanto princípio. Daí que, sempre que se impuser ao Estado, por imperativos fundados na igual liberdade religiosa de que são titulares todos os indivíduos, a adoção de comportamentos positivos ou o estabelecimento de cláusulas de exceção, então não serão oponíveis, a tais condutas, restrições apoiadas na cláusula da separação, pois se ela é instrumental à liberdade, então deverá sempre ceder, quando a própria liberdade estiver em situação de risco" (p. 289, *itálicos no original*; veja ainda pp. 289-90, 292, 293, 294-5, 295-6, 304, 311). Veja LOBO DA SILVA (2015, p. 289) para defesa de visão similar de separação para concluir que o estado pode financiar o ensino religioso nas escolas públicas.

<sup>119</sup> Defendendo diferenciação entre secularização política e social: MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 15-6 (ver ainda p. 36 e ss.. Sobre o Québec, dizem os autores: "It allows citizens to express publicly their religious convictions as long as the expression does not interfere with the rights and freedoms of others. It is an institutional arrangement whose aim is to protect rights and freedoms and not, as in France, a constitutional principle an identity marker to be defended. The neutrality of the state and its separation from the church are not viewed as ends in themselves but as means making it possible to achieve the fundamental dual objective of respect for moral equality and protection of citizen's freedom of conscience" (15), p. 59, nota omitida. (ver ainda pp. 3, 12, 20, 12. 29 e 41). Ver DWORKIN (2013, pp. 139 e ss.) sobre Ataturk e a secularização na Turquia. Veja LABORDE (2014b, comentando o caso da Turquia, que a autora com razão considera "fácil": pp. 1268-9). Veja ZUCCA (2015, p. 401).

<sup>120</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 36 e ss.. Veja trecho citado em nota abaixo.

sentido falamos do 'interesse público' ou da 'república'; a expressão latina *res publica* (a 'coisa pública') designa o estado ou governo, que se preocupa com questões de preocupação comum. Também falamos de corporações públicas, como a empresa de energia pública *Hydro-Québec*, como instituições 'públicas'. Em princípio, instituições públicas servem ao bem comum.

"O segundo sentido de 'público' chega a nós do século dezoito; designa o que é aberto, transparente e acessível, em oposição ao que é secreto ou aquilo a que o acesso é restrito. Fala-se da 'publicação' de um livro; informação é tornada 'pública'; a biblioteca é 'aberta ao público'; assim por diante. A esfera pública neste sentido é composta por locais para discussão e troca entre cidadãos 'privados' (1). Como resultado, um indivíduo não precisa ter um cargo 'público' no primeiro sentido do termo para participar da esfera 'pública' no segundo".<sup>121</sup>

Embora os autores sejam da opinião de que a distinção seja "geral e indeterminada demais"<sup>122</sup>, acredito que, interpretado o primeiro modelo - de origem romana, que compreende o público como governo - a partir das reflexões liberais de Ronald Dworkin acima mencionadas, chegamos a modelo suficientemente detalhado para servir aos propósitos desta tese. Em suma, o secularismo é uma regra de justiça que impõe ao governo certas normas de conduta exatamente porque o governo é governo. As razões e o conteúdo destas normas devem ser buscadas na natureza governamental da entidade que deve ser secular, pois é só esta instituição, a saber, o governo, que deve ser secular - a sociedade, por exemplo, pode ser ou deixar de ser sem que a justiça seja violada<sup>123</sup> (o que não significa que a justiça não seja implicada em nenhuma prática social religiosa, naturalmente). Na herança romana descrita por Maclure e Taylor, o secularismo é do público num significado específico da expressão, isto é,

---

<sup>121</sup> MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 36-7, traduzi, itálicos no original, nota omitida, a trabalho de Jürgen Habermas (pp. 116-7). No original, "The public-private distinction contains at least two major meanings, not to mention minor variants. The first sense of the predicate 'public', inherited from Roman antiquity, has to do with society as a whole, in opposition to what regards 'private' citizens. In that sense we speak of the 'public interest' or of the 'republic'; the Latin expression *res publica* (the 'public thing') designates the state or government, which concerns itself with matters of common concern. We also state of public corporations, such as the electric power company Hydro-Québec, as 'public' institutions. In principle, public institutions serve the common good.

"The second meaning of 'public' comes to us from the eighteenth century; it designates what is open, transparent, and accessible, in opposition to what is secret or that to which access is restricted. One speaks of the 'publication' of a book; information is made 'public'; the library is 'open to the public'; and so on. The public sphere in this sense is composed of places for discussion and exchange among 'private' citizens. (1) As a result, someone need not have a 'public' office in the first sense of the term to participate in the 'public' sphere in the second".

<sup>122</sup> "In short, the public-private distinction turns out to be too general and indeterminate in many cases to allow us to assess the appropriate place of religion in the public space. There is also a vast space, often called 'civil society,' lying between the state and private life, where a host of social movements and organizations, including some motivated by spiritual or religious convictions, will engage in debate on questions of public interest and will become involved in charitable or humanitarian causes. In societies where freedom of conscience, expression, and association prevails, religion quite simply cannot be contained within the strict limits of the home and places of worship", MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 40. Veja ainda LABORDE (2010, p. 10), MCCONNELL (2000-1, pp. 18 e ss., 21, pp. 42 e ss., 46-7) e SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 941-5).

<sup>123</sup> Ver MACCONELL, 2000-1, p. 11 (citando *Zorach*); LAYCOCK, 2010, pp. 13-4 (trecho citado abaixo nesta seção). Discuto abaixo observações que MACLURE & TAYLOR (2011, esp. pp. 39 e ss.) fazem a respeito de regras aplicáveis a professores em sala de aula.

de instituições públicas, e não de tudo aquilo que é aberto ao público ou da sociedade.<sup>124</sup> A religião não pode ser regra de ação do governo, mas pode ingressar em tudo aquilo que é público, desde que isso não implique adesão, por parte do governo, a nenhuma visão religiosa. Defenderei que este ponto é importante sobretudo à análise do ensino religioso nas escolas públicas, tema do terceiro capítulo.

Ronald Dworkin tem, a meu ver, visão convergente de secularismo, que expõe em *Is Democracy Possible Here?*. Por outro lado, diverge da disposição que Maclure e Taylor têm de reconhecer acomodações à religião (e que os autores estendem a algumas espécies de ação secular). Vale analisar as propostas do autor.

Ronald Dworkin, em *Is Democracy Possible Here?*, ao comentar o tema do secularismo nos EUA, defende, em contraste com um regime “religioso tolerante”, um regime que chama de “secular tolerante”, ou seja, defende que os EUA sejam “(...) uma nação comprometida totalmente [*thoroughly*] com um governo secular mas com tolerância e acomodação para pessoas de fé religiosa (...)”<sup>125</sup>. Veremos na próxima seção que esta acomodação foi concebida pelo autor em termos bastante menos generosos do que os previstos no próprio direito norte-americano. Por ora, vale mencionar que Dworkin contrasta os modelos mencionando o modo pelo qual enfrentam duas questões trazidas pela Primeira

---

<sup>124</sup> MACLURE e TAYLOR, 2011, pp. 19, 29 e ss. (criticando Pena-Ruiz) e 36 e ss.. Daí os autores criticarem a proposta por vezes feita de proibir o uso de véu islâmico *em público*, pois a proibição decorre de um modelo de secularismo que não se aplica somente às instituições públicas e que, justamente ao fazê-lo, viola a igualdade e a liberdade de consciência (pp. 37 e ss.). Dizem os autores: “we must avoid confusing *political* secularization (*laïcisation*) and *social* secularization (*sécularisation*). Although that distinction must be qualified in several ways, we may say that political secularization is the process by which the state affirms its independence from religion, whereas one of the components of social secularization is an erosion of the influence of religion in social practices and in the conduct of individual lives.” pp. 15-6, itálicos no original, nota 9 a trabalhos de Charles Taylor e de Micheline Milot (não é claro se a distinção entre secularização política e secularização social é opção do tradutor para verter o livro do francês ao inglês, mas a distinção é essencial e é explicada no trecho citado). Veja ARENDT (1988, pp. 127 e ss.). A PGR (2017) defendeu teste análoga a essa para sustentar a inconstitucionalidade de Emenda à Constituição Estadual de MG que dispensou templos de alvarás: após descrever o que compõe a liberdade dos indivíduos (com referência a Habermas), diz: “Só os indivíduos são livres nesse sentido. As liberdades individuais asseguram-lhes o direito de expor publicamente suas crenças religiosas, mas o estado não possui tal prerrogativa. Não pode adotar, manter nem realizar proselitismo religioso, ainda que de forma indireta. O princípio da laicidade impede o de promover, por atos administrativos, legislativos ou judiciais, juízos sobre o grau de correção e verdade de crenças e de conceder tratamentos privilegiados a concepções de fé.” pp. 10-11. A petição informa que a ação foi originária de representação dos promotores Marta Alves Larcher e Carlos Alberto Valera (p. 2). Veja PINHEIRO (2017) e BARBOZA (2017).

<sup>125</sup> DWORKIN, 2008, p. 56, traduzi e mantive expressão do original entre colchetes; o trecho, em Dworkin, é trazido como uma pergunta, mas aqui o cito como afirmação porque acredito que não haja perda de sentido ou distorções das ideias do autor. Para comentários, veja SEFERJAN (2012, pp. 152 e ss.).

Emenda à Constituição dos EUA: o estabelecimento de uma religião e a liberdade de religião<sup>126</sup>.

Acerca do primeiro, Dworkin diz o seguinte:

“Em uma sociedade secular tolerante, o estado também deve ser permissivo quanto à religião; ele deve não tornar ilegal a prática pacífica mesmo de uma religião fundamentalista. Ele não é mais oficialmente comprometido com o ateísmo do que é com a religião; ele é coletivamente neutro no tema de se há um deus ou deuses ou qual religião é a melhor, se alguma for.”<sup>127</sup>

Para Dworkin, isso significa que o estado não permitirá símbolos religiosos em propriedades públicas e tomaria cuidado com programas que estimulem organizações religiosas<sup>128</sup>; acerca do ensino religioso nas escolas, Dworkin sustenta que a ideia de estado secular é compatível com o ensino, mas não a prática, de uma religião<sup>129</sup>.

Ou seja, Dworkin explica o modelo que defende, que nomeia de secular tolerante, a partir das interpretações que dá às duas cláusulas sobre religião existentes na Constituição dos EUA, a saber, a do não-estabelecimento (que também existe na CF/88, ainda que com texto um tanto distinto) e a do livre exercício. Quanto ao primeiro, um regime secular não endossa ou desaprova religião<sup>130</sup>; quanto ao segundo<sup>131</sup>, a religião não figura como um direito especial, mas um direito geral existente quando o tema é de importância ética. Logo, a religião, como compreendida ortodoxamente, não é especificamente valorizada nem desvalorizada pelo regime secular defendido por Dworkin.

Vimos que o autor, em trabalho posterior, sugere visão interpretativa expansiva de religião. Se a religião é concebida estreitamente, como em *Is Democracy Possible Here?*, ela não é especial porque não tem privilégios frente a atos éticos paralelos<sup>132</sup>; se é concebida amplamente, como em *Religion Without God*, não é especial tampouco frente a estes atos

---

<sup>126</sup> DWORKIN, 2008, pp. 57 e ss..

<sup>127</sup> DWORKIN, 2008, p. 58, traduzi.

<sup>128</sup> DWORKIN, 2008, p. 59.

<sup>129</sup> DWORKIN, 2008, p. 60 (veja discussão abaixo).

<sup>130</sup> DWORKIN, 2008, pp. 56-7, 59, mencionando o caso *Lemon* e manifestação da juíza O'Connor sobre o caso. Veja, entre nós, SEFERJAN (2012, pp. 52 e ss., 57 e ss., 152 e ss.).

<sup>131</sup> DWORKIN, 2008, pp. 60 e ss..

<sup>132</sup> Sobre "personhood" na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, Dworkin diz:

"Convictions through which a person tries to identify the value and point of human life and the relationships, achievements, and experiences that would realize that value in his own life.

Orthodox religious convictions are plainly in that category, and so are people's convictions about the role and direction of love, intimacy, and sexuality in their lives. These beliefs and commitments fix the meaning and tone of the most important associations people form; they are drawn from and feed back into their more general philosophical beliefs about the character and value of human life", 2008, p. 72. Compare com MACONNELL, 2000-1, pp. 18 e ss. e pp. 42 e ss.. Veja MCCLAIN (2014) e LABORDE (2016).

porque eles também podem ser religiosos.<sup>133</sup> Em qualquer hipótese - com ou sem a análise interpretativa da religião - Dworkin enxerga discriminação no regime especialmente permissivo de atos dada sua natureza religiosa.<sup>134</sup> Seu projeto, apesar de mudanças terminológicas, é de defesa da liberdade como uma manifestação da independência ética. A independência ética, diz Dworkin, protege os atos de liberdade essenciais à condução uma vida vivida com responsabilidade pessoal salvo se a justificativa de sua proibição for baseada na justiça ou em consideração impessoal sobre o bem, mas nunca se assume que certa visão sobre o viver bem é inferior.<sup>135</sup> Aplicada à religião, a independência justifica o modelo secular defendido pelo autor, isto é, a vedação de endosso estatal à religião e a proteção geral, não específica dos atos éticos, não só dos religiosos.<sup>136</sup>

A meu ver, o argumento de Dworkin em defesa da inexistência de direitos especiais de liberdade de religião não é convincente, e ofereço no próximo capítulo razões em defesa de direitos desta natureza na forma de acomodações à religião. Por ora, mais importante do que estas análises específicas é a visão fundamental segundo o qual o estado (ou governo ou *sociedade*, como Dworkin equivocadamente usa sem distinção<sup>137</sup>) secular trata a religião como um aspecto da cultura a ser construído organicamente pela sociedade. Neste ponto, vejo convergências importantes entre Dworkin e MacLure e Taylor. Como diz o primeiro, "o

---

<sup>133</sup> Ver MCCLAIN (2014) para leitura geral dos textos de Dworkin sobre o tema (LABORDE, 2016, pp. 535, esp. pp. 256 e ss., também faz leitura de diversas obras do autor); veja ainda ROSA: 2014a.

<sup>134</sup> DWORKIN, 2008, p. 61 (o autor sustenta que o modelo de acomodações a ser defendido nesta tese, por exemplo, discrimina contra indivíduos cujas ações "reflect values of the same ethical character and function as the religious values of religious people").

<sup>135</sup> DWORKIN, 2008, pp. 69 e ss., 2013, pp. 129 e ss.; veja em geral ROSA: 2014a, cap. 2. Veja MCCLAIN (2014), LABORDE (2016) e CLAYTON (2017).

<sup>136</sup> "Tolerant secular community must(...) find its justification for religious freedom in a more basic principle of liberty that generates a more generous conception of the spheres of value in which people must be left free to choose for themselves. It must treat freedom of religion, that is, as one case of a more general right no simply of religious but of ethical freedom", DWORKIN, 2008, p. 61. O autor, assim, sugere extensão da proteção a qualquer visão sobre valor intrínseco da vida, inclusive as religiosas (pp. 61-2), ou seja, proteção não está limitada à religião compreendida estreitamente. O que Dworkin faz em *Religion Without God* (2013) é chamar de religioso o exercício desta liberdade ética que em *Is Democracy Possible Here?*(2008) é considerada o objeto da liberdade. Veja MCCLAIN (2014) para exposição de diversas obras de Dworkin; LABORDE (2016, esp. trecho citado na Introdução).

<sup>137</sup> Pois não é adequado, a partir da sua própria visão, dizer que a independência ética exige uma sociedade secular, salvo se com isso se pretender dizer que é desejável uma sociedade que reconheça que o governo deve ser secular, caso em que é melhor aplicar o adjetivo secular diretamente ao governo. Como vimos acima, MacLure e Taylor expressam a ideia dizendo que o requisito de neutralidade (ou, podemos dizer, do não-endosso), no modelo de secularismo que defendem (intitulado "liberal pluralista" em contraste ao modelo republicano francês) dirige-se às instituições, e não aos indivíduos (2011, p. 39) e que tampouco pode a religião ser expulsa da sociedade civil e restrita à casa ou aos templos sem violação das liberdades (p. 40; veja o trecho das pp. 15-6 citado em nota acima). Veja ainda DWORKIN (2013, p. 139).

modelo secular insiste (...) que a nossa cultura religiosa coletiva deva ser criada não por poder coletivo do estado mas organicamente, por meio de atos separados de convicção, compromisso, e fé das pessoas atraídas a estes atos"<sup>138</sup>. Este é o aspecto decisivo da definição dworkiniana de secularismo e da sua teoria política que adoto nesta tese.

Há, aqui, semelhança com interpretação do direito norte-americano oferecida por Douglas Laycock sob o nome de neutralidade substantiva. Para o autor, a "(...) religião deve ser deixada completamente à escolha e aos compromissos privados tanto quanto possível"<sup>139</sup>. Embora a ideia fundamental de evitar ao máximo impacto de decisões governamentais na religião Laycock seja questionável como padrão de liberdade<sup>140</sup>, a ideia fundamental de que a religião é uma questão individual deve ser endossada.<sup>141</sup>

Noção semelhante é apresentada por visão católica, exemplificada aqui por Joseph Boyle, cuja concepção de religião como harmonia com o divino foi mencionada na seção anterior. O autor diz:

"A sociedade política não tem justificativa em exigir crença religiosa ou, exceto em casos extremos, em impedir comunidades religiosas de conduzir seus assuntos. A razão para isso é baseada na natureza do bem da religião ele mesmo. O benefício da harmonia com o divino não pode ser

---

<sup>138</sup> DWORKIN, 2008, p. 75, traduzi (veja ainda DWORKIN, 2013, pp. 123-4, 130). A meu ver, este ponto é parte do que Dworkin chama de "cultura de independência": veja, do autor, 1996a ou 2006a, capítulo 11, e 1995. Veja ainda ROSA: 2014a, esp. pp. 189 e ss. (com referências a trabalhos de Dworkin sobre democracia em que a ideia de independência, a partir da distinção entre o individual e o coletivo, tem destaque), 191-4, bem como conclusão, publicado como ROSA: 2017. Veja MCCLAIN (2014, pp. 1280, 1281 e ss., p. 1283, n. 74, citando DWORKIN, 2011 e pp. 1287 e ss., expondo DWORKIN, 2008, pp. 1293 e ss., 1317; veja em especial p. 1295 para citação de DWORKIN, 2011 em que se contrastam "choices" de "millions" com "political majorities" (veja ainda p. 1297), trecho que cito em ROSA (2014a, p. 115, n. 488); veja ainda LABORDE (2016, p. 262).

<sup>139</sup> LAYCOCK, 2010 (artigo de 1996), p. 61, traduzi, no original "religion is to be left as wholly to private choice and private commitment as anything can be", nota omitida a artigo do próprio autor de 1990 (publicado em 2010: ver pp. 13-4) em que redação distinta havia produzido interpretação não desejada por ele. Veja ainda pp. 61, 84, 94, 97, 124 (trecho citado abaixo em que o autor comenta visão dos juízes Kennedy e O'Connor, da Suprema Corte dos EUA, sobre "individualizing religious choice" em casos sobre religião nas escolas, discurso religioso etc.), 240 e ss.. Veja referências em nota abaixo. Veja ainda MCCONNELL (2010), DOMINGO (2017) e PINHEIRO (2017, logo após nota 10).

<sup>140</sup> O autor defende que as normas sobre religião da Constituição dos EUA exigem que o governo busque encorajar ou desencorajar o mínimo possível a religião (LAYCOCK, 2010, p. 13). Veja crítica de EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 27 e ss.). Veja DWORKIN em 1995, que comentei em ROSA: 2014a, p.138, inclusive n. 593). Outro ponto do argumento de Laycock que rejeito é sua defesa deliberada de em contraste com a igualdade. Autora brasileira que comenta positivamente a neutralidade substantiva de Laycock é PINHEIRO (2009, p. 288, n. 21, por exemplo). A autora nota a crítica de Laycock à neutralidade formal de Kurland e associa esta visão de neutralidade à de indiferença estatal quanto à religião (p. 292, n. 32), que crítica (pp. 282 e ss.) por razões convergentes às de EISGRUBER & SAGER (2007).

<sup>141</sup> Outro ponto bastante importante das contribuições do autor é sua disposição de compreender o ateísmo como forma de religião do ponto de vista constitucional: LAYCOCK (2010, p. 14 e 74 e ss.) e discussão acima; veja ainda, do mesmo autor, 1981: p. 1415. Discuto o tema abaixo. Ver ainda KOPPELMAN, 2013 (p. 78, n. 43, 78-80), e referências em longa nota acima sobre Laycock. Veja, por fim, HORWITZ (2011, pp. 14-5 e 18 e ss.) e KYMLICKA (2002, pp. 230, 231, 234, 240).

alcançada exceto por escolha e compromisso pessoal. O esforço de coagir a crença religiosa alcança na melhor das hipóteses um tipo de religiosidade insincera que é inimica ao bem da religião."<sup>142</sup>

Meu objetivo não é endossar a teoria do bem que está por trás da reflexão de Boyle, mas apontar que a ideia de que a religião é um ato individual é um elemento disponível a diferentes tradições e que vale ser incorporado em reflexões jurídicas do tema.

Como diz Laycock,

"O governo não deve interferir nas nossas crenças sobre religião seja por coerção, seja por persuasão. A religião pode florescer ou definhar (*wither*); ela pode mudar ou manter-se a mesma. O que acontece com a religião é dependente (*up to*) das pessoas juntas (*severally*) e voluntariamente; não é dependente das pessoas agindo coletivamente por meio do governo"<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> BOYLE, 1998, pp. 21-2, traduzi, trecho seguido de citação à declaração do Concílio Vaticano II. Os "casos extremos" de que fala Boyle são, no parágrafo segundo, circunscritos às ações coativas "required to protect people's rights and maintain public order", p. 22 (compare com NUSSBAUM, 2008, pp. 19, 194-5 etc.). Sobre religião e coação, veja GEORGE (1993, pp. 220 e ss.), FINNIS (2011, por exemplo, p. 35); veja ainda DWORKIN, 1995 (discutida em ROSA: 2014a, cap. 2 e em McCLAIN, 2014).

<sup>143</sup> LAYCOCK, 2010, p. 14; em seguida, aproxima a conexão desta ideia com o que chama de "voluntarismo religioso" (o trecho parece ser de caso *Zorach*: ver McCONNELL, 2000-1, p.11). De LAYCOCK, veja ainda outros (2010, pp. 13-14, 68, 97, 112, 241, 243-4, 441-2 e 1981, pp. 1403 e ss. e 2009, p. 273). Veja, para análise similar, BERG (2004) sobre "the voluntary principle"; diz o autor: "I believe that the Religion Clauses rest on the rationale that religion has distinctive importance to individuals and society, but only if religious beliefs are freely chosen and religious life maintains some independence from government", 2013, p. 26 (ver ainda pp. 38-9 e 2006-7, esp. pp. 1208, 1211, 1213-4). Veja ainda ESBECK sobre o que chama de "voluntaryism" (2007, esp. pp. 368, sobre voluntarismo e a decisão *Everson*, da Suprema Corte dos EUA, comentada abaixo no capítulo 3): "Voluntaryism is where religion is supported voluntarily by those in the private sector - which is to say, not by the government. Voluntaryism goes well beyond prohibiting attempts by government to force religious belief or individuals or to coerce religiously informed conscience. Voluntaryism is about rejecting active government support for religion, whether or not that support results in coercion" (p. 369); "Voluntaryism is a claim about the right ordering of state and church, each properly having its own center of authority. For juridical purposes, church-state relations operate not unlike the doctrine of separation of powers where each of the three branches has its own sphere of jurisdiction and the court's task is to keep them in right order. The popular term for voluntaryism today is 'the separation of church and state'" (p. 370). Veja abaixo discussão a respeito da obra de Garnett. LAYCOCK aproxima o voluntarismo de Esbeck de sua visão de neutralidade substantiva (2010, p. 241). Veja ainda comentários de KOPPELMAN (2013b) sobre o "religious voluntarismo" em Isaac Backus (p. 57), John Leland (p. 58), bem como o trabalho de SPINNER-HALEV (2004, esp. pp. 157, 166-7, 170; cheguei ao autor por KYMLICKA, 2002, p. 310, 356, p. 326, n. 29 à p. 308), o de SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, p. 956, esp. pp. 760-2, 976), FINNIS (2011, pp. 49-50), HORWITZ (2011, p. 16) e BARBOZA (2017, esp. p. 15 do .pdf). A meu ver, DWORKIN incorpora esta ideia à sua teoria política: veja referências em nota acima ao autor e a McCLAIN (2014, pp. 1303-4), que cita trecho que citei em ROSA (2014a, pp. 113-4, n. 478; veja ainda pp. 115 (e n. 488), 192-3, pp. 192-3, 195-6, 248-9 etc.; compare com HORWITZ (2011, p. 15). Veja ainda DOMINGO (2017, p. 13). Entre nós, veja PINHEIRO (2009, pp. 276, 278, 279-280 (citando Gianella), 281 (diferenciando voluntarismo a autenticidade) e p. 290; 2017), bem como CNBB (2017, pp. 23-4, citando Ruy Barbosa, e p. 29). Por fim, veja MACONNELL (2000-1, p. 27) sobre "individualistic premise" e a vedação estabelecimento de religião, bem como pp. 42 e ss. para aspectos da sociedade que não devem ser de decisão pública (veja ainda 2000). Veja ainda BERG (2009, pp. 6, 22, citando Baird, e também pp. 14 e ss., 2013, pp. 26, 38-9) e GREENAWALT (2016, pp. 200, 205 e 208). Ver ainda trechos de LAYCOCK em que ele diz que as regras da primeira emenda se aplica ao governo, e não a entidades privadas (1986-7, p. 26 e 2010, p. 86; compare com ESBECK, 2007, p. 362, n. 9). Há verdade nesta afirmação, mas ela implica que indivíduos privados não possam ser destinatários de normas públicas sobre a relação entre direito e religião (embora talvez seja isso que o direito norte-americano prevê, não vejo razão para endossar a visão).

Ademais, meu objetivo não é aderir a todos os aspectos da reflexão de Laycock sobre a adequada relação entre governo e religião, mas chamar a atenção para esta regra geral de que o governo não é um agente religioso. Vale então compreender como secular o governo que segue esta regra, que exige que a religião seja uma formação individual dos indivíduos<sup>144</sup>. Veremos no capítulo segundo desta tese como o secularismo assim definido exige acomodações à religião e regra permissiva sobre ensino religioso facultativo nas escolas públicas. Quanto ao tema do segundo capítulo, provavelmente estou em chão mais seguro pois autores como Laycock<sup>145</sup> e Thomas Berg<sup>146</sup> enxergam na voluntariedade da religião razão para acomodações. Já quanto ao tema do terceiro, há alguns obstáculos a enfrentar, embora, como tento expor abaixo, a partir do próprio Laycock seja possível encontrar razões para entender a permissão da CF/88 de ensino religioso nas escolas no quadro secular proposto na tese.<sup>147</sup>

Mas qual a razão da opção secular? Esta tese segue Dworkin ao encontrar a justificativa da compreensão da religião como uma questão individual, e não coletiva, numa visão da vida livre, em que os próprios sujeitos que a vivem assumem a autoridade de decidir como vivê-las, inclusive de decidir quais religião, se é que alguma seguir.

Governo secular, em outras palavras, é aquele que reconhece o direito do indivíduo de definir a própria religião. Como expus em trabalho anterior, Ronald Dworkin explica por

---

<sup>144</sup> Apesar de Laycock falar negativamente de "secularismo" (LAYCOCK, 2010, p. 123), a expressão é adequada aos propósitos deste trabalho. A razão é que não creio que por secularismo Laycock entenda o que pretendo designar ao usar a expressão neste trabalho (veja ainda referências em nota acima a MCCONNELL e HORWITZ). Veja ainda GARNETT, 2012c, pp. 1009, itálicos no original "(...) the question is not whether governments like ours are still charged with the *cura religionis*—the care of the true religion. They are not. But they could be—I think they are—charged with the care of *religious freedom*. How might they fulfill this charge?". Sobre a expressão, veja ainda EISGRUBER & SAGER (2007, p. 313, n. 32 à p. 210: "(...) insofar as we defend secularism in this book, we have in mind the meaning the coincides with 'secularity' - that is, we are defending the idea that institutions should not be overtly or specifically religious, not the quite different idea that they should reject or exclude religion"). Veja ainda DOMINGO (2017).

<sup>145</sup> LAYCOCK, 2010 (por exemplo, pp. 30 e 92, defendendo acomodações em alguns casos, ainda que não em todos).

<sup>146</sup> BERG, 2004, esp. pp.1606 e ss..

<sup>147</sup> Um destes obstáculos é a visão do autor de que sua teoria exige que não se ensine religião nas escolas públicas (LAYCOCK: 1986, p. 30; mas veja 2010, p. 116 para reconhecimento da dificuldade deste tipo de caso). A meu ver, esta conclusão não é aceitável. Veja abaixo cap. 3, em que apresento bibliografia brasileira que interpreta bastante bem a norma da CF/88 sobre o tema.



que respeitar as liberdades é uma exigência da igualdade<sup>148</sup>. Segundo o autor, a construção da vida passa pela identificação de quais aspectos seus devem ser valorizados, e quando quem identifica ou valoriza é o governo, a vida do sujeito é tratada como menos importante, o que o trata com desigualdade. O ponto dworkiniano a favor do governo secular é de individualismo ético. Trata-se do seguinte argumento. Se a religião, ou qual religião, ou em que termos, deve compor uma vida bem vivida é o indivíduo que deve decidir. O Estado intervir, seja regulando área de sua autoridade de maneira violadora da liberdade religião (como nos caso de Sabá discutido no próximo capítulo), seja adotando dogma religioso<sup>149</sup>, é decidir pelo indivíduo. É excluir socialmente uns (diriam Martha Nussbaum e Eisgruber & Sager), mas é também violar a igualdade de forma mais fundamental: é rejeitar o valor intrínseco igual, de todas as vidas. Quando falamos de governo secular, identificamos, portanto, um governo igualitário que reconhece o indivíduo como o agente religioso fundamental. Logo, governo secular é aquele, ainda, que respeita o "espaço", como diz Nussbaum, necessário a esta "busca"<sup>150</sup> individual (em grupo ou não) pelas verdades do sentido das coisas<sup>151</sup>.

A sugestão que faço é que este compromisso exige acomodações, isto é, esforços de adaptação do direito e de instituições às necessidades de indivíduos que, ao exerceram a liberdade identificar o valor na realidade, veem a harmonização de suas vidas ao valor que

---

<sup>148</sup> DWORKIN, 1995, pp. 89-90 (veja ainda 2001 ou 2005, cap. 6); veja ROSA: 2014a, pp. 139 ss., 143, 127 e ss., 140, 148); neste parágrafo tento sintetizar o argumento igualitário de Dworkin que expus e aplicá-lo à liberdade de religião.

<sup>149</sup> KOPPELMAN (2013b, pp. 3, 6, 90 e ss., 103). Veja ainda trecho em que o autor comenta as regras de não-estabelecimento da religião e a sua proposta de compreender o direito norte-americano como consistente no tratamento neutro da religião como um bem: "There rules of disestablishment follow easily from the premise of religion-friendly neutrality. If the state may not declare religious truth, or take sides in live theological controversies, then of course it cannot persecute blasphemy or heresy. Any kind of religious coercion is barred. Government may not discriminate among religions, or burden people for their beliefs, or delegate political decisions to religious institutions. All of these would involve the deployment of state power based on official answers to religious questions.

"The Establishment Clause is also a restriction on government speech. School prayers are obviously impermissible. Either the state would have to decide which religion's prayers to use, or it would have to devise its own official religion by composing its own prayers" (2013b, p. 105). Ainda, "American religious neutrality demands that the state be silent about religious truth, but the silence is eloquent and highlights the importance of what is not articulated. It is like a rest in music" (2013b, p. 177); veja ainda HORWITZ (2011, p. xxi).

<sup>150</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 19-20 e, comentando o modelo norte-americano de tratamento da religião: "This is a country that respects people's committed search for a way of life according to their consciences" p. 2 (veja ainda pp. 23,37, , 45, 48, 52, 54, 58, 69, 70, 78-9, 167, 168, 169, 170, 171, 226, 333, 359, 362). Esta expressão (*search*, traduzível como buscar) ligada ao sentido, verdade etc. é o objeto de proteção da liberdade de religião no trabalho de Nussbaum, a exemplo do que ocorre na citação acima de Garnett (embora o autor use "seek", que traduzi como "procurar encontrar").

<sup>151</sup> Ver ainda BOYLE, 1998, p. 22, pp. 23-4.

identificam prejudicadas por regras jurídicas. No próximo capítulo, defendo direitos especiais a algumas formas desta harmonização, e que este modelo por vezes admite e exige que o estado lide com ou que promova atos religiosos. Saber quando isso ocorre passa por interpretação da igualdade que fundamenta a liberdade de religião, e somente secundariamente pelo emprego de fórmulas que devem ser subordinadas, porque desprovidas de valor independente da igualdade, como "separação entre estado e religião" e outras. Daí autores como Maclure e Taylor distinguirem os objetivos do secularismo (igualdade e liberdade de consciência) de seus modos de operação (separação entre estado e religião etc.). O objetivo desta tese é, justamente, defender que a igualdade (numa função de objetivo, diriam os autores, ou justificação mais básica) demanda acomodações e que justifica o ensino religioso facultativo nas escolas públicas (como maneiras de implementar estes valores) e que, portanto, esta versão de igualdade é forte candidata a ser reconhecida como a concepção adotada pela Constituição Federal de 1988. Saberemos, em outras palavras, que uma opção jurídica é adequada quando ela mantém dependente de ação governamental o que deve ser decidido coletivamente segundo modelo de governo secular, e que atribui ao sujeito que é individual; em contraste, saberemos que uma medida deve ser rejeitada quando se transfere uma ação de uma esfera a outra, i.e., quando coletiviza o individual ou individualiza o coletivo<sup>152</sup>. No capítulo 2, defendo que a negação da acomodação é uma espécie de coletivização da religião; no capítulo 3, defendo que admitir a religião na escola pública na forma de ensino religioso é uma maneira de manter a religião como questão individual, apesar das aparências em contrário. Esta é uma maneira de compreender de que modo as propostas desta tese remetem à regra geral de secularismo ora defendida.

#### **Seção 4. As liberdades e suas instituições**

Por fim, e a meu ver de modo convergente com o posicionamento da religião na sociedade como um ato individual e livre, e não no governo, como ato de autoridade constituída, vale apresentar a obra de Richard Garnett, que indica que a questão por trás da proteção da liberdade de religião (e da Igreja, como insiste o autor) é de limitação do

---

<sup>152</sup> Ver PGR, 2010, item 12, pp. 5-6 para referência a Jónatas Machado (citada abaixo no capítulo 2); veja ainda LOBO DA SILVA (2015, p. 294, trecho citado em nota no capítulo 3). Veja ESBECK (2007, pp. 389 e ss.) e NUSSBAUM (2008, pp. 393 e ss.).

governo<sup>153</sup>. Vale apresentar alguns aspectos da reflexão do autor para identificar o que deve ser adotado nesta tese.

Iniciemos com o tema das exceções a regras gerais por vezes concedidas para proteger a liberdade de religião. Garnett chama a atenção ao fato de que algumas circunstâncias em que o Estado não pode interferir na religião não são adequadamente descritas como "exceção" a regras gerais. Esta pode ser a expressão empregada: no direito constitucional norte-americano, fala-se em "exceção ministerial", que consiste na não-punição a organizações religiosas que, na escolha de seus ministros, praticam atos que seriam ilegais, como os discriminatórios. Mas a expressão é enganosa, pois o que está em jogo não são direitos pontuais contra o estado, mas o reconhecimento de fronteiras para a sua atuação.<sup>154</sup>

A meu ver, esta compreensão é positiva. Com efeito, a independência ética marca dimensão social a ser construída pela sociedade sem invasões do governo<sup>155</sup>. Uma maneira de demarcar essas fronteiras, salienta Garnett, é a construção de campos de atuação variados ao modo do que fazem as instituições do federalismo, separação de poderes e, ainda, um regime

---

<sup>153</sup> GARNETT, 2001a, 2006a, 2007b, 2010, 2012a, 2012b, 2015b etc.. Veja também MCCONNELL (2000-1, esp. pp. 21 e ss., 2010), BERG (2006-7, 2009, 2013), MCCLAIN (2014, pp. 1306-7) e GEDICKS (2016), INAZU (2014), DRAKEMAN (2014), HORWITZ (2008, 2013a, 2013b, 2014b). Entre nós, PINHEIRO (2009, pp. 275-6). Veja ainda DOMINGO (2017, pp. 12 e ss.).

<sup>154</sup> "Indeed, the term "ministerial exception" is imperfect, in that it suggests a carve-out, or a concession. It is true, certainly, that our constitutional commitment to religious liberty means (among other things) that legislatures should sometimes stay their hands and forego applying regulations to conduct that would otherwise be within their jurisdiction. Such accommodations show respect for religious believers and often make life easier for regulators. However, the real reason a secular court cannot tell, say, the First Baptist Church that it unlawfully failed to hire Mr. Smith to be its minister – the reason it cannot correct even wrongful discrimination by the church against Mr. Smith – is not because the government has made a concession, but because the government is constrained. It might look like the government is holding back, generously granting an exception from its generally applicable and valid employment discrimination laws, but in fact it is acknowledging a limit, imposed by the First Amendment, on the reach of its regulatory authority." 2012a, p. 222. Veja ainda BERG, COLBY, ESBECK & GARNETT (2011). Veja DANE (2015, p. 17). Se devemos, para designar esta limitação, falar em "soberanias" é questão outra. Veja crítica de KOPPELMAN: 2013a, SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 970 e ss, 984-5, 2013b, 11 e ss.), GEDICKS (2013a, pp. 4 e ss.), SMITH (2014b). Em defesa, HORWITZ (2013b, pp. 5-6, 10) e GARET (2004). Veja ainda GARNETT, 2015a (pp. 115-7), 2006 (p. 14, pp. 16 (ns. 103-4)), 2007b (pp. 2 e ss. e 6), 2008 (pp. 113 e ss.), e BERG, COLBY, ESBECK & GARNETT (2011, esp. pp. 177 e ss.). Veja LAYCOCK (1981, pp. 1398 e 2009, pp. 255 e ss., 261-2, 267, 271 e ss.), LUPU & TUTTLE (2006-7, pp. 1268 e ss.), KOPPELMAN (2013b, pp. 106-7, 2017a, p. 835 e 2013a, p. 10, comentando trabalho de Lund sobre a necessidade de *Hosanna-Tabor*) e HORWITZ (2008, pp. 118 e ss., 2013a, esp. pp. 78 e ss.), bem como INAZU (2013, pp. 360 e ss.), SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 974 e ss. e 2013b, pp. 13 e ss.), GREENAWALT (2016, pp. 57-8, 183-4) e GEDICKS (2016, esp. pp. 4-5, 6); veja ainda BAGNI (1979, pp. 1539 e ss.) e FINNIS comentando Aquino (2011, pp. 93 e ss.). GARNETT oferece visão que distingue três casos de relacionamento entre religião e direito (2015a, pp. 115 e ss., discutindo casos de discriminação, uso de drogas, tributação, e citando Kuyper, Walzer, Greene, Inazu e McConnell).

<sup>155</sup> Por exemplo, veja comentário do autor sobre a separação entre igreja e estado ser um princípio que protege o ambiente social contra o Estado: GARNETT, 2009 (p. 661). Veja TIERNEY, 2003, pp. 43-4. Veja ROSA (2014a, p. 195, n. 834, citando trabalho de Dworkin sobre democracia). Veja ainda BOYLE (1998, pp. 23-4).

que proteja as conformações institucionais, sobretudo as religiosas, da interferência da instituição estado.<sup>156</sup>

Vale ressaltar o contexto argumentativo mais geral desta posição do Garnett. Ao chamar a atenção à tradição católica originária da Querela das Investiduras no século XI, que opôs Papa e o Imperador Sacro Romano Germânico a respeito da escolha dos bispos, Garnett constrói argumento em defesa do que chama de "liberdade da igreja"<sup>157</sup>. Muito deste argumento não deve ser endossado. Em primeiro lugar, a importância do período histórico salientado, bem como a leitura feita por Garnett, não é justificada a contento pelo autor<sup>158</sup>. Em segundo lugar, Garnett não oferece uma justificativa para abandonarmos a centralidade e a natureza fundamental da categoria de direito individual<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> GARNETT, 2009, p. 657 (veja ainda 2011, p. 1823). Garnett recorre frequentemente à obra de John Courtney Murray para formular este argumento: veja, por exemplo, 2010, pp. 235-6. Compare com GEDICKS (2013), que compartilha as críticas à literatura institucionalista que recorre à Querela das investiduras mas encontra sentido mítico na sua incorporação, embora a partir daí identifique outros momentos históricos de maior relevância à sociedade contemporânea. Ver McCONNELL sobre dois temas: limitação do estado (2010, esp. pp. 943, 948, 948 e ss.) e argumento a respeito da construção de liberdades civis a partir do modelo da liberdade de religião (2000-1), bem como ESBECK (2007, esp. p. 370, em trecho citado acima em nota. Veja ainda BERG (2006-7, esp. pp. 1213-4, 2013, pp. 38 e ss.). Entre nós, veja PINHEIRO (2017, após nota 9).

<sup>157</sup> Por todos, GARNETT, 2015b. As referências fundamentais de Garnett são Murray (p. 129, por exemplo), Brian Tierney (citado na Introdução desta tese para propósito similar ao do argumento de Garnett) e Berman. A partir de literatura protestante, HORWITZ (2008) e INAZU (2013 - veja pp. 341 e ss. e 365 e ss. para comentários a Garnett) também defendem a categoria. Veja ainda SMITH (2014b), INAZU (2013). Veja ainda GARET (2004), em especial o seguinte trecho: "Conceived formally, church autonomy is a certain set of jural relations between faith communities and other rival interests such as disaffected individual members, outsiders, or government. Conceived normatively, church autonomy is a proposal about how the worth or good of autonomy justifies such formal jural relations. Conceived doctrinally, church autonomy proposes a standard of review that specifies the content of the formal jural relations by setting out an order of priority between, or rule for adjusting, the worth or good of autonomy and other goods or principles when these are rival", p. 1349. Veja ainda DOMINGO (2017, pp. 19 e ss.).

<sup>158</sup> Veja críticas de HORWITZ (2013a, pp. 3 e ss., 8 e ss., 32-4 e 74-5), SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a esp. pp. 921 e ss., 926 e ss., 932 e ss., e 2013b, pp. 3, 7), GEDICKS (2013a), SMITH (2014b, pp. 18 e ss.) e INAZU (2014, p. 364). Ver ainda KOPPELMAN (2013a pp. 4 e ss.); para resposta, veja GARNETT (2014b).

<sup>159</sup> Ver KYMLICKA (2002, pp. 228-244, esp. p. 230 para "individual freedom of conscience" e pp. 231, 234 e 240, MACHADO, 2010, p. 752-3 sobre Kymlicka) e SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a., pp. 919-921, 962 e ss., 969), HORWITZ (2013b, pp. 1-2) e GEDICKS (2013b). Veja discussão em nota abaixo. Para a crítica de GARNETT, veja 2006 (pp. 672-5), 2008 (pp. 121-2), 2012b (pp. 22-3 (pp. 23-4 do .pdf)), 2015b, (pp. 55-6). Também neste ponto, Garnett se baseia em Murray. SCHRAGGER e & SCHWARTZMAN a meu ver justificam muito bem a manutenção da categoria de liberdade individual (2013b, p. 12): "It is thus a caricature of rights-based liberalism to assert that it is not concerned with groups. It is the way groups form and to what extent they are able to exercise power that concerns liberalism—and here, it is true that the individual is the starting point, at least for political and legal purposes. But the rights of conscience, speech, and association are all more than capacious enough to capture the ways in which these rights are exercised in and through groups.<sup>38</sup> Conscience is developed through relationships in and among expressive associations of all kinds.<sup>39</sup> Nothing in liberal theory needs to deny the existence and importance of groups, associations, and mediating institutions.<sup>40</sup>", p. 12, itálico no original, referências a James Nickel, Shiffin, Visher, Rawls e Gutman.; veja ainda pp. 11 e 13 ("The church's doctrinal and theological integrity, its freedom to run its affairs, its power to admit or excommunicate members,

Mas muito da abordagem de Garnett vale a pena ser incorporada. Em primeiro lugar, vale adotar a construção de uma visão constitucional da relação entre governo e sociedade<sup>160</sup>, sobretudo quanto à liberdade de religião, que é, nesta visão, protegida pela garantia de um espaço social livre. Diz o autor:

"(...) a 'separação entre igreja e estado' é um poderoso princípio *estrutural*; é um princípio de pluralismo, de autoridades múltiplas e sobrepostas, de lealdades e demandas em competição. É uma regra que limita o estado e assim limpa e protege um espaço social no qual pessoas são formadas e educadas, e sem o qual a liberdade de consciência é vulnerável. Assim, eis que a regra de não-estabelecimento protege a liberdade de consciência primariamente ao respeitar e proteger a independência de autoridade não-estatal".<sup>161</sup>

A visão aqui é de que direitos humanos não são simplesmente tema para declarações de direitos, mas também de estruturação de autoridades<sup>162</sup>. A "liberdade da Igreja", então, é vista pelo autor não somente como uma descrição de direitos subjetivos que instituições religiosas têm, mas uma maneira de distribuir autoridade entre indivíduos e governo, um esforço que avança na tarefa de conceber as regras de justiça entendidas nesta seção como "seculares". Garnett diz

"Protegemos direitos humanos não só ao listar diversas coisas que os governos não podem fazer, mas também ao desenhar e situar governos de tal modo que têm menor probabilidade, e menor capacidade, de fazer tais coisas. O constitucionalismo é mais do que compor uma litania de aspirações; ele é também a empreitada de ordenar as nossas vidas juntos e de promover o bem comum categorizando, separando, estruturando, e limitando o poder de formas rígidas (*entrenched*) e demandáveis (*enforceable*) ways"<sup>163</sup>

---

its ability to choose its leaders—these are all easily understood as extensions of individuals' rights of conscience and association that inhere in members of the church."). Em constraste, veja GARNETT (2014b etc.). Veja ZUCCA (2015, p. 396) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 273-4, mencionando Jónatas Machado). Sobre direitos individuais em Dworkin, veja ROSA (2014a, esp. cap. 1, seção 4.1., e também pp. 37, 107, 140 e 161).

<sup>160</sup> Veja GARNETT, 2010, p. 233. Ver referências na próxima nota.

<sup>161</sup> GARNETT, 2009, p. 661, traduzi, itálico no original (mesmo texto de 2010, p. 236 e parcialmente em 2012c, p. 227 e 2015a, pp.110 e ss.); em 2009, veja ainda pp. 657, 665-6. Ver ainda McCONNELL (2000-1) e trecho de TIERNEY citado logo no início desta tese (2003, pp. 43-4). Ver, por fim, PINHEIRO (2009, pp. 275-6), DANE (2015, pp. 14 e ss.) e crítica de NEJAIME & SIEGEL (2015, p. 2553), comparada a CRADDOCK (2017, esp. pp. 32 e ss.) e a MATHEWS (2017). Veja ROSA (2014a, p. 247 e 2017a, pp. 561-2, citando DWORKIN 2006a, pp. 399-400 ou 2006a, p. 250 sobre liberdade acadêmica).

<sup>162</sup> Compare com ARENDT (1988, cap. 4, esp. seções 1 e 2, esp. pp. 118 e 123). Agradeço a David Francisco Lopes Gomes por me chamar atenção a esta obra de Arendt. Ver trecho acima de Garnett.

<sup>163</sup> GARNETT, 2010, p. 233, traduzi, e mantive entre parêntesis palavras do original. Para a "liberdade da Igreja", ideia que articula essa preocupação estrutural e que, segundo reflexão que Garnett encontra em John Courtney Murray o texto que segue, teria surgido no século XI na Querela das Investiduras, veja texto das páginas seguintes ao trecho que cito. Segundo Garnett, a liberdade da igreja forneceria em Murray a "social armature to the social order" (2006a, p. 4, citando "JOHN COURTNEY MURRAY, WE HOLD THESE TRUTHS: CATHOLIC REFLECTIONS ON THE AMERICAN PROPOSITION 201, 203-04 (1988). p. 205".) Para

Ainda que os aspectos históricos do argumento de Garnett não sejam aqui adotados, a percepção de que a liberdade de religião exige análise institucional sobre papéis jurídicos a serem desempenhados por diversos atores precisa ser incorporada.

Em segundo lugar, Garnett recorre a autores mais contemporâneos para apresentar a disposição institucionalista que recomenda. Notadamente, Garnett apoia a crítica de Frederick Schauer<sup>164</sup> às doutrinas norte-americanas da Primeira Emenda, que constróem regras gerais de regulamentação da liberdade de expressão com pouca atenção ao tipo de ambiente em que a liberdade é exercida<sup>165</sup>. Ainda, Garnett recorre a Jack Balkin<sup>166</sup>, que salienta a importância de "infraestruturara" ao exercício da liberdade de informação<sup>167</sup>. Garnett salienta a visão de Balkin sobre o incentivo público a jornais, bibliotecas e universidades<sup>168</sup> como maneira de promover a liberdade de expressão ao construírem uma "infraestrutura" para seu exercício. O mesmo, sugere o autor, vale para a liberdade de religião, que se beneficiaria das instituições jurídicas normais (como tribunais), acomodações (ver cap 2, abaixo), bem como de "uma rede instituições independente, prósperas, distintas e auto-governantes (em suas esferas apropriadas)".<sup>169</sup> Neste sentido, de variedade de autoridades e de instituições sociais que protegem as liberdades, inclusive contra a imposição de ortodoxias sobre opiniões<sup>170</sup>, o

---

referências a Harold Berman e a Brian Tierney com propósito semelhante, veja 2015b (p. 44). Veja ainda BERG, 2013, p. 38, MacConnell (2010).

<sup>164</sup> SCHAUER, 2005. Veja comentários sobre Schauer em HORWITZ (2008, pp. 8-12, 111, 112-3, 125).

<sup>165</sup> GARNETT, 2007b, pp. 14 e ss. esp. "Professor Schauer observed, about a decade ago, that First Amendment doctrine tends to ignore institutions.77", p. 14, nota omitida, mas local e número mantidos.

<sup>166</sup> BALKIN, 2006; veja GARNETT, 2007a, 2011, pp. 1824-5; veja ainda BALKIN (2007a e 2007b).

<sup>167</sup> GARNETT, 2014a, pp. 48-9. GARNETT também menciona, por exemplo, HORWITZ. Veja GARNETT (2007b, p. 16) e 2008 (p. 110).

<sup>168</sup> Veja SCHAUER (2015, pp. 9-10, 21-22, 23-4 etc.). A meu ver, a este propósito destaca-se o trabalho de Dworkin sobre liberdade acadêmica, 1996a ou 2006a, cap. 11, que discuti em ROSA (2014a, cap. 3, subseção 4.3., bem como conclusão) e 2017a (que é versão da conclusão de 2014a).

<sup>169</sup> GARNETT, 2012c, p. 1010, traduzi. Em seguida, Garnett comenta elogiosamente o caso *Hosanna-Tabor*, em que a Suprema Corte dos EUA reconheceu liberdade das Igrejas sobre a contratação de seus sacerdotes, mesmo quando isso viola legislação anti-discriminação. Ver também Garnett, 2007b (pp. 13 e ss.), 2008 (pp. 113 e ss.), 2012b (pp. 19 e ss.) e 2012a; veja também BALKIN (2007a e 2007b). Veja também KOPPELMAN (2013b, pp. 106-7) e Horwitz (2013a). Garnett diz, a respeito da liberdade de religião: "Like free expression, it involves more than protecting a solitary conscience. The freedom of religion is not only lived and experienced through institutions, it is also protected, nourished, and facilitated by them. This is true as a matter of fact and as a matter of American constitutional law" GARNETT 2015a, p. 123.

<sup>170</sup> Tema saliente na literatura: NUSSBAUM (2008), EISGRUBER & SAGER (2007); veja ainda KOPPELMAN (2013b, p. 59).

pluralismo de Garnett, é bem vindo.<sup>171</sup> Por certo, ele está fundamentalmente por construir, inclusive na obra do autor.

Mas esta inspiração é importante às análises oferecidas nos próximos capítulos a respeito dos custos das liberdades e da sua relação com a igualdade, bem como a respeito da relação entre ensino, principalmente o público, e religião. Em suma, esta tese pretende defender a "sensibilidade institucional" destes autores<sup>172</sup> na concretização das liberdades de religião, isto é, pretende reconhecer que o regime constitucional das liberdades civis inclui regras, ambientes e órgãos capazes de protegê-las e de promovê-las e que, para tanto, seus papéis precisam ser delimitados e organizados.

Neste ponto, Garnett está correto. Mas, mesmo quanto a este aspecto de suas reflexões, deve haver alguns cuidados, sobretudo quanto aos ônus de interpretação do direito.

---

<sup>171</sup> GARNETT, 2012a, pp. 223-7. Após citar elogiosamente o trabalho de Mark DeWolfe Howe, Garnett diz: "Our evaluation of the membership, admission, and hiring practices and expression of intermediate associations and nonstate institutions should be informed by this pluralistic thesis. These institutions, I have argued elsewhere, transmit values and loyalties to us, and mediate between persons and the state.<sup>97</sup> The First Amendment should be understood to limit the government's right or power to standardize belief or impose orthodoxy by commandeering such expression or transmission. As the majority put it in the *Boy Scouts* case, the freedom of expressive association and the freedoms of expressive associations are "crucial in preventing the majority from imposing its views on groups that would rather express other, perhaps unpopular ideas."<sup>98</sup> Diverse and different nonstate institutions can be seen as the hedgerows of civil society, as wrenches in the works of whatever hegemonizing ambitions government might be tempted to indulge.<sup>99</sup>", 2012a, p. 223-7, itálicos no original, notas omitidas, mas local e número mantidos. Este trecho é seguido por texto bastante similar ao que citei acima sobre constitucionalismo. O tema do texto são as normas antidiscriminação que protegem minorias (ver ainda pp. 201, 211 e 2015, pp. 221-2) e a análise proposta pelo autor a partir da análise plural das instituições é a seguinte: "Mediating institutions such as the Boy Scouts and the CLS, book clubs and bowling teams, and labor unions and little leagues have a structural role in our democracy. They hold back the bulk of government and are, as Justice Brennan once put it, "critical buffers between the individual and the power of the State."<sup>103</sup> They are not only conduits for expression; they are also the scaffolding around which civil society is constructed, in which personal freedoms are exercised, loyalties are formed and transmitted, and individuals flourish. The nondiscrimination norm should be operationalized and enforced, and the values of liberal democracy should be expressed by the government, in a way that respects the structural, constitutional role that nonstate associations – including, sometimes, associations whose internal practices include illiberal ones – play.", p. 225, itálicos no original, nota omitida (mas local e número mantidos). O autor em seguida comenta o caso *Hosanna-Tabor* (mencionado em nota anterior), comenta a obra de Berman sobre a Querela das Investiduras e retorna ao constitucionalismo (225 e ss.). Sobre o tema de exceções a regras antidiscriminação, veja ainda 2014b e 2015a, pp. 104-5, 108. Veja GEORGE (2013, pp. 113-4), SPINNER-HALEV (2004, pp. 159 e ss., p. 165 e ss.). Sobre pluralismo, veja DWORKIN (2011 ou 2012) e ROSA (2014a, conclusão, esp. pp. 245 e ss., 2017a).

<sup>172</sup> Esta sensibilidade é também de HORWITZ (2009, 2013b, 2015), que utiliza a expressão (2008, p. 87, citando trabalhos seus em que defende "institutionally sensitive approach"; veja ainda pp. 89-90). Sobre a importância do contexto, por exemplo, na análise do conteúdo religioso de um símbolo mantido pelo estado, veja EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 131 e ss., 139, 140 e 145). Para um limite deste raciocínio, veja ROSA (2017b, esp. p. 249), criticando, a partir de Dworkin, proposta de Richard Moon sobre discurso de ódio na internet. Em 2015, em evento que David Francisco Lopes Gomes e eu organizamos na Universidade Federal de Lavras (I Simpósio de Teoria do Direito: a ponderação alexyana em debate), Ricardo Campos, em debate sobre LADEUR & CAMPOS (2016) manifestou esta disposição de reconhecer diferentes quanto a novas formas de imprensa.

O que não pode ser aceito é a disposição que aparentemente Schauer adota de abandonar as demandas de consistência de princípio na compreensão das liberdades.<sup>173</sup> Talvez seja verdade que a liberdade de expressão nos EUA tenha sido construída sem a devida percepção à contribuição que diferentes instituições, que atuam na realidade e não num mundo construído pelo direito<sup>174</sup>, são capazes de oferecer às liberdades. Mas isso não significa que possamos abandonar os ônus de construir regras íntegras que tratem a todos com igualdade<sup>175</sup>. Garnett defende a distinção entre associações religiosas e outras associações, e acredito que este tratamento diferenciado seja justificado. Mas é essencial justificar este tratamento. É necessária, em outras palavras, uma visão institucional das liberdades civis que respeite e decorra de uma visão íntegra de justiça executada pelo direito.

A meu ver, existe um argumento institucional íntegro em defesa das liberdades das organizações religiosas, compreendidas como parte das liberdades individuais de seus membros.<sup>176</sup> Gostaria de esboçá-lo, o que não significa que seja original, pois, de fato, a meu ver está formulado na literatura citada. A proteção da liberdade de religião que todos temos,

---

<sup>173</sup> Ver crítica de Schauer a Dworkin: SCHAUER, 2005, p. 11.

<sup>174</sup> Precisamos, para usar a expressão de Schauer, de categorias jurídicas que existam "no mundo" (SCHAUER, 2005, p. 12, traduzi).

<sup>175</sup> Acredito que SCHAUER (2005) admite esta possibilidade (veja referências abaixo).

<sup>176</sup> A meu ver, SCHAUER rejeitaria esta possibilidade (2005, pp. 5-6, 11, 15-6, n. 75, pp. 22-3); o autor critica Dworkin, mas acredito que se equivoque na interpretação do autor, como sugeri anteriormente (2014a, p. 13, n. 5, p. 160, n. 694, etc.). A meu ver, liberdade de religião continua compreendida como liberdade individual, contra proposta de Garnett sobre a liberdade da igreja a partir da Declaração sobre liberdade de religião do Concílio Vaticano II (GARNETT, 2006, pp. 672 e ss., ou 2010, pp. 230-1), e as razões são as oferecidas por SCHRAGGER e SCHWARTZMAN (2013b, p. 11 e ss., esp. trecho citado em nota acima). Garnett, nas páginas citadas, apresenta a liberdade da igreja como uma questão não somente de direitos individuais, mas, como visto, de organização e limitação da autoridade do governo. O autor diz: "The 'freedom of the church' can and should be seen as a structural feature of social and political life—one that promotes and enhances freedom by limiting government—and also as a moral right to be enjoyed by religious communities. It is not simply an effect or implication of private, individual claims to freedom of conscience and immunity from government coercion in matters of religious belief. If the immunity of conscience from coercion in religious matters can be said to depend on the 'freedom of the church,' it is not in the sense that institutions are somehow prior to persons, and not in the sense that this immunity is somehow conferred by a church, but rather in a more practical, political sense." (2015b, pp. 50-1). A necessidade de compreender o aspecto estrutural da liberdade de religião é absorvida nesta tese pela categoria de secularismo. Mas, como visto no trecho citado, Garnett também defende que instituições elas mesmas têm liberdade de religião, o que não me parece adequado (2010, pp. 227-8 e 2012b, pp. 22-3 (pp. 23-4 do .pdf), 2015b, (pp. 55-6). Ver KYMLICKA, 2002, 228-244 e SCHRAGGER e SCHWARTZMAN, 2013a e 2013b. Veja ainda KOPPELMAN (2013b, p. 105) e HORWITZ (2008, p. 86), esp. o seguinte trecho: "The justification for giving special recognition to particular First Amendment institutions is ultimately both instrumental and intrinsic. Instrumentally, it argues that these institutions are important sites for the formation and promotion of public discourse; valuing these institutions thus enhances public discourse and, ultimately, freedom for speech for everyone. Intrinsically, it argues that these institutions are natural features of the social landscape and that the courts would do well to recognize this fundamental fact<sup>61</sup>", nota 61 com citação a Schauer (veja ainda pp. 109, 110, 120-1).



isto é, a liberdade de perseguir respostas a questões básicas da existência e sentido da realidade, exige a proteção de associações (i.e., do que podemos chamar de igrejas). Estas associações, como sugerem Eisgruber e Sager, se beneficiam do regime mais geral das liberdades civis e, em muitas questões, caracterizam dimensão social sobre a qual o Estado não deve se sobrepor.<sup>177</sup> Mas as associações religiosas têm especificidades em virtude das características do seu objeto<sup>178</sup>. Como argumento no próximo capítulo, ações religiosas, inclusive as praticadas em contextos institucionais de organização, devem receber proteção qualificada na forma de direitos especiais.

Em primeiro lugar, a religião, corretamente compreendida e delimitada nos termos apresentados anteriormente neste capítulo, tem centralidade às liberdades. Este ponto foi mencionado anteriormente e será defendido no capítulo segundo da tese. Em poucas palavras, tratada como conceito interpretativo e delimitado o centro de atividade religiosa que deve ser protegida por direitos especiais<sup>179</sup>, temos aspecto social que deve receber maior proteção do Estado. No exemplo de Garnett<sup>180</sup>, é mais prejudicial à liberdade dos indivíduos invadir um ritual religioso do que interromper uma partida de boliche, e dissolver uma igreja é mais prejudicial às liberdades do que intervir num torneio de boliche (lembramos de outros: o do segredo de confessorário, dado por Nussbaum, e o da enfermeira muçulmana que cobre os cabelos, dado por MacLure & Taylor). Daí a diferença entre religião e um clube de boliche (embora o clube de boliche possa ter certas proteções instituições, necessárias à sua natureza)

---

<sup>177</sup> EISGRUBER E SAGER (2007, pp. 5, 6, 52-3, 64-5, 94-5, 184, 237, 245, 281). Ver ainda visão de que normas de estabelecimento servem para impedir imposição de "ortodoxia" (2007, 191,194 etc.; ver também NUSSBAUM (2008, pp. 3, 4, 23 etc.).

<sup>178</sup> GARNETT, 2007b, pp. 14-5, em que o autor critica a perspectiva de Eisgruber e Sager quanto ao ponto (ver ainda pp. 7-8, 12). Ver comentário de MCONNELL (2000) sobre Eisgruber e Sager. Veja, entre nós, PINHEIRO (2009, pp. 273-3, 282). Veja ainda DANE (2015, p. 16) e BAGNI (1979, pp. 1520-1, 1549, 1539, e discussão no próximo capítulo). SCHRAGGER & SCHWARTZMAN têm visão diferente: "On this view, freedom of the church would give way to a broader conception of freedom of association. Churches would not be conceived of as *sovereign*, but rather as the voluntary associations that they are. They would not be *special*, but rather protected like other important civic associations. And at least for constitutional purposes, they would not be *singular*, but rather collective agents that reflect the rights and interests of those who sustain them over time. Although much work remains to be done in describing this more plausible and attractive account of associational freedom,<sup>34</sup> it at least has the advantage of avoiding the translation dilemma faced by proponents of freedom of the church." (2013b, p. 11, itálico no original, notas a Seana Shiffrin e Robert Visser; veja ainda p. 8 e 2013a pp. 967 e ss., 924-5, 949 e ss., 941-5, 961-2, 967 e ss., 969, 976-7, 984 (citando Nussbaum) e p. 956 sobre igualdade (citando EISGRUBER & SAGER, Leiter e SCHWARTZMAN), que é o que fundamenta esta visão.

<sup>179</sup> Veja abaixo discussões sobre contribuições de BAGNI (1979) e MCCONNELL (2000-1).

<sup>180</sup> GARNETT, 2012a, p. 225. O autor inclui times de boliche no grupo de "mediating institutions", e defende que Igreja são mais que instituições desse tipo (pp. 226 e ss.), aí apresenta o argumento exposto acima. Veja GREENAWALT (2016, p. 202) e BAGNI (1979, p. 1539).

e haja um sentido em que certas ações de lazer podem adquirir a centralidade de uma religião (indivíduo dedicado num sentido especial aos esportes radicais, por exemplo: esta só é uma ocorrência rara em que lazer literalmente vira religião)<sup>181</sup>.

Em segundo lugar, o fato de que comumente se organizam coletivamente as respostas religiosas compõe o conteúdo da liberdade de religião, isto é, faz parte da liberdade organizar-se. As associações religiosas devem ter proteções decorrentes da dependência parcial que a religião tem de instituições. As religiosas têm demandas por autonomia que incluem necessariamente aspectos doutrinários, ritualísticos e de seleção de seus líderes<sup>182</sup>. Outras associações podem demandar autonomia parecida, e outras podem necessitar de proteções distintas. Em suma, Igrejas têm semelhanças a outras associações, mas as suas particularidades (temas que enfrentam, os perigos que a regulação do estado traz à liberdade dos seus membros) justificam proteções como a exceção ministerial (que talvez seja relevante a outras associações, como a dos escoteiros<sup>183</sup>), e não a outras. Faz pouco sentido proteger a associação dedicada à prática de boliche por punições por discriminação de gênero, mas certamente viola gravemente a liberdade de religião obrigar uma Igreja a ordenar mulheres ministras. Daí a exceção ministerial, mencionada acima.

Ainda, as manifestações religiosas, inclusive as organizadas, podem ter relações variadas com instituições estatais distintas. Este último ponto será explorado no capítulo terceiro, em que analisarei o tema do ensino religioso nas escolas públicas. No mais, os aspectos institucionais da liberdade de religião serão limitados à análise das hipóteses em que existe direito à acomodação. Como dito na introdução, este trabalho não visa à composição de uma teoria completa das relações entre religião e estado, e os contornos detalhados do tipo de proteção que associações religiosas devem receber não serão apresentados nesta tese.

---

<sup>181</sup> Veja comentários de LABORDE (2014b, pp. 1264, 1271) sobre exemplo dworkiniano sobre uso de drogas. GARNETT, 2012a, p. 225 sobre boliche. KOPPELMAN (2017a, p. 840), comentando exemplo de Simon Cabulea May de um indivíduo que opõe objeção de consciência ao alistamento militar para jogar xadrez, diz: "Perhaps chess really does play a quasi-religious role in his moral life". Veja ainda NUSSBAUM (2008, p. 169) para outros exemplos: amor por carros, quem quer se vestir de galinha no trabalho, família (pp. 169-70), bem como BERG (2006-7, pp. 1203-4, para quem patriotismo não é religião. Veja LABORDE (2015b, pp. 588, 596-8), JONES (2017, p. 172) e CLAYTON (2017, p.140).

<sup>182</sup> Uma maneira de notar isso é por meio da economia: ver trabalho de HORWITZ (2013a).

<sup>183</sup> Veja MACCONNELL, 2000-1, pp. 42 e ss. a respeito da construção de regime das liberdades em geral a partir do modelo da liberdade de religião. KOPPELMAN (2013b, p. 75) comenta proposta de McCONNELL. Veja ainda EISGRUBER & SAGER (2006-7, p. 1284).

Em resumo, associações religiosas devem receber tratamento distinto das demais dada sua natureza especial. A especialidade da religião consiste no envolvimento em questões particularmente relevantes aos seres humanos e que o Estado tem autoridade para promover, desde que o faça de maneira igualitária, com ampliação da liberdade inclusive de negar a religião.<sup>184</sup> O argumento aqui é institucional no sentido de que abraça a necessidade de proteções específicas a grupos conforme suas características. "Associações expressivas"<sup>185</sup> podem demandar autonomias variadas<sup>186</sup>. O argumento, por sua vez, não é institucional no sentido de que abandona a necessidade de consistência de princípio que compõe o valor político da integridade em Dworkin<sup>187</sup>.

O argumento, ademais, ajuda a compreender as soluções propostas, nos próximos dois capítulos, ao tema das acomodações, que consistem na concessão de permissões a proibições ou a obrigações gerais, bem como ao tema do ensino religioso nas escolas públicas. Quanto ao primeiro, compreender a capacidade de promover a liberdade de religião por meio de regras permissivas é facilitada se entendemos que a religião precisa de um espaço

---

<sup>184</sup> PINHEIRO (2017).

<sup>185</sup> Veja GARNETT (2007b), GREENAWALT (2016, pp. 57-8, 183-4) e HORWITZ (2008, p. 113).

<sup>186</sup> Segundo EISGRUBER & SAGER (2007, p. 249), comentando exceção na lei norte-americana que admite que "(...) religious organizations - but only religious organizations - to discriminate on the basis of religion. One can easily see that religious organizations have a unique justification for discriminating on the basis of religion. It makes perfectly good sense for the Catholic church to insist that its priests be Catholic, but there is no comparable reason for, say, McDonald's to scrutinize the religious beliefs of its short-order cooks"; em seguida os autores sustentam o tipo de permissão da exceção ministerial, que é, como reconhecem bastante mais abrangente que esta possibilidade de discriminar por razão religiosa (p. 250; veja ainda pp. 63 e ss.). HORWITZ (2008) dá exemplo da necessidade menor de autonomia dos "business" (p. 113; veja ainda HORWITZ, 2013b, p. 4). KOPPELMAN apresenta e aparentemente endossa a seguinte afirmação ao comentar a "ministerial exception", a meu ver correta: "(...) although religion is entitled to equal regard with other deep beliefs, the special needs of religion entail unequal treatment in these areas" (2013b, p. 162; veja ainda pp. 106-7). A respeito da "church autonomy", diz KOPPELMAN: "The Court has also held that employment legislation must have a 'ministerial exception', protecting the right of religious groups to select their leaders without state interference (121).

"This doctrine has elicited the objection that it is incoherent as applied to actual practice, since government in fact constantly makes religious judgments, notably when deciding who is entitled to a religious accommodation, or who the relevant religious tribunal is (122). The rule is even self-contradictory, because it requires courts to decide which controversies are religious and thus beyond the state's cognizance. Because the rule can't be applied consistently, it allegedly is applied inconsistently and arbitrarily. (123) The incoherence disappears if we understand that government is permitted to declare that religion is a good thing and to support it generically, but not to make any further religious determination. In order to avoid corrupting religion, government must determine whether this or that is a specimen of what it is saying away from. But it must stop there and make no finer distinctions among religions" (pp. 106-7), notas 121, 122 e 123 omitidas (têm referências ao caso *Hosanna-Tabor*, a Laurence Tribe e a Jared Goldstein e Samuel Levine); veja ainda p. 162.

<sup>187</sup> Compare com SCHAUER (2005).

(Nussbaum)<sup>188</sup>. Mais precisamente, compreender de que modo o direito constitui compromisso com visões de justiça, como sustenta Dworkin ao formular a sua teoria do direito como integridade, permite compreender o ônus de tratamento igualitário que o direito tem em relação à religião. Antes de expor por que, gostaria de retomar os elementos defendidos até agora nesta tese.

### **Seção 5. Conclusão.**

Apresentei neste capítulo três argumentos. Em primeiro lugar, defendi que devemos seguir Dworkin e compreender interpretativamente a religião, e que fazê-lo indica que devemos compreendê-la de maneira abrangente. Ainda que abarque mais do que "religiões ortodoxas", a religião, como defendido pela literatura citada, é um fenômeno humano distinto das demais manifestações sociais que refletem meros gostos: trata-se do esforço de encontrar sentido último na realidade e de adequar-se a ele. Este ponto será retomado no próximo capítulo, pois ajuda a delimitar as proteções especiais que devem ser conferidas aos atos religiosos.

Ademais, com base em literatura mais variada, sobretudo norte-americana, apresentei o secularismo como uma regra de justiça que regulamenta as relações entre estado e religião ao compreender a última como questão de "compromissos" individuais, para usar expressão de Laycock. Secularismo é uma das concepções das regras de justiça/igualdade que regulam a relação do estado e a sociedade e seus indivíduos quanto à espiritualidade humana. Seculares são as versões destas regras que se comprometem com ideias de governo limitado e de liberdade dos indivíduos e de seus grupos. Secularismo, em suma, é regra de justiça a respeito da relação entre o coletivo e o individual quanto à religião; é uma regra que atribui a cada dimensão certa responsabilidade<sup>189</sup>. Ademais, ao falar da liberdade de religião, Dworkin apresentou esta regra na forma de um direito geral à independência ética. Em argumento a ser oportunamente apresentado (e rejeitado), o autor defendeu que isso basta à proteção da liberdade de religião. Esta conclusão não é acertada, e, considerando o concepção de

---

<sup>188</sup> Veja ROSA, 2014a, conclusão, publicada em 2017, discutindo, a partir de trabalho de WALDRON (2012), a necessidade de um ambiente às liberdades.

<sup>189</sup> Compare BARBOZA (2017, esp. análise logo após nota 18, pp. 21-22 do .pdf citando La Torre, Santiago, Forst, Vita, Lafer e, especialmente, Danner a respeito da distinção entre público e privado) com análises acima de MCLURE & TAYLOR, LAYCOCK e DWORKIN.

secularismo apresentada neste capítulo, defenderei que o direito geral à independência ética não é suficiente porque permite que o estado coletivize decisões que deveriam ser deixadas à decisão individual.

Por fim, defendi que as liberdades civis precisam ser compreendidas institucionalmente, isto é, que a interação entre o estado e a sociedade, notadamente a religião, não pode ser vista simplesmente a partir de regras ou doutrinas gerais, mas sim por meio de arranjos e organizações que protegem o exercício das liberdades.

Destes três pontos chega-se à seguinte conclusão: a liberdade de religião é essencial ao indivíduo e à sociedade humana, e o estado tem um papel de protetor do espaço em que é exercida, mas não deve ser ele quem a exerce. Este é o modelo defendido na pesquisa. A seguir, apresento dois argumentos elaborados à partir deste arcabouço. Vale notar o seguinte: apesar de consistir primariamente em argumento político, esta tese tem o objetivo de subsidiar a interpretação de diplomas normativos brasileiros. Cumpre saber se é possível interpretar a CF/88 a partir dos argumentos aqui defendidos. Os dois temas - acomodações e ensino religioso - contam com normas constitucionais. Não é objetivo desta tese oferecer interpretação jurídica abrangente da CF/88 e das demais normas que regulamentam a relação entre estado e religião no direito brasileiro, mas a análise que ofereço nos próximos capítulos pretende ser argumento jurídico a favor das soluções aqui defendidas inclusive no nosso contexto constitucional. Com efeito, o secularismo, como apresentado neste capítulo, é compromisso político convincente quanto à religião e, a meu ver, boa interpretação do regime constitucional adotado no Brasil.



## CAPÍTULO 2. A LIBERDADE DE RELIGIÃO E A SUA PROTEÇÃO

### Seção 1. Introdução

Defendi no capítulo anterior concepção de regime secular, isto é, visão a respeito do conteúdo das normas de justiça sobre relação entre estado e religião. Esta concepção visa a preservar a formação e execução autêntica das visões religiosas. O objetivo é manter as decisões religiosas na esfera individual, e não na ação coletiva, como sugerem autores como Douglas Laycock e Ronald Dworkin<sup>190</sup>. Assim definido, o secularismo oferece um critério de julgamento das ações do estado, que não pode transferir a religião de ação individual para ação coletiva. Este processo é por vezes compreendida na tradição norte-americana, entre outros, sob o nome de "corrupção da religião pelo estado"<sup>191</sup>. O mesmo processo ocorre quando atos religiosos são prejudicados sem justificativa igualitária - trata-se de hipótese em que coletivamente se decide pela não-ocorrência de ato cuja ocorrência deve ser decidida por indivíduo. É uma coletivização de coisa individual. A tradição que interpreta a liberdade de religião generosamente compreende que a busca individual (ainda que por meio de grupos formados por indivíduos) pela verdade religiosa, sobre o que é verdadeiro quanto ao valor intrínseco da realidade ou do divino, é caracterizada pelo esforço de integrar-se ou harmonizar-se<sup>192</sup> a este bem. Estes atos devem ser genuinamente individuais, e coletivizá-los é uma violação da justiça. Daí a limitação à atuação do governo.

Mencionei no capítulo anterior o argumento dworkiniano de que a responsabilidade individual de condução da vida é uma consequência do reconhecimento igualitário do valor intrínseco de todas as vidas humanas. Como expus em outro trabalho, as liberdades, para Ronald Dworkin, têm fundamento na igualdade<sup>193</sup>. Ocorre que a relação entre igualdade e liberdade *de religião* é complexa, sobretudo quanto à possibilidade de se excepcionarem regras gerais para proteger condutas religiosas<sup>194</sup>. No capítulo primeiro, endosseï o método

---

<sup>190</sup> Quanto a Dworkin, veja especialmente a exposição feita na introdução desta tese dos aspectos do seu liberalismo que descrevi em trabalhos anteriores. Para o autor, direitos são questão individual (DWORKIN, 2005a ou 2001b, cap. 3; ROSA: 2014a, pp. 37, 107, 140, 161, conclusão e 2017a).

<sup>191</sup> KOPPELMAN (2013b, esp. cap. 2. e pp. 2, 3, 6, 150, 168, 172; 2013a, pp. 9 e ss.). Veja ARENDT (1988, pp. 128-9, citando Williams Livingstone).

<sup>192</sup> BOYLE usa as duas expressões (1998).

<sup>193</sup> ROSA (2014a, 2014b, 2017a etc.); veja, de DWORKIN, em especial, 2005a ou 2001b, cap. 3, 1996b, 2001c e 2011 ou 2012 (veja referências mais detalhada sem nota à seção "Antecedentes", da Introdução).

<sup>194</sup> Veja a definição de "exemption" de GREENAWALT (2016) na p. 2. "(...) if a legal duty is formulated in broad terms and the question is whether some people should be relieved, that possible accommodation does concern an 'exemption'.". Veja a crítica de EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 13-14). Veja ainda HORWITZ

interpretativo dworkiniano de compreensão da religião, bem como sua definição de regime secular. O próprio Dworkin, em *Religion Without God*, sustentou que a religião não deve receber tratamento privilegiado porque fazê-lo gera descontrolo e desigualdade. Em contraste, o objetivo desta tese é oferecer uma defesa igualitária do direito especial à liberdade de religião (contra Dworkin, mas um bocado a partir dele). Este capítulo é dedicado a oferecer argumento neste sentido.

O que está em discussão, como explico na próxima seção a partir da obra de Nussbaum, bem como na seguinte, a partir da obra de Dworkin, é a medida jurídica adequada de proteção da liberdade, o que se constrói (entre outros) a partir de análise moral sobre igualdade e liberdade. Na próxima seção, a partir da obra de Martha Nussbaum, apresento o debate a respeito da acomodação da religião, que consiste na adaptação de leis gerais a necessidades específicas de manifestações religiosas. Nussbaum contrasta dois modelos. Um deles é o proposto por John Locke, que só admite acomodações em situações que hoje chamaríamos de discriminatórias - por exemplo, a proibição de imersão em água salvo para objetivo de higiene, o que objetiva a proibir certas concepções de batismo. O outro é modelo defendido por Roger Williams, colono inglês nos EUA que, a partir de versão de estoicismo, apresenta a consciência humana como um aspecto frágil do ser humano, que deve ser preservado igualitariamente. Nussbaum, com razão, defende o segundo modelo.

Há, entretanto, quem apresente defesas da proposta lockeana, ou de proposta convergente. A conclusão de que a proteção especial dos atos religiosos viola a igualdade, e que só pode ser concedida se estendida a outras manifestações sociais consideradas equivalentes, é comum na literatura. Estimula praticamente todos os autores citados nesta tese, se é que não todos<sup>195</sup>. A alguns a conclusão daí devida é de que a proteção especial da religião, existente nos EUA, por exemplo, durante boa parte das últimas décadas, viola a igualdade. Na terceira seção, apresento três argumentos desta espécie, isto é, três articulações distintas da

---

(2011, pp. xxiv-xxv, xxx-xxxi e 20-1). BRANCO diz o seguinte: "*A objeção de consciência opera como uma exceção à regra*, e, como tal, reforça a regra. Se a objeção fosse um direito de igual natureza ao da obrigação a que ela se opõe, estaria a estatuir uma faculdade de agir, um novo espaço de liberdade - o que não acontece<sup>184</sup>", (2009, p. 458, itálicos acrescentados, nota 184 a trabalho de García Herrera). A meu ver, o trecho que italicizei está correto, e a ideia de novo espaço de liberdade também, embora o autor a rejeite. Veja SEFERJAN (2012, pp. 62 e ss., esp. p. 66).

<sup>195</sup> GEDICKS (1997-8, pp. 571-2), por exemplo, enxerga atenção à igualdade mesmo em LAYCOCK.



igualdade e da liberdade de religião. São, como diz Laborde<sup>196</sup>, três métricas distintas da igualdade que deve ser observada no reconhecimento das liberdades. O primeiro dos argumentos consiste em análise dos custos sociais de exercício da religião e no apontamento de desigualdade na criação de ônus. Versão mais convincente deste argumento, mas, a meu ver, ainda assim problemática, surgiu no contexto do caso *Hobby Lobby* nos EUA. Analiso alguns trabalhos dedicados ao enfrentamento do caso, e tendo extrair conclusões sobretudo a partir da contribuição de autores como Christopher Lund, Carl Esbeck e Richard Garnett, cuja visão institucional da liberdade de religião foi apresentada no capítulo anterior.

O segundo argumento, por sua vez, não analisa custos, mas a variedades nos exercícios permitidos em caso de concessão da acomodação. Versão deste argumento surgiu no Supremo Tribunal Federal em julgamento sobre a acomodação no ENEM de observantes judeus do Sabá. Dentre os ministros, houve quem enxergasse problema em reconhecer um direito à acomodação se o exercício concomitante do direito por todos não for viável. O acórdão é analisado ponto a ponto mais à frente neste capítulo, mas esta alegação específica é considerada ainda na seção 3. Também nela, analiso os detalhes de versões mais sofisticadas do argumento de que a religião só pode ser acomodada se existente alguma espécie de discriminação na norma geral. Analiso as propostas de Eisgruber & Sager de interpretação do direito norte-americano, bem como a sugestão "radical" dworkiniana de que a religião seja considerada uma dentre diversas dimensões da condução independente da vida, nenhuma delas privilegiada por proteção de mais difícil exceção.

O objetivo da seção 4 é oferecer alternativa igualitária à rejeição das acomodações religiosas. O "formato", como diz Nussbaum, ou "forma", da liberdade, é outro. A partir da obra da autora, bem como de outras análises, como de Garnett e Dunlap, sugiro que a integridade no reconhecimento de liberdades exige acomodação em alguns casos. É objetivo da seção dizer quais são esses casos. O argumento aqui é, num sentido, dworkiniano, pois consiste em identificar a autenticidade das concepções de religião, bem como da sua realização, como um aspecto da vida bem vivida. A autenticidade, naturalmente, exige liberdades<sup>197</sup>, e esta concessão de liberdades deve ser igualitária. Daí acomodações à religião.

---

<sup>196</sup> LABORDE (2010, pp. 52, 62 e ss., 2016, p. 270).

<sup>197</sup> ROSA: 2014a, esp. cap. 2; veja DWORKIN (1995, e 2001b ou 2005a, cap. 6, 2012 ou 2011, caps. 9 e 17).

Mas não é toda manifestação da religião que deverá ser acomodada. Meu objetivo é delimitar os casos em que deve, bem como apresentar e rechaçar críticas possíveis ao projeto.

Além desta delimitação interna à religião, isto é, da identificação de manifestações religiosas a serem protegidas por direito especial daquelas a que um direito geral de não-discriminação basta, é preciso analisar as hipóteses em que um direito especial devidamente reconhecido pode ser excepcionado. Pretendo apresentar análise da questão na seção 5, após apresentar e criticar a decisão tomada pelo Plenário do STF num caso em que observantes judeus do Sabá questionaram a acomodação insuficiente prevista no ENEM. A meu ver, este é um caso de reconhecimento de direito especial, que deveria ter sido afirmado pelo tribunal, por razões que passo a expor.

## **Seção 2. Religião e acomodações**

No capítulo terceiro de *The New Religious Intolerance*, e com muitas semelhanças com trabalho anterior intitulado *Liberty of Conscience*, Martha Nussbaum apresenta a sua leitura igualitária da liberdade de consciência como um aspecto da dignidade humana. Introduzi análise da autora no capítulo primeiro. Gostaria de alongar-me na exposição de sua proposta não porque tudo nela seja adequado, mas porque será retomada na elaboração do argumento deste capítulo e, por ora, porque permite compreender o que significam acomodações à religião e que importância têm.

Para Nussbaum, a dignidade humana se entende como a capacidade de "razão prática e avaliação"<sup>198</sup>, e a consciência é exercida quando realizamos a "busca pelo sentido último da vida"<sup>199</sup>. Nussbaum é bastante influenciada pela contribuição dada à liberdade de religião por Roger Williams, cuja obra acrescenta, segundo ela, uma premissa importante à análise estoica da categoria da consciência, a saber, a sua fragilidade<sup>200</sup>. Se a consciência é frágil, passam a

---

<sup>198</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 65, traduzi. Sobre a autora, veja, entre nós, MACHADO (2010, esp. pp. 747, 750 e ss., 763).

<sup>199</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 65, traduzi.

<sup>200</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 65-6 e 2008, pp. 44 e ss., 51-2, 76 e ss. e 81 ("Americans clearly followed Cicero (and later republican conspirators) and, along with Roger Williams, repudiated the quietistic strand in Stoicism, holding that their equal dignity as human beings required an end to the British tyranny. More generally, they agreed that human dignity entails a politics of respect, in which human beings are treated *as equals* and in which they are not subject to 'soul rape'. Linking the Stoic idea of dignity to the somewhat more emotional and subjective Protestant idea of conscience, they held that in religious matters, people should not be subject to arbitrary whim and interference, on account of their conscience's dignity. Any acceptable account of religious

ser-lhe importantes as "condições da vida social e política"<sup>201</sup>. Como a consciência faz parte da dignidade humana, que é um atributo de todos os seres humanos em igualdade<sup>202</sup>, "violiar a consciência é conduzir um assalto à dignidade humana"<sup>203</sup>. Da igualdade e da vulnerabilidade de consciência a autora conclui que "a liberdade seja tanto ampla quanto igual"<sup>204</sup>.

A questão fundamental que Nussbaum propõe no capítulo analisado é saber se a liberdade de consciência, concebida nos termos expostos, isto é, como ampla e igual, exige acomodações à religião, que são "isenções especiais"<sup>205</sup> a regras gerais. O tema é importante porque as regras gerais e suas exceções compõem as condições de vida em comum, que podem prejudicar a consciência. As acomodações ocorrem, por exemplo, quando o direito dispensa religiosos de alistamento no exército<sup>206</sup> ou, num sistema que proíbe o álcool, excepciona o consumo sacramental do vinho<sup>207</sup>. Estas dispensas devem ocorrer? Para analisar questões deste tipo, a autora contrasta dois modelos políticos de enfrentamento do tema a partir da ideia de que a liberdade de religião deve ser tratada como um direito igual<sup>208</sup>.

---

liberty, moreover, would have to be one that guaranteed people *equal* liberty, on the basis of their deep underlying human dignity" (itálicos no original).

<sup>201</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 67, traduzi. Veja PINHEIRO (2009, pp. 293-4). Veja ROSA (2014a, conclusão, e 2017a, comentando Waldron).

<sup>202</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 61 e ss..

<sup>203</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 65, traduzi. Em suma, a autora formula três "princípios" que se articulam para esta conclusão: (i) igual dignidade, (ii) consciência e (iii) vulnerabilidade da consciência (ver pp. 61 e ss.)

<sup>204</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 68, traduzi; a autora diz que esta conclusão é bastante próxima do princípio de justiça da liberdade defendido por Rawls (ver ainda p. 90).

<sup>205</sup> NUSSBAUM, 2012, 74, traduzi. Diz ela: "Accommodation means giving religious people a 'break' in some area, for reasons of conscience - a dispensation from laws of general applicability, such as the military draft, or rules about years of schooling or, in Mrs. Sherbert's case, the rules that govern state unemployment compensation. The guiding idea is that reasons of conscience are very important. In some cases, where public order and safety are not jeopardized, they must take precedence over laws that apply to all, so that people will not be forced to violate their conscience" (NUSSBAUM, 2008, p. 21). Para a autora, a acomodação pode ser negada por "demands of public order and the rights of others" (2008, p. 19; veja ainda pp. 194-5, 207-8 etc.). Para análise recente de casos atuais no Canadá, veja ROSS (2018).

<sup>206</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 69. Na Constituição Federal de 1988:

" Art. 143

(...)

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir." Veja ainda inciso VIII do art. 5º, citado anteriormente.

<sup>207</sup> LAYCOCK (2010, 11-12). Laycock utiliza o exemplo para contrastar o que chama de "neutralidade formal", concepção que atribui a Philip Kurland e que veda qualquer emprego da religião como padrão de ação do Estado (p. 11), da "neutralidade substancial", que permite este emprego se fazê-lo minimizar a interferência do governo na religião (pp. 13 ss.; PINHEIRO, 2009, comenta Laycock e Kurland). A exceção ao consumo sacramental de vinho é, justamente, o exemplo que Laycock utiliza para contrastar as concepções de neutralidade, pois a formal a considera inaceitável, enquanto a substancial a apoia. Veja LAYCOCK (2010, pp. 11 e ss., 15, 27, 105, 230) e LUND (2010, p. 358, n. 35 e p. 366).

<sup>208</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 69-70, comentando a tradição de liberdade de religião originária no período colonial dos EUA.

O primeiro, que a autora atribui a Locke, enxerga igual liberdade na negação das acomodações. O segundo, associado a Williams, defende a conclusão oposta. Nussbaum enxerga somente diferenças de grau entre os modelos<sup>209</sup>. Acredito que o contraste entre os dois contribua para compreender os argumentos de autores como Ronald Dworkin, bem como apresentar a razão que articulo posteriormente neste capítulo, inclusive a partir de Nussbaum, em defesa da acomodações.

Em suma, o primeiro modelo,

"associado com o filósofo inglês do século dezessete John Locke, mantém que a proteção da igual liberdade de consciência requer somente duas coisas: leis que não penalizem crença religiosa, e leis que não sejam discriminatórias sobre práticas, isto é, as mesmas leis devem se aplicar a todos em questões que tocam atividades religiosas."<sup>210</sup>

Nussbaum oferece alguns exemplos de leis que violam a igual proteção da liberdade de consciência nesta concepção: uma que proíba falar latim nas Igrejas mas o permita nas escolas ou que proíba a imersão do corpo em água salvo por saúde ou lazer (exemplos de Locke)<sup>211</sup>, uma lei municipal nos EUA que proibia matar animal se o propósito fundamental não for de consumo de alimento<sup>212</sup>, ou a norma que obriga a barbear-se o policial que quer manter barba por razões religiosas mas que dispensa do dever quem tem razões médicas para não se barbear<sup>213</sup>. Os casos são naturalmente distintos. No primeiro e no segundo, há evidentemente propósito discriminatório. A razão de proibir falar latim ou o sacrifício de animais é estorvar um ritual religioso.<sup>214</sup> Mas a razão de obrigar a barbear-se diz respeito a algum padrão organizacional da força policial. Ainda que possamos criticá-lo, não é evidente que haja propósito discriminatório. Como observa Nussbaum, a tradição lockeana é capaz de reconhecer que há discriminação apesar disso. Comentando decisão do Juiz Alito no caso da

---

<sup>209</sup> NUSSBAUM, 2012, 85 e ss.. Sobre Locke, veja ainda LAYCOCK (2010, pp. 105-6) e GREENAWALT (2016, pp. 25 e 33).

<sup>210</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 71, traduzi, nota omitida a Locke. Ver ainda 2008, pp. 59 e ss., esp. p. 67, pp. 122, 124-5, 127, 159 e ss., 173. Veja, entre nós, BARBOZA (2017, esp. 15 do .pdf, e pp. 17-8 para análise e rejeição de outra crítica de NUSSBAUM a Locke, cujo valor, no entanto, é reconhecido).

<sup>211</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 71; segundo a autora, a primeira lei visa a atingir católicos, enquanto a segunda, a batistas.

<sup>212</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 72, comentando o caso *Lukumi*, em que a Suprema Corte dos EUA considerou a lei inválida.

<sup>213</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 73. Veja na próxima seção discussão da obra de EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 88 e ss., 116-7).

<sup>214</sup> A lei é produto de hostilidade quanto à religião da Santeria, que realiza os sacrifícios (NUSSBAUM, 2012, p. 72, comentando decisão da Suprema Corte dos EUA).

polícia barbeada, ela diz: "embora não haja evidência explícita de que a política policial tenha intenção discriminatória, esta intenção foi inferida simplesmente do fato de que uma isenção secular já havia sido concedida"<sup>215</sup>.

Com acerto, Nussbaum apresenta e adota outro modelo. Trata-se do que encontra em Roger Williams, colono setecentista, para quem as regras gerais adotadas em uma comunidade refletem visões sobre conveniência esposadas pela maioria, o que justifica que minorias sejam acomodadas<sup>216</sup>. A acomodação, nesta visão, "restaura"<sup>217</sup> a liberdade e faz com que ninguém - nem membros da maioria, nem membros da minoria - tenha liberdade mais extensa que a do outro<sup>218</sup>. À concessão da acomodação não é necessária identificação de propósito

---

<sup>215</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 73 (veja também 2008, pp. 159-60). Veja ainda GREENAWALT (2016, p. 11).

<sup>216</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 74-5. Para crítica ao argumento de que uma isenção à lei "corrige" uma injustiça, veja JONES (p. 164, *Rather than privileging the exempted group, they merely correct for its disadvantage.*"); na n. 1, cita Eisgruber & Sager, Nussbaum etc. (veja ainda pp. 173-5, criticando visão das normas gerais como produto de maioria em prejuízo de minoria). Vale ressaltar que o autor dirige sua crítica somente às isenções, e não a acomodações em geral: oferecer comida vegetariana, por exemplo, seria uma acomodação que não envolve isenção, segundo ele, pp. 164-5). Veja, entre nós, LOBO DA SILVA (2015, pp. 275-6, esp. n. 18 sobre dias de guarda, e ainda p. 279-80).

<sup>217</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 85, mencionando Juiz Roberts (veja nota abaixo para citação).

<sup>218</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 75 (ver ainda pp. 116-7, 127-8, 136-7, 144, 164, etc., e ainda p. 286). Em especial, a respeito da afirmação da sra. Sherbert, uma adventista do sétimo dia a que havia sido negado seguro desemprego após ser demitida por recusa-se a trabalhar aos sábados, de que a negativa violava seu livre exercício da religião: "In a famous judgment in 1963, the U.S. Supreme Court agreed. They held that benefits could not be made conditional on a violation of a person's religious scruples: this was just like fining someone for Saturday worship. In other words, the denial of benefits was a violation of Mrs. Sherbert's *equal* freedom, as a citizen, to worship in her own way. Free exercise does not mean simply that nobody can come and put Mrs. Sherbert in jail for her nonstandard religious practices. It means, as well, that the conditions of liberty must be the same for all. The Court held that no person may suffer a 'substantial burden' to their religious liberty without a 'compelling state interest' - which clearly did not exist in this case.

"Workplace arrangements are always made for the benefit of the majority. The holidays observed, the workdays chosen - all are tailored to suit the local majority, in this case Christian. There is nothing inherently wrong with this - *so long as* care is taken to prevent this convenient arrangement from turning into a fundamental inequality in freedom and respect. The Free Exercise Clause, the Court held, guarantees that equal freedom", p. 17, nota omitida, itálicos do original (sobre o caso, veja ainda pp. 135 e ss., 288; compare com JONES, 2017, pp. 173-5). Ao comentar dois casos, um de um judeu (de nome Philips) chamado a testemunhar num sábado, e outro de um padre (de nome Kohlmann) que se recusou a revelar segredo de confessionário, a autora faz o seguinte comentário a respeito da demanda por proteção à consciência e a resposta do promotor do segundo caso (de nome Gardinier):

"The district attorney's answer was clear: we would think this a fair society, dedicated to the equal treatment of all citizens. Indeed, far from trying to avoid the issue of equality in framing his critique of Father Kohlmann, Mr. Gardinier chose to showcase it, claiming that what equality means is that we all obey the laws, and nobody gets any special rights. Equality is just that, impartiality: all laws apply to all. Religious freedom has been granted to all on a basis of equality. But this freedom does not extend to 'exemption from previous legal duties'.

"Mr. Gardinier's position keeps on returning in the history of this topic, so we should pay close attention to his argument. On the surface it is plausible enough. It is indeed important that laws apply impartially, not giving some citizens special favors over others. But the problem is that this description does not quite fit the case, because it does not acknowledge that laws passed by the majority can create unequal and asymmetrical burdens for minorities. Jonas Philips's situation, when subpoenaed on a Saturday, is not equal, but strikingly unequal, for

discriminador (como ocorrem nos exemplos de Locke), nem que seja ele inferido das normas vigentes (como é o caso do policial barbudo): Nussbaum sustenta que o prejuízo a ser corrigido pela exceção pode ser originário não de malícia, mas de "obtuseness", ou seja, de desconhecimento, desinteresse ou simplesmente de conveniência por parte do criador da norma<sup>219</sup>.

A discussão de Nussbaum, a meu ver, abre espaço para uma explicação lockeana deste padrão persecutório não intencional, pois a autora retorna aos exemplos dados anteriormente, como o da obrigação do policial de barbear-se, para indicar como a malícia não é necessária para caracterizar a perseguição contra a qual a liberdade de religião protege as

---

that of the Christian: he faces a burden that no Christian has to face - because the law has already established Sunday as a legal day of rest. So too with Father Kohlmann. Law is set up so what sacraments of the majority religion may be observed without legal burden. For example, all states, then and, for the most part, now, exempt spouses from being forced to testify against one another, on groups that derive from the general Christian understanding of the sacrament of marriage. Protestants, the majority, do not have the sacrament of confession, so nobody had thought about the issue Father Kohlmann faced. When thought is given to this issue, one can immediately see that Father Kohlmann is being treated not as an equal, but as an unequal, since he, unlike Protestants, is being forced to violate a sacred requirement. Although it is theoretically possible for the majority religion to impose such disabilities on itself, it is highly unlikely", 2012, pp. 127-8. Em suma, a desigualdade "restaurada" pelas acomodações consiste no seguinte: "The majority is permitted to act with due religious scruples, and the minority is not" (p. 119). Veja PINHEIRO (2009, pp. 293, 295, 306, 309, 3012). Ver ainda DANE (2015, pp. 34 e ss.) sobre leis dominicais não serem neutras. Ver ainda MACLURE & TAYLOR sobre o tema (2011, caps. 7 e 8, esp. pp. 68, pp. 73 e ss.). Por fim, ver NUSSBAUM (sobre juiz Roberts no caso *O Centro*, 2013, 73, 84, 87), MACCONNELL (2000, pp. 11, 14-5) e SCHWARTZMAN (2012, p. 1379) comentando McConnell.

LABORDE tem comentários interessantes sobre o caso Sherbert. Ela diz: "Consider, however, two different ways in which Sherbert's religious freedom claim could be justified. On the one hand, one could say (as the Court in fact said) that to condition Sherbert's access to benefit on her willingness to violate a cardinal principle of her faith would be unduly to penalize and burden her rights of religious freedom. On this view, Sherbert has a *pro tanto* claim to practice her religion freely (absent a compelling state interest). On the other hand, one could say that denying compensation would entail unjustly discriminating against Sherbert, who, *unlike similarly situated workers*, faces an unfair dilemma: either complying with the job's requirements or obeying the demands of her faith (and losing her claim to compensation). On this view, Sherbert has a *comparative* claim to be treated on fair, equal terms with others. This second justification draws on what I propose to call an egalitarian theory of religious freedom. It is the coherence and plausibility of egalitarian theories of religious freedom that this essay puts to the test." (2014, pp. 52-3, itálicos no original). Entendo a diferença possível entre as duas visões, como perspectivas que podem ser adotadas isoladamente, mas me escapa a necessidade de escolher entre elas: a meu ver, ambas são simultaneamente pertinentes à justificação igualitária do direito à acomodação neste caso. Veja discussão em nota abaixo.

<sup>219</sup> NUSSBAUM, 2012, pp. 85-7. Comentando opinião do Juiz-Presidente Roberts no caso *O Centro*, em que a Suprema Corte dos EUA reconheceu acomodação a grupo religioso brasileiro que realiza ritual com substância proibida no país, a autora diz: "No evidence of hostile intent was offered, and none would have been plausible. The Brazilian sect was not unpopular; it was simply unknown. The law, as amended for Native Americans and not for the Brazilians, was obtuse, not really persecutory. But it showed the common problem: in a democracy, larger groups get better treatment. Chief Justice Roberts insists that one role for courts is to right this balance, restoring equality", p. 85 (ver ainda p. 87).

minorias.<sup>220</sup> Daí dizer que os dois modelos estão num contínuo, e que entre eles a diferença é de grau.<sup>221</sup> A aproximação entre os modelos parece depender de variações no significado de "discriminação" ou de "persecução"<sup>222</sup>. A depender de como se definem estes conceitos, análises inicialmente distintas podem convergir a uma solução idêntica do caso concreto.

Apesar disso, Nussbaum tem modelo preferido, e o seguinte trecho a seguir explica o por quê da preferência, bem como ajuda a traçar repercussões jurídicas que diferenciam o regime lockeano do proposto por Williams:

"acredito que o princípio acomodacionista (*accommodationist*) seja superior ao princípio de Locke, porque alcança formas sutis de discriminação que são ubíquas na vida democrática majoritária. Todas as sociedades fazem escolhas a respeito de feriados, dias de trabalho, restrições sobre álcool e drogas, e várias outras questões que dizem respeito às observâncias religiosas das pessoas. As escolhas de uma maioria são em geral apoiadas por algum tipo de raciocínio; elas então passarão num teste de "base racional" (*rational basis*), embora possam não passar um teste de "interesse estatal convincente" (*compelling state interest*). Elas podem, entretanto, ser extremamente duras com as minorias, tornando suas liberdades desiguais. Conceder-lhes acomodações com base na consciência, em áreas que variam do emprego ao alistamento militar e ao uso sacramental de álcool e drogas, é restaurar um padrão de igual liberdade."<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 86.

<sup>221</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 87.

<sup>222</sup> Por exemplo: no trecho que citei em nota acima, Nussbaum diz que a norma do caso *O Centro* era obtusa mas não persecutória (NUSSBAUM, 2012, p. 85); depois, na p. 86, diz que "persecution may be a result of obtuseness rather than malice" (p. 86). Não acredito que estes trechos sejam evidência de uma contradição na análise da autora, mas acredito que evidenciam a dependência que os modelos têm da explicação de categorias como "persecução", "malícia", "discriminação" etc. Também variam as interpretações dos casos. Ao comentar a decisão do Juiz-Presidente Roberts no caso *O Centro*, Nussbaum salienta o papel do judiciário no reconhecimento de acomodações, mas não é claro se isso é dependente da existência de uma acomodação anterior a outras situações (o que torna a demanda do grupo de uso sacramental de substância próxima a demanda do policial muçulmano de fazer a barba; veja EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 88-9). Comentando um caso europeu de uma estudante muçulmana que queira usar o jilbab ("which does not cover the face, but does cover the body and head more modestly", 2008, p. 349), ela diz, sobre o teste norte-americano criado no caso *Sherbert*, que proíbe "substantial burden" à religião salvo se houver "compelling state interest": "The fact that the pre-*Smith* (or RFRA-based) tradition has no trouble with this case is a strong point in its favor, since the conscience-based claim is strong, and we really do not need to come up with a case where someone else gets an exemption from the uniform policy in order to see how oppressive the regulation is, and how weak the interests supporting it", p. 352. RFRA (*Religion Freedom Restoration Act*) é a lei federal norte americana que, replicada posteriormente em diversos estados, restabeleceu a regra judicial elogiada por Nussbaum (*Sherbert*) após sua revogação em *Smith* (NUSSBAUM, 2008, pp. 135 e ss., 288, 147 e ss., 157 e ss.). O livro de EISGRUBER & SAGER (2007, esp. pp. 257 e ss.) é uma crítica contundente ao padrão pré-*Smith* e à RFRA; DWORKIN (2013, esp. cap. 3) junta-se a esta tradição elogiosa de *Smith* (veja ainda NEJAIME e SIEGEL, 2015, p. 2584). Veja ainda LAYCOCK (2010, pp. 109, 430), KOPPELMAN (2013b, pp. 3 e ss.), HIMMA (2015, p. 1), GREENAWALT (2016, pp. 9 e ss., 103 e ss.) e MATHEWS (2017, pp. 89 e ss., 106-7). Entre nós, veja PINHEIRO (2009, pp. 296 e ss.) e SEFERJAN (2012, pp. 52 e ss.).

<sup>223</sup> NUSSBAUM, 2012, p. 87, traduzi, inseri entre parêntesis palavras do original (veja trechos citados em nota acima). Veja HIMMA (2015, pp. 14-5), KENDRICK (2017, pp. 108 e ss.) e JONES (2017). Veja a defesa que BERG faz do que chama de "choice theory": "Determining the scope and limits of free exercise rights, with respecting individual choice as a key criterion, is a complicated inquiry (but as I've discussed above, equality-based analysis is no clearer or simpler (170). I will make only brief comments about the choice-based approach here, with citations to lengthier analysis in other scholarship. When a formally neutral legal rule imposes sanctions for following a practice that is religiously motivated, there is a prima facie argument for exemption in

A distinção entre base racional e interesse convincente é construção do direito norte-americano e serve justamente para identificar, a depender do interesse jurídico envolvido, a possibilidade de uma invasão de liberdade. A sugestão de Nussbaum é que uma ação que invade a liberdade de consciência precisa não só ter base racional, mas atender a um outro padrão - o do interesse convincente, critério consagrado em precedente da Suprema Corte, posteriormente revogado e, por fim, reinstaurado pela legislação<sup>224</sup>. Naturalmente, muito da proteção propiciada pelo padrão é dependente da interpretação que se faz dele, e quanto a isso não faltam críticos nos EUA<sup>225</sup>. Veremos na próxima seção a interpretação de Eisgruber e Sager, para quem o padrão recomendado por Nussbaum deve ser rejeitado. Veremos também a crítica de Dworkin, de que este tipo de padrão garantidor de acomodações, e a que o autor chama de "direito especial", não é aceitável como interpretação da liberdade de religião por pelo menos duas razões, ambas analisadas e rejeitadas nesta tese.

Por ora, vale compreender o significado da acomodação como uma medida jurídica de proteção da liberdade de religião por meio de exceção a regras gerais<sup>226</sup>. O direito à acomodação (que Dworkin chama de "especial") significa que a ação do Estado de negá-la só pode ocorrer se preenchidas os requisitos do "interesse convincente", e não simplesmente se

---

order to preserve private choice in religious matters: the threat of punishment or civil liability prima facie deters people from following their religious choices.

"Nevertheless, a choice-based analysis still recognizes that the scope of free exercise is not absolute. For example, many rules of tort and criminal liability protect individuals against direct, immediate invasion of their bodies or property; because these 'private rights' set a basic framework within each person can pursue his own choices (religious and otherwise) without interference from others, there is no entitlement to violate them for religious reasons. (171) But in many other cases, laws override choices based on the prophylactic avoidance of harms that are indirect or spread across society" (2006-7, p. 1213, notas omitidas; o autor então comenta o caso *Sherbert*). Veja ainda a explicação de SCHWARTZMAN sobre o que chama de "principle of religious accommodation" (2012): "According to this principle, government regulations that significantly burden religiously motivated conduct must be narrowly tailored to achieve a compelling state interest.<sup>47</sup> This principle would not only prohibit laws that facially discriminate against religion or that have the purpose of discriminating against religion. It would also require courts to apply heightened scrutiny to laws that incidentally burden religious practices. In such cases, the government would have to provide religious exemptions, unless it could show that doing so would threaten important state interests.<sup>48</sup>" (p. 1364, notas com referências a trabalhos de McConnell).

<sup>224</sup> Compare com a visão de direitos em DWORKIN, 1977 ou 2001a, cap. 7 e 1996 ou 2006, cap. 8 e 1988; veja ROSA: 2014a, cap. 1, esp. seção 1 e 4.1., pp. 28 e ss., 39-46, 47 e ss, 62, 64, 199-20, 236-7, esp. p. 64, citando DWORKIN (2005, p. 167 ou 2001, p. 127) para distinção entre ações protegidas por liberdades das não protegidas a partir do critério mencionado por NUSSBAUM.

<sup>225</sup> A própria Nussbaum reconhece que o padrão é "elusivo" (NUSSBAUM, 2012, p. 91).

<sup>226</sup> Veja GREENAWALT (2016), esp. p. 2 outras referências em nota acima.



tiver base racional<sup>227</sup>. É um debate importante compreender se, e em quais casos, há estes direito. Não se trata aqui de entender as hipóteses em que é recomendável, conveniente, de bom tom ou estrategicamente produtivo acomodar a religião<sup>228</sup>. Esta tese busca na literatura sobre o tema razão de justiça para acomodações. São os casos em que esta acomodação é de rigor, obrigatória, e não medida permissível<sup>229</sup> ou expediente pacificador, produtivo ou elogiável por qualquer razão salvo a justiça<sup>230</sup>. Trata-se de saber em que hipótese ela é uma exigência da justiça - como diz Nussbaum, em que hipótese ela consagra a igual proteção da dignidade humana. A autora enxerga a acomodação como promoção da igualdade. Ela diz: "Quando cristãos podem observar o dia de descanso que sua religião requer sem perder

---

<sup>227</sup> DWORKIN (1977, cap. 6, comentando em ROSA: 2014a - Dworkin usa também a expressão "direito no sentido forte"); sobre liberdade de expressão ver cap. 1. Veja KENDRICK (2017, esp. pp. 103-5). Veja ainda KENDRICK (2017), que defende duas características para direitos especiais: "specialness" e "robustness": "My essential claim is that the idea of a special right conceals two related, but different, features. It involves how *distinctive* the right is— that is, how analytically distinguishable from other rights and activities— and also how *robust* it is—that is, what level of protection it affords. As used in the free speech context, the term “special right” generally requires that a special right be entirely distinct from other rights and activities and that it receive a very high degree of protection. By contrast, I shall argue that distinctiveness need exist only to a minimum degree and robustness not at all.", p. 90, itálicos no original (veja ainda pp. 93,94,97, 102 e ss., 110, e 102). O trabalho da autora é dirigido à liberdade de expressão, mas diversos aspectos da sua reflexão são interessantes à liberdade de religião, como ela mesma sugere (pp. 90, 92, 107-8 - veja comentário em nota abaixo). O trabalho chegou-me tarde demais para incorporá-lo a esta tese, e aproveitamento do que traz de importante, sobretudo quanto aos ônus das teorias dos direitos especiais, ficará para outra oportunidade. Ocasionalmente, faço referências e, num ponto, cito a autora para ajudar a entender o argumento de Dworkin a respeito de direitos especiais e, em outro, para entender o direito norte-americano.

<sup>228</sup> Como diz GARNETT, ao comentar a proteção jurídica concedida ao direito norte-americano às decisões das Igrejas quanto à seleção de seus ministros,

"Sometimes, though, religious institutions and communities treat their ministerial employees badly; sometimes, they discriminate against ministers in a way that *is* wrong. What then? The Court's answer in *Hosanna-Tabor* is the right one. At some point, the power of a constitutionally limited government like ours to second-guess or prohibit even wrongful discrimination – discrimination that is wrongful from the perspective of the religious community itself – runs out. As the chief justice emphasized, the “Religion Clauses bar the government from interfering with the decision of a religious group to fire one of its ministers.” This is not merely the language of prudence, modesty, or abstention. It is true that there are lots of good, practical reasons for political decision makers and civil courts to avoid making “religious” decisions. But this is not why the ministerial exception exists.<sup>92</sup> It exists not because decisions about selecting ministers are tricky, but rather because religious communities have a First Amendment right to make them." GARNETT, 2012a, pp. 221-2, itálico no original. Mas deve-se admitir que nem todas as acomodações são desta espécie: JONES dá exemplos de acomodação que não são questão de justiça (2017, p. 173).

<sup>229</sup> GEDICKS & VAN TASSELL (2014, pp. 356 e ss., 2016 e 2015, pp. 327-8), sobre acomodações permissíveis e obrigatórias. Este é um ponto que diferencia os modelos descritos por Nussbaum: o acomodacionista reconhece a acomodação como direito, e o lockeano como algo a ser conquistado politicamente. Comentando o caso *Smith*, a autora diz: "Here we see the real difference between the accommodationist and the Lockean: the former asserts as a basic right that the latter understands as a privilege that must be negotiated through the political process" (2012, p. 83). Veja ainda DWORKIN: "(...) religious freedom is very widely regarded as a human right, not just a useful legal construction, and policy arguments about the need for peace are inadequate to justify a basic right." (2013, p. 111). Veja, entre nós, PINHEIRO (2009, pp. 291-2).

<sup>230</sup> Veja, por exemplo, TIERNEY (2003, pp. 48 e ss.).

emprego ou seguro desemprego (*unemployment benefits*), mas aqueles que observam um dia diferente de descanso não podem, há um ônus à liberdade dessas minorias de praticar sua religião e esse ônus parece injusto<sup>231</sup> (*unfair*)<sup>232</sup>. A injustiça, diz Nussbaum, consiste em permitir a alguns, e não a outros, agir por razões religiosas. Acredito que este argumento seja convincente, mas antes de trabalhá-lo é preciso considerar as visões distintas. Na próxima seção analiso dois modelos lockeanos de análise das acomodações: o de Eisgruber e Sager e o de Ronald Dworkin. Em seguida, também a partir dos argumentos de Nussbaum, construo modelo que reconhece a justiça de acomodações, ou, como diz Dworkin, de direitos especiais, em pelo menos alguns casos de liberdade de religião.

### **Seção 3. Não-especialidade da religião: uma crítica**

#### *Subseção 3.1. Liberdade de religião e igualdade*

Martha Nussbaum, no quadro exposto acima, oferece os dois modelos como variações da igual liberdade de consciência. O argumento desta tese dialoga com a perspectiva da autora de que o tema das acomodações é a igualdade. Como diz Cecile Laborde, o que está em discussão é a maneira adequada de compreender a métrica da liberdade.<sup>233</sup> Antes de apresentar o argumento desta tese a este propósito, gostaria de considerar maneiras distintas de compreender as interações conceituais entre igualdade e as liberdades de religião<sup>234</sup> oferecidas por versões do modelo sob crítica, isto é, o modelo lockeano apresentado por Nussbaum, bem como argumentos oferecidos para delimitar excessivamente as hipóteses de concessão das acomodações. Meu objetivo é expô-los e mostrar por que, mesmo quando proveitosos, isto é, quando capazes de indicar aspectos corretos e que devem ser reconhecidos da relação entre igualdade e liberdade, não são exaustivas do significado da liberdade de religião. Gostaria de analisar então três sugestões de relação entre igualdade e liberdade, a saber: (i) uma primeira que se concentra nos custos do exercício das liberdades. Neste ponto, será importante analisar debate havido nos EUA por ocasião do caso *Hobby Lobby* entre autores como Frederick Gedicks & Rebecca Van Tassel, Andrew Koppelman, Richard Scharrager, Micah

---

<sup>231</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 118, traduzi, mantive entre colchetes expressões do original.

<sup>232</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 119.

<sup>233</sup> LABORDE (2010, por exemplo), em referências feitas em nota acima.

<sup>234</sup> Com efeito, diversos são os autores que têm traçado esta relação para defender a liberdade de religião: NUSSBAUM, 2008, EISGRUBER & SAGER, 2007, MACLURE & TAYLOR, 2011; para críticas, ver LABORDE, 2014a, 2014b, 2015a.

Schwartzman & Nelson Tebbe, Richard Garnett, Christopher Lund e Carl Esbeck. O caso envolvia a liberdade de religião de uma companhia com fins lucrativos consistente na não-inclusão da cobertura de métodos contraceptivos no plano de saúde obrigatório de suas empregadas. A acomodação foi negada por lei mas afirmada por decisão da Suprema Corte dos EUA, ainda que por razões impertinentes ao objeto da pesquisa<sup>235</sup>. O crucial do caso é que exige que se responda à seguinte pergunta: em que hipóteses o custo de uma liberdade pode ser transferido para terceiros? Neste ponto, sigo as sugestões de Garnett, Lund e Esbeck contra os demais autores citados. Para ambos, é possível defender liberdade de religião mesmo quando ela impõe custos a terceiros.

Além desta questão, serão analisadas outras duas, a saber, (ii) a possibilidade de exercícios concomitantes e potencialmente conflitantes de liberdades, e (iii) uma última, que vê a liberdade de religião como um direito não especial de não-discriminação. Por enquanto, analisarei a primeira interação, que diz respeito aos custos.

O *primeiro argumento* constrói-se sobre a aparente desigualdade em proteger, dentre os exercícios possíveis de uma liberdade, o tipo socialmente mais custoso que outras. No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a demanda por acomodação da prática de observar o Sabá por parte de inscritos no ENEM é, naturalmente, mais custosa que outras práticas religiosas. Quem deve absorver o custo da observância do Sabá? O seu praticamente ou todos, na forma de emprego de recursos disponíveis ao MEC que, caso a acomodação seja concedida, serão utilizados para gestão do tratamento especial concedido aos observantes do Sabá, e não para outros aspectos da aplicação do exame de proveito mais geral? A ideia de que quem deve absorver os custos é o praticante parece adequada, sobretudo pela concepção de secularismo adotada acima, afinal, a decisão individual de seguir certa fé deve ser financiada pelo fiel, e não por terceiros. Ademais, parece ser recomendada pela igualdade, pois empregar recursos de todos para viabilizar o exercício de religião de uns parece ser empregar mais

---

<sup>235</sup> O caso foi resolvido por interpretação de norma legislativa (da "Religious Freedom Restoration Act") que obriga o governo norte-americano a não impor ônus ao exercício da religião se houver "modo menos restritivo" de atender ao interesse da restrição. Autores como Andrew KOPPELMAN & Frederick GEDICKS (2015) chamam a atenção para o mau trabalho desempenhado pela Suprema Corte dos EUA na análise do tema, que não é relevante aos meus propósitos. Veja comentários de DANE (2015, p. 24) e de NEJAIME & SIEGEL (2015, p. 2530, n. 57, citando trabalho de GEDICKS & KOPPELMAN, e pp. 2580 e ss. e p. 2581, n. 269, citando KOPPELMAN) sobre o caso.

recursos com uns do que em outros - no caso, com os que não precisam da viabilização especial.

Sugiro, entretanto, que é um erro rejeitar o tratamento especial à religião pelos custos sociais particulares que, em alguns casos, seu exercício traz. Pensemos no direito à liberdade de expressão<sup>236</sup>, que assegura que uns possam realizar condutas socialmente mais custosas do que outros desejam realizar. Considerando que é natural que diferentes exercícios tenham diferentes custos, uniformizar os custos é impor grande restrição ao exercício. Diríamos que permitir o discurso de ódio é distributivamente desigual porque seu emissor exerce a liberdade de expressão para além do que em geral (em média?) os sujeitos empregam? Creio que não, pois, ainda que o discurso de ódio levante questões de igualdade, não é no fato de que o racista faz algo que o não-racista não quer fazer que reside o problema de desigualdade<sup>237</sup>. Caso contrário, só se poderia dizer o que todos dizem. Com efeito, o reconhecimento do direito ao discurso de ódio é compatível com (e significa, na verdade) todos terem o direito de o emitir, quer queiram quer não<sup>238</sup>. Mas preserva também a possibilidade de uns consumirem ou ocuparem extensão de recursos ou espaço maior que outros.

Há, reconheça-se, evidentemente um custo social decorrente do discurso de ódio que não existe no exercício não-odioso da liberdade de expressão. Meu ponto não é negar a permissão ao do discurso de ódio, mas salientar que a questão da distribuição de custos de exercícios de liberdades, a depender de como conduzida, implica reconhecimento extremamente estreito de direito, porque fica limitado a um padrão formulado socialmente que não se pode extrapolar. A premissa por trás desta visão estreita é a concepção da relação entre igualdade e liberdades segundo a qual os exercícios de liberdades devem ter igual custo. O

---

<sup>236</sup> Parte da reflexão apresentada abaixo sobre liberdade de expressão decorre da minha dissertação de mestrado (ROSA: 2014a; veja ainda outros trabalhos que escrevi nos últimos anos sobre o tema, e referências mais detalhada sem nota à seção "Antecedentes", da Introdução), bem como de argumentos oferecidos por Richard Garnett, e que apresento em mais detalhe abaixo, a respeito do significado de direitos constitucionais (o exemplo de Garnett é análogo ao do discurso de ódio, a saber, a regra da difamação nos EUA). Veja ainda LUND, 2016, esp. p. 1384, para argumento a respeito do discurso de ódio que inspira a análise geral desta subseção. Recupero Lund abaixo. Outros autores, como HORWITZ, KENDRICK e outros, citados a seguir, também incorporam exemplos de liberdade de expressão para trabalhar a liberdade de religião.

<sup>237</sup> Veja referências na nota abaixo. Veja ROSA 2016a.

<sup>238</sup> DWORKIN, 1996a ou 2006a, cap. 8; analisei o tema em ROSA: 2014a, cap. 2, esp. pp. 79-80, 125, 126. Como diz KYMLICKA, "While political liberalism gives people the right to rationally assess and revise their ends, it does not compel what they do so. Those people who see their ends as non-revisable can continue to think and act this way in private life. The existence of a legal right to question one's ends does not by itself require or encourage the actual exercise of that right." (2002, p. 236; veja ainda p. 239 e p. 279, n. 19 à p. 239).

argumento a ser formulado na próxima seção, e que está disponível na obra de Garnett e Dunlap, bem como na literatura trabalhada no capítulo anterior, revela o equívoco desta concepção. A liberdade é um compromisso coletivo igualitário de permitir aos sujeitos decidam; é contraditório com este compromisso dizer que algumas não devem trazer um custo à coletividade que seja superior ao custo das escolhas majoritários<sup>239</sup>. A contradição consiste em negar a promessa que constitui o compromisso, pois decisões que podiam ser várias agora só podem ser de um tipo: o de custo uniforme. A liberdade, em vez disso, é consistente com que uns façam coisas que outros não fazem. Se todos puderem fazer, não há desigualdade, mesmo que os custos das ações praticadas sejam diferentes. A visão primeira da interpretação das interações entre liberdade e igualdade deve, portanto, ser rejeitada. Com efeito, é muito pouco convincente, mas vale mencioná-la porque por vezes exerce papel oculto nos argumentos sobre liberdades.

Há versão mais organizada que vale considerar. Retomemos o exemplo dos observantes do Sabá no ENEM. E se, em vez de processo seletivo para ingresso no sistema público de ensino superior, o caso fosse de relação privada de emprego? Responde a esta pergunta uma análise feita por juristas norte-americanos a respeito da possibilidade de concessão de liberdade de religião violar a Constituição dos EUA por estabelecer religião. Autores que adotam esta visão de liberdade de religião consideram que o estado pode absorver o custo de acomodações, pois isso o "dissipa"<sup>240</sup> entre os cidadãos. Esta mesma vertente contrasta esta autorização à regra aplicável a entidades privadas, que não podem ser forçadas a custear o exercício de religião<sup>241</sup> pois isso viola a cláusula de não-estabelecimento, já que um dos aspectos da religião estabelecida é ser financiada por recursos obtidos coativamente pelo estado<sup>242</sup>. Defendem esta análise, ou versão dela, autores como Frederick Gedicks & Rebecca

---

<sup>239</sup> Sobre direitos e custos em Dworkin, veja ROSA: 2014a, esp. pp. 43, 74, 162.

<sup>240</sup> GEDICKS & VAN TASSELL (2015, pp. 337, 2014), pp. 363 e ss. Veja ainda NEJAIME e SIEGEL (2015, pp. 2526 e ss. e 2542) e LAYCOCK (2009, p. 265).

<sup>241</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2015: "Government may not exempt believers from the law when doing so imposes excessive burdens on so-called 'third parties' - persons who derive no benefit from an exemption because they do not believe or engage in the exempted religious practices", p. 323. Após comentar trecho de Tebbe sobre transferência de ônus caracterizar imposição de fé a terceiro, os autores dizem que "The Court's precedents make clear that such cost-shifting religious accommodations violate both Religious Clauses", p. 325. GEDICKS & VAN TASSELL, 2015, p. 328. "under the Establishment Clause, *Caldor* and *Cutter* likewise marked a clear constitutional rule that exemption burdens on third parties violate the Establishment Clause", p. 330, itálicos no original (e 2014, p. 349).

<sup>242</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2015, pp. 329-30, p. 334; 2014, pp. 362, 363. KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 187.

Van Tassel, Andrew Koppelman e Richard Schragger, Micah Schwartzman & Nelson Tebbe<sup>243</sup>.

Fato é, entretanto, que o direito à acomodação foi reconhecido durante muitos anos nos EUA como exigência da cláusula do livre exercício da religião, que faz parte da Constituição norte-americana. Ocorre que esta vertente da literatura identifica uma particularidade no caso *Sherbert*, elogiado por autores defensores de acomodações, como Martha Nussbaum. O caso, é claro, trata de demanda de acomodação para observância de Sabá, mas o réu não era uma entidade privada (por exemplo, uma empresa com fins lucrativos), mas uma entidade pública, pois o direito *sub judice* não era ao emprego, mas ao seguro desemprego. No caso, a agência pública negou o seguro desemprego a empregado que, observante do Sabá, não aceitava trabalhar em certos períodos da semana. O que o tribunal fez foi reverter a decisão por considerar que ela violou o livre exercício da religião. Garantir a acomodação neste caso consiste em empreender recursos públicos, cujo custo social é "dissipado" entre os contribuintes<sup>244</sup>. Este ponto é importante.

Em contraste, em série de precedentes vigentes simultaneamente a *Sherbert*, sobretudo os oriundos dos casos *Caldor* e *Trans World Airlines*, a Suprema Corte dos EUA

---

<sup>243</sup> KOPPELMAN (2013a), TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, (2013, 2016a e 2016b); GEDICKS & KOPPELMAN (2014a, 2014b, KOPPELMAN & GEDICKS, 2015). GEDICKS & VAN TASSELL (2014, 2015). Veja ainda DANE (2015, pp. 8 e ss., 15 e ss.).

<sup>244</sup> GEDICKS & KOPPELMAN, 2014a, pp. 56-7. (Ver discussão na seção 5 deste capítulo). O que, na análise dos críticos de *Hobby Lobby*, significa que ele não onera ninguém. "(...) the very decisions that grounded exemption rights in the Free Exercise Clause before *Employment Division v. Smith* were careful to note that the exemptions they validated did not impose costs on unwilling third parties. *Sherbert v. Verner* held that a Seventh-Day Adventist terminated for refusing to work on Saturday was exempt from an availability-for-work condition to receiving state unemployment benefit. (14) The Court emphasized, however, that the exemption did not 'abridge any other person's religious liberties. (15) *Wisconsin v. Yoder* (1972) held that Amish parents prosecuted for refusing to send their children to public schools were exempt from a state school-attendance law. (16). As in *Sherbert*, the Court in *Yoder* likewise observed that the exemption would not burden others(17)", p. 326, itálicos no original, notas omitidas (mas inseri seus números entre parêntesis e as inseri nos pontos onde residem no original). Veja ainda p. 337: no exemplo do seguro desemprego para quem observa o Sabá, "the costs of exemption are spread among the entire working population, and thus are so diluted that it is not reasonable to understand the exemption as a meaningful third-party burden", p. 337. Veja ainda TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, 2016b, p. 14." Of course, shifting the costs to taxpayers of exemptions is a burden itself, and it should certainly be considered when deciding the reach of RFRA. But it is also easy to distinguish cases in which an employer's exemption imposes diffuse and relatively minor costs on taxpayers (or other unspecified third parties, such as customers) from those in which an employer's exemption directly eliminates the statutorily mandated benefits that would otherwise be received by the employer's employees.". Veja ainda BOU-HABIB (2006, pp. 123-4). Sobre *Yoder*, ver NUSSBAUM (2008, pp. 141 e ss.), GARET (2004, pp. 1360 e ss., esp. p. 1362, citando Stolzenberg, n. 25) e KYMLICKA (2002, pp. 238, 240, 307 e ss., 355), bem como SPINNER-HALEV (2000 e 2004; cheguei a Spinner-Halev pelo trabalho de Kymlicka citado).

reconheceu limites à acomodação da religião<sup>245</sup>. Especificamente no segundo dos dois casos, interpretou de maneira bastante restrita lei federal que obriga a acomodação nas relações de trabalho desde que não haja "dificuldade indevida" (*undue hardship*)<sup>246</sup>. Nesta interpretação, empregadores só são obrigados a acomodar a religião de seus funcionários se o custo dessa acomodação fosse *de minimis*<sup>247</sup>. É que, neste caso, há um sujeito privado especificamente envolvido e que teria de arcar com os custos da acomodação. A Constituição não obrigaria acomodação, nem permitiria que a lei a criasse.

Estes precedentes foram comentados pelos autores mencionados acima para enfrentar o caso *Hobby Lobby*. Nele, a concessão da acomodação implicaria que as empregadas assumiriam o custo (na forma de não ter, no seu plano de saúde, métodos contraceptivos) de exercício de convicção religiosa do empregador<sup>248</sup>. Como dizem Frederick

---

<sup>245</sup> GEDICKS & VAN TASSELL (2014, pp. 357 e ss.) e ESBECK (2007, pp. 394-5).

<sup>246</sup> TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, 2016a e 2016b. "An important constitutional principle for mediating between religious freedom and the public good is the principle that religious accommodations should not shift harm to others. Normally when the government accommodates religious actors, it bears any cost that may result. That is appropriate and even necessary in some cases. Yet a longstanding constitutional rule prohibits the government from accommodating private religious citizens when that means shifting meaningful costs onto other private citizens. Both the Free Exercise Clause and the Establishment Clause prohibit the state from making some citizens bear costs associated with the religious practices of other citizens.", 2016b, p. 2, nota omitida (veja ainda p. 4 e 2016a, esp. pp. 2 e ss.). Ver ainda GEDICKS & VAN TASSELL, 2014, pp. 359 e ss..

<sup>247</sup> O ponto, segundo GEDICKS & VAN TASSELL, é evitar que o custo modifique o comportamento das empresas: "The *de minimis* standard tracks 'materiality'. Where costs of an accommodation are negligible, the imposition of these costs on the employer or other employees is unlikely to affect the decision-making of either, while undue costs can reasonably be expected to affect the private ordering of both employers and employees", 2015, p. 339. Ver ainda, dos mesmos autores, 2014, p. 366 e ss.. O padrão defendido pelos autores é elogiado por TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, 2016a, p. 5, n. 24, que sustentam análise distinta, mas que, julgam, é convergente com a de Gedicks e Van Tassell. Veja MATHEWS (2017, p. 95, n. 151, citando Lupu & Tuttle como defensores do padrão *de minimis*).

<sup>248</sup> Douglas NEJAIME & Reva SIEGEL (2015) apresentam a seguinte interpretação de casos do tipo *Hobby Lobby*: "We term religious objections to being made complicit in the assertedly sinful conduct of others *complicity-based conscience claims*. There are at least two important dimensions to such claims. The claim concerns the third party's conduct - for example, her use of contraception - but, crucially, it also concerns the claimant's relationship to the third party. Complicity claims are faith claims about how to live in community with others who do not share the claimant's beliefs, and whose lawful conduct the person of faith believes to be sinful. Because these claims are explicitly oriented toward third parties, they present special concerns about third-party harm" (2015, p. 2519, itálicos no original). Para o autor e a autora, estes casos são diferentes de outros de acomodação, em que os impactos são mínimos ou distribuídos (p. 1520; exemplos são a permissão de barba por razão religiosa na prisão, p. 2524 e ss., e os casos sob *Sherbert, Yoder e Smith*). Nos casos como *Hobby Lobby*, as demandas são de não-cumplicidade e têm forma (dizem respeito a terceiros: pp. 2522 e ss.) e lógica sociais (seu contexto é mobilização de grupos em uma guerra social: pp. 2542 e ss.) distintas, que "amplify the material and dignitary harms" sobre terceiros (pp. 2519-20; ver ainda p. 2566). Ademais, ao invés de promover paz, acomodações nestes casos são estratégia de preservação de conflitos (pp. 2566 e 2578). Para críticas a NEJAIME & SIEGEL, veja MATHEWS (2017, esp. pp. 95-7; a autora se baseia bastante na crítica de Laycock aos autores) e CRADDOCK (2017, pp. 35, 32 e ss.), em especial o seguinte trecho: "(...) instead of using the coercive force of law to censor expressive conduct and to lock-in the gains of the sexual revolution, market-place systems and

Gedicks e Andrew Koppelman, "A cláusula do estabelecimento proíbe acomodações da religião em ambientes de trabalho que visam ao lucro que impõe ônus significativos em terceiros específicos e identificáveis (*identifiable and discrete third parties*)<sup>249</sup>. Em *Hobby Lobby*, há este terceiro: são as empregadas<sup>250</sup>. Daí, diz esta vertente da literatura, a concessão da acomodação ao empregador violar a vedação constitucional do não-estabelecimento.

Há entretanto uma divergência sobre a interpretação dos precedentes articulados pelo argumento que visa a rejeitar acomodação em *Hobby Lobby*. Carl Esbeck<sup>251</sup> sustenta, por exemplo, que *Caldor* não consagrou da regra de que acomodações só poderiam obrigar entidades privadas se gerarem custo negligenciável. A regra por trás do precedente seria, em contraste, a de que uma lei não pode oferecer alívio (i) absoluto a ônus trazido pelo (ii) setor privado<sup>252</sup>. No caso *Caldor*, como o autor explica, em *nenhuma hipótese* o direito ao Sabá

---

private ordering should be allowed to take its course. If we are to have a truly diverse and pluralistic public square, there must be consideration for both religious actors and third parties. That includes robust accommodations for religious objectors in complicity cases. Perhaps most importantly, it includes a posture of humility and mutual respect" (CRADDOCK, 2017, p. 35; ver ainda pp. 6-7, 17 e ss. sobre a importância de os dois lados do conflito serem analisados, ponto também levantado por MATHEWS, 2017, p. 108). Ver ainda DANE (2013) sobre *Hobby Lobby*. Sobre cumplicidade, ver GREENAWALT (2016, pp. 6-7, 13-4, 99 e ss., 108 e ss., caps. 6 e 8 e p. 216; ver ainda pp. 106 e ss. e cap. 6 sobre *Hobby Lobby*). Paralelamente, veja ainda BROWN (2017).

<sup>249</sup> GEDICKS & KOPPELMAN, 2014a, p. 52, traduzi, mantive entre parêntesis palavras do original. Os autores começam o artigo da seguinte forma: "Can an employer makes his employees foot the bill for his religious beliefs? Merely to ask this question is to answer it. "Religious liberty" does not and cannot include the right to impose the costs of observing one's religion on someone else, especially in the for-profit workplace" (p. 51; veja ainda pp. 53 e 54). Considerando que a lei federal impõe ao empregador o dever de incluir no seguro de saúde obrigatório métodos contraceptivos, os autores dizem o seguinte a respeito de isenção deste dever: "Upholding the exemption, therefore, would shift the cost of accommodating Hobby Lobby's religious beliefs about contraception to employees who do not share them. Such cost-shifting violates the Establishment Clause", p. 53; veja ainda pp. 54-5 para comentário a *Caldor*. Veja ainda KOPPELMAN, 2013a, pp. 13 e ss., esp. p. 15, n. 73, "as a general matter, the right to religious liberty does not mean a right to have one's religious activities subsidized by the public fisc".

<sup>250</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2014, pp. 376 e ss., sustentando que há custo absorvido pelas empregadas, e que é "material". TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, 2016b, pp. 5 e ss.. Veja ainda NEJAIME & SIEGEL (2015, p. 2528). Veja ainda discussão sobre LAYCOCK em nota abaixo neste capítulo, bem como GREENAWALT (2016, pp. 24, 106-7, 123) e MATHEWS (2017).

<sup>251</sup> Veja ESBECK (2007). Para diversos autores, o governo pode "*lift the burden*" (como em LAYCOCK, 1986-7, p. 21, n. 104 e p. 61 e VOLOKH: 2013, sobretudo item 3, comentando casos como *Caldor*, *Amos* e *Cutter*). Veja também ESBECK, 2007 (pp. 292 e ss.) e 2015. Veja ainda MATHEWS (2017) e CRADDOCK (2017).

<sup>252</sup> "Thornton's religious burden was not caused by the adoption of general governmental regulation but by the demands of private retailing. The Connecticut law, in response to anticipated employee demands for Sunday off, empowered people like Thornton to call on the assistance of others to secure the observance of his Sabbath. *Id.* at 709. *Caldor* is thus unlike *Amos*, the latter being a statutory exemption that lifted a government-imposed burden. The Connecticut statute, in contrast, sought to lift a burden imposed by market forces. Connecticut intervened in a conflict that first arose in the private sector and took a side that favored religion. The latter undermines the separation of church and state.", ESBECK, 2015, p. 7. Sobre o direito absoluto, ver ESBECK, 2007, p. 392; em suma, o autor apresenta a seguinte regra para interpretar as decisões da Suprema Corte dos EUA: "*Government*



poderia ser negado *pele empregador*. Daí, segundo Esbeck, o tribunal ter negado a acomodação.<sup>253</sup> Se a lei não fosse absoluta, por exemplo, não haveria problema de estabelecimento. E a regra protetiva da liberdade de religião em *Hobby Lobby* não é absoluta.<sup>254</sup> Com esta análise, o autor contraria a literatura apresentada acima porque não enxerga estabelecimento de religião em qualquer transferência de ônus a sujeito privado individualizado. O estabelecimento só ocorre se o prejuízo à liberdade de religião tiver origem privada e se a regra de acomodação for absoluta. Isso significa que uma regra que incorpore os interesses do empregador (e que, portanto, não seja absoluta) pode obrigá-lo (pois não viola a Constituição) a respeitar a observância do Sabá mesmo quando isso implique que o empregador absorva custos do exercício religioso do empregado. Este é o argumento de Esbeck.

Ademais, Esbeck trabalha com a premissa de que direitos geram custos a terceiros individualizados<sup>255</sup>. Nisso, ele está correto<sup>256</sup>, e o ponto é importante à análise da relação entre

---

*may not regulate the private sector with the purpose of creating an unyielding preference for religious observance over competing secular interests*", p. 392, itálicos no original. Veja ainda GREENAWALT (2016, p. 13).

<sup>253</sup> Comentando o caso *Caldor*, Esbeck diz: "(...) the statute in *Thorton* is said to have violated the boundary between church and state for two combined reasons. First, in lifting the religious burden, the accommodation favored the religious claimant in every instance, thus disregarding the interest of the employer and co-employees. Second, the nature of the accommodation had government leaving the 'neutral' baseline by affirmatively moving to lift a burden on religion imposed by the private sector. For government to move off the baseline has greater implication in the nature of 'an establishment'. It is as if the government was actively taking sides in favor of religious observance. These two factors, when combined, brought down the Connecticut accommodation statute", 2007, pp. 394-5, itálicos no original. Ver ainda 2007, p. 393 e 2015, pp. 8-9 para discussão sobre o caso *TWA*.

<sup>254</sup> ESBECK, 2015, p. 4: "Unlike the law struck down in *Caldor*, RFRA and RLUIPA are neither naked preferences nor are they 'unyielding'" (itálico no original). RFRA e RLUIPA são as leis federais norte-americanas que protegem a liberdade de religião; *Hobby Lobby* foi litigado sob a primeira. Esbeck comenta as leis e cita o caso ao fim do parágrafo (veja ainda pp. 6 e ss.); neste trabalho, o autor critica a vertente da literatura que apresentei acima.

<sup>255</sup> "There is nothing unusual about the exercise of an individual right resulting in harm to others, call them third-parties if you like", ESBECK, 2015, p. 2. O autor então cita, entre outros, o caso *New York Times v. Sullivan*, trabalhado também abaixo por Garnett, bem como por GARET (2004, pp. 1368 e ss., que, para defender que direitos "harm", menciona o caso *Skokie*, bem como Balkin, Hohfeld e Coase). No caso, a Suprema Corte dos EUA criou regras protetivas da liberdade de expressão mesmo quando ocorre dano à reputação do indivíduo. O caso de *Skokie* é citado por Dworkin para defesa da mesma tese de Esbeck sobre direitos: DWORKIN (1995b, pp. 559-60 ou 1985, p. 376), discutido em ROSA: 2014a, p. 236. Compare com GEORGE (1993, p. 229) e veja BAKER (1996-7), SCHAUER (2015, p. 15), AUDI (2015, pp. 417 e ss.). MATHEWS (2017) analisou e rejeitou algumas abordagens a respeito do caso *Hobby Lobby* que defendem o que chama de "No-Harm View": "A review of the arguments that premise the No Harm View finds some important shortfalls.8 The No-Harm View, for instance, fails to adequately respect the Free Exercise Clause, ignores any harm experienced by religious actors when they are forced to adhere to regulations that violate their beliefs, and defines "harm" so broadly as to eliminate any meaningful protection of religious behavior.", p. 74, nota 8 omitida; veja ainda pp. 75, 86, 97, 98 e ss., esp. 99, 106, 105, 108. Veja, por fim, KENDRICK (2017, pp. 96, 96-7, 102, 103 e ss., 106 e ss.).

igualdade e liberdade de religião, como veremos. Evidentemente, é preciso considerar que existe uma regra constitucional (nos EUA e no Brasil) que veda o estabelecimento de religião, e que não há regra que vede o estabelecimento de visão política. Mas a análise que Esbeck faz de *Caldor* mostra que a regra não-absolutista não endossa a religião e, portanto, que não a estabelece<sup>257</sup>. Este ponto é importante. O estabelecimento consiste no endosso de religião, e é isso que uma regra absoluta faz. Mas nem toda transferência de custos a sujeitos individualizados endossa religião. Esbeck tem, portanto, análise mais adequada destas questões.<sup>258</sup>

Por ora, gostaria de fazer duas considerações preliminares. Em primeiro lugar, é descabido, num trabalho voltado ao direito brasileiro, esmiuçar-se em precedentes norte-americanos salvo dividendo específico à reflexão nacional. Com efeito, Laborde sugere, a meu ver com razão, que o esforço de alguns autores norte-americanos de buscar coerência com o direito dos EUA por vezes dificulta reflexão mais independente sobre direito e religião<sup>259</sup>.

A segunda consideração concede este ponto, mas chama a atenção a uma utilidade da discussão a respeito de alguns temas de tratamento minucioso no direito estrangeiro. É que os temas discutidos nestes precedentes não são exclusivos dos EUA. Nós também devemos enfrentá-los, pois precisamos construir uma regulamentação jurídica a respeito deles. É útil, portanto, saber como países estrangeiros trataram a questão. Se não tratarmos as normas de direito americano como aspectos com que se deve ter coerência (erro mencionado por Laborde), a experiência estrangeira pode ser proveitosa.

Feitas estas considerações preliminares, vale entender o que está por trás deste debate. Inicialmente, vale observar que a própria dimensão problemática da transferência de custos é ambígua na literatura mencionada. Em certos momentos, os autores falam de "impor custos"<sup>260</sup> e, em outros, em "impor fé"<sup>261</sup>. Há um sentido em que, de fato, acomodar a religião

---

<sup>256</sup> ROSA: 2014a, cap. 1, esp. seção 4.1., 28 e ss., 35 e ss., 151-233 discutindo a visão de Dworkin sobre direitos individuais.

<sup>257</sup> ESBECK, 2007, p. 394, citando decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Hobbie*.

<sup>258</sup> Ainda, sua análise do que chama de "voluntarismo" foi mencionada no capítulo anterior e sua interpretação da regra de não-estabelecimento aplicável ao financiamento de atividades religiosas será mencionada no próximo, em que discuto ensino religioso nas escolas públicas.

<sup>259</sup> LABORDE, 2014a, pp. 63, 75-6.

<sup>260</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2014, sustentam que a acomodação em *Hobby Lobby* viola a liberdade de religião das empregadas, pois a liberdade de religião inclui "viver a sua vida livre dos compromissos religiosos de outros", 2014, p. 384. GEDICKS & VAN TASSELL, 2015, pp. 32 e 329; 2014, p. 363).

nos casos mencionados obriga aos empregadores financiar a observância do Sabá ou às empregadas assumirem os custos de crença religiosa dos empresários que as contrataram. Mas é bastante diferente dizer que aos empregadores no primeiro caso e às empregadas no segundo é imposta a fé daqueles a quem se concedem as acomodações.

Em suma, custear uma atividade nem sempre implica aderir à sua realização, como revela a reflexão institucional de Richard Garnett, que foi mencionada no capítulo anterior. Garnett escreve em defesa do direito de isenção, sob legislação federal norte-americana garantidora da liberdade de religião, de certas empresas de não serem obrigadas a incluir métodos contraceptivos e esterilizações nos planos de saúde de suas empregadas. Como visto, trata-se do caso *Hobby Lobby*. Meu objetivo não é defender a conclusão específica a que chegou o autor, mas salientar um problema na compreensão da liberdade de religião da vertente que critica a acomodação no caso.

Tomemos trecho de Frederick Gedicks e Rebecca Van Tassell. Os autores dizem o seguinte: "O valor não-questionado (*undoubted*) da liberdade de religião não justifica a sua proteção em prejuízo (*at the expense*) de terceiros que não derivam qualquer benefício desta proteção."<sup>262</sup> O objetivo dos autores é contrastar a situação em que o empregado compartilha as convicções religiosas do empregador (seria o caso de uma freira). Haveria benefício nesta hipótese. Mas no caso *Hobby Lobby* a acomodação não beneficia as empregadas. Daí a conclusão de Gedicks e Van Tassell. A meu ver, o argumento de Garnett é que existe um benefício na acomodação<sup>263</sup>. Ele não reside exatamente na acomodação particular em questão (ou seja, as empregadas realmente assumem um ônus e não recebem nenhum benefício imediato), mas da proteção geral da liberdade, que é composta, entre outros, pela acomodação em regra, da qual a acomodação em questão é um ato.

---

<sup>261</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2015, p. 327, n. 24. "A longstanding rule holds that the government may not accommodate religious actors if that means shifting meaningful burdens to identifiable third parties.15 Grounded in both the Free Exercise Clause and in the Establishment Clause, this principle guards against the government imposing the religious beliefs of some citizens onto others", TEBBE, SCHWARTZMAN & SCHRAGGER, 2016b, p. 4, nota 15 omitida, mas local indicado. Entretanto, os autores também adotam a outra formulação: "(...)government may not force some private citizens to bear costs associated with the religious observances of other private citizens.", 2016a, p. 1, nota omitida, com referência outro trabalho dos autores. Veja NEJAIME & SIEGEL (2015, pp. 2256, 2587-8, 2588-9).

<sup>262</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, 2015, p. 336, traduzi, mantive entre parêntesis palavras do original; dos mesmos autores, veja 2014, p. 361.

<sup>263</sup> GARNETT, 2008, p. 119.

Garnett compreende a tarefa do governo dos EUA sob a Constituição norte-americana de maneira semelhante à que o Min. Gilmar Mendes, por exemplo, compreende a do governo brasileiro sob a CF/88, isto é, como incentivadora da liberdade de religião por meio de ações positivas<sup>264</sup>. Garnett defende que o estado tem justificativa seculares para promover a "infraestrutura da liberdade", categoria que, como exposto no capítulo anterior, o autor busca em Jack Balkin, e que consiste em conjunto de instituições promotoras das liberdades<sup>265</sup>. A liberdade religião seria então, a exemplo da atmosfera livre obtida em precedente da Suprema Corte dos EUA sobre liberdade de imprensa<sup>266</sup>, um bem público, a que todos temos de contribuir, e de que todos nos beneficiamos.<sup>267</sup> O trecho a seguir é extenso mas suas ideias justificam sua citação:

"Para ser claro, apreciar a importância da liberdade infraestrutura da liberdade de religião, sustentar condições e ecologia é inteiramente consistente com a regra de que a ação do governo deve ter um "propósito secular"(51). Apoio não coativo para estas condições - e um regime de acomodações em funcionamento é condição deste tipo - que torna possível às pessoas perseguir um bem humano e gozar de um direito humano tem, de fato, um propósito adequadamente 'secular.'

Estas condições de sustentação (*sustaining*) exigem investimento, manutenção e apoio. Elas às vezes nos custam. Um exemplo: este ano marca o 50o aniversário da decisão marcante do Tribunal em *New York Times v. Sullivan*. (52) Na sua opinião adotada pela Corte, o Juiz Brennan identificou uma atmosfera de debate 'desinibido, robusto e amplo', como um tipo de bem público compartilhado a que temos um 'profundo comprometimento nacional' a despeito da inegável realidade de que a preservação deste bem vem com um custo. (53) Como concedeu, a proteção e o gozo desse bem público necessariamente envolve tolerar 'excessos e abusos' e impor ônus ('ataques desagradavelmente agudos') a indivíduos particulares e identificáveis (54). Ainda assim, esta atmosfera, como a física de que dependemos para a vida, é um bem público e sustentá-la é um projeto público que vale a pena. Não é livre de custos, mas vale os custos.

"O mesmo é verdade para a liberdade de religião. A liberdade de religião em uma sociedade pluralista e sob o estado regulador requer uma disposição de - por vezes, não sempre - acomodar crentes religiosos e instituições por meio de isenções a leis de aplicação geral. Isso é verdade apesar de - ou, na verdade, precisamente por causa da - decisão do tribunal em *Smith*. A acomodação não será livre ou barata, e o governo deve fazer tudo o que puder para ter certeza de que os custos de sustentar a liberdade religião sejam distribuídos com justiça (*fairly*). A contrário da sugestão que perpassa pela objeção da Cláusula do Estabelecimento, entretanto, não é injusto que, por vezes, tenhamos que suportar algo do custo de acomodar aqueles cujas crenças não compartilhamos e cuja tradição religiosa não é a nossa. A acomodação da religião, e a aplicação de leis como a RFRA, não deve ser tratada simplesmente como a movimentação (*moving around*) de direitos privados (*private*

---

<sup>264</sup> "Under the Constitution, the government is not required to settle for formal or 'religion-blind' neutrality. It can and should also the positive steps to ensure that meaningful 'freedom for religion' is a reality", GARNETT, 2014a, p. 47. Ver STF (2009, acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes), BRANCO (2009, pp. 456, 463) e LOBO DA SILVA (2015, p. 274 e p. 282).

<sup>265</sup> GARNETT, 2014a, p. 48, comentando e citando BALKIN (2007a e 2007b); veja GARNETT (2007a).

<sup>266</sup> Garnett cita opinião do Tribunal escrita pelo Juiz Brennan em *The New York Times v. Sullivan*, julgado da Suprema Corte dos EUA que dificultou a obtenção de compensação financeira por dano à reputação de pessoa pública, GARNETT, 2014a, p. 48.

<sup>267</sup> GARNETT, 2014a, p. 48. Compare com LABORDE (2013, p. 72). O conceito também é articulado por WALDRON (2012) na sua crítica ao discurso de ódio de maneira proveitosa, como defendi em ROSA (2014a, esp. conclusão e 2017a); de DWORKIN, veja em especial 1996a ou 2006a, cap. 11, e 1988.

*entitlements*) ou a cessão (*doling out*) de privilégios e benefícios a alguns ao custo de outros. Todos temos parte em mercados eficientes e transparentes, tribunais que funcionam e no ar limpo. De maneira similar, todos nos beneficiamos, independentemente da nossa tradição religiosa e se abraçamos ou praticamos uma religião qualquer que seja, ou não, de práticas e compromissos - como a acomodação da religião - que estabelecem um limite ao estado, às suas demandas, e à sua autoridade (55)."<sup>268</sup>

O trecho revela um problema na vertente que descrevi anteriormente (que Garnett chama de "objeção da Cláusula do Estabelecimento"), e que é exemplificada no trecho de Gedicks e Van Tassel que citei. É um erro esperar um benefício a todo indivíduo de cada acomodação. O benefício não reside na acomodação específica, mas na instituição e no bem que promove e de que faz parte: o bem público de ser livre para formular e professar a própria fé. Há uma intuição igualitária no argumento de que existe um problema de estabelecimento da religião em obrigar alguém a custear liberdade de outro. A desigualdade em fazê-lo consiste em privilegiar uns em detrimento de outros.<sup>269</sup> Mas a análise de Garnett explica o erro

---

<sup>268</sup> GARNETT, 2014a, pp. 48-9, traduzi, itálicos no original, notas omitidas, mas mantive seus locais e seus números, mantive entre parêntesis expressões do original; compare com trecho de GEDICKS & VAN TASSELL citado por GARNETT na p. 42. Veja GEORGE (1993, pp. 225-6), BOYLE (1998, pp. 20 e ss.), HORWITZ (2014a) e DOMINGO (2017). Compare com seguinte trecho de BALKIN: "Thus, although the Establishment Clause prevents the government from singling out religion for special benefits to create an infrastructure of religious freedom, it does not prohibit the government from creating infrastructural elements that benefit both religious and nonreligious expression alike." (2007a); veja ainda Balkin comentando GARNETT (Rick): "I am not yet sure we have a disagreement. It all depends on what Rick's formula means. I think he may be running together infrastructure building with accommodation.

"If the state removes a disability created by a law of general application; for example, if a dry county allows the use of sacramental wine in religious services, or if Congress exempts religious organizations from Title VII's ban on religious discrimination in hiring, this does not necessarily violate the Establishment Clause. There are many close cases, but the general principle seems clear enough. But accommodation of religion in these examples is not the same thing as building infrastructure specifically to promote religion. As I suggested in my previous post, it would violate the Constitution for the government to fund religious proselytization specifically in order to increase the number of religious believers in the United States, although it is perfectly constitutional for the government to fund science education in order to increase the number of scientists. I don't understand Rick to argue the contrary. If he does, then we do have very different views of the Establishment Clause." (2007b; este segundo artigo de Balkin cita post de Garnett, mas não consegui acessá-lo; em comentário a 2007b, Garnett manifestou concordância quanto à inexistência de divergência entre os dois). Compare com LOBO DA SILVA (2015, p. 274, comentando Martínez de Carvajal e citando Jorge Miranda (n. 15)). De GARNETT, veja ainda o seguinte trecho "Our politics should, in general, regard the free exercise of religion not primarily as a danger to be contained or a nuisance to be managed, but as a human, social, and political good to be both protected and promoted. The government need not, and should not, be "neutral" with respect to this good,<sup>65</sup> even though it should (of course) be scrupulously and substantively "neutral" with respect to individuals' religious choices and conscience.<sup>66</sup>" (2011, pp. 1823-4, notas 65 a Garvey e 66 a Koppelman; veja ainda 2012c, pp. 1007-8, trecho citado acima). Veja BOYLE (1998, p. 24): "(...) without overstepping its limited authority or coercing anyone religiously or unfairly imposing burdens on disagreeing citizens, political society can surely facilitated and encourage citizens' efforts responsibly to fulfill those moral obligations which ground the right of religious liberty".

<sup>269</sup> GEDICKS & VAN TASSELL, "Permissive accommodations that require unbelievers and nonadherents to bear the costs of someone else's religious practices constitute a classic Establishment Clause violation. Like the

desta visão. As liberdades exigem instituições, ou infraestrutura, como diz Balkin. É ela que deve ser igualitária, e não o benefício concreto concedido em situações específicas<sup>270</sup>. Em suma, apontar para transferências de custos contra indivíduos concretos não é uma interpretação adequada das relações entre estado e religião porque exige o benefício do aspecto errado: ele vem da instituição, da regra, e não da acomodação específica ou da aplicação da regra, i.e., do ato.<sup>271</sup>

Andrew Koppelman e Frederick Gedicks responderam ao argumento de Garnett. Os autores concordam com a caracterização da religião como um bem público, mas sustentam que, contra Garnett, não é correto considerar que o "Governo pode impor custos a terceiros específicos e identificáveis (*discrete and identifiable third parties*) na busca de bens públicos".<sup>272</sup> Eles sustentam o seguinte: "O professor Garnett está correto em a Suprema Corte ter permitido que os custos de alguns bem públicos como a liberdade de expressão serem focados em uma parcela bastante estreita do público, mas esta não é uma regra constitucional uniformemente aplicável".<sup>273</sup> O exemplo que dão para mostrar que a ausência de uniformidade é a regra constitucional norte-americana que obriga o governo a compensar o proprietário da propriedade tomada para uso público.<sup>274</sup> O que o governo não pode fazer quanto à religião é "transferir custos da acomodação".<sup>275</sup> Os autores reconhecem que Garnett admite que a transferência destes custos é relevante à análise da questão, mas cobram justamente delimitação das hipóteses em que este ônus é suficientemente grande e, portanto, inaceitável<sup>276</sup>.

---

prototypical established church, cost-shifting accommodations grant a privilege to those who engage in the accommodated practice at the expense of unbelievers and other nonadherents who do not.", 2014 p. 363 (veja ainda KOPPELMAN, 2013b, p. 82). A questão é: e se não houver privilégio? O argumento de Garnett é que este privilégio não existe. Compare com PINZANI (2014, esp. pp. 241, 257-8 e 2015, p. 294).

<sup>270</sup> "(...)it is worth remembering that any imaginable legislative accommodation will benefit some (i.e. those whose religiously motivated practices are being burdened and from whom that burden is being lifted by the accommodation) more or rather than others. There is no constitutional requirement that the accommodation of religion, 'permissive' or 'mandatory', be entirely uncomplicated or completely cost-free", GARNETT, 2014a, p. 46.

<sup>271</sup> O ponto de Garnett, portanto, é que nem toda instituição precisa beneficiar a todos em todas as suas consequências concretas. Mas isso não basta para sua legitimidade. Veja ROSA (2014a, pp. 204-5, n. 859) para rejeição de argumento de GEORGE, análogo a este de Garnett, em defesa da proibição da pornografia.

<sup>272</sup> KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 186, traduzi.

<sup>273</sup> KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 186, traduzi.

<sup>274</sup> KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 186.

<sup>275</sup> KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 187, traduzi.

<sup>276</sup> KOPPELMAN & GEDICKS, 2014b, p. 187. Esta posição que os críticos identificam em Garnett é adotada também por Lund - veja abaixo. Ou seja, criticar a regra que veda onerações não é ignorá-las.

A meu ver, esta cobrança é aplicável ao próprio Koppelman e a Gedicks. A regra enunciada pela vertente da literatura que compõem, e que é criticada por Esbeck e Garnett, é bastante rígida e, como visto, não resolve a questão<sup>277</sup>. A alternativa de admitir custos individuais para financiar bem públicos não se compromete com todo tipo de transferência de custo, mas sustenta, como Esbeck e Garnett, que vedá-la sempre não é boa interpretação dos direitos e da constituição. Esbeck, como visto, parece sugerir que a oneração não é adequada se caracteriza endosso da religião. Esta é uma saída, certamente mais adequada que a posição, incompatível com as liberdades, de exigir que nenhuma instituição admita exercício de direito que traga custos a sujeitos especificados.

Mas para além deste problema, talvez a crítica dos autores siga certa interpretação de Garnett que não é a melhor. No trecho citado, Garnett compara a liberdade de religião e a sua acomodação ao ar limpo e a um judiciário que funcione. Este tipo de exemplo não estimula o questionamento de Koppelman e Gedicks. Imaginemos um caso a ser resolvido pela regra constitucional (mencionada pelos autores) que determina a compensação ao proprietário quando o governo dá destinação pública a propriedade privada. Imaginemos que o governo decida utilizar um terreno privado para estacionar máquinas destinada a uma obra pública num fórum próximo. Há aqui um bem público identificado por Garnett, a saber, um judiciário que funciona - promovido pela obra - e um ônus privado, e a regra é que o proprietário do terreno seja compensado. O exemplo parece, portanto, indicar que de fato a regra de financiamento compartilhado dos bens públicos defendida por Garnett não é "uniforme", como sustentam Gedicks e Koppelman.

Um argumento contra Gedicks e Koppelman é que, de fato, o financiamento público dos tribunais impõe ônus sobre sujeitos específicos que não são compensados, e o mecanismo jurídico para tanto é a tributação. A meu ver, entretanto, o problema mais grave é o próprio exemplo de Garnett. A liberdade de religião e a "infraestrutura" que a estimulam não são bens públicos a exemplo de ações estatais que promovem instituições como tribunais. Liberdades dependem de arcabouços jurídicos, que são institucionais, e é equivocado exigir que cada ato praticado sob esta instituição tenha impactos idênticos a todos os indivíduos. Mas não é necessário compará-los a outra espécie de bem público, custeado em outros termos.

---

<sup>277</sup> Veja a crítica de MATHEWS (2017).

É que a liberdade de religião é um conjunto de direitos, e direitos geram custos a terceiros<sup>278</sup>, como salienta a literatura crítica da vertente que nega a acomodação no caso *Hobby Lobby*. Se faz parte dos direitos em geral, como salientam Esbeck e Garnett, gerar custos específicos a indivíduos, há um problema de justificação na limitação destes custos se oriundos de liberdade *de religião*. É o que sustenta Christopher Lund:

"O argumento do dano a terceiro parece intuitivo à primeira vista: que as pessoas não devam suportar os custos dos exercícios de religião das outras pessoas parece natural e, em algum nível, deve estar correto. Ainda assim, quando pensamos mais sobre isso, há razão para pausa, pois legislaturas distribuem e redistribuem ônus o tempo todo - é isso que a legislação faz. Rotineiramente espera-se de nós que suportemos uns os ônus dos outros; lembre-se novamente que *Hobby Lobby* surge somente dadas as objeções da família Green a suportar o ônus de fornecer a cobertura de contracepção a outrem. Mas uma teoria dos ônus a terceiros fundamentada na Cláusula do Estabelecimento requer que exercício religioso seja selecionado para tratamento desvantajoso. E formular a questão desta maneira fornece ocasião para reflexão ulterior"<sup>279</sup>.

O argumento de Lund tem a prudência que por vezes escapa ao intérprete de casos delicados como *Hobby Lobby*.<sup>280</sup> O autor, assim como Garnett e Esbeck, trabalha com a ideia de que "ônus sobre terceiros importam"<sup>281</sup>, mas tenta articulá-lo com a ideia de que "direitos constitucionais sempre envolvem algum grau de dano a outros"<sup>282</sup> (a mesma de Esbeck e Garnett). Os exemplos são o discurso de ódio, porte de armas e o caso *New York Times v. Sullivan*.<sup>283</sup> Este último, lembremos, é recuperado por Garnett na sua análise da liberdade de

---

<sup>278</sup> Como defende DWORKIN (2001a ou 1977, cap. 7, por exemplo), em interpretação que discuti anteriormente (ROSA: 2014a esp. cap. 1).

<sup>279</sup> LUND, 2016, p. 1382, traduzi, itálicos no original. Veja MATTHEWS (2017): "The article concludes by finding that protecting religious free exercise will sometimes impact third parties just as the rights held by third parties will sometimes limit religious exercise. Neither the Constitution nor prior court cases provide a clear blueprint for resolving these issues. In the end, the No-Harm View is clearly not the answer. The balancing test established in RFRA is the best method so far to resolve most of these disputes.", p. 75) e "(...) one's free exercise rights do not end simply because that behavior impacts a third-party." p. 97, 105 e p. 106, citando Laycock para defesa de tese semelhante à de LUND no trecho que citei).

<sup>280</sup> Ver Perry DANE (2013) sobre o caso. Ver ainda DANE (2015, pp. 31-2) e MATHEWS (2017, p. 108).

<sup>281</sup> LUND, 2016, p. 1386.

<sup>282</sup> LUND, 2016, p. 1384, nota omitida, no fim do trecho, com referências a Frederick Schauer (em que o autor critica a ideia de proteger somente discurso que não gera danos, e sustenta que atos de comunicação litigados causam dano em alguma medida) e a Douglas Laycock (que identifica plausibilidade na ideia de "no-harm", mas ao final a rejeita). Veja ainda GARET (2004, pp. 1368 e ss.), discutido em nota acima. Veja ainda DANE (2015) citando trabalho de Degirolami para a mesma afirmação (p. 10), bem como CRADDOCK (2017, pp. 8-9), citando crítica de Laycock a NEJAIME & SIEGEL (2015) a partir da mesma ideia de custos a terceiro oriundos de direitos.

<sup>283</sup> O trecho mais completo de Lund é o seguinte: "Third-party burdens are an important consideration with regard to religious exemptions. Frankly, third-party burdens are important everywhere. Central to questions of every constitutional right are the harms that a right imposes on others. Hate speech causes genuine harm to others; firearms cause genuine harm to others. The main hesitation about the right established in *New York Times v. Sullivan* is harm to others, and that is true for cases as diverse as *Roe v. Wade* and *Maryland v. Craig*."



religião, e o discurso de ódio caracteriza exemplo a que recorri nesta subsecção. O argumento não é que direitos podem gerar qualquer dano, mas que não poderem gerar nenhum não convence.<sup>284</sup> A igualdade na sua concessão deve ser, portanto, encontrada em outro ponto, e acredito que a sugestão institucional de Garnett seja promissora.

Outra sugestão promissora é a que Nussbaum encontra em Williams: a acomodação corrige as desigualdades produzidas pela adoção social de um padrão que prejudica o exercício da liberdade de religião. Este ponto será recuperado na seção 4, porque compõe o argumento positivo a favor da liberdade de religião na forma de direitos especiais à acomodação, mesmo quando existem transferências de custos a terceiros individualizados.

Reitero que, a meu ver, não é compatível com a justiça a concessão de acomodação no caso *Hobby Lobby*. Empregadores com fins lucrativos não devem poder deixar de incluir métodos contraceptivos em seguros-saúde de suas empregadas, ainda que por razões religiosas. Neste ponto, autores como Richard Garnett e Carl Esbeck não estão corretos<sup>285</sup>. O meu ponto ao analisar esta literatura, entretanto, não é exatamente discutir a solução mais adequada ao caso, mas os pressupostos teóricos que animam as conclusões defendidas pelas diferentes vertentes da literatura. Neste aspecto, os críticos da acomodação estão equivocados porque a proposta que fazem depende de relação não convincente entre igualdade e liberdade de religião.

---

"It is tempting to say that constitutional rights are fine as long as they impose no harm on others. It is tempting, but it cannot survive scrutiny. Constitutional rights always involve some degree of harm to others." 2016, p. 1384, itálicos no original, sublinhado acrescentado (pois trata-se do trecho que traduzi e citei acima), notas omitidas (veja notas de rodapé anterior a esta e outra acima). Lund sustenta ainda que "Religious exemptions are, and always have been, matters of degree", 2016, p. 1385. Veja nota abaixo.

<sup>284</sup> Analisei a interpretação de direitos de Ronald Dworkin a este propósito em ROSA: 2014a, cap. 1, esp. seção 4.1., pp. 28 e ss., 35 e ss., 161, 233. MATHEWS (2017) defende esta tese quanto ao caso *Hobby Lobby*. Compare com a visão de direitos especiais em KENDRICK (2017, esp. pp. 96 e ss., 102 e ss., 103-5 etc.).

<sup>285</sup> GARNETT, 2014a, , p. 45 citando Schwartzman, Schragger & Tebbe, Gedicks & Van tassel: "It appears that most of the scholars who contend that it would violate the Establishment Clause to exempt Hobby Lobby from the contraception--coverage regulations at issue accept or are resigned to the fact that "RFRA seems *facially* to comply with the Establishment Clause."37 Their claim, instead, is that "the government may not grant religious exemptions when they impose significant burdens on nonbeneficiaries."38 Put differently, it is that "permissive accommodations" violate the Establishment Clause "when they impose significant burdens on third parties who do not believe or participate in the accommodated practice."39 And, it is urged, an exemption for Hobby Lobby from the preventive--services rules would do just that, "by shifting the material costs of accommodating anticontraception beliefs from the employers who hold them to their employees who do not."40", itálico no original, notas omitidas a trabalhos dos autores mencionados. Veja pp. 38, 39-40, 46, 46-7. Não é meu objetivo analisar os contornos do direito norte-americano e, portanto, não pretendo com esta observação criticá-los pela interpretação que dão à norma vigente. Meu comentário é sobre justiça somente.

Vale retomar os pontos apresentados até agora nesta seção. Estão em análise visões diferentes sobre igualdade e liberdade de religião. Apresentei um primeiro argumento, em mais de uma versão, que sustenta que os custos do exercício da liberdade devem ser os mesmos, e que, quando não são, há violação da igualdade. Ofereci razões para não adotar esta visão, sobretudo a partir do funcionamento de direitos reconhecidos, expediente argumentativo comum na literatura da liberdade de religião e que, a meu ver, é produtivo ao esforço de evitar enganos na interpretação dos limites das acomodações.

Há uma *segunda* relação entre a igualdade e a liberdade de religião que não deve ser acatada, ainda que aparentemente mais promissora. Retornemos ao exemplo do discurso de ódio. O segundo argumento observa que, apesar de provocar custos que outras manifestações não provocam, o discurso de ódio pode ser objeto de direito de todos<sup>286</sup>. Isso nem sempre se pode dizer sobre algumas acomodações religiosas. Tomemos um exemplo: se todos decidirem converter-se a uma religião que exige o uso livre de droga (i.e., não exclusivamente sacramental), e se em razão da liberdade de religião o estado não puder proibi-los, de rigor a liberdade de religião não implicaria exceções, mas um óbice à proibição do uso de drogas em geral. Outro exemplo: se todos os policiais se converterem a uma religião que exige certa indumentária, a autoridade do comando de polícia de impor uniforme idêntico será negada pela demanda de que todos sejam contemplados por exceção. Mas isso não é aceitável numa discussão sobre acomodações, em que se admite a autoridade estatal de proibir em geral a conduta cuja permissão especial é demandada. Logo, a conclusão é que a acomodação deve ser negada, pois consiste num direito cuja implementação é contraditória com a autoridade assumida no debate. Temos então um argumento igualitário, de que o reconhecimento da exceção é inviável porque não é possível que todos a exerçam ao mesmo tempo. Daí uma diferença decisiva entre o discurso de ódio e acomodação religiosa; esta diferença força a conclusão de que a igualdade talvez implique reconhecimento do direito ao primeiro mas não à segunda.

A meu ver, este argumento não é convincente porque é um erro medir liberdades exclusivamente pela impossibilidade de serem exercidas ao mesmo tempo por todos. Não é aí que reside a igualdade. O STF numa ocasião pendeu a este equívoco ao analisar um caso de

---

<sup>286</sup> Talvez uma sociedade em que todos emitam discurso de ódio rapidamente se destrua, mas isso não é certo. Assumamos que não para efeitos argumentativos.

acomodação: houve um Ministro que negou o direito de judeus que guardam o Sabbath realizarem o ENEM em dia distinto (talvez entre outros, mas inclusive) ao cogitar a impossibilidade de realização do exame se a demanda se proliferar.<sup>287</sup> Em suma, notou-se no STF que, se for reconhecido o direito de não realizar exame em dia de guarda, e se sete religiões tiverem sete dias diferentes de guardas, e se todas tiverem inscritos, não haverá nenhum dia em que a autoridade possa agendar o exame, assim como não haverá uniforme idêntico possível que possa ser imposto pela regulamentação da polícia no exemplo acima<sup>288</sup>. Daí não ser possível acomodar na aplicação do ENEM os judeus observantes do Sabá. Mas esta análise está errada.

O equívoco é perceptível pela análise do direito de reunião. É naturalmente impossível que todos exerçam o direito de reunião numa mesma praça no mesmo horário<sup>289</sup>. Mas isso não é suficiente para rejeitar a afirmação de que há um direito de liberdade de expressão de reunir-se em praça pública<sup>290</sup>. Mas no que consiste o erro? Em poucas palavras, em supor que direitos só atendem à igualdade se o seu exercício por diferentes sujeitos for idêntico, que um sujeito só possa ter um direito se terceiro puder exercê-lo exatamente como ele, o que inclui o momento e o local. Como defendi em outra ocasião, direito são questão de titularidade, ou seja, residem no fato de poderem ser exercidos<sup>291</sup>, e a concessão do exercício, no caso concreto, é questão posterior, ainda que adequadamente compreendida como de conteúdo do direito. Ainda que esta tese seja rejeitada, a proposta de comparar direitos pelo seu exercício é ruim porque é incapaz de explicar direitos perfeitamente familiares, como o de reunião. Em outras palavras, a possibilidade de conflitos concretos entre demandas de direitos não desautoriza o reconhecimento de direitos especiais. O fato de ser impossível que todos exerçam o direito de reunião no mesmo local e hora não é argumento convincente para negar um direito especial de reunir-se.<sup>292</sup>

---

<sup>287</sup> STF (2009). Veja ainda MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 91 e ss., sobre "proliferation".

<sup>288</sup> Veja ZYLBERSTAJN, 2016, p. 136: pelo voto do Relator, a autora sustenta que o argumento foi oferecido pela AGU.

<sup>289</sup> Para o exemplo, veja MONTEIRO, que o atribui a Kelsen (1997, item 7.4, trecho citado em nota abaixo). Ouvi em maio de 2018 em evento na UFMG Marcelo Cattoni atribuir raciocínio semelhante a Rawls. DA SILVA (2010, pp. 89-94 (esp. p. 91) e 100-2) atribui de fato a ideia a RAWLS (2005, cap. 8).

<sup>290</sup> Ademais, isto se aplica também ao direito ao discurso de ódio na medida em que o direito ao discurso de ódio é composto por direito de reunião em praça.

<sup>291</sup> ROSA, 2014a, cap. 2, esp. pp. 79-80, 125, 126. Veja KYMLICKA (2002, esp. p. 236, trecho citado acima).

<sup>292</sup> Compare com LOPES (2004, p. 166) e DWORKIN, 2001 ou 2005, cap. 3 e ROSA: 2014a, cap. 2, esp. pp. 67 e ss., 70 e ss. 79 e ss., 164 e ss., 181 e ss., 228 e ss.. Ver MACLURE & TAYLOR, 2011, cap. 8.

O dividendo destas reflexões não é que a igualdade nada tenha a ver com as liberdades. Pelo contrário: pretendo na tese oferecer um argumento igualitário em defesa da liberdade de religião. De fato, liberdade de religião é concebida nesta tese como uma decorrência da igualdade. Mas precisamos saber, para usar expressão de Laborde, qual é a métrica igualitária da liberdade. Não é uma questão de custo de ações, nem de identidade de exercícios de liberdade. Daí não devermos incorrer nem numa análise estreita de custos, tampouco restringir acomodações gerais pela mera possibilidade de conflitarem concretamente. O problema das análises expostas é que compreendem equivocadamente a igualdade, o que gera argumentos não convincentes sobre liberdade de religião.

Em *terceiro* lugar e por fim, um outro equívoco - um mais produtivo - é o cometido por Eisgruber e Sager. A abordagem dos autores é extremamente profícua sobretudo ao conceberem o tema como um de "igual liberdade" (nome que dão à sua teoria) e ao salientarem a importância das liberdades de associação à liberdade de religião<sup>293</sup>. Por outro lado, os autores erram ao crer que o teste jurídico de aplicação desta igual liberdade se limite às hipóteses de discriminação.<sup>294</sup>

Acredito, em suma, que Eisgruber & Sager apresentem interpretação insatisfatória da *liberdade* de religião<sup>295</sup>. Para eles, em poucas palavras, deve ser reconhecido um direito à liberdade de religião na forma, por exemplo, de uma acomodação, somente em duas hipóteses. A primeira se verifica quando o direito positivo reconhece direito semelhante em circunstâncias comparáveis - no exemplo que dão, um policial que, por razões religiosas, não faz a barba, deve ser dispensado de fazê-la se um policial não religioso tiver a dispensa por razão médica<sup>296</sup> (mesmo caso discutido por Nussbaum). A segunda situação em que o direito à acomodação deve ser reconhecido se verifica se houver razão para crer que a negação do direito não teria ocorrido se outra classe - uma mais popular, por exemplo - fosse a demandante. No exemplo que dão, deve haver dispensa de norma de uso de terra de uma

---

<sup>293</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 4, 52-3, 88, 92, 94 etc. (sobre liberdade de expressão, ver em especial pp. 42 e ss., 111, 178-9 e 201 e ss.) Quanto a este ponto, há divergência com Garnett. Para visão próxima à de Eisgruber e Sager, veja INAZU (2013, pp. 338, 354-5), SCHWARTZMAN (2012, pp. 1411 (citando James Nickel) e p. 1413), SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 966-7, 696, 976-7, 874, 2013b, pp. 9, 11, 12, 13), INAZU (2013, pp. 338, 354-5), HIMMA (2015 p. 2, pp. 33 e ss.) e GREENAWALT (2016, p. 221).

<sup>294</sup> GARNETT, 2007b, pp. 5-6 (p.7, 12, 13ss.) e 2012b, pp. 6 e ss. (mesmo texto): para EISGRUBER & SAGER (2007), salvo em razão da igualdade, não há razão para tratar a religião de forma distinta.

<sup>295</sup> A exemplo do que a meu ver sugere LAYCOCK (2007, 30, 75-6) a respeito do que chama de "neutralidade formal", como discuto abaixo.

<sup>296</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 90 e ss., 104-5, 116-7; veja LUND (2010, p. 357).

comunidade indígena nativa se pudermos dizer que, frente a terra de uma outra religião, os legisladores teriam sido menos rígidos<sup>297</sup>.

Crucial é observar o seguinte. Nos dois casos (que os autores chamam de *benchmark* e *implicit counterfactual tests*<sup>298</sup>), há uma comparação a ser estabelecida. Como visto na seção

---

<sup>297</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 90 e ss., 104-5.

<sup>298</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 90-2 e comentários de BERG (2006-7, p. 1192) e de LUND (2010, pp. 355 e ss., esp. pp. 258-9, 361 e ss.) sobre "benchmark" e "implicit counterfactual" (veja ainda SCHWARTZMAN, 2012, pp. 1374 e ss., pp. 1396 e ss. 1423-4, GARNETT, 2011, MCCONNELL, 2000-1, pp. 8 e ss., 14 e ss., 32 e ss. e HORWITZ, 2011, p. xix). Os autores explicitamente enfrentam a crítica de que a teoria que oferecem visa somente a evitar discriminações (EISGRUBER & SAGER, 2007, p. 93). A defesa que oferecem é de que a teoria que desenvolvem também protege as liberdades (p. 94). A meu ver, falta saber se de fato protege. Acredito, pelas razões expostas no texto, que não o faça, e que, portanto, seja, para usar a descrição que os autores formulam mas rejeitam "(...) a 'mere' antidiscrimination principle - a powerful one, to be sure, but an antidiscrimination principle nonetheless" (2007, p. 93). BERG (2006-7, p. 1190) comenta esta defesa de EISGRUBER & SAGER. Veja ainda a defesa que os autores oferecem a crítica de Laycock (EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 100-1). Para comentários aos autores, veja LABORDE (2014a, esp. pp. 58 e ss.); a autora diz: "In sum, through a creative use of analogical and hypothetical reasoning Eisgruber and Sager suggest that even though religious interests are not presumptively entitled to unique constitutional immunity from otherwise valid laws, they deserve robust constitutional protection on the basis of equality. It is because minority religious interests are "vulnerable to hostility and neglect" that they should receive special solicitude.<sup>32</sup> The underlying value of such an antidiscrimination approach is "parity, not advantage."<sup>33</sup>", 2014a, p. 60, notas a trabalho de EISGRUBER & SAGER (veja ainda pp. 64 e ss.). Para LABORDE, o trabalho de EISGRUBER & SAGER "fails to explain, or takes for granted, or implicitly smuggles in assumptions about the specialness and uniqueness of religion" (2014a, p. 63). LABORDE usa a linguagem de integridade ao comentar o direito norte-americano, e após apresentar o critério de profundidade (DC, "deep commitments", e de vulnerabilidade ("VC"), ambos em Eisgruber e Sager), diz o seguinte sobre as associações religiosas: "Only they can claim a kind of epistemic integrity that regulates their relationship qua collective agents with the collective agent of the state. Call this the integrity criterion (IC). For some (admittedly limited) purposes, religion seems to be singled out and treated in U.S. law in a sui generis way as an autonomous sphere of human life and action regulated by specific doctrines and standards.

*Note that IC, by contrast with VC and DC, does not provide a benchmark for comparison; rather, it is one criterion that picks out the special and unique—nonreducible—features of the legal treatment of religion.*" (2014a, p. 75, itálicos acrescentados). A meu ver, esta dispensa de comparação é importante à interpretação da liberdade, e pretendo segui-la nesta tese. Veja ainda a resenha de GREENAWALT (2006-7, esp. pp. 1229 e ss.). GARNETT (2007c) pergunta se a igualdade basta. A meu ver, sim, se bem interpretada. Veja LUND (2010) sobre a distinção entre teorias substantivas e antidiscriminação da liberdade de religião. BERG (2007) diz: "Among the central questions concerning the First Amendment's Religion Clauses is whether their fundamental goal is nondiscrimination or a substantive liberty. Do they primarily require that government not engage in discrimination among religions or between religious and nonreligious ideas? Or do they primarily guarantee decisions about religious matters and religious life a zone of liberty or autonomy against state restriction, or a degree of separation from state involvement?" (p. 1185) e "Christopher Eisgruber and Lawrence Sager are the most sophisticated proponents of an equality or nondiscrimination approach to the Religion Clauses" (p. 1186; veja ainda pp. 1188, p. 1206, 1208, 1211 e ss., esp. p. 1211 para defesa de um "choice theory" da liberdade de religião: o autor acredita que "The Religion Clause's basic goal: to leave religious matters as much as possible to private choice", p. 1208). Ainda, "The thesis of this Review, however, is that Eisgruber and Sager fail to show that special treatment of religion can be explained as nondiscrimination without reference to religious autonomy. Thus, although they reach many normatively attractive results - offering, for example, a rationale for potentially strong protection of free exercise rights - they can only do so by surrendering a primary focus on equality and nondiscrimination" (p. 1188). Em suma, BERG critica o foco excessivo de EISGRUBER & SAGER em igualdade, bem como articula razões de limitação ao governo próximas às apresentadas no capítulo anterior: "There are many reasons why the Constitution would embody special concern for keeping religious matters and

---

religious life free from government interference. One set of reasons, as I have already noted, appears in Eisgruber and Sager's own arguments. Their rationales for a special emphasis on religious nondiscrimination are just as much or more rationales for religious autonomy: the fact that religious identity tends to be not just important but also pervasive in people's lives, affecting so many other personal decisions and commitments, suggests that interference in one aspect of that identity tend to have a wide-ranging impact (175).

"A second set of rationales for religious autonomy focuses not on personal identity but on the structural principle of limited government: that the state is not an ultimate institution, and that certain realms of life should be, at least presumptively, outside its reach. Religion is not the only such realm; government is also limited in interfering with families, with expressive associations, and with other aspects of life. But freedom in the religious realm is especially foundational to limited government. By respecting such freedom, the government affirms that it will leave questions and answers about ultimate matters to be decided by others: individuals and private groups. Even further, by respecting religious freedom the government leaves room for at least the possibility of a power higher than itself, and for humans to relate to that power - responding to it, seeking it, obeying it, loving it - on terms beyond the government's control. When the religious quest or the relation to the deity produces actions in society, the freedom can only be presumptive, subject to the government's power to protect the rights of others and act as necessary to preserve peace in society. But a presumptive freedom still embodies, and is crucial to, the idea of limited government", p. 1224, nota 175 a parte anterior do texto do próprio autor. "Unsurprisingly, religious liberty must ultimately rest on a theory of liberty, not just equality" (p. 1215).

A resposta de EISGRUBER & SAGER (2006-7) é a seguinte: "What strikes us about Berg's preferred approach to religious freedom is how thoroughly embracing of, and indeed dependent upon, equality it is" (p. 1276). A meu ver, esta afirmação está correta, pois de fato as razões oferecidas por Berg são igualitárias. Mas esta afirmação não defende Eisgruber & Sager, pois permanece a necessidade de rever a análise igualitária que oferecem, ainda que devamos substituí-la, para usar a expressão de LABORDE, por uma igualdade mais complexa (LABORDE, 2014a, pp. 76-7).

A distinção entre teorias que atentam à discriminação e à liberdade também aparece em LUND: "(...) scholars (...)tend to divide into two general schools of thought. Some adopt a *nondiscrimination* approach—they argue that, in determining how the government should treat religious groups and individuals, the dispositive question should be how it treats nonreligious groups and individuals. If the religious are not being *discriminated* against within some meaning of that word, then the claim for exemption should fail.<sup>9</sup> Others adopt a *substantive* approach—they argue that discrimination is not the only concern. Instead, religious groups should be given rights to practice their religion even in the absence of any discrimination and even if this means that they are uniquely exempt from a particular law.<sup>10</sup> Nondiscrimination approaches tend to emphasize equality while substantive approaches tend to emphasize liberty. But both types of approaches concern themselves with both values.<sup>11</sup> The Supreme Court used to adopt a substantive approach.<sup>12</sup> However, in 1990, the Court switched to a nondiscrimination approach in *Employment Division v. Smith*.<sup>13</sup>" (2010, pp. 353-4, notas omitidas, itálicos no original; LUND enxerga no primeiro grupo Kurland e EISGRUBER & SAGER (p. 355; os autores têm visão do livre exercício da religião que é "extraordinarily attractive nondiscrimination theory", p. 359) e, no segundo, Laycock, Berg e McConnell (p. 354, n. 10).

Veja ainda a seguinte análise de KENDRICK, convergente com a de LUND, a respeito do direito norte americano da liberdade de religião, que consideraria que a religião "deserves to be singled out for special recognition, even in the absence of special protection. Regulation that targets harm and has an incidental effect on religion would be permitted. But regulation that targets harmless religious practice would be impermissible, not only because it fails the Harm Principle, but because, given the distinctiveness of religion, targeting harmless *religious* practice is a particularly wrongful thing for the government to do.<sup>44</sup>" (pp. 107-8; itálico no original; a nota 44 tem a seguinte redação: ""<sup>44</sup>. American constitutional law of religious free exercise has a similar structure. Regulation that incidentally burdens religion is permitted when justified by legitimate government interests. *Employment Div., Depart. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Regulation that targets religious practice and is not plausibly justified by a legitimate government interest is not permitted. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993). If one assumes (as constitutional jurisprudence suggests) that all regulation must be justified by some legitimate governmental interest (a low bar, but a bar nonetheless), then the free exercise right provides no additional immunity for religious practice. Instead, it functions as an antidiscrimination principle, signaling that discriminating against religion is more wrongful—or at least wrongful for more reasons— than regulating other conduct in the absence of a legitimate interest." (p. 108, n. 44).

anterior, Martha Nussbaum apresenta a tradição política lockeana, que nega acomodações, como comprometida com a concessão de direitos de liberdade de religião em diversas hipóteses. Praticantes da religião não podem ter contra si criadas leis aparentemente gerais mas que são adotadas para afetá-los. Daí os exemplos que a autora cita: o primeiro, de Locke, das leis que proíbem certos atos onde são praticados (como na lei que proíba falar latim na Igreja mas não fora dela) e a lei municipal dos EUA direcionada a impedir sacrifício de animais sem afetar a indústria alimentícia. A proteção oferecida por esta análise, até este ponto, é muito fraca. Nussbaum reconhece que a tradição dá um passo a mais, e este passo é justamente o exemplificado pelas categorias de Eisgruber & Sager. Suponhamos que não haja direcionamento da lei: suponhamos, no exemplo trabalhado pelos três autores, que a proibição da barba aos policiais não seja uma medida anti-islâmica. Se, apesar disso, houver comparação

---

SEFERJAN, a partir de LAYCOCK, lê *Smith* também desta forma: "*Smith* fez com que a liberdade religiosa deixasse de ser uma liberdade substancial para ser um direito comparativo, em que o tratamento requerido constitucionalmente das práticas religiosas depende do tratamento dado comparativamente a práticas seculares<sup>160</sup>" (2012, p. 54, nota 160 a Laycock).

Veja também BOU-HABIB (2006, p. 109: "For some people, the right to religious freedom is a right only to *nonpersecution*, that is, a right not to be intentionally mistreated on account of one's religious beliefs or practices. For others, the right amounts to more than that, being a right also to *accommodation*. By this is meant that religious conduct has a right to be free not only of intentional mistreatment, but also of burdens the law may happen unintentionally to place on it.", itálicos no original; o autor então comenta o caso *Smith*, e diz: "Now if the right to religious freedom is a right to non-persecution only, then the members of the NAC would not be entitled to an exemption, as the Oregon law did not *intentionally* mistreat their religious conduct. By contrast, if the right to religious freedom is a right to accommodation, then the members of the NAC might be entitled to an exemption, since the law imposed a burden, if unintentionally, on their religious conduct.", p. 109, itálicos no original.

Veja ainda JONES (2017, pp. 165-6) comparando dois bens distribuídos pelo direito inglês - não-discriminação e liberdade de religião, e sustentando que quanto ao primeiro a religião não é especial (p. 166); veja em especial o seguinte trecho: "The make-up of the religious freedom to which a person (any person) is entitled can itself be a matter of justice. If someone is denied a religious freedom to which they have a right, they are treated unjustly. But the injustice they suffer is non-comparative injustice.<sup>5</sup> If a government denies an individual or a group a religious freedom to which they have a right, we do not need to know how it treats others before we can know that it has treated that individual or group unjustly. On the other hand, we should not expect the idea of non-comparative justice to resolve the issue of exemption for us. When we weigh the claims of religion against other sorts of claim and determine the proper scope of religious freedom, we are determining what is non-comparatively just. The idea of noncomparative justice does not itself dictate that outcome." (p. 167, n. 5 a Feinberg, Hoffman, Montague e Olsaretti (veja ainda p.168, com exemplos, e pp. 169-70 para discussão sobre discriminação indireta sob direito inglês); o autor então defende a ideia de que a justiça comparativa e a não comparativa não se excluem uma a outra, numa sugestão que é, de certa forma, acatada por esta tese). Por fim, veja comentário de GEDICKS: "The likelihood of developing a persuasive account of religious exemptions depends to a large extent on whether free exercise and establishment clause rights are classified as liberty rights or equality rights. Equality rights generally prevent government from imposing a burden on one person unless it imposes the burden on everyone. Liberty rights generally prevent the state from imposing the burden at all, even if it imposes it on everyone. What follows are sketches of various doctrinal combinations of free exercise and establishment interests, alternately conceived as liberty rights and equality rights.", 1997-8, p. 568. A meu ver, o argumento disponível no livro de NUSSBAUM (2008), e que a autora encontra em Roger Williams, une os dois elementos que Jones e Gedicks fazem questão de separar. É o caminho de Nussbaum que esta tese segue.

possível, seja ela efetiva, sobre uma regra já vigente que excepciona outros casos, ou uma comparação hipotética, sobre o que teria ocorrido se a barba fosse um dever religioso de grupo mais influente, deveria ser reconhecida liberdade de religião.<sup>299</sup> Esta é a conclusão de Eisgruber e Sager e este é o limite da análise lockeana exposta (mas não acatada) por Nussbaum.

Martha Nussbaum, em livro muito valioso que resgata a tradição norte-americana de liberdade de religião desde seus antecedentes coloniais<sup>300</sup>, apresenta argumento antidiscriminação similar, ainda que defenda acomodações. Disponível na obra, ainda que não exaustiva do argumento, é a preocupação com os efeitos das ações governamentais quanto à religião sobre a posição social ocupada pelos indivíduos. Nussbaum reiteradamente sustenta que o modelo norte-americano é fundado no esforço de impedir que o Estado construa hierarquias sociais por meio de estabelecimentos de religião ou de proibições de atos religiosos. A meu ver, esta preocupação é bastante importante, mas não exaure o significado da liberdade de religião (com efeito, Nussbaum tem bastante mais a nos dizer sobre liberdade além de preocupações de posição social dos cidadãos)<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Talvez possamos acrescentar ainda outro exemplo: o de *Cutter* (julgado pela Suprema Corte dos EUA) em que a liberdade de religião do prisioneiro de manter uma curta barba foi garantida, segundo GEDICKS & VAN TASSELL (2015 pp. 328-9), embora a proibição não fosse discriminatória, porque não trazia ônus a ninguém (não implicava risco apreciável de segurança aos carcereiros). Sobre o exemplo da barba em EISGRUBER & SAGER, veja LABORDE (2014a, pp. 67 e ss.). Veja ainda BOU-HABIB (2006, pp. 123-4). Veja nota anterior.

<sup>300</sup> A análise inclui, no capítulo 2, interessante exposição dos argumentos do colono Roger Williams sobre o tema (com benefício do conhecimento da autora sobre filosofia antiga, relevante pois Williams tinha forte influência estoíca).

<sup>301</sup> A preocupação de NUSSBAUM, portanto, reside nos impactos sociais de legislações sobre direito e religião é (2008, pp. 18 e ss., 111, 359-60, por exemplo), pois a autora lê, por exemplo, a igualdade que fundamenta as regras de não-endosso da religião por parte do estado propostas na história constitucional norte-americana para interpretar a cláusula de não-estabelecimento como vedação da criação de grupos socialmente excluídos, o que ocorre quando o Estado adota a fé de uns e não as de outros (esp. caps. 6-7 e pp. 25, 75-6, 84 e ss., 81, 247, 251, 260, 262, 267, 255, 302-3, 356, 357, 377-8 (n. 26 à p. 137) etc.). Em suma, para Nussbaum a igualdade exige que a religião, embora importante ao indivíduo e, na verdade, em razão disso, não pode ser relevante ao seu status jurídico (o ponto foi recuperado pela PGR na Inicial da ADI 4439 (2010): veja itens 31 e ss., pp. 12 e ss.; para LABORDE, este ponto da obra de NUSSBAUM, bem como o teste do endosso da juíza O'Connor (veja cap. 3, abaixo) caracterizam aproximação com o republicanismo: LABORDE, 2013, pp. 82 e ss., 85-6). Veja comentário de SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, p. 968, n. 212). Compare com PINHEIRO (2009, pp. 278-9, 295) e veja ainda NEJAIME e SIEGEL (2015, pp. 2574 e ss., 2581 e ss.). EISGRUBER & SAGER identificam alguns aspectos da religião nos EUA, como sua abrangência, sua natureza de pertencimento/não pertencimento etc., que fazem com que o estabelecimento de religião gere "disparagement" (2007, pp. 19-20, 28, 51 e ss. 61-2, 123, 124 e ss., 161 e ss., esp. pp. 163-4, 210-1, 2008-9, pp. 828 e ss., esp. 831-2; para comentários a EISGRUBER & SAGER, veja LABORDE, 2013, p. 84, n. 54, 2014a, pp. 58-9, 61-2, LUPU & TUTTLE, 2006-7, pp. 1253, p. 1267, n. 107 e p. 1271, BERG, 2006-7, pp. 1204 e ss. e SCHWARTZMAN, 2012, pp. 1374 e ss., pp. 1396 e ss. 1423-4). A meu ver, esta preocupação é análoga à de NUSSBAUM, cuja obra, entretanto, oferece também outros aspectos que justificam acomodações para além das hipóteses estreitas admitidas por



É importante reiterar que, no caso de Eisgruber e Sager, as demandas por comparação caracterizam um esforço meritório dos autores de alcançar integridade no direito da liberdade de religião. De fato, estas categorias construídas por eles, apesar de dotadas de alguns problemas<sup>302</sup>, são extremamente importantes para uma visão igualitária da liberdade de religião. A crítica de Nussbaum a partir de Roger Williams (e a crítica também de outros a Eisgruber e Sager), que esta tese adota, não é de que este tipo de análise não é adequada, mas é que não basta<sup>303</sup>. O seguinte trecho de Douglas Laycock, em que o autor critica a análise formal da neutralidade do estado quanto à religião, que permite ao primeiro fazer qualquer lei que não empregue religião como categoria, explica o porquê.

"O defeito das interpretações que a neutralidade formal faz do livre exercício é que eliminam o direito substancial ao exercício da religião, deixando um mero direito de igualdade de não ser discriminado. Em uma sociedade amplamente (*pervasively*) regulada, a igualdade formal significa que também a religião pode ser amplamente regulada, e religião regulada não caracteriza (*is*) livre exercício da religião".<sup>304</sup>

---

EISGRUBER & SAGER. Em suma, o trabalho de Nussbaum elabora, ainda que de maneira nem sempre explícita, sentido de igualdade como igual liberdade de consciência (por exemplo, pp. 19 e ss., 91-2, 103-113-4, cap. 3, 353, 356) cuja natureza não estritamente social, isto é, que não se restringe aos impactos da norma sobre grupos ou "hierarquias", expressão utilizada com frequência pela autora (pp. 104, 111, 226, 227, 342, 359, 360), é importante a esta tese, inclusive porque a autora apresenta defesa das acomodações à religião. Veja ainda MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 9, 13).

<sup>302</sup> Veja KOPPELMAN, 2013b: pp. 153 e ss., BERG 2006-7. Uma pergunta que a literatura (BERG, 2006-7, pp. 1194-5, citando Koppelman e MaConnell, LUND, 2010, 360-1, LABORDE, 2014a, MacConnell, 2000-1, pp. 35, 36, KOPPELMAN, 2017a, pp. 336-7, comentando BERG) coloca é a seguinte: no caso de policiais cuja corporação proíba barba, por que deve-se igualar o pretense barbudo religioso (quem quer ter barba por razão religiosa) com o barbudo doente (quem é dispensado de se barbear porque tem doença de pele) e não com o barbudo estético (quem quer ter barba porque se sente bem assim)? Em suma, crítica de LUND, BERG e outros é que de igualdade como não-discriminação tem um problema de escolha de padrão a ser replicado (veja comentário de KOPPELMAN (2013b, pp. 160-1) a esta crítica de BERG a EISGRUBER & SAGER.

<sup>303</sup> Veja referências em notas acima. Veja ainda nota abaixo para referências a HORWITZ (2014b), CLAYTON (2017) etc..

<sup>304</sup> LAYCOCK, 2010, p. 106, traduzi, mantive entre parêntesis palavras do original. Antes deste trecho, mas ainda na mesma página, o autor diz que "It is an important corollary of formal neutrality that religious conduct cannot be regulated when similar conduct is not, and religious conduct of one faith cannot be regulated when the similar conduct of another faith is not", e apresenta o caso *Lukumi*, de sacrifício de animais, como exemplo da ideia. A meu ver, Laycock enxerga o princípio de *Lukumi* de modo mais próximo do que Nussbaum enxerga no caso da barba dos policiais (veja ainda 2010, pp. 30, 75-6) Questão relevante ao tema é a expansão das atribuições governamentais: ver NUSSBAUM, 2008, 120, 135, 288; BERG, 2004, p. 1604. Garnett, citando MacConnell, diz, "It is a fact that "[i]n a society that is pervasively regulated, as ours now is"<sup>30</sup>—and in a society that is religiously pluralistic and divided on serious moral questions, as ours now is<sup>31</sup>—“there are many more occasions for conflict between the government and religious actors.”<sup>32</sup> In this volume’s papers, as at the conference when they were presented, we encounter and engage such conflicts, clashes, and tensions. They are real and, like the civil-rights enterprise itself, they are difficult and pressing. Still, proceeding down this first avenue, the demands of “the age of civil rights” are seen as including a commitment to the inclusion and protection of the religious believers and groups involved in these conflicts and a determination to respect their

Laycock enxerga a liberdade de religião como uma questão de liberdade somente, e não de igualdade<sup>305</sup>. Este ponto não deve ser adotado. Mas procede a afirmação do autor de que a liberdade de exercício da religião não é suficientemente protegida num regime que reconhece somente se a norma proibitiva fracassa num exame de não-discriminação. Mesmo que este exame seja feito de maneira mais elaborada, como em Eisgruber e Sager, isso não basta. Esta tese endossa esta conclusão, e o faz porque o regime puramente anti-discriminatório é superficialmente igualitário. Ele busca uniformizar tratamentos recebidos ou que seriam recebidos, e ignora que a igualdade, como defende Dworkin, é regime que impõe ao estado condições mais básicas de atuação humana na forma de liberdades que são condições da distribuição de bens e recursos e que expressam o igual valor das vidas e da responsabilidade pessoal de vivê-las<sup>306</sup>. Estas condições exigem que reconheçamos violação da liberdade mesmo quando não conseguimos identificar ou imaginar discriminação nas normas criadas pelo direito. Este é o argumento desta tese. Antes de defendê-lo, gostaria de apresentar argumento de Ronald Dworkin a respeito da existência de um direito especial à liberdade de religião. Trata-se de segunda versão do terceiro argumento a ser analisado e rejeitado a respeito da relação entre igualdade e liberdade de religião. Como veremos, o autor não levou a sério a importância de proteger a liberdade de religião para além de situações que o estado age com discriminação.

---

place in the *civitas* rather than to insist on boundaries and loyalties and conditions that exclude or “shut [them] out.”<sup>33</sup>”, 2015, p. 106, notas omitidas, mas seus locais e números mantidos entre parêntesis..

<sup>305</sup> Veja ainda a crítica de de KOPPELMAN à igualdade a partir de Westen, 2013b, pp. 16-7. Em suma, muitos autores preferem sequer compreender a questão como de igualdade (NUSSBAUM (2008, pp. 377-8, n. 26 à p. 137) enxerga esta opção em GREENAWALT, e a critica). Mas isso não significa que as reflexões que fazem não sejam importantes a uma interpretação igualitária da liberdade de religião, tampouco significa que a melhor interpretação desta liberdade tenha os contornos igualitários que autores que as compreenderam nestes termos dão. Daí esta tese recorrer a Laycock, um não-igualitário, para construir uma crítica igualitária aos igualitários Eisgruber e Sager.

<sup>306</sup> DWORKIN, 2001b ou 2005a, cap. 6, 1995, 2008, 2012 ou 2011 etc.; ROSA 2014a, esp. cap. 2. A meu ver, KOPPELMAN apresenta bem a questão das acomodações: “With respect to free exercise, our question is whether the practice of accommodating religious claims is likely to make people’s lives better” (2013b, p. 121). Veja ROSA (2014a, esp. cap. 1, subseção 4.2. e cap. 2, subseção 3.1.). Veja comentários acima em “Antecedentes”, na Introdução.

### *Subseção 3.2. Religião e independência*

Mencionei no capítulo anterior a defesa que Dworkin faz, em *Is Democracy Possible Here?* do que chama de regime "secular tolerante" de relação entre estado e religião. Trabalho mais recente do autor retorna à relação entre Estado e religião: em *Religion without God*, ele oferece interpretação do significado de religião e do fundamento de sua liberdade. Quanto ao significado de religião, para ele, religião é a visão que enxerga valor objetivo no mundo<sup>307</sup> - é a atitude que "aceita a realidade completa e independente do valor"<sup>308</sup>. A esta visão de mundo a crença em Deus é dispensável, pois que o mundo tenha sido criado em certo momento por certo ente de certas características é, para Dworkin, uma questão científica que não afeta a realidade do valor objetivo defendido pela atitude religiosa<sup>309</sup>.

Quanto à liberdade de religião, Dworkin oferece interpretação cuja abrangência é repercussão da própria definição de religião defendida por ele. A liberdade de religião não é, para o autor, somente o direito de praticar atos que habitualmente reconhecemos como desta natureza (como frequentar cultos, orar, pregar aspectos da fé e interpretar textos sagrados), tampouco é o direito de envolver-se em *qualquer* prática que reconheça valor objetivo no mundo<sup>310</sup>. Dworkin rejeita essas possibilidades, que consistem em, de diferentes formas, construir um direito especial à religião. O autor nega essa especialidade, e sustenta que não há um direito à liberdade de religião distinto dos direitos às demais liberdades. Do ponto de vista das categorias construídas pelo autor para apresentar sua filosofia, a liberdade de religião é um aspecto da independência ética, e não uma categoria separada dela<sup>311</sup>. Independência ética, para o autor, como expus em trabalho anterior<sup>312</sup>, é um aspecto da dignidade, que, no liberalismo de Dworkin, liga a teoria do valor da vida à sua filosofia política<sup>313</sup>. Em suma, a independência ética é um aspecto do viver bem conforme suas próprias decisões, e daí decorre

---

<sup>307</sup> DWORKIN, 2013, p. 1, trecho citado no cap. 1.

<sup>308</sup> DWORKIN, 2013, p. 10, traduza. Nas pp. 10 e ss., Dworkin defende o que chama de "ungrounded realism" quanto ao valor, isto é, a ideia de que os valores são independentes de fatos sobre "natural history or our psychological susceptibilities", p. 15; veja 2012 ou 2011. Veja SMITH (2014a) e MCCLAIN (2014), que cita Smith em diversos pontos.

<sup>309</sup> DWORKIN, 2013, cap. 1, esp. pp. 21 e ss..

<sup>310</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>311</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>312</sup> ROSA: 2014a esp. caps. 2 e 3.

<sup>313</sup> DWORKIN, 2012 ou 2011, caps. 9 e 17. Em *Is Democracy Possible Here?* (2008) Dworkin fala em "principle of personal responsibility" e em *Religion without God* (2013) em "ethical independence". Para explicação das diferentes terminologias, que não geram diferença substancial, veja ROSA: 2014a, esp. cap.. 2.

que tenhamos liberdades de viver com independência<sup>314</sup>. Os limites destas liberdades se determinam pelo tipo de justificação possível de sua restrição: não são admitidas restrições baseadas na superioridade de uma concepção de bem sobre outra, o que significa, segundo o autor, que leis que não se baseiem na superioridade de uma concepção de bem não violam a liberdade de religião, mesmo que afetem o exercício de fé<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> ROSA: 2014a, esp. cap.. 2. Veja nota anterior, MCCLAIN (2014) e CLAYTON (2017).

<sup>315</sup> ROSA: 2014a, esp. cap. 2; Dworkin, 2008, pp. 69 e ss.. O autor diz (em 2013):

"Political liberty has two distinct components. A just state must recognize both a very general right to what we might call "ethical independence" and also special rights to particular liberties.(43) 15 The first of these components, ethical independence, means that government must never restrict freedom just because it assumes that one way for people to live their lives—one idea about what lives are most worth living just in themselves—is intrinsically better than another, not because its consequences are better but because people who live that way are better people.", DWORKIN, 2013, pp. 129-30 (nota omitida onde inseri (43) com referência a *Justice for Hedgehogs*, cap. 17). Veja LABORDE (2014b) para resenha de Dworkin; veja o seguinte trecho: "General rights are protected when the government does not directly and deliberately violate the freedom in question; the government may, however, regulate general rights if authorities appeal to appropriately neutral reasons - reasons that respect citizens' ethical independence. While the government must not appeal to the superiority of one way of life over another, it can appeal to neutral reasons - such as just distribution or environmental protection - to justify policies that interfere with citizens' way of life (including religious ways of life). Special rights, in turn, require a higher level of protection. They protect special interests and can only be regulated if the government offers a "compelling justification" for doing so. 20 For Dworkin, freedom of speech is one example of such a special right: the government cannot routinely constrain it in the pursuit of otherwise legitimate goals.21 Thus, even speech that would seriously undermine a government's economic and distributive strategy must not be abridged.", p. 1259, notas 20 e 21 a Dworkin. Veja ainda: "But what kind of views, in particular, are permissible or impermissible justifications for state policy? To understand Dworkin's theory of neutral justification, we must draw on his earlier work.28 Permissible reasons are 'impersonal' reasons that justify general policies such as environmental protection, the need for taxation, or distributive justice.29 Impermissible reasons, by contrast, endorse a particular ethical view of what it means to live life well.30", p. 1260, notas 28, 29 e 30 a DWORKIN (2006). Por fim, "Recall what distinguishes a special from a general right: while the former protects an especially valuable interest from the burden of a general law, the latter only requires neutral justifications for the law. This means that the fact that a particular practice, say a religious practice, is incidentally burdened by a general law (as in *Smith*) does not mean that the right to freedom of religion has thereby been violated. What matters is that the justification for the law is suitably neutral, nondiscriminatory, and pursues a valid general interest. Here, Dworkin draws very close to a position once famously endorsed by Brian Barry. According to Barry, we should not worry about the unequal incidental burdens a law creates for certain groups of citizens if the law is otherwise legitimate and justified; this position is also that of the French republican conception of equality and *laïcité*.34 This position relies on a firm distinction between the justification of a regulation and its effects and outcome", p. 1262, itálicos no original, nota 34 com referência a Brian Barry e Cécile Laborde. Veja ainda comentários de HORWITZ (2014b, pp. 7 e ss.); em especial, Horwitz cita com aprovação a pergunta feita por Frank Michelman sobre a independência ética ser tudo o que uma dada cultura liberal quer dizer com "liberdade" (HORWITZ, 2014b, p. 8, n. 46, citando "Frank (Michelman, *Foxy Freedom?*, 90 B.U. L. REV. 949, 961-72 (2010))."). A resposta a Michelman e a Horwitz deve ser positiva: o respeito à independência ética basta; mas outra pergunta, paralela, é pertinente, a saber, se o direito geral à independência ética basta à liberdade; a sugestão desta tese, que parece ser o que Horwitz quer dizer, é que não basta. Ver CLAYTON (2017), que se pergunta se a "independência ética basta" (título de seu artigo, 2017), e sustenta que sim: "Although questions about religious exemptions form the backdrop of this chapter, my central aim is to review, interpret, and defend Ronald Dworkin's distinctive liberal position within the first of these debates: his conception of the moral significance of religious commitments within politics, which asserts a 'general right to ethical independence', but no special right to practise one's religion. As we shall see, Dworkin's treatment of religion is embedded within a more

O crucial é entender que para Dworkin a religião não é distinta dos demais direitos decorrentes da dignidade na sua dimensão de independência ética. Na verdade, para o autor, o exercício da independência ética consiste na condução de uma vida que identifica o significado do seu valor, o que é uma questão religiosa. É por isso que o autor trata o aborto como um exercício de liberdade de religião. A ideia é algo contraintuitiva, mas decorre de juízo interpretativo sobre o significado de liberdades e de religião que merece enfrentamento sério. Por ora, vale reiterar que a definição abrangente de religião é aqui relevante: a liberdade de religião inclui o direito de abortar, mas somente porque abortar é um direito de independência ética. Portanto, se por um lado esta definição de liberdade de religião é abrangente porque inclui atos, como abortar, que em geral são defendidos por outras razões, de outro lado compromete Dworkin com a exclusão de alguns atos da liberdade de religião que são nela inseridos pelo direito norte-americano sob rubrica de "acomodação da religião"<sup>316</sup> ou similar em razão de a concepção dworkiniana negar a especialidade da liberdade de religião<sup>317</sup>. Para analisar este ponto, gostaria de organizar as diferentes questões a serem trabalhados nesta tese.

---

general account of political morality that rests on a particular conception of human dignity, consideration of which, I shall argue, is essential fully to appreciate the radical nature of his view.

"One prominent objection to Dworkin's account is that ethical independence is unattractive because it lacks the resources to defend legal arrangements that give individuals sufficient opportunity to pursue their distinctive religious convictions." (p. 133, 137; pp.137 e ss. para análise da teoria ética de Dworkin). Clayton sustenta que Dworkin é capaz de admitir certas isenções, apesar da rejeição de direitos especiais (pp. 133-4), e que as únicas razões de justiça que podem justificar atuação do estado são as corretas, o que protege a liberdade o suficiente (pp. 137-8, 139). Ademais, a alternativa a direitos especiais restringe excessivamente a atuação do governo ("Dworkin's argument is that a general right to ethical independence is preferable, because it satisfies the several relevant desiderata without restricting the political community too much.", p. 136). Em conclusão, "The contrast with the special right to religious freedom is clear: the special right tries to demarcate a sphere of activity with which the government may not interfere; the general right of ethical independence places a constraint on the reasons to which the political community may appeal when deciding law and policy, but that constraint is, in principle, compatible with placing restrictions on individuals' liberty (p. 137). O autor, por fim, considera defesa de isenções em caso de deveres de consciência (pp. 140-1), mas sustenta que "rejection of the appeal to conscience is the only defensible standpoint if we want to avoid appealing to controversial conceptions of what makes for a good life." (p. 141; veja pp. seguintes para elaboração do argumento). Ainda sobre a distinção entre direitos gerais e especiais em Dworkin, veja MCCLAIN (2014, esp. pp. 1274, 1283 e ss., 1298, 1309 (comentando o tema do casamento), 1318-9), LABORDE (2016, pp. 254-5) e CLAYTON (pp. 114-5); KENDRICK analisa o tema dos direitos especiais em geral, com alguns comentários a Dworkin (2017, pp. 89, 95 etc).

<sup>316</sup> DWORKIN, 2013, pp. 128 e ss..

<sup>317</sup> DWORKIN, 2011, pp. 61-2 (veja discussão abaixo). Veja LABORDE (2014a, 2015b), KOPPELMAN (2013b), SCHATZMAN(2012) etc..

1) qual a definição correta de religião para efeitos de construção política do direito à liberdade de religião?<sup>318</sup>

2) o direito à liberdade de religião é um direito especial ou é somente mais um direito geral de proteção do indivíduo (ou da independência ética, como sugere Dworkin)?

3) a acomodação da religião é aceitável em alguma hipótese, ou caracteriza discriminação contra atores não-religiosos? Se é aceitável, quais as condições de seu reconhecimento?

4) o que significa estabelecer religião? O não-estabelecimento é modelo adequado e exaustivo de secularismo? Em outras palavras, o valor do regime secular é alcançado ao não se estabelecer religião? Se for, é alcançado na sua completude, ou há algo a mais a ser feito para protegê-lo?

No último capítulo da tese, enfrento sobretudo questões relacionadas ao item 4, com atenção especial à obrigatoriedade constitucional do ensino religioso facultativo nas escolas públicas. Por ora, vale mencionar breve resposta às três primeiras questões oferecidas acima.

Quanto à primeira questão - significado de religião - a definição precisa ser mais abrangente que a das religiões ortodoxas (teístas, como a cristã, ou não-teístas, como algumas orientais) para que não se caracterize por conjunto variado de respostas exclusivamente positivas à indagação acerca da existência de Deus ou do valor (resposta de Dworkin). Por religião devemos considerar a prática de enfrentar certos temas - os próprios das religiões ortodoxas mas outros também- ainda que a postura adotada pelo indivíduo ou grupo seja cética. Estes temas, como apresentados anteriormente, dizem respeito à existência e ao valor da realidade transcendental ou intrínseca, como diz Dworkin. Ter e exercer religião é então buscar identificar e harmonizar-se com essa realidade, como sustenta Boyle (em proposta próxima a George, por exemplo).

Entretanto, os limites aqui sugeridos à categoria de religião não são necessariamente os defendidos por Dworkin, para quem Richard Dawkins, um naturalista, isto é, alguém que defende que o real se limita aos objetos das ciências naturais<sup>319</sup>, não é um religioso. No sentido aqui defendido, um naturalista como Dawkins é religioso pois enfrenta o tema ainda que, sendo um naturalista, não tenha o que Dworkin chama de "atitude religiosa", segundo a qual a

---

<sup>318</sup> Veja KOPPELMAN, 2013b, p. 7 para a opinião de que a questão é de pouca relevância (veja ainda EISGRUBER & SAGER (2008-9). Acredito, entretanto, que ela é crucial.

<sup>319</sup> DWORKIN, 2013, pp. 12-3, traduzi.

vida humana tem "significado objetivo ou importância" e que a natureza não é somente um fato, pois é dotada de valor inerente<sup>320</sup>. Nesta definição, Dawkins não é religioso. De fato, há algo de diferente entre ele e Dworkin, pois as atitudes que têm são diferentes. Ocorre que, para efeitos políticos, a diferença não importa pois o relevante é a prática de enfrentar os problemas, quaisquer que sejam as respostas a eles dadas, como salientam Laycock, Boyle e Nussbaum ao analisar tema análogo, a saber, a inclusão do ateísmo no conceito de religião. Conclusão contrária implicaria discriminação contra o posicionamento cético a favor do não-cético.<sup>321</sup>

A partir da resposta à primeira pergunta, é possível chegar a resposta à segunda, que diz respeito à especialidade do direito à religião. Acredito que a inclusão de posturas céticas na definição de religião abra espaço para a permissão de incentivo público do bem da religião, aqui compreendido, como exposto a partir de Douglas Laycock, não como um conjunto de determinadas crenças mas como a prática de fazer e responder a certas perguntas.

A resposta à terceira pergunta, na obra de Dworkin, é parte da análise da segunda, pois, entre outros, é justamente por dizer que acomodar a religião pode caracterizar discriminação que a liberdade de religião não constitui direitos especiais. A seguir exponho o argumento do autor.

O argumento começa com duas premissas:<sup>322</sup>

1. a liberdade de religião e o não-estabelecimento da religião, cláusulas da Constituição dos EUA, bem como outros documentos protetivos da religião e da consciência, não podem ser interpretados somente a partir de visão teísta de religião. As razões são interpretativas.<sup>323</sup>

2. Estas normas devem incluir definição num sentido mais extenso. Esta definição é a proposta anteriormente<sup>324</sup>.

A partir destas afirmações, Dworkin constrói as seguintes teses do capítulo terceiro de *Religion Without God*.

---

<sup>320</sup> DWORKIN, 2013, pp. 10-1, traduzi.

<sup>321</sup> Compare com PINHEIRO (2017).

<sup>322</sup> Para apresentações do argumento de Dworkin, veja MCCLAIN (2014), LABORDE (2014b e 2016), HORWITZ (2014b) e CLAYTON (2017).

<sup>323</sup> DWORKIN, 2013, pp. 105 e ss.. Veja LABORDE (2014b).

<sup>324</sup> DWORKIN, 2013, pp. 116 e ss., e capítulos anteriores do livro.

3) Não é possível proteger a liberdade de religião como um direito especial. São duas as razões para esta conclusão:<sup>325</sup>

3.1. a única maneira de evitar o descontrole da categoria de religião é atribuir ao estado decisão que é individual, e não coletiva, e esta opção não é aceitável<sup>326</sup>;

3.2. há uma contradição entre as cláusulas do livre exercício e do estabelecimento, pois direito especial à religião caracteriza discriminação, o que é estabelecimento<sup>327</sup>.

4) É possível realizar a extensão da definição de religião (2) sem incorrer nos problemas mencionados acima (3) por meio de proposta radical, que não identifica a liberdade de religião como um direito especial de praticá-la salvo emergência, mas como um direito geral à independência ética, que protege a prática contra intervenções amparadas em visão sobre a superioridade de concepções de bem.

5) Esta proposta radical protege suficientemente a liberdade de religião.

Em conclusão,

6) a liberdade de religião, como reconhecida em diversos documentos, é um direito geral à independência ética, e não um direito especial.

---

<sup>325</sup> Veja LABORDE (2014b) e a organização que faz do argumento de Dworkin (pp. 1258 e ss., em especial das duas razões que o autor oferece contra o reconhecimento de direitos especiais à religião, a saber, a falta de controle da liberdade (p. 1259) e a discriminação produzida pelo reconhecimento de direitos especiais (p. 1260); veja ainda 2016, pp. 253-5 e pp. 256 e ss..

<sup>326</sup> DWORKIN, 2013, pp. 123-4. DWORKIN defende argumento similar, se é que não idêntico, ao defender o direito ao discurso de ódio: o problema que ele enxerga no direito especial à liberdade de religião existiria nos supostos direitos das vítimas contra a liberdade de expressão. A meu ver, o autor é bem sucedido ao defender o direito ao discurso de ódio, que é um direito especial de liberdade de expressão, mas não ao criticar o direito especial à liberdade de religião. Apresentei este argumento bem sucedido em ROSA (2014a, esp. cap. 3, subseção 4.1.); nesta tese, critico a versão malsucedida, desta vez aplicada à liberdade de religião. Para referências mais detalhadas, veja seção "Antecedentes", da "Introdução" a esta tese. Criticando a visão de John Garvey de que a religião é um bem, MAZUOLI & SORIANO dizem que, nesta visão, "(...) o Estado deveria definir então o que é religião, o que representa uma impossibilidade insuperável se ele é democrático, laico e pluralista. A religião só pode ser definida internamente, com seus argumentos religiosos e metafísicos (8)", p. 30, nota omitida. Veja, de ZUCCA: "Since religious reasons are sovereign in their domain according to this perspective, it follows that philosophy has a very limited role to play in providing a definition of a practice that defines itself. Moreover, the question: 'what is religion?' for the purpose of determining the right-holders and the content of the right is an altogether different question from 'what is speech?' Secular institutions are notoriously ill equipped to answer the former question" (p. 394); AUDI, comentando a visão de ZUCCA de que religião é uma expressão vaga: " But how much clarity about it is needed for an ethical theory of religious liberty rights or even a theory of the relation between governmental and other institutions and religion? And in particular, is *greater* clarity required than we need for an adequate theory of freedom of expression independent of subject-matter?", AUDI (2015, p. 417, *italico* no original). Veja abaixo discussão sobre a crítica de HORWITZ a DWORKIN. Veja KENDRICK (2017, p. 92 e p. 93, esp. trechos citados em nota abaixo) e LABORDE (2016, pp. 253-4).

<sup>327</sup> DWORKIN, 2013, pp. 124 e ss..



Considero que os argumentos de Dworkin em defesa dos itens 1-2 são adequados, embora a definição de religião que o autor emprega seja por vezes oscilante de modo problemático<sup>328</sup>. Os argumentos 3.1. e 3.2. , que sustentam a tese 3, não são convincentes, e pretendo mostrar por quê. A afirmação 4 é verdadeira, pois de fato a extensão do conceito de religião pela categoria da independência ética é filosoficamente possível. Mas a afirmação 5. é incorreta porque a proteção não é suficiente. Como 3.1. e 3.2. não são boas razões, e como 5. é incorreta, a conclusão 6 deve ser rejeitada.

A conclusão (6), no quadro exposto na seção anterior a partir da obra de Martha Nussbaum, é lockeana, pois nega um direito às acomodações. Vale a pena, então, buscar interpretação do tipo de documentos que Dworkin menciona, no qual podemos incluir a Constituição Federal de 1988, no outro modelo que compõe a chave descrita por Nussbaum. É o que faço na próxima seção. Por enquanto, vale esmiuçar o argumento de Dworkin. Empregarei a estruturação acima (1-6) para fazê-lo.

A meu ver, Dworkin oscila na sua definição de religião. Ao contrastar a definição que emprega com a definição teísta, diz que a primeira "abrange todas as convicções profundas (*deep*) sobre o propósito e as responsabilidades da vida"<sup>329</sup>. Mais à frente, ao definir a proteção especial à religião, o autor procede de modo convergente ao conceber esta proteção como "um direito em princípio ao livre exercício de suas convicções profundas (*profound*) sobre a vida e suas responsabilidades"<sup>330</sup>. Dworkin não diz exatamente o que significa esta profundidade. Acredito que uma convicção seja profunda quando diga respeito à transcendência da realidade. Além de tratar qualquer concepção de vida como religiosa,

---

<sup>328</sup> Este erro é comum na literatura. LABORDE identifica em EISGRUBER & SAGER variações de significado de "serious" (2014b, pp. 67, 70).

<sup>329</sup> DWORKIN, 2013, p. 107, traduzi. EISGRUBER & SAGER (2007) também usam a expressão: falam em "deep convictions", categoria que, segundo Koppelman, não é judicialmente aplicável - o autor prefere falar na religião como "proxy". KOPPELMAN (2014b, p. 1082), KOPPELMAN & GEDICKS (2015, p. 225); veja ainda KOPPELMAN (2013b, 124 e ss. etc. e 2017a, pp. 823, 835 ("practice of treating religion as something special"), 841-2, 842, 2017b, esp. pp. 78 e ss.). Em especial, veja o seguinte trecho "The singling out of religion is appropriate precisely *because* it doesn't correspond to any real category of morally salient thought or conduct, and thus is flexible enough to capture intuitions about accommodation while keeping the state neutral about theological questions. It is the most workable proxy for whatever genuine value ought to be promoted in accommodation cases. Other, more specific categories are either too sectarian to be politically usable, too underinclusive to substitute for religion, or too vague to be administrable.", 2017a, p. 842, *itálico no original*). Veja ainda 2012 (esp. p. 71, 7477) 2013b, 2014b (p. 1081), 2015, 2016 (p. 47 sobre EISGRUBER & SAGER), 2017a, 2017b; para crítica, veja SCHWARTZMAN (2014, pp. 1087 e ss., esp. pp. 1089-90, 1098) e LABORDE (2015b, pp. 590 e ss.). Compare com comentário de GEDICKS a Garvey (1997-8, p. 566).

<sup>330</sup> DWORKIN, 2013, p. 117, traduzi. No trecho da p. 107, Dworkin usa a expressão "deep", enquanto, na p. 117, "profound". Não vejo distinção e, por isso, traduzo ambas por "profundas".

Dworkin elimina o requisito de profundidade e o substitui por outro: trata como religiosas "convicções mantidas apaixonadamente"<sup>331</sup>. Disso entendo que o amante de carros de que fala Nussbaum<sup>332</sup> (ao exemplificar o que *não* é religião) seria religioso. Ou seja, num ponto Dworkin trata a religião como uma convicção profunda sobre o valor da vida; noutra, como paixão. Nenhum dos dois é adequado. Como expliquei no capítulo primeiro, a religião deve ser vista como convicção mais básica do que uma concepção de bem<sup>333</sup>: é uma visão sobre a transcendência da realidade, que pode, mas não necessariamente repercute, numa visão de como viver<sup>334</sup>. Mas certamente o critério de profundidade é menos problemático que o de paixão.

Uma vez vista a religião como um conjunto de visões apaixonadas, Dworkin acredita que expandir o direito especial à liberdade de religião para além do teísmo gera descontrolo à liberdade de religião. O autor parece acreditar que não há posição intermediária entre teísmo e gostos. O argumento para tanto consiste em ver como indiferenciáveis paixões profundas das não profundas. Mas é fácil perceber que a paixão por certa prática não necessariamente implica profundidade. É possível desejar ou gostar apaixonadamente de algo sem que fazê-lo decorra de uma visão acerca do valor intrínseco da realidade. Pode ser difícil *diferenciar na prática* as duas coisas<sup>335</sup>. Pode, inclusive, ser o caso que o amante de carros o faça por razão religiosa (numa variação do exemplo de Nussbaum, que o pensa para exemplificar a não-religião). No exemplo de Dworkin, o amante do dinheiro (mamon) o faz porque reconhece nele "importância transcendental"<sup>336</sup>. Neste caso, devemos reconhecer o materialismo como religioso. Mas isso não significa que todo materialismo o seja. Naturalmente, a proteção de todos os gostos por direito especial não é possível<sup>337</sup>. Dworkin acredita que este direito implicaria isentar o materialista do imposto de renda ou impedir a integração racial porque alguns lhe opõem<sup>338</sup>. Mas estas conclusões, assume ele com razão, não são aceitáveis. Algum

---

<sup>331</sup> DWORKIN, 2013, p. 107, traduzi.

<sup>332</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 167.

<sup>333</sup> Veja LABORDE (2016, pp. 250, 265-6).

<sup>334</sup> Como Dworkin parece indicar em 2013, p. 121, citando trabalho seu *Freedom's Law* (n. 6). MCCLAIN (2014, p. 1284, n. 76) relata que se trata de texto publicado em *Freedom's Law* (2006a ou 1996a) e reproduzido como parte de *Life's Dominion* (1994).

<sup>335</sup> Veja referências a HORWITZ (2014a), SCHAUER (2005), ROSA (2014a) etc..

<sup>336</sup> DWORKIN, 2013, p. 107, traduzi. DANE, 2015, pp. 9-10, 15.

<sup>337</sup> DWORKIN, 2013, p. 117. Veja nota acima sobre argumento de Dworkin a respeito do discurso de ódio que discuti anteriormente em ROSA (2014a). Veja CLAYTON (2017).

<sup>338</sup> DWORKIN, 2013, p. 118.

tipo de limitação é necessária. A meu ver, é preciso diferenciar querer algo apaixonadamente de fazê-lo como resultado de um processo de busca pelo sentido da realidade<sup>339</sup>. Ainda, autores como Martha Nussbaum situam a limitação num elemento externo à liberdade de religião. Não há direito de liberdade de religião a sacrifício humano, naturalmente.<sup>340</sup>

Mas Dworkin não segue este caminho ao tentar controlar os efeitos da sua visão expansiva de religião. Sua opção é outra. O autor cogita e rejeita duas tentativas de restrição da própria ideia de religião: um que chama de funcional e outro, substantivo<sup>341</sup>. O primeiro, a meu ver adotado por MacLure e Taylor<sup>342</sup>, foi empregado, segundo Dworkin, pela Suprema Corte dos EUA ao entender que tem religião aquele cuja convicção pacifista ateia exerce papel semelhante à objeção de consciência teísta. O autor rejeita esta possibilidade pois não vê nela a capacidade de excluir da definição de religião um "adorador sério de mamom"<sup>343</sup>. A segunda opção, substantiva, identifica a religião pelo objeto da crença, que é específico: diz respeito ao reconhecimento do valor intrínseco da vida humana.<sup>344</sup> Dworkin rejeita a opção porque acredita que a única maneira de executá-la é atribuir ao estado autoridade que ele não deve ter. Trata-se do primeiro argumento que oferece para negar o direito especial à religião.

Em suma, Dworkin considera que a viabilidade da liberdade de religião não reside numa interpretação mais restritiva de religião. Veremos que o autor defende a viabilidade pela restrição do significado de liberdade, que passa a não ser mais vista como um direito especial. Ou seja, a solução passa pela política da liberdade, e não diretamente pela filosofia da religião.<sup>345</sup> Este ponto é importante a esta tese. Adotei a disposição interpretativa de Dworkin

---

<sup>339</sup> Compare com FINNIS (2011, pp. 71 e ss.). Veja BOU-HABIB (2006, esp. pp. 114 e ss.).

<sup>340</sup> DWORKIN (2013, p. 113) também dá o exemplo, e o soluciona de forma semelhante, embora posteriormente tente caracterizar o racismo, por exemplo, como não religioso (veja também GEORGE, 1993, p. 222 e 2013, p. 125). Veja ainda a defesa de Nussbaum contra a crítica de Koppelman de que sua teoria incluiria as convicções dos escravocratas do sul dos EUA como religiosas: "(...) we can admit such claims as genuinely religious and defeat them at the next stage, when their holders propose to do harm to others or to violate other constitutional norms" (NUSSBAUM, 2008, p. 380, n. 98 à p. 168). Veja ROSA (2014a, p. 214, n. 882) para defesa similar de Dworkin contra argumento de Waldron. Veja AUDI (2015, p. 409).

<sup>341</sup> DWORKIN, 2013, pp. 118 e ss. Veja LAYCOCK (2010, p. 79) e NUSSBAUM (2008, pp. 168-9).

<sup>342</sup> MCLURE & TAYLOR (2011).

<sup>343</sup> DWORKIN, 2013, p. 120, traduzi.

<sup>344</sup> DWORKIN, 2013, pp. 120 e ss..

<sup>345</sup> KENDRICK (2017) faz a seguinte afirmação para distinguir os dois requisitos que enxerga num direito especial: "*Distinctiveness* concerns the right's analytical independence from other rights and activities. *Robustness* concerns the degree of its protection. Roughly speaking, if we use free speech rights as an example, distinctiveness goes to why we should use the term "free speech"; robustness goes to why we should use the term "right." Claims about special rights generally contain premises—whether stated or unstated, confident or skeptical— regarding both distinctiveness and robustness." (p. 93, itálicos no original). A própria autora sugere

de definir a religião como um ideal, e de reconhecer que nela se incluem práticas mais variadas do que o uso convencional da expressão pode sugerir. Mas Dworkin se equivoca ao negar que seja possível restringir o sentido de religião para manter a liberdade sob controle teórico. O autor, acredito, é ambíguo quanto à restrição substantiva da religião. Parece que ele concorda filosoficamente com a restrição da religião a certas práticas, isto é, concorda que paixões não são religião<sup>346</sup>. Mas o autor claramente não acredita que este argumento seja aceitável: como dá poderes ao estado de distinguir religião de não-religião, não é admissível.

O que sustenta esta análise de Dworkin? Dois são os argumentos que o autor oferece. Gostaria de apresentar cada um deles, bem como mostrar por que não são convincentes. Ou seja, pretendo defender das críticas o modelo que mantém sob controle a liberdade de religião por meio de limitação do significado de religião. Em seguida, apresento e critico o modelo que Dworkin oferece em substituição ao defendido, que consiste em limitar a liberdade de religião pela diminuição da liberdade, não da religião.

Ronald Dworkin tem dois argumentos para sustentar a tese de que a liberdade de religião não pode consistir num direito especial. O direito especial, como visto, só pode ser limitado em "emergências"<sup>347</sup>. O primeiro dos argumentos consiste em sustentar que direitos especiais atribuem ao estado autoridade que não deve ter. No primeiro capítulo desta tese, apresentei a concepção dworkiniana de governo secular, que enxerga a religião como uma atividade individual. Acredito que Dworkin recorra a esta ideia para sustentar que não pode haver direitos especiais à liberdade de religião. Ele diz o seguinte a respeito das limitações substantivas à definição de religião:

"Estas restrições substantivas sobre as convicções que um direito à liberdade de religião deve proteger são atraentes. Mas a sua plausibilidade baseia-se na premissa de que compõe (*lies within*) o poder do governo escolher entre convicções sinceras quais são merecedoras de especial proteção e quais não. *Essa premissa parece ela mesma contradizer o princípio básico de que questões de valor fundamental são uma questão de escolha individual, não coletiva.* Não podemos assumir que as convicções que o governo escolhe não proteger sejam insinceras ou em outro sentido não genuínas. Materialismo ou racismo pode bem refletir uma convicção genuína e firme (*gripping*) sobre quais vidas são

---

como compreender a teoria da liberdade de religião, inclusive de Dworkin, a partir deste quadro. Dworkin põe ordem na liberdade de religião ao diminuir a "robustness", questão que opera no conceito de "direito", como diz a autora, e não ao lidar com a distinção da religião (tema equivalente, no exemplo, à ideia de "free speech), que o autor expande e em cuja delimitação não admite atuação estatal (Kendrick diz: "When religion scholars ask if religion may be effectively distinguished from secular comprehensive worldviews, they are asking whether religion is distinct from those other views.14", p. 92, nota 14 com referência a DWORKIN (2013) e a SCHATZMAN (2012).

<sup>346</sup> DWORKIN, 2013, p. 123.

<sup>347</sup> DWORKIN, 2013, p. 131.

inerentemente bem sucedidas e quais são perdidas. Estudiosos de Nietzsche talvez tenham encontrado uma defesa filosoficamente sofisticada de seu instinto de que poder é o único deus. *Uma vez que quebrems a conexão entre uma convicção religiosa e o teísmo ortodoxo, parece não termos nenhuma maneira firme de excluir mesmo a mais selvagem das excentricidades éticas da categoria de fé protegida.*"<sup>348</sup>

Ou seja, para Dworkin, não é possível distinguir entre crenças religiosas genuínas das não genuínas; pelo menos, ainda que seja, não é o Estado quem deve fazê-lo. A meu ver, este argumento preocupa-se com aspecto bastante importante da reflexão sobre as relações entre o estado e religião. Em poucas palavras, consiste em dizer que direitos especiais coletivizam decisões religiosas. É importante saber quando isso ocorre, e é importante impedir que o estado coletivize a religião. Mas nesse caso Dworkin está errado. E duas observações explicam por que.

Em primeiro lugar, o argumento de Dworkin tem um problema de alvo, como sugere uma observação de Paul Horwitz que citarei daqui a pouco<sup>349</sup>. Ao apresentar esta crítica ao direito especial à liberdade de religião ele, na verdade, critica *todo* direito especial. Qualquer hipótese em que o Estado seleciona atividades para tratamento especial produz o tipo de coletivização que o autor rejeita. Em trabalho anterior, apresentei a concepção de liberdade de expressão em Dworkin, que consiste na liberdade de expressão como um direito especial<sup>350</sup>. O autor precisa abandonar esta concepção de liberdade de expressão para endossar a crítica que oferece ao direito especial à liberdade de religião. A razão é a seguinte: o governo não coletiviza mais a religião ao limitar a abrangência da proteção de sua liberdade do que coletiviza a expressão do cidadão ao definir o que é expressão para efeitos de direito especial à liberdade de expressão. Quando sustentamos (coisa que, se não fazemos, deveríamos) que a feminista tem direito especial à liberdade de expressão de desnudar-se para protestar, sustentamos que a expressão de quem simplesmente quer andar nu na rua (uma expressão "excêntrica", para usar o termo que Dworkin emprega para caracterizar convicções que não seriam protegidas pelo direito especial à liberdade de religião) não merece a mesma

---

<sup>348</sup> DWORKIN, 2013, p. 123-4, traduzi, inseri italicizadas palavras do original entre parêntesis; itálicos acrescentados (veja ainda p. 130).

<sup>349</sup> É nestes termos que leio o argumento de HORWITZ (2014b, pp. 15-6): diferenciar o uso sacramental de droga do uso por quem quer "get high" não é mais discriminatório do que diferenciar o discurso político do acerto criminoso (*conspiracy*). A menção à liberdade de expressão aqui esclarece que os argumentos de Dworkin acertam não só o direito especial à liberdade de religião, mas também o direito especial à liberdade de expressão. Cito e discuto este argumento de Horwitz abaixo.

<sup>350</sup> ROSA: 2014a, esp. cap. 1.

proteção<sup>351</sup>. Podemos discutir em que hipóteses a disposição de andar nu é expressão, mas é certo que o direito especial à liberdade de expressão exige separação, por parte do governo, de manifestações humanas a serem protegidas com maior generosidade (arte<sup>352</sup>, e não discursos, por exemplo, criminosos<sup>353</sup>) em termos análogos ao direito especial à liberdade de religião. O problema da coletivização, como concebido por Dworkin, dinamita não só o direito especial à liberdade de religião, mas a própria categoria de direito especial, e afeta, portanto, também a liberdade de expressão.

Este primeiro argumento contra a análise de Dworkin não resolve o problema, naturalmente. Apenas sustenta que o autor precisaria abandonar outros pontos da sua teoria. Esta não é uma opção viável a esta tese, que defende direitos especiais à liberdade de religião, o que a compromete com a higidez da categoria de direitos especiais. Daí o próximo argumento.

O segundo argumento que gostaria de oferecer enfrenta diretamente o de Dworkin. Negar a acomodação é uma espécie de coletivização mais grave do que forçar o estado a distinguir manifestações humanas que são das que não são religiosas. Afinal, negar direito especial implica tolerar algumas proibições de rituais religiosos, enquanto garantir direito especial significa que o Estado deve antes saber se há ou não ritual. Em suma, talvez tenhamos aqui um nó górdio, ou seja, um problema intratável: qualquer opção implica atribuir ao Estado mais autoridade do que é ideal que tenha. Claramente, a proibição é mais grave. A solução do nó górdio talvez seja de fato alexandrina (embora não a longevidade, espero): que se o corte com a espada dos direitos especiais e paciência. Dentre duas opções que atribuem poderes que o estado não deveria ter, a que o faz com prejuízo inferior à liberdade é certamente a preferível.<sup>354</sup> Apesar disso, o problema persiste. Em interessante exposição dos interrogatórios

---

<sup>351</sup> Veja LABORDE (2015b, pp. 588, 596-8) e MCLURE & TAYLOR (211). Veja críticas de GEORGE (2013, esp. cap. 10) e FINNIS (2011, pp. 72 e ss., por exemplo).

<sup>352</sup> Veja argumento de Andrew KOPPELMAN (2013a, esp. pp. 146, 163-4); veja LABORDE (2016), criticando Dworkin neste ponto.

<sup>353</sup> HORWITZ (2014b, pp. 15-6). Veja discussão abaixo.

<sup>354</sup> Acredito que seja recomendável a postura de reconhecimento da imperfeição da regulamentação da liberdade de religião, como existente na obra de GREENAWALT (2016, pp. 3-4, 141-2, 207-8): por exemplo, comentando demandas de alimentação em prisões: "As in a great many domains involving claims to religious exercise, meeting the aspiration of genuine neutrality may be impossible, but efforts to move in that direction are much better than simply ruling out all such claims altogether. Foreclosing all of these can in this and many other contexts be a deeper denial of treating people equally than drawing less-than-perfect boundaries of exemption" (p. 142). Veja ainda, sobre imperfeição inevitável, LAYCOCK (1986-7, p. 54); por fim, veja NUSSBAUM (2008, p. 173) e HORWITZ (2011, p. xv). Veja ainda Bagni: "The approach this Article proposes for resolving

dos casos da objeção de consciência durante a Guerra do Vietnã, em que acomodação foi concedida, Lund verifica forte "pressão religiosa pela conversão"<sup>355</sup>. Há, naturalmente, um problema aqui, mas acredito que a solução passe por acomodação sem pressão, e não por rejeição da acomodação, afinal, neste caso o estado naturalmente também pressiona, pois encarcera o não-crente.

Dworkin tem, ademais, outro argumento, e discute o direito ao consumo de drogas em rituais religiosos para apresentá-lo. Para o autor, há contradição entre o reconhecimento de direito especial ao uso de substância proibida (uma questão de livre exercício da religião) e a regra que impede o estado de discriminar por razão de religião (aspecto da cláusula de não-

---

the school admissions issue does require a degree of state involvement in spiritual matters. An unavoidable inquiry in any case where a purportedly religious organization seeks immunity from the law is whether the organization is, in fact, religious. Conclusively presuming religiousness in all cases where the claim is made would be likely to encourage whole waves of fraudulent claims, which might result in a growing, albeit unconscious, judicial insensitivity to legitimate claims. Moreover, to argue *for* immunity but against the religiousness inquiry is to adopt logically inconsistent positions (156)", BAGNI, 1979, pp. 1542-3, *itálico no original*, nota omitida a trabalho de Greenawalt (número e posição indicada). Veja NUSSBAUM (2008, p. 12) e PINHEIRO, 2009, p. 282. Garnett (2001b) critica a atuação judicial que separe o que é secular e o que é religioso (p. 22; ver pp. 23 e ss., esp. "By determining for its own purposes the meaning of religious communities' statements and activities, and by enforcing the distinctions it draws, government subtly reshapes religious consciousness itself<sup>143</sup>. In other others, by telling religion what it may say, really is saying, or will be deemed to have said; and by telling faith where it belongs, government molds religion's own sense of what it is.<sup>144</sup>", pp. 26-27, notas omitidas.

<sup>355</sup> LUND, 2010, p. 378; veja pp. 376-7 e o seguinte trecho: "These cases are striking in the degree of religious pressure being exerted on these individuals. Welsh is pushed from being nonreligious to being religious; Jakobson is pushed from one type of religion to another. And this sort of religious pressure was par for the course. At the time, numerous draft boards reported last-minute religious conversions they described as "Damascus Claims."<sup>163</sup> Some of these claims, no doubt, were false claims of conversion, calculated to avoid prosecution. That alone is disturbing. But just as disturbing is the fact that some of those Damascus claims were apparently sincere.<sup>164</sup> Many people have strong opinions about religion. But for those who do not think much about issues of religious belief, or find themselves conflicted, or find the evidence in relative equipoise—this sort of influence can be highly persuasive. Courts during this time blithely assumed that this would never happen—that applicants would never honestly change their religions for the draft exemption.<sup>165</sup> But we see clearly in retrospect the pressure that is working here; the only hard question, I think, is whether these cases are more reminiscent of test oaths or heresy trials.<sup>166</sup>", p. 381, notas omitidas. Veja ainda NUSSBAUM (2008, pp. 170 e ss.) e o seguinte trecho de EISGRUBER & SAGER, comentando a atuação de um tribunal que tivesse de decidir se duas pessoas (chamadas "Ms. Campbell") que desejam expandir uma atividade de caridade, mas por razões diferentes (uma por razão religiosa e outra por razão não-religiosa: 2008-9, pp. 807 e ss.), devem receber o mesmo tratamento: "Judicial inquiries of this kind should trouble anyone committed to religious freedom. They are in the deepest sense morally arbitrary: people with very similar commitments and projects would have different rights depending on the fine points of their religious views. They are personally intrusive: to assert their rights, people must be willing to expose their religious beliefs to extensive and detailed cross-examination in court. They are potentially coercive: if either Ms. Campbell knows that her ability to operate a soup kitchen depends on whether she is able to say the right things about her passionate commitment, then she may begin to talk and think about that commitment a bit differently." (p. 824; veja ainda pp. 807 e ss., 811, 823 e ss., 825; para o exemplo, veja ainda 2007 e discussão em nota abaixo).

estabelecimento da religião)<sup>356</sup>. Com efeito, este é um ponto a que a literatura norte-americana se dedica: Andrew Koppelman, por exemplo, diz haver um "dilema" entre as cláusulas<sup>357</sup>.

Ademais, como apresentei acima, Dworkin diz:

"A Igreja Nativa Americana usa peyote, uma droga alucinógena, em seus rituais religiosos. A droga é em geral banida porque é perigosamente viciante. Se uma exceção é feita para a tribo porque a droga desempenha papel nos seus rituais, então o direito discrimina com base na religião contra, por exemplo, seguidores de Aldous Huxley que acreditam que a melhor vida é vivida em transe (*trance*). Se o direito portanto reconhece uma religião sem deus, e exime todos que acreditam que droga alucinógena permite percepção especial sobre o significado da vida, então o direito discrimina, também com base religiosa, contra aqueles que simplesmente querem ficar chapados (*get high*)."<sup>358</sup>

Há então três casos em análise: o uso de substância proibida em ritual religioso, visão ética que inclui uso de drogas, e o desejo de chapar. Dworkin supõe que os três têm o mesmo *status* ético e que o governo não pode proteger mais um que outros. Há pouco no texto em defesa desta tese, que não é nada óbvia, como sugere Horwitz. Ele diz:

"Mesmo que estendamos o direito de usar drogas alucinógenas a qualquer um que tenha uma convicção reeligiosa ou quasi-religiosa forte sobre seu uso, será que realmente discrimina 'por razões religiosas [] contra quem simplesmente querem ficar chapados'?90 (...) Que haja problemas conceituais reais aqui (91) não exige que desfaçamos o bom junto do mal, mais do que precisamos demover a Cláusula da Expressão porque o direito da liberdade de expressão 'discrimina' em favor do discurso político e contra conspirações criminais".<sup>359</sup>

O exemplo de Horwitz não é bom, porque há naturalmente uma diferença normativa evidente entre o discurso político e a conspiração criminal, mesmo que aceitemos direitos especiais, afinal, um viola direito e outro não. Mas o exemplo ser ruim não deve nos permitir ignorar o ponto fundamental que parece motivar Horwitz, a saber, que o tipo de distinção problemática que Dworkin enxerga no reconhecimento de direitos especiais à liberdade de religião ocorre também em outras áreas, como a liberdade de expressão, e que a melhor maneira de resolver a questão não inclui desperdiçar o que há de bom na prática de reconhecer

---

<sup>356</sup> DWORKIN, 2013, p. 129.

<sup>357</sup> KOPPELMAN, 2013b, pp. 7, 38, 106-7 etc.. Veja ZUCCA (2015, p. 397).

<sup>358</sup> DWORKIN, 2013, p. 125-6, traduzi, inseri italicizadas palavras do original entre parêntesis; itálicos acrescentados. Veja ainda p. 135.

<sup>359</sup> HORWITZ (2014b, pp. 15-6, traduzi, nota 90 a DWORKIN (2013), 91 a trabalho seu; não acrescentei o "[ ]", mas (...) foram inseridos); entre os dois trechos citados, HORWITZ (pp. 15-16; veja ainda pp. 18-19) critica o argumento de Dworkin contra o design inteligente nas escolas públicas. Acredito que, neste ponto, Horwitz esteja errado. Com efeito, analiso o argumento de Dworkin a este propósito no próximo capítulo. A meu ver, FINNIS (2011, p. 71) faz crítica convergente a esta de Horwitz (2011, p. 95, n. 37, com crítica a EISGRUBER & SAGER somente, mas versão anterior do artigo (2006a, p. 21, n. 37) inclui Dworkin); GEORGE recorre a John Henry Newman para crítica similar (2013, p. 111).



direitos especiais.<sup>360</sup> Em suma, neste trecho Horwitz não pretende necessariamente sustentar que Dworkin está errado em dizer que há discriminação no caso, mas salientar que não é nada óbvio que há. A crítica do autor parece ser que a obra de Dworkin não nos convence de que os casos devem receber o mesmo tratamento. Horwitz, a meu ver, está coberto de razão<sup>361</sup>. E Nussbaum explica por que, ademais, os casos são diferentes<sup>362</sup>, como mostrarei na próxima seção.

Horwitz, como visto, ensaia insistir que há diferença entre os tipos de consumo de drogas que justifica que um seja protegido juridicamente de maneira que outro não é. Com efeito, a semelhança entre os casos é incisivamente rejeitada pelo tipo de análise feita por autores como Maclure & Taylor<sup>363</sup> e Nussbaum, que, mesmo filiados ao esforço igualitário de proteger atividades humanas que não são adequadamente descritas como ortodoxamente religiosas, não seguem o caminho de Dworkin pois não concebem que o desejo deve ter o

---

<sup>360</sup> Compare com SCHWARTZMAN (2012, p. 1352, discutindo a especialidade do "speech" em Schauer). A meu ver, AUDI (2015, p. 417) tem argumento análogo contra ZUCCA (2015, esp. p. 294): veja citações em notas acima. Veja SCHAUER (2005, pp. 1-2 e pp. 9-10, 13-4, 18-, 24-5 (n. 97), pp. 26-7 (n. 10)) e KENDRICK (2017). Veja ainda ROSA: 2014a, p. 219, citando Dworkin, 2006a, p. 326 ou 1996a, p. 204 e tese de Júlio Cesar Casarin Barroso Silva); veja ainda pp. 230-1, citando DWORKIN, 1996c na p. 230, n. 936.

<sup>361</sup> Após salientar o fato de que a Constituição dos EUA seleciona a "expressão", McConnell diz:

"The Constitution "singles out" a number of ideas, interests, and concerns. Among them are property, self incriminating statements, punishment, liberty, habeas corpus, ex post facto laws, involuntary servitude, voting rights, and rights deemed "fundamental." Each of these examples receives special treatment, though not the same type of special treatment. The special treatment of each of these matters can be subjected to skeptical analysis, and a critic can no doubt identify cases in which it seems arbitrary to accord constitutional protection to an activity falling within the definition and deny it to a close analog. (Why should cable television companies have a constitutional defense against "open access" regulations when natural gas companies do not? 124 Why should teenagers be able to get an abortion without parental permission when they could not get a heart operation? 125) Nevertheless, each of these concepts receives special treatment by the Constitution, and in each case such treatment can be defended by a combination of philosophical arguments, experiences, prudential judgments, and 'popular intuitions.

"This is the sense in which religion is "singled out." Not in contradistinction to "nonreligion," but rather, as one of a great many human concerns that are insulated, for a variety of reasons and in a variety of ways, from the play of democratic politics." (2000-1, pp. 31-32, notas com referências a casos norte americanos; veja em geral pp. 31 e ss.).

<sup>362</sup> Comentando o conflito entre a cláusula de não-estabelecimento e cláusula do livre exercício nos EUA, LAYCOCK apresenta a seguinte opinião de Merel: "Gail Merel has tried to dispose of the problem by distinguishing "irreligion" from "nonreligion." 31 5 By "irreligion," she means opposition to some or all religious views. She believes that the religion clauses require government neutrality between religion and irreligion: a Jehovah's Witness and an atheist have the same right to proselytize. But there need not be neutrality between religion and nonreligion: a Sabbatarian and a college football fan do not have the same claim to exemption from Saturday work" (1981, p. 1415, nota ao trabalho de 1978 de Merel: "The Protection of Individual Choice: A Consistent Understanding of Religious nder the First Amentment, 45 U. Chi. L. Rev. 805 (...)", p. 1379, n. 63). Esta ideia que Laycock encontra em Merel é a ideia intuitiva por trás da liberdade de religião e que precisa ser explicada. A meu ver, quem a faz melhor na literatura consultada é Nussbaum.

<sup>363</sup> Veja citação de trecho de LABORDE (2015a, p. 277) em nota abaixo.

mesmo tratamento da religião ou da consciência. Não se trata de dizer que é simples diferenciar estas categorias, é claro; Horwitz claramente reconhece a dificuldade<sup>364</sup>. Mas considerada a religião como uma busca por um objetivo específico, a saber, a compreensão do valor da realidade e a harmonização da vida com ele, é possível entender que está em posição segura a exceção à comunidade nativa e provavelmente aos huxleyneanos, embora o simples desejo de consumir drogas não deva, por justiça, receber a mesma proteção. Retomo esta defesa na próxima seção.

Para entendermos por que este argumento não é convincente é importante compreender o que o autor tem a dizer em defesa da sugestão que faz em substituição a este modelo. Trata-se da independência ética. Como apresentei em outro trabalho, o ponto de Dworkin é limitar as razões de ação do estado.<sup>365</sup> Para o autor, o estado pode proibir as drogas, desde que não o faça porque acha que as vidas de quem as consomem são "vergonhosas"<sup>366</sup>, pois as concepções de bem deve ser objeto de decisão indivíduos, e não governamental<sup>367</sup>. Por outro lado, o estado pode restringir a liberdade se o fizer para aliviar os "custos sociais do

---

<sup>364</sup>Veja o seguinte trecho de LABORDE (2015a, p. 277): "One issue is how to distinguish trivial from morally significant beliefs. Taylor and Maclure assume there is a consensual understanding of the difference between a morally trivial and a morally significant act. Yet, under conditions of deep moral pluralism, it is precisely those kinds of strong evaluations that are likely to be contested. Consider the standard defense by US courts (following the decision in *Employment Division v. Smith*) of the ingestion of peyote, an otherwise illegal drug. The use of peyote within some Native American rituals is considered by the Supreme Court as a spiritual act falling under the free exercise provision of the First Amendment (even if it does not generate a right to accommodation— as the court famously declared in the *Smith* case, as discussed in chapter 19 by Winnifred Fallers Sullivan). But what is interesting is this: while ingesting drugs merely to “get high” would count as a trivial, frivolous purpose, injecting drugs for spiritual purposes rightly falls under the category of a morally significant act deserving of protection. But let’s also consider this: what if individuals not belonging to what the courts recognize as a “religion” sincerely claim that they are also using drugs for spiritual purposes? Does “spiritual purpose” extend to dealing with depression, seeking higher truths through controlled intoxication, or dealing with existential pain? In the secular age, how do we draw the line between the spiritual and the trivial, and who is to be the judge of someone else’s spiritual integrity?", p. 277, itálicos no original, menção a Sullivan é a artigo publicado no mesmo volume do trabalho de Laborde. Veja ainda o seguinte trecho: "*It looks as if, on Dworkin's own theory, freedom of religion will sometimes generate special rights of protection. But if that is the case, we need a workable theory of what counts as a burden on freedom of religion. And we will not escape the difficult question - which Dworkin sought to sidestep - as to whether a sacred use of drugs is more foundational, ethically speaking, than a recreational use of drugs.*" 2014b, p. 1264, itálico acrescentados; não concordo com a afirmação italicizada, mas o ônus que a autora demanda realmente não foi cumprido por Dworkin, o que é um problema decisivo no segundo argumento contra a existência de direitos especiais à liberdade de religião.

<sup>365</sup> ROSA: 2014a, esp. cap. 2. Veja referências mais detalhadas na Introdução, acima. Veja DWORKIN, 2013, pp. 129-30 (trecho citado em nota acima).

<sup>366</sup> DWORKIN, 2013, p. 130, traduzi.

<sup>367</sup> DWORKIN, 2013, p. 130. Veja discussão sobre secularismo no capítulo anterior.

vício"<sup>368</sup>, pois pode proteger o interesse comum. Daí o contraste entre independência ética e direitos especiais. A primeiro "(...) impede o governo de restringir a liberdade somente por certas razões, e não outras; direitos especiais, por outro lado, impõem restrições muito mais poderosas e gerais no governo"<sup>369</sup>: é exigido "interesse convincente do estado" ou "emergência"<sup>370</sup>, como discutido na seção anterior quando expus o contraste que Nussbaum traça entre o modelo de Locke e o de Williams.

A proposta de Dworkin é do primeiro tipo. Retomemos o uso ritual de drogas. Por hipótese, a proibição de drogas viciantes é justificável por razão de justiça, ou, pelo menos, eventual juízo sobre o (des)valor do consumo não diferencia o desvalor do consumo religioso do não religioso. Assim, se a liberdade de religião não é especial, mas um direito parte da independência ética, o ato de consumo de droga por razão religiosa não tem *status* diferente do consumo por puro lazer<sup>371</sup>. Daí Dworkin rejeitar a acomodação de práticas religiosas proibidas por razão de justiça, como o consumo religioso de peyote nos EUA. Para o autor, a permissão especial seria discriminatória pois consistiria em privilégio a ato que não é diferente dos demais. Observe que eventual justificativa da proibição do consumo de drogas que violasse a independência ética o faria tanto para o consumo religioso quanto para o consumo não-religioso<sup>372</sup>. O argumento da acomodação deve, naturalmente, mostrar por que, apesar de justificada a proibição de uma conduta em geral, ela deve ser permitida em contextos religiosos. A sugestão de Dworkin é que nenhuma justificção deste tipo é possível sem violação da igualdade.

---

<sup>368</sup> DWORKIN, 2013, p. 131, traduzi; 2011, 61-2; veja também pp. 66 e ss., esp. p. 67; ver ainda p. 76. Veja CLAYTON (2017, pp. 134-5, esp. "Ethical independence involves a claim about *the reasons that are applicable* in the political domain in which we enact, interpret, and execute laws. By contrast, advocates of a special right of religious freedom make a claim about *the moral importance of individuals freely pursuing their particular religious convictions*.", itálicos no original. Veja ainda o seguinte trecho de Dworkin "Return to peyote and ritual. When the Supreme Court held that the First Amendment does not require an exemption for the Native American Church, Congress, outraged, passed the Religious Freedom Restoration Act, which insisted that the Court's decision was wrong. Was Congress right? Not if we test the Court's decision against the general right of ethical independence. The general right does not protect the religious use of a banned hallucinogenic drug when that use threatens general damage to the community", DWORKIN, 2013 p. 134, nota omitida. No Brasil, o caso mais semelhante seria o do consumo do Santo Daime (agradeço ao orientador pela menção). Veja MACHADO (2010, pp. 759-60).

<sup>369</sup> DWORKIN, 2013, p. 131, traduzi; ver ROSA: 2014c (discutindo Waldron e Dworkin) e 2014a, cap. 1 (discutindo DWORKIN, 2001a ou 1977, cap. 7.) e cap. 2 (discutindo DWORKIN, 1995, 2001b ou 2005a, cap. 6).

<sup>370</sup> DWORKIN, 2013, pp. 131-2.

<sup>371</sup> Ver LABORDE (2014b) e HORWITZ (2014b) sobre Dworkin.

<sup>372</sup> DWORKIN, 2013, p. 130, "So government may not forbid drug use just because it deems drug use shameful, for example" (veja CLAYTON, 2017, p. 126, citando este trecho em longa referência a DWORKIN). Sobre o caso, veja GREENAWALT (2016, cap. 4, pp. 70-1 e 72-3).

Em suma, sustenta o autor o seguinte:

"Se negamos um direito especial ao livre exercício da prática religiosa, e nos baseamos somente no direito geral à independência ética, então religiões podem ser forçadas a restringir suas práticas para obedecer leis racionais e não discriminatórias que não demonstrem menos do que igual preocupação [*concern*] por elas. Acharmos isto chocante? O último destes requisitos - igual preocupação - exige que uma legislatura observe se qualquer grupo considera a atividade que propõe proibir ou onerar um dever sagrado. Se qualquer grupo o considera, então a legislatura deve considerar se a igual consideração pelo grupo exige uma isenção ou outra atenuação. Se uma exceção pode ser administrada sem dano significativo à política em questão, então pode ser desarrazoado [*unreasonable*] não conceder a exceção. Financiar agências de adoção católicas que não aceitam casais de mesmo sexo como candidatos nos mesmos termos da mesma forma que financiar agências que o fazem pode ser justificado desta forma, desde que agências suficientes do segundo tipo estejam disponíveis de modo que nem bebês nem casais de mesmo sexo em busca de um bebê sofram dano [*are injured*]. Mas se, como no caso do peyote, uma isenção colocaria pessoas em sério risco cujo propósito da lei é evitar, recusar uma isenção não nega igual consideração. A prioridade de governo coletivo não discriminatório sobre exercício privado de religião parece inevitável e correta."<sup>373</sup>.

Algumas observações podem ser feitas acerca deste ponto. Em primeiro lugar, o argumento de Dworkin parece focar em aspecto particular da política de drogas, a saber, que, supostamente, a abertura de uma exceção derrota o propósito da proibição<sup>374</sup>. O argumento não é convincente pois é possível agregar mecanismos institucionais que garantam que somente o grupo religioso adquira e consuma a droga proibida. Os mecanismos podem ser custosos, burocráticos e desafiantes, mas são possíveis; podem até ser indesejados, pois caberia ao estado (ou a alguma organização em exercício de função pública) decidir quem pode receber e usar a droga, mas talvez este tipo de instituição seja indispensável à própria ideia de acomodação (como sustentei acima a partir de Esbeck e Bagni).

Meu segundo ponto diz respeito a uma interpretação alternativa do argumento de Dworkin: talvez o autor queira dizer que a exceção prejudica não a política de combate às drogas em geral, mas o propósito de proteger as pessoas de seus danos, coisa que ocorre com grupo "significativo" - a saber, os próprios religiosos. Isso mecanismo institucional nenhum resolve, pois a própria exceção serve para garantir acesso à droga. Observe, no entanto, que

---

<sup>373</sup> DWORKIN, 2013, pp. 135-7, traduzi, mantive palavras entre colchetes para indicar como constam no original.

<sup>374</sup> Questão é se o interesse do estado reside aqui em impedir que as pessoas em geral tenham prejuízo à sua saúde (como parece supor PINHEIRO, 2009, p. 302), ou que indivíduos específicos, a saber, os crentes, prejudiquem sua saúde, o que seria uma análise coerente com a disposição da Suprema Corte dos EUA de entender estreitamente interesses estatais em casos de liberdade de religião (no caso *Yoder*, em que o tribunal dispensou de obrigações de matrículas adolescentes *amish*, diz DANE (2015, p. 6) o interesse do estado foi entendido não como o de promover a educação em geral, que naturalmente existe, mas o de promover alguns anos de educação de alguns adolescentes, o que é bastante mais fraco e abre espaço para a acomodação à lei de matrícula obrigatórias).

lido nestes termos o argumento de Dworkin se resume a reafirmar a justificativa da política proibitiva, sem enfrentar se deve ser excepcionada.

Em terceiro lugar, há a questão de discriminação contra usuários não-religiosos (no sentido usual, não no sentido dworkiniano) de drogas. O trecho revela a solução dworkiniana ao dilema mencionado por Koppelman: acomodação, se prejudicial aos interesses por trás da lei, não é admissível pois não é exigência da igual consideração e porque caracteriza estabelecimento de religião. A questão aqui é de igualdade. Em que circunstâncias a viola reconhecer juridicamente um direito especial à liberdade de religião? Dworkin diz que sempre porque só o que há é direito geral à independência ética, que se aplica transversalmente a os assuntos religiosos no sentido tradicional ou não<sup>375</sup>. Vimos que, a despeito de Dworkin defender que a atitude que caracteriza a religião dispensa o teísmo, a relação entre esta definição abrangente de religião e o significado de liberdade de religião depende da independência ética. Ou seja, uma lei só viola a liberdade de religião se violar a independência ética, o que pode ocorrer mesmo que a lei proíba ato religioso.

A pergunta fundamental é então a seguinte: a proteção garantida pela independência ética basta? Dworkin sustenta que sim, que esta proteção é suficiente<sup>376</sup>. O argumento reside no trecho citado acima sobre o peyote e depende de a proteção mais generosa, por direito especial, ser discriminatória. Mas esta afirmação não é convincente, como exporei na próxima seção. Por enquanto, gostaria de chamar a atenção para um ponto que explica por que a independência ética não é suficiente à proteção da liberdade de religião.

Dworkin diz o seguinte: "(...) Quando a proibição não pode ser justificada como protetiva de direitos dos outros, mas somente reflete desaprovação da religião que impõe o dever em questão, o governo violou o direito ao livre exercício"<sup>377</sup>. E se o ato não desaprova a religião?<sup>378</sup> Retomemos exemplos descritos por Nussbaum e que mencionei na seção anterior. Proibir falar latim na Igreja é desaprovar a missa católica (exemplo de Locke); proibir matar

---

<sup>375</sup> DWORKIN, 2008, pp. 61-2.

<sup>376</sup> DWORKIN, 2013, pp. 133 e ss.. Veja referências acima

<sup>377</sup> DWORKIN, 2013, p. 113. Veja HORWITZ (2014a), CLAYTON (2017).

<sup>378</sup> DANE, 2015, pp. 12-3, sobre acomodações em casos em que há "a law or rule whose purpose and general operation is undoubtedly non-discriminatory and even neutral (...)" (p. 13). O exemplo de leis claramente discriminatória é justamente a do caso *Lukumi*, em que sacrifício de animais foi proibida (p. 33, n. 89, pp. 32-3). O ponto de Dane é o seguinte: e outras leis?

animais salvo para comê-los é desaprovar o ritual de sacrifício<sup>379</sup>. Dworkin dá outros exemplos, como a proibição de véus em espaços públicos, de construção de minaretes na Suíça ou o esforço de Ataturk de modificar a sociedade turca<sup>380</sup>. Todas essas ações, diz o autor, são intervenções na religião baseadas na afirmação ética de que uma vida sem religião, ou sem uma religião específica, é superior às outras. Mas do fato de que estas ações violam a liberdade de religião não significa que só este tipo de ação o faça.

Acredito que se deve observar que Dworkin trabalha com duas opções exaustivas e mutuamente excludentes em *Religion Without God*: ou a liberdade de religião é um direito geral à independência ética, ou é um direito especial a exemplo da liberdade de expressão. O autor prefere a primeira. Estas duas opções, entretanto, não são exaustivas nem mutuamente excludentes: existe uma terceira, a ser defendida nesta tese, que adota as duas opções, cada qual no seu âmbito adequado e necessário de aplicação. Esta opção consiste em identificar um conjunto de aspectos da religião a ser protegido por direitos especiais e um segundo conjunto a ser protegido somente pela distinção entre ética e justiça exigida pela independência ética.

Como dito, a religião é especialmente importante<sup>381</sup>, mas nem tudo nela tem a mesma importância ou nem tudo nela sofre da mesma forma quando o estado proíbe sua prática<sup>382</sup>: é possível protegê-la sem proteger da mesma forma tudo que a compõe. Acredito que a própria regulamentação da liberdade de expressão proposta por Dworkin e que analisei anteriormente<sup>383</sup> seja exemplo disso. Para o autor, há um direito especial à liberdade de expressão, mas isso não impede reconhecimento de limites à liberdade de expressão<sup>384</sup>.

No caso da liberdade de religião, a razão desses direitos especiais reside em serem a solução institucional ao desafio posto pela necessidade de proteção generosa à religião. A independência ética, a exemplo do modelo lockeano e das análises comparativas sugeridas por Eisgruber e Sager, são extremamente importantes para a proteção da liberdade de religião, bem como, a exemplo do que se enxerga nessa literatura, de outros aspectos humanos que

---

<sup>379</sup> Veja discussão acima.

<sup>380</sup> DWORKIN, 2013, pp. 137 e ss., 145-6; LABORDE (2014b, pp. 1268-9). Compare com FINNIS (2009 e 2011, pp. 97 e ss.).

<sup>381</sup> KOPPELMAN, 2013a, p. 8, p. 12, 19, sustentando que a religião é tratada como especialmente valiosa pelo direito americano, mas que há outros elementos (para comentário com aprovação, GEDICKS & VAN TASSELL, 2014, p. 383; veja ainda GARNETT, 2014a, pp. 42-3).

<sup>382</sup> MCONNELL, 2000-1, p. 42, em trecho que discuto abaixo.

<sup>383</sup> ROSA, 2014a.

<sup>384</sup> ROSA, 2014a, esp. pp. 168 (citando 1996a e 2006a), 176, 189, 220-1.

precisam ser protegidos por meio de liberdades. Mas esta proteção não basta. Ela protege contra atuações intencionais ou discriminatórias, e deixa livre intervenções graves em rituais e outros aspectos da religião desde que praticadas sem desvalor<sup>385</sup>. Isso são muitas e sérias intervenções, e contra elas são os direitos especiais que protegem o esforço humano de compreender a realidade transcendental e de pôr-se em harmonia com ela.

Em resumo, as considerações feitas nesta seção indicam que a independência ética é importante como fundamentação teórica de um direito geral, mas que não é suficiente. A pergunta, portanto, é efetivamente aquela feita por Dworkin<sup>386</sup>: a independência ética geral protege suficientemente a religião? Os instrumentos de Eisgruber e Sager, ainda que não bastem, são em qualquer hipótese esforço admirável; mas se a resposta à pergunta for negativa, precisamos de algo que vá além das noções dogmáticas de discriminação presente ou hipotética<sup>387</sup>. A radicalidade<sup>388</sup> da proposta de Dworkin, portanto, diz mais respeito à sua rejeição dos direitos especiais do que à defesa da independência ética. Vale repetir que os instrumentos dogmáticos que Eisgruber e Sager identificam são importantes; só não são suficientes. Acredito que Dworkin, em *Religion Without God*<sup>389</sup> incorra em equívoco parecido com o de Eisgruber e Sager. Dai a importância de rejeitar sua crítica aos direitos especiais.

É importante, entretanto, rejeitar especificamente a conclusão desta literatura de que conceder direitos especiais viola a igualdade. Como visto, este é o segundo argumento de Dworkin. Neste ponto, o argumento de Nussbaum é mais convincente como interpretação da igualdade<sup>390</sup>, e pretendo explorar na próxima seção sua análise de uma "igual liberdade de consciência", pois acredito que ele seja proveitoso para identificar demandas de liberdade na forma de "espaço" para exercício da consciência.<sup>391</sup>

Consideremos um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal: a demanda por acomodações no ENEM a quem guarda o Sabá. A desigualdade existente em negar a liberdade de religião a quem guarda o sábado e requer realização do ENEM em dia distinto não ocorre

---

<sup>385</sup> LAYCOCK, 2010, p. 106, trecho citado acima.

<sup>386</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3. Veja CLAYTON (2017).

<sup>387</sup> LAYCOCK, 2010, p. 106. Veja discussão acima sobre EISGRUBER & SAGER

<sup>388</sup> DWORKIN, 2013, p. 129 para a caracterização da sua proposta como "radical". HORWITZ (2014b, p. 10) nota esta caracterização, mas verifica que não é tão radical assim, tendo inclusive sido proposta e rejeitada no caso *Hosanna-Tabor* (que reconheceu a *ministerial exception*).

<sup>389</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>390</sup> NUSSBAUM, 2008, 352 (veja nota sobre o comentário de Nussbaum na seção anterior).

<sup>391</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 353, 356, 359, 361 etc. para "equal liberty of conscience" e 19, 21, 70, 130 etc. para "espaço" para a consciência.

somente se pudermos encontrar uma exceção para caso análogo ou se pudermos imaginar como seria o ENEM se a Igreja Católica, por exemplo, guardasse o Sabat como parte dos judeus o fazem. É assim que lidaríamos com o caso se nos restringíssemos às propostas de Eisgruber e Sager. Em visão distinta, devemos reconhecer que a desigualdade consiste em permitir a todos que busquem a verdade quanto à existência de realidade transcendente mas, quando alguém adere à visão de que esta verdade veda certas práticas em certos dias, negar adaptações. A tese a ser defendida é que esta negação só é aceitável em casos muito específicos e limitados. Esta, sugiro, é uma questão de interpretação do compromisso fundamental de proteger a liberdade da busca pela verdade e de se manter reiteradamente fiel ao compromisso.

Ainda, defendo, atender a igualdade num sentido não é suficiente para dizer que direitos especiais violam a igualdade. Ou seja, apontar para uma igualdade entre ateus e católicos de um lado e judeus que guardam o Sabbath, de outro (igualdade esta consistente no fato de que *nenhum* deles pode demandar direito especial de não fazer o ENEM num dia específico) não implica a conclusão de que não há outra desigualdade na prática de negação de acomodação. A sugestão da tese é que esta desigualdade consiste em negar a alguns, e não a outros, o exercício sincero dos direitos previstos no compromisso de independência ética. A sugestão é que a proteção deste esforço exige, pelo menos em alguns casos, direitos especiais. Esta é a tese a ser defendida quanto ao direito a acomodações, isto é, sobre direitos a isenções religiosas a regras gerais, como as proibitivas de drogas e de calendário de concursos públicos. Analisemo-lo.

#### **Seção 4. A forma da liberdade: por que a religião deve ser livre?**

##### *Subseção 4.1. Introdução*

Ronald Dworkin, em trabalho intitulado "Por que deve a expressão ser livre"<sup>392</sup>, defendeu a existência de direito especial à liberdade de expressão<sup>393</sup>. Anos depois, a partir do argumento de que conceder acomodações a certa prática religiosa discrimina quem deseja

<sup>392</sup> DWORKIN, 2006a ou 1996a, cap. 8. Discuti o argumento em ROSA (2014a: esp. cap. 4, subseção 4.1.).

<sup>393</sup> DWORKIN, 1977 ou 2001a, cap. 7; veja ROSA (2014a: cap. 1, seção 1 e subseção 4.1., pp. 28 e ss., 39-46 etc.).



realizar o mesmo ato por razão ética "excêntrica", que o estado não pode caracterizar como não-religiosa, Dworkin limitou a liberdade de religião ao direito geral à independência ética. Na sua análise, isso significa negar a existência de direito especial à liberdade de religião. Em contraste, sustento que é preciso resistir ao argumento de que qualquer manifestação ética deve, por justiça, receber o mesmo tratamento de prática religiosa. O argumento desta seção visa a identificar as razões para o tratamento especial da religião. O objetivo das próximas páginas é, portanto, dizer por que a religião deve ser livre.

As razões oferecidas nesta seção para o reconhecimento de direitos especiais à liberdade de religião são igualitárias. O argumento oferecido anteriormente é de que a rejeição dos direitos especiais à acomodação, embora feita muitas vezes em nome da igualdade, não é boa interpretação dela. Nesta seção, apresento interpretações diferentes da igualdade aplicada à liberdade de religião.

São dois os argumentos a serem oferecidos. O primeiro deles segue a sugestão de Martha Nussbaum a respeito do significado da liberdade de religião. O ponto é importante porque, se compreendida equivocadamente, a liberdade de religião torna-se incompatível com a concessão de acomodações por justiça. É o que faz Dworkin, que vê desigualdade em permitir consumo sacramental de substância alucinógena viciante e, simultaneamente, proibir seu uso por simples desejo. Se entendemos a liberdade de outra forma, entretanto, enxergamos que um uso da substância caracteriza exercício da liberdade de religião, enquanto o outro uso não o faz. A questão, portanto, diz respeito a diferentes condutas de indivíduos que devem ser tratados com igualdade<sup>394</sup>, mas que nem sempre exercem as mesmas liberdades apesar de realizarem atos aparentemente idênticos - no exemplo, consumir certa substância. A partir de exemplo da liberdade de manifestação, tento explicar o que está em jogo e por que a igualdade exige acomodações à religião.

O segundo argumento, por sua vez, interpreta a proteção jurídica às liberdades consistente no compromisso constitucional de direitos fundamentais como fundamentada na construção e proteção igualitária de um "espaço", como diz a literatura (Nussbaum inclusive). Em suma, sugere que negar a acomodação à religião é, pelo menos em alguns casos, um descumprimento do significado de comprometer-se a proteger a liberdade de religião. Esta proteção por vezes exige acomodação. O argumento trata das relações entre o direito e os

---

<sup>394</sup> DANE (2015, p. 38) usa a expressão "horizontal" nesse sentido.

indivíduos e do significado de o primeiro comprometer-se a proteger a liberdade dos segundos.

Os dois argumentos são, a meu ver, de integridade. O primeiro sustenta que não há violação da igualdade em proteger especialmente a religião porque, corretamente compreendida a liberdade, ela é exercida no uso sacramental mas não é no uso por desejo. O segundo insiste que o compromisso com as liberdade deve ser consequente, isto é, deve controlar a solução dos casos, e que em alguns casos negar acomodações é violar este compromisso.

Antes de apresentar os argumentos, e para facilitar a sua exposição, gostaria de retomar os equívocos de Ronald Dworkin ao analisar a liberdade de religião.

#### *Subseção 4.2. Os passos do argumento e os erros de Dworkin*

Vale recuperar os passos teóricos a serem percorridos pelo argumento desta tese. Como visto, para Dworkin, a religião não se restringe às práticas teístas<sup>395</sup>. Para o autor, isso gera um problema à definição de liberdade de religião pois o elemento que limitava seu significado deixa de existir, a saber, o fato de que o ato sob análise decorria da crença em Deus.<sup>396</sup> O autor afirma o seguinte a respeito das interpretações mais comuns da liberdade de religião:

"As interpretações convencionais propõe uma teoria moral: elas assumem que as pessoas têm um direito moral distinto à liberdade de escolha acerca de prática religiosa e que a interpretação de documentos jurídicos deve seguir este direito moral distinto. Descobrimos agora, entretanto, grande dificuldade em definir o escopo deste suposto direito moral. A sua proteção não pode razoavelmente [sensibly] ser limitada a religiões teístas [godly]. Mas tampouco podemos razoavelmente defini-la de modo a abranger todas as convicções incluídas numa explicação mais generosa de religião. E encontramos conflito em duas ideias, ambas aparentemente pertencentes ao suposto direito moral distinto: que o governo não pode onerar o exercício da religião mas que também não pode discriminar em favor de nenhuma religião. É hora de considerar uma abordagem mais radical"<sup>397</sup>.

Esta abordagem radical foi a mencionada acima: para o autor, a liberdade de religião, ao contrário da liberdade de expressão,<sup>398</sup> não é um direito especial, ou seja, é mais um direito geral à independência ética (ou da responsabilidade pessoal).<sup>399</sup> O contraste entre direitos

---

<sup>395</sup> Veja Robert GEORGE, 1993 p. 220 (trecho citado acima) e p. 221, em que o autor admite que ateus participam da religião. Veja discussão no capítulo anterior a partir de Boyle e de Laycock.

<sup>396</sup> DWORKIN, 2013, p. 124.

<sup>397</sup> DWORKIN, 2013, p. 129, traduzi, mantive palavras entre colchetes para indicar como constam no original.

<sup>398</sup> DWORKIN, 2013, pp. 131-2; HORWITZ (2014b, p. 10); veja ainda LABORDE (2014b, p. 1263).

<sup>399</sup> DWORKIN, 2013, pp. 133 e ss..

especiais e direito geral à independência ética, na reflexão de Ronald Dworkin, tem os seguintes contornos e consequências. Uma vez que restrições de ações por razões de justiça não violam a independência ética, restringir a liberdade de religião por este motivo é aceitável. Sem direitos especiais, o modelo dworkiniano permite ônus à liberdade de religião por leis gerais - trata-se do paradigma que o autor enxerga no caso *Smith*, em que a Suprema Corte rejeitou o precedente até então vigente de enxergar na Constituição norte-americana a obrigatoriedade, pelo menos em alguns casos, de acomodação à religião<sup>400</sup>. Problema é que por vezes o modelo defendido por Dworkin implica concessão (ou negação) não-igualitária de liberdade, como veremos. Uma solução são direitos especiais. A tutela da fronteira ética/justiça, sugiro, exige direitos especiais, para que normas facialmente justas e que de fato não caracterizam desvalorização ética das vidas religiosas não violem a igualdade, como ocorre quando o Estado fixa um dia para descanso e não admite adaptações ao exercício de religiões cujos fiéis vivem de outra forma.<sup>401</sup>

Mas isso não significa que toda manifestação religiosa deva ser protegida nestes termos. O modelo dos direitos especiais a ser defendido aplica-se à liberdade de expressão e à liberdade de religião, mas não a tudo delas. Não é qualquer caso de ação religiosa que deve ser protegido por direito especial. Sugiro que muitos, mas não todos, sejam. Direitos especiais servem para situações raras, como as que colocam em risco a integridade moral<sup>402</sup> dos

---

<sup>400</sup> Na leitura dworkiniana do precedente, não na de Richard Garnett (2014a) que vê o precedente como distribuição de autoridade entre poderes, e não como leitura de que a Constituição dos EUA proíba acomodações. KOPPELMAN (2013a) concorda com GARNETT. Veja PINHEIRO (2009): "O fato, pois, é que se deve impedir qualquer tipo de interpretação constitucional que culmine por transformar um Estado oficialmente separado num Estado hostil, *sendo certo que nem sempre as posturas negativas* de abstenção estatal (exigidas pelo conceito de indiferença), revelam-se suficientes para atender às exigências de neutralidade, pois, em muitos casos, não abrir exceções, em favor das religiões, a normas gerais a todos impostas, significa impor, a determinadas opções religiosas, uma sobrecarga que pode se transformar num verdadeiro fator de desestímulo, apto a afetar centralmente o voluntarismo em matéria de fé.

"Por esse modo de ver as coisas, sempre que *exigido pela maximização da liberdade religiosa individual*, deve a cláusula da separação ceder, permitindo ações concretas, positivas, por parte do Estado, *na promoção da igual liberdade religiosa de que são titulares todos os indivíduos*", p. 290, itálicos no original, nota a trabalho de Donald Gianella omitida. Acredito que a intuição fundamental de PINHEIRO de que a acomodação promove a igualdade é correta, embora a noção de que conflite com a separação não deva ser adotada.

<sup>401</sup> See SCHWARTZMAN, 2012, p. 1412. Ver MACLURE & TAYLOR (2011). DANE (2015, pp. 35 e ss.). LAYCOCK (2010, pp. 75-6) sustenta que há argumento igualitário que corrói a liberdade, pois nega a liberdade de todos porque considera que não é possível concedê-la a todos (teístas e ateus) que exercem liberdades paralelas; veja ainda p. 30 e discussão abaixo.

<sup>402</sup> MACLURE & TAYLOR, 2013, pp. 12 e ss., 75 e ss.. Veja BOU-HABIB (2006, que defende isenções como uma forma de promover "equal opportunity for well-being", p. 110, pois tem valor de natureza derivada, "insofar as it is necessary for religious persons to retain their integrity", p. 110 - veja ainda pp. 117 e ss., esp. "Since being able to perform religious conduct freely is derivatively necessary in order for a religious person to enjoy the

indivíduos, e isso se verifica muitas vezes quando a busca de respostas religiosas leva os agentes a concluírem por sincera<sup>403</sup> e inadiável<sup>404</sup> demanda por dias de guarda, proteção de realização de rituais, sacramentos etc. Trata-se de situações de consciência mas não só<sup>405</sup>. São parte talvez pequena do fenômeno da religião, mas são situações juridicamente salientes porque é nelas que ocorrem conflitos entre direito e religião. Argumento não é de que religião é sempre isso, mas que só isso precisa de direito especial à liberdade de religião em contraste com a liberdade de religião protegida pela distinção entre justiça e ética como policiada pelo direito geral à independência ética. Há diferença entre impedir grupo religioso de praticar ritual e encarecer expansão de serviço social mantido por Igreja<sup>406</sup>. Casos como o mencionado acima, de acomodação dos observantes do Sabbath no ENEM, e o clássico do indivíduo que tem objeção de consciência às guerras, são abrangidos por esta análise dos direitos especiais. Naturalmente, daí não decorre que o direito não possa ser restrito em nenhuma circunstância. Mas significa que não basta a mera existência de uma justificativa plausível que não assuma superioridade de visão ética.

Em suma, acredito, Dworkin equivoca-se em defender que a liberdade de religião é suficientemente protegida por um direito geral à independência ética. Pretendo trabalhar o ponto a partir de algumas considerações disponíveis nas obras de Richard Garnett (em trecho de obra em coautoria com Dunlap, e embora eu não concorde com todos os aspectos da sua visão sobre o tema) e de Martha Nussbaum. Embora a compreensão dworkiniana de que a religião é um conceito interpretativo deva ser aceita, o autor erra na análise das consequências

---

basic good of integrity, his equal opportunity for well-being may entitle him to religious accommodation." - veja ainda comentários em nota ao cap. 1; o paralelo com MACLURE & TAYLOR é observado pelos próprios autores: 2011, p. 125, n. à p. 77). Veja críticas em CLAYTON (2017, p. 144).

<sup>403</sup> Ver Williams e o "sincere quest for meaning", NUSSBAUM (2008, p. 52) expressão similar a de MACLURE & TAYLOR (2011, p. 83), bem como em Robert George, segundo análise de MCCLAIN (2014, p. 1305, citando GEORGE, 2013, p. 124).

<sup>404</sup> Sobre a categoria de "categoricity" de algumas práticas religiosas: ver HIMMA (2015, p. 6, explicando Leiter); Veja ainda EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 116-7), defendendo diferentes tratamentos a demandas religiosas flexíveis das inflexíveis (veja comentário de GREENAWALT, 2006-7, pp. 1243 e ss. e também GEDICKS, 1997-8, p. 555). LABORDE, 2015a, p. 272, atribuindo a Maclure & Taylor a adoção de um critério de "categoricity". Há o risco, verifica LABORDE, de a acomodação de demandas "categóricas" estimular o enrijecimento das visões religiosas, que obtêm o incentivo de se apresentarem como inadiáveis, 2015a, p. 275 (veja ainda pp. 275-6 par comentário sobre McLure e Taylor e a questão da proliferação das acomodações, bem como 2015b, pp. 585, 588 e 590).

<sup>405</sup> Ou seja, a partir de KOPPELMAN e contra MACLURE & TAYLOR, questão não é somente de dever (discuto o tema abaixo).

<sup>406</sup> Exemplo de EISGRUBER & SAGER (2007) e de GEDICKS (1997-8); ver MCCONNELL, ROSA (2014a) e referências abaixo.

desta análise. Em primeiro lugar, erra ao sustentar que o simples direito geral à independência ética, não complementado por direitos especiais, é interpretação convincente da igualdade<sup>407</sup>. Ainda, a meu ver Dworkin não está correto em defender que o direito especial à religião significa discriminação contra quem quer praticar condutas por qualquer razão ética, e criticar esta tese dworkiniana é importante para afastar a impressão de que o modelo de direitos especial é desigual.

Com efeito, a análise política de Dworkin é inferior à filosófica. O esforço filosófico consiste em compreender o que significa religião; o político, de delimitar a relação adequada entre ela e o governo. Parte desta delimitação inclui saber que tipo de direito à liberdade de religião existe. A distinção entre filosofia e política é difícil de se manter, sobretudo numa chave interpretativista, a não ser que as consideremos como simples ângulos ou pontos de vista de análise da mesma questão. Como vimos, em Dworkin, o significado de religião é dependente daquilo que se deve considerar religião, o que faz a interpretação do significado da atitude religiosa seja também uma questão política. Mas esta constatação não permite descartar o diagnóstico de que Dworkin não ofereceu análise política convincente da religião.

Esta questão política pode ser concebida em termos da filosofia da religião proposta por Dworkin: quais os nossos direitos temos quando tentamos compreender qual é o valor intrínseco da realidade natural e humana? A meu ver, Dworkin elabora parcamente esta questão. No Capítulo três de *Religion Without God*, o autor enxerga a religião como o enfrentamento de questões éticas que o estado não pode delimitar, e sustenta que o único direito que os indivíduos têm em relação à religião é o que veda o estado agir a partir da ideia de que um modo de vida é superior ao outro; trata-se, como visto, do direito geral à independência ética. O autor tem pelo menos dois argumentos em defesa desta conclusão, ambos analisados na seção anterior. Gostaria agora de chamar a atenção a outro ponto, a saber, ao silêncio, no texto mencionado, às necessidades práticas, ou institucionais, que a condução da liberdade de religião exige.

Este ponto é compreensível a partir de outra filosofia, a saber, pela tradição católica interpretativa da Encíclica do Concílio Vaticano II sobre liberdade de religião, que afirma a

---

<sup>407</sup> A proposta desta tese é, portanto, para utilizar as categorias de ZUCCA (2015), de liberdade de religião com "scope" e "strenght" altas (pp. 395 e ss.).

existência da liberdade não só de buscar a verdade, mas também vivê-la, como diz Boyle<sup>408</sup>. Naturalmente, não se trata de dizer que o estado deve arbitrar este esforço, mas que a busca de saber qual a verdade, realidade, ou valor intrínseco etc. (se é que alguma) existe deve se estender à conformação da vida às conclusões encontradas. Esta questão política é o foco desta tese, em que procuro compreender quais liberdades de viver conforme uma visão religiosa são demandadas pelo individualismo ético de Ronald Dworkin. Defendo que, contrariamente às opiniões do próprio autor, esta liberdade inclui direitos especiais em pelo menos alguns casos, pois estes direitos protegem a condução vida conforme a conclusão da religião.

Em suma, o que falta em Dworkin é uma visão mais acabada das condições necessárias à realização do esforço humano de *harmonizar-se*, como diz Joseph Boyle (em expressão mais adequada que o "alinhamento", utilizada por Finnis)<sup>409</sup> com a visão religiosa que o sujeito adota. É que a religião não é só o esforço de concluir se o mundo tem esta ou aquele valor intrínseco, mas também o de procurar saber que tipo de ação ou vida é exigência desta conclusão<sup>410</sup>. Dworkin defende que o direito geral à independência ética garante

---

<sup>408</sup> BOYLE (1998, p. 14: "(...)all have the obligation to seek the truth about religion and live by it", n. 12 à Encíclica), GEORGE (1993, cap. 7; 2013; veja citações em nota ao cap. 1 e JORDAN (1898, caps. IV e VI). GARNETT & DUNLAP (2006), GARNETT (2014b e 2011, pp. 1816-17, esp. p. 1827), FINNIS (2011, p. 35 sobre o "(...) duty: to seek the truth about reality's most fundamental shape and, having raised and pursued that question, to shape's own life in line with what one judges one has discovered about such matters, a duty which is only fulfilled if it is pursued with an authenticity that would be prejudiced, corrupted, and even nullified by coercion and psychological pressure", nota 48 à Declaração sobre a Liberdade de Religião do Concílio Vaticano Segundo (da Igreja Católica; veja ainda pp. 49-50 e 89 e ss., 93-4 (para a mesma ideia exposta mais extensamente) e p. 55), GEORGE (1993, pp. 220-1, 223-4, 2013, esp. p. 119), KALANGES (2013) e WHITMARSH (2015, p. 157). Ainda, comentando a Declaração, George diz: "The intrinsic value of religion, considered as a human good, provides a reason (i.e. a rational motive) not only for the government to respect religious freedom, but also for it to encourage and support religious reflection, faith, and practice. To be sure, norms of political morality, especially the norm requiring respect and protection for religious liberty, *limit the means* by which government may legitimately act for the sake of religion; these norms do not, however, defeat the reasons have to 'take account of the religious life of the people, and show it favor'", 1993, p. 225, itálicos no original, trecho entre aspas (que é da Declaração) é citado pelo autor pouco antes. Veja SEFERJAN (2012) para crítica à limitação da liberdade de religião à liberdade de crença: "De nada adianta poder acreditar em qualquer religião, se não houver o direito de agir conforme a crença escolhida pelo indivíduo" (p. 150; veja ainda p. 62); veja ainda PINHEIRO (2017).

<sup>409</sup> FINNIS, 2011, p. 38; veja referências em notas acima.

<sup>410</sup> Outro ponto equivocado da visão de Dworkin é o foco excessivamente conceitual de sua análise. A religião é a busca por harmonia com o divino, como diz Boyle, e não uma atividade puramente intelectual e filosófica de identificação do que é verdade sobre ele ("religion is not simply a set of theoretical beliefs about reality", BOYLE, 1998, p. 3). Como diz o autor, "O diabo sabe muito sobre Deus" (p. 5, traduzi; compare esta página, em que Boyle distingue religião de ciência, com a crítica de BOU-HABIB a George: a objeção erra justamente ao ignorar que para George a religião não é somente uma tentativa de compreender o divino, uma "inquiry", como diz Bou-Habib, 2006, pp. 113-4, 123 - palavra que BOYLE usa exatamente para diferenciá-la da religião, 1998, p. 5); veja ainda PIEPER, 2009, pp. 141 e ss.. Na análise conceitual de religião, o máximo que Dworkin faz é reconhecer que a análise do valor objetivo deve atender a certos requisitos emocionais (2013, p. 19), e que as

proteção suficiente à religião. A tese desta seção é que algo mais é necessário, o que se evidencia pelas análises de autores que compreendem o bem da religião como harmonização (Boyle e outros). Naturalmente, Dworkin oferece razões para limitar a liberdade de religião à independência ética. Não se trata de dizer somente que, para ele, a independência ética *basta*, mas que proteger a liberdade de religião por outros mecanismos é impossível, porque desprovido de controle ou de respeito à igualdade. Mostrei na seção anterior por que estes argumentos não são convincentes, o que abre as portas para proteção institucional mais generosa, como diz Nussbaum, ao "espaço" da liberdade de religião garantido por direitos especiais. O objetivo desta seção é contribuir à delimitação deste espaço. É importante retomar os passos do argumento da tese para delimitar a proteção à religião aqui sugerida.

O argumento da tese é de que o conceito de religião precisa ser expandido, i.e., que a definição tradicional (ou ortodoxa) de religião é insuficiente para explicar o valor existente no exercício destes aspectos centrais da vida humana. Este conceito identifica as manifestações religiosas socialmente percebidas como tais, como o Cristianismo, o Islã, provavelmente o Budismo e talvez outras. O conceito dworkiniano, ademais, inclui incisivamente o reconhecimento de sentido objetivo na realidade, seja ele presente numa visão teísta ou não, seja ela a tradicionalmente tratada como "religiosa" ou não. Ademais, esta expansão do conceito de religião afeta o conceito de prática de religião, que é ainda mais amplo, pois é possível participar da prática de religião sem ser religioso, já que é possível responder

---

convicções religiosas não pode ser isoladas das demais (p. 11, compare com BOYLE, 1998), mas o esforço fundamental de compreender qual a liberdade política de exercer a religião não é realizado. No capítulo três, coloca as perguntas corretas, embora as responda de maneira insatisfatória. Veja BERGER (1971, pp. 108-9), WHITMARSH (2015, p. 133 e p. 236 citando D. Hunt sobre Teodósio) e também PINHEIRO (2009), comentando Jónatas Machado, (pp. 300-1) segundo o qual o fenômeno religioso inclui a crença e suas consequências nas mais diversas esferas da ação humana (veja ainda FERRAZ (2008, pp. 57-8, citando Jean Rivero e pp. 58-9, citando João Barbalho) e LOBO DA SILVA (2015, p. 279, também citando Jónatas Machado). Ademais, veja exposição que MCCLAIN (2014, p. 1305 e ss.) faz de Robert George. Sobre George e Dworkin, vale o seguinte comentário de MCCLAIN: "It is striking how George's natural law approach and Dworkin's ethical liberalism framework use so many similar terms, like integrity and intrinsic value, but reach such different conclusions about what religion is. Certainly, as I discuss below, they reach opposite conclusions about how these ideas apply to civil law and marriage." (2014, p. 1306). Estas similaridades identificadas pela autora indicam que a proposta desta tese de buscar a definição de religião em autores variados, como Boyle, Dworkin e Laycock, tem, pelo menos aparentemente, solidez. Ainda, veja comentários MCCLAIN, 2014, pp. 1302-3, em especial menção à resenha que Stanley Fish de DWORKIN (2013). Ver ainda SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 920-1, 962 e ss., pp. 919-21, 962 e ss., 969, 2013b, esp. p. 12), HORWITZ (2013a, pp. 29-30, 2013b, pp. 1-2), GEDICKS (2013b) e LABORDE (2014b, sobre Dworkin, pp. 1266-7, inclusive n. 46). Veja referências acima sobre os jusnaturalistas FINNIS (2011) e GEORGE (1993 e 2013). Veja ainda MESLIN (2014, pp. 44 e ess., esp. pp. 44, 50).

negativamente a estas perguntas.<sup>411</sup> Assim, se Dworkin nega que os naturalistas sejam religiosos, e mesmo tendo ele razão nisso, fato é que parte dos temas em que se envolvem os naturalistas são religiosos e, assim sendo, merecem ter ambos os lados igual proteção, já que envolvidos no mesmo debate.<sup>412</sup>

Com efeito, acredito que a disposição dworkiniana de expandir a definição de religião seja a melhor opção - superior, por exemplo, aos esforços de restrição da expressão "religião" a uma fronteira mais tradicional (ainda que vá além do teísmo) com concomitante expansão das proteções a uma categoria mais genérica de "consciência".<sup>413</sup> Naturalmente, a expansão da categoria de religião implica ver-se frente a exatamente o problema que levou Dworkin a rejeitar sua proteção por meio de um direito especial, a saber, a multiplicação das demandas de proteção a ações que assumimos que não devem ser protegidas e que precisariam sê-lo se qualquer manifestação religiosa fosse objeto de direito especial. No exemplo de Dworkin, se religião não tiver mantidas suas fronteiras tradicionais, facilmente formulamos um argumento em defesa do não pagamento de tributos a partir de liberdade de religião.<sup>414</sup> Dworkin, entretanto, oscila entre um conceito de religião como afirmação da realidade transcendental e outro como a adoção de uma concepção de bem. A primeira versão se presta ao tipo de controle da liberdade que Dworkin quer. A segunda produz a conclusão a que chega. A tese deve adotar a postura interpretativa e expansiva de religião, mas não a análise de conteúdo (como concepção de bem) que Dworkin adota.<sup>415</sup>

Em conclusão temos aqui o primeiro passo do argumento desta tese, em que adoto o método interpretativo de Ronald Dworkin e a disposição de oferecer visão expandida da religião. Esta visão não necessariamente corresponde à percepção predominante em dado

---

<sup>411</sup> Ver GEORGE, 1993, cap.7, seção VI; DWORKIN, 2013, pp. 12-3; ver referências da próxima nota e discussões no capítulo anterior.

<sup>412</sup> Ver LAYCOCK (2010, 13-4, 69 e ss.), BOYLE (1998, pp. 3, 4, e 15) e GEORGE (1993, pp. 220-1); contrastar com FINNIS (2011, cap. 4) e MCCONNELL (2000-1, pp. 7-8 e 12 ss., 32 e ss.).

<sup>413</sup> Como, na visão de pelo menos um autor, faz NUSSBAUM (2008 *apud* Koppelman, 2013b, 151 e ss.). Veja MACLURE & TAYLOR, "Within the context of contemporary societies marked by moral and religious diversity, it is not religious convictions in themselves that must enjoy a special status but, rather, all core beliefs that allow individuals to structure their moral identity. And, in fact, the equal respect due to religious and secular convictions of conscience is at least partly recognized in case law already. Consider, in particular exemptions from military service based on objections of conscience.", 2011, pp. 89-90. Veja SCHWARTZMAN (2014, pp. 1099 e ss.) para contraste entre dois modelos - o de definição expansiva da religião e a de acréscimo de categorias paralelas (discuti o tema em notas acima).

<sup>414</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>415</sup> Quem crítica, com razão, a associação entre religião e concepção de bem em Dworkin é LABORDE (2016, pp. 250, 265-6).



momento do tempo sobre o que significa religião. A saída é teórica e não se prende à história do conceito, nem a interpretação textual da constituição<sup>416</sup>. Notável nesta saída teórica e expansiva é a inclusão de visões ateias no conceito de religião.

O segundo passo<sup>417</sup> é de inclusão, em algumas situações, do naturalismo nas proteções dadas à religião. Dworkin caracteriza a religião como a afirmação do valor intrínseco da realidade, e define o naturalismo como a negação deste valor. Naturalistas ateus não são religiosos não por não acreditam em Deus, mas por não admirem a independência do valor. Há, entretanto, razão para incluir nas proteções dadas à religião o esforço naturalista que nega a religião. É que, seguindo a literatura mencionada no capítulo primeiro, devemos compreender a religião como um esforço de responder a certas perguntas. Qualquer resposta, mesmo as céticas e negativas, devem ser incluídas na abrangência da liberdade de participar desse esforço de perguntas e respostas<sup>418</sup>. O naturalismo, como um esforço de perguntar e responder à pergunta religiosa fundamental (há um valor intrínseco na realidade? em que ele consiste?), deve ser considerado como um esforço religioso. Em outras palavras, definida a religião mas como a prática de responder a certo conjunto de perguntas, é possível aproveitar algo da definição filosófica de religião, mas não tudo. Não é constitucionalmente relevante saber se um naturalista tem uma posição de conteúdo em comum com um ateu religioso. O que têm em comum e o que é relevante é que enfrentam a mesma questão, e este enfrentamento é crucialmente importante a uma boa vida, daí a necessidade de protegê-lo.

---

<sup>416</sup> Em contraste, veja o seguinte trecho de GARNETT: "Religion may be accommodated specifically and deliberately, and not only by accident or as part of a larger accommodation effort that includes possibly analogous, nonreligious concerns and motives. That is, the Constitution allows governments to accommodate those with religious commitments and objections even if it does not similarly accommodate people with equally deep commitments and objections that are philosophical, ethical, or conscientious in nature.<sup>26</sup> True, Justice Harlan - and others before and since - asserted the "unconstitutionality," for exemption purposes, of a "distinction . . . between religious and nonreligious beliefs" in the *Welsh* conscientious objector case.<sup>27</sup> But, that assertion is not supported by American history and practice or by the Court's decisions. Indeed, with respect to RFRA itself, the Court has applied and enforced the Act and made it clear that "case-by-case consideration of generally applicable rules . . . does not violate the Establishment Clause."<sup>28</sup> Justice Stevens argued to the contrary, in his *Boerne* opinion, claiming that the Act gives religious claimants "a legal weapon that no atheist or agnostic can obtain" and that such a "preference for religion, as opposed to irreligion, is forbidden by the First Amendment."<sup>29</sup> This argument finds support in the work of some scholars and also, in fairness, in the "neutrality" language employed in some of the Court's own opinions.<sup>30</sup> But, again, it is not consistent with our history and practice, or with the text of the Constitution.", GARNETT, 2014a, p. 43, itálicos no original notas omitidas.

<sup>417</sup> SCHWARTZMAN (2012) identifica os dois passos da estratégia de expansão da religião (esp. 1415-6 - veja citação em nota ao cap. 1). Apresento três passos, sendo o terceiro uma espécie de limitação do segundo passo identificado por SCHWARTZMAN, em convergência com o que propõe BERG (2013).

<sup>418</sup> Veja referências em notas ao capítulo 1. Veja, entre nós, PINHEIRO (2017).

Esta é a razão que autores como Laycock e Nussbaum oferecem para incluir na religião o ateísmo; é esta razão que devemos empregar para entender que o naturalismo, como descrito por Dworkin, deve receber o mesmo tratamento da religião.

Ademais, ao contrário do que Dworkin sustenta, não é preciso escolher entre direitos especiais e independência ética. É preciso, claro, sustentar os direitos especiais contra as críticas dworkinianas que apontam discriminação no seu reconhecimento. Mas feito isso, é possível defender independência ética em geral, para todo ato religioso, nos termos que o Dworkin faz, e identificar aspectos específicos, dentre os religiosos, que devem ser protegidos por direitos especiais.

A ideia fundamental a ser defendida é, a meu ver, fiel à visão dworkiniana de que ao indivíduo é dado tomar as decisões fundamentais da sua vida. Trata-se do que o autor chamou de independência ética, que, concretamente, permite que o estado aja com base na justiça mas não com base em ética, isto é, com base em uma concepção de bem<sup>419</sup>. Ainda assim, podemos dizer que a liberdade de religião é especialmente valiosa porque é especificamente importante a uma vida bem vivida, e que esta importância especial reside no fato de que a vida bem vivida inclui a formação de conclusões pessoais sobre verdades do sentido da realidade, bem como a realização concreta destas verdades na vida que cada um tem para viver. O valor aqui é constitucional, de reconhecimento de liberdades protetivas da dignidade, e, portanto, decorre da individualidade da resposta a uma pergunta especialmente relevante. A divergência com Dworkin reside na identificação de alguns aspectos desta condução do bem viver que devem, com justiça, receber proteção mais generosa, cuja limitação não é justificada somente porque a norma jurídica não reflete posição ética. Assim, a tese é de que a proteção destes aspectos exige direitos especiais, ideia que Dworkin também rejeita. O equívoco de Dworkin ao discutir liberdade de religião parece ser supor um conceito de direito especial como protetor de uma liberdade a tudo que for religioso. Aí ele o nega. Em contraste, sugiro que não é qualquer restrição à religião que deve ser proibida por direito especial; mas daí não decorre que nenhuma deva ser. O crucial a esta tese é mostrar que a igualdade na concessão de liberdades exige em certos casos proteção mais qualificada que a garantida pelo direito geral à independência ética. Nestes casos será possível justificar direito especial. Minha sugestão é que em muitos casos de restrição da liberdade de religião ocorre violação da liberdade que

---

<sup>419</sup> Ver ROSA, 2014a, caps. 1 e 2. Veja referências em notas acima.

justifica proteção especial; mas não em todos. Em outras palavras, a noção de direito especial não precisa vir acompanhada da ideia de que tudo na prática protegida seja blindada por um padrão demandante de exceção. Há uma parte a ser protegida por direitos especiais e há outra parte a que o direito geral e independência ética basta.

Esta identificação caracteriza terceiro passo no argumento da tese<sup>420</sup>. Trata-se de momento importante ao argumento. Que esta proposta enfrenta dificuldades é evidente, afinal, crítica de Dworkin parece reiterar-se sozinha: não discrimina tolerar alguns aspectos da vida, como a religião, em detrimento de outros, como o lazer, que o Estado não pode julgar não-religioso? Ou ainda: não é o lazer um exercício da religião?<sup>421</sup> O ponto, por enquanto, não é negar as dificuldades, mas compreender que a crítica aos direitos especiais oferecida por autores como Dworkin mais evita do que resolve as dificuldades. Crucialmente, vale perguntar se a solução ofertada neste modelo, fundamentalmente baseada numa visão de liberdade de religião como não-discriminação a favor ou contra a religião, é capaz de proteger a responsabilidade de construir a própria vida. Esta é a questão colocada por Dworkin e por ele respondida positivamente. Esta tese faz a mesma pergunta e sustenta resposta distinta. É possível ser livre se toda a proteção que o direito nos dá é de não sermos discriminados? Esta proteção é suficiente à liberdade? A resposta, defendo, é negativa. Em suma, nem tudo é religião e nem tudo que é religioso precisa do mesmo tratamento. Por meio destas duas delimitações obtém-se o controle que Dworkin, por não enxergar a possibilidade de o estado distinguir religião de não-religião, viu esvaír-se quando a definição teísta de religião foi abandonada. Deve-se combater a impressão de que basta querer algo com intensidade para que este desejo seja caracterizado como prática religiosa<sup>422</sup>, e que qualquer prática deva receber proteção por direito especial. Estes dois pontos caracterizam o terceiro passo, que promove o controle teórico cuja suposta impossibilidade motivou a crítica dworkiniana aos direitos especiais. Trata-se do enfrentamento da seguinte pergunta: o que proteger e como?

Este é o objeto das próximas páginas. Autores como Michael MacConnell defendem direito à acomodação da religião, mas não sustentam que qualquer ato ou prática religiosa deve receber esta proteção. Bruce Bagni, ao comentar a autonomia institucional das igrejas,

---

<sup>420</sup> Veja comentário acima sobre SCHWARTZMAN (2012) e BERG (2013).

<sup>421</sup> Ver LABORDE (2014) sobre Dworkin e exemplos discutidos no capítulo 1 (GARNETT, 2012a, sobre boliche, NUSSBAUM, 2008, sobre carros, KOPPELMAN, 2017a, mencionando May sobre xadrez etc.).

<sup>422</sup> Para crítica ao critério de intensidade, veja BOU-HABIB, 2006, pp. 114 e ss.

sustentou que diferentes situações devem ser submetidas a regimes distintos. Há certas manifestações da religião que devem receber proteção qualificada porque são mais centrais ao bem da religião, diz ele; ademais, outras são mais sensíveis às regulamentações públicas, inclusive as exercidas sem violação do direito geral à independência ética, e precisam de proteção especial. De antemão vale apontar para a diferença intuitiva entre o prejuízo causado à liberdade de religião dos judeus que guardam o Sabat e que, em razão disso, não podem prestar o ENEM<sup>423</sup>, e as exigências de que Igrejas obtenham alvará de funcionamento<sup>424</sup> ou regras gerais de zoneamento<sup>425</sup>. É possível diferenciar um conjunto de considerações de outra, é possível diferenciar o incômodo<sup>426</sup> e um aumento de custo da alienação de elementos importantes da sociedade como a educação superior, e é possível observar que um conjunto necessita de proteção especial e que ao outro basta proteção geral.<sup>427</sup>

Como distinguir os diferentes aspectos da religião, isto é, aqueles protegidos pelo direito geral à independência ética, e os protegidos pelo direito especial? A este ponto, a meu ver, é interessante a compreensão que Maclure e Taylor têm de "consciência" e de "compromissos centrais". Embora os autores pretendam com estas categorias oferecer análise da liberdade de consciência que extrapola a proteção concedida à religião, acredito que o façam porque assumem conceito excessivamente limitado de religião. Ou seja, um problema nesta visão é a definição de religião adotada por MacLure e Taylor. Para os autores, estes compromissos centrais não são necessariamente religiosos. Como expus no primeiro capítulo, esta conclusão depende da definição da religião. Outro ponto são as críticas dirigidas por Koppelman à centralidade da categoria de consciência em alguns autores que pretendem,

---

<sup>423</sup> STF (2009). TEBBE, SCHARZMAN & SCHRAGGER, 2016a e 2016b.

<sup>424</sup> PGR, 2017.

<sup>425</sup> Nos exemplos de EISGRUBER & SAGER (2007) e GEDICKS (1997-8). Veja abaixo comentário sobre regras de zoneamento aplicáveis à pornografia em Dworkin (veja ROSA: 2014a, pp. 203. 223-4). Compare com DA SILVA (2010, pp. 89-94 (esp. p. 91, citando RAWLS, 2005, cap. 8) e 100 e ss.).

<sup>426</sup> Veja MACLURE & TAYLOR, 2011 pp. 77, 167-9 e NUSSBAUM, 2008, 138, MACCONNEL, 2000-1, p. 39, trecho citado abaixo.

<sup>427</sup> MACLURE & TAYLOR recomendam um modelo de acomodações razoáveis, segundo o qual uma acomodação deve ser rejeitada se prejudicar excessivamente o objetivo em cujo nome a ação religiosa era proibida, se gerar custos excessivos ou se afetar direitos de terceiros (MACLURE e TAYLOR, 2011, pp. 100-1). GARNETT, por sua vez, divide os casos de liberdade de religião em três espécies (GARNETT, 2015a, pp. 115-7), a saber, aqueles em que o Estado não pode intervir porque lhe falta jurisdição, aqueles em que o Estado deve agir com tolerância, e aqueles em que ocorre genuíno conflito de direitos civis entre liberdade de religião e outros direitos. NUSSBAUM (2008), quanto às acomodações, defende regime norte-americano anterior a *Smith* em que um "substantial burden" só pode ser justificado por um "compelling state interest"; quanto ao não-estabelecimento da religião, discute critérios que apresento abaixo, no próximo capítulo.

como MacLure e Taylor, demover a religião da sua posição de especial proteção. Como sustenta Koppelman<sup>428</sup> ao criticar o uso da categoria de consciência para justificar direitos, a restrição da proteção a compromissos que geram "deveres" deve ser questionada<sup>429</sup>. Compreendida de maneira expandida, os compromissos centrais de MacLure e Taylor são um ponto de partida proveitoso para a delimitação da parcela das manifestações religiosas a ser protegida de maneira mais generosa. Estes temas serão retomados abaixo. Antes de expor mais especificamente estas fronteiras, vale apresentar os argumentos normativos interpretativos da liberdade de religião.

#### *Subseção 4.3. Liberdade e integridade*

No esforço de defesa de direitos especiais à religião, a literatura a ser consultada é a dos defensores das acomodações à liberdade de religião, ainda que por vezes sigam estratégia argumentativa menos fiel aos ônus da consistência de princípio adotados nesta tese. Garnett e Nussbaum são nomes importantes. A ideia a ser extraída das obras dos autores é exemplificada pelo seguinte trecho de Garnett e Dunlap:

"Pode ser que afirmemos que seres humanos são feitos para tentar encontrar [*seek*] a verdade, e são obrigados a perseguir a verdade e agarrar-se a ela quando é encontrada, e que esta obrigação não pode ser cumprida com sentido [*meaningfully*] a não ser que as pessoas sejam protegidas contra coação em questões religiosas. 136 Podemos também dizer que governos seculares têm um dever moral - ainda que, sob *Smith*, não seja um dever juridicamente demandável [*enforceable*] - de promover a habilidade das pessoas de atender a esta obrigação e a florescer no gozo ordenado da liberdade de religião, e deve portanto tomar passos positivos para remover obstáculos à religião que mesmo regulações com boas intenções [*well meaning*] podem criar. Poderíamos dizer isso, mas acreditamo-lo?"<sup>430</sup>

---

<sup>428</sup> Ver crítica de KOPPELMAN à compreensão da consciência como substituto da religião em razão de consciência ser sobreinclusiva (inclui ações que não devem ser permitidas) e sobinclusiva por lidar somente com deveres, aspecto que não exaure os elementos a serem protegidos pela liberdade de religião (como expansão de atividades de caridade); KOPPELMAN, 2013b, 131 e ss.. Este é um problema da categoria não enfrentado em MacLure e Taylor. Veja ainda a advertência de Laycock de que a autonomia das instituições religiosas não pode ser compreendida como uma questão de consciência (LAYCOCK, 1981, 1390-1). Veja discussão em nota abaixo.

<sup>429</sup> E ainda que os autores ofereçam a categoria como uma maneira de salientar liberdade de consciência em detrimento de liberdade de religião (MACLURE e TAYLOR, 2011, pp. 89-90). A meu ver, entretanto, neste ponto os autores empregam conceito tradicional de religião; mas se, como Dworkin sugere, religião for um conceito interpretativo, é possível encontrar relevância das sugestões de MacLure e Taylor à definição de religião. Veja MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 12, 76-7, 95-6 - veja discussão no capítulo anterior. O mesmo talvez valha para os trabalhos de NUSSBAUM (2008, por exemplo).

<sup>430</sup> Richard GARNETT & Joshua DUNLAP 2006, pp. 280-1, nota omitida (à Declaração de Liberdade de Religião do II Concílio Vaticano), traduzi e mantive entre colchetes palavras do original. Ver ainda GARNETT (2014b) e KALANGES (2013).

Acredito que o ponto dos autores seja o seguinte: a justiça na concessão das liberdades inclui o compromisso de protegermos coletivamente as escolhas, mesmo as idiossincráticas<sup>431</sup> (como a inclusão de somente homens no sacerdócio<sup>432</sup>, dia de guarda em dias diferentes dos reconhecidos em lei para descanso semanal etc. ou em dias que a maior parte da população se permite trabalhar ou estudar) que nossos concidadãos fizerem no exercício de liberdade que também temos. Como diz Dworkin, deve-se reconhecer a terceiro "a mesma responsabilidade pela sua vida que eu tenho"<sup>433</sup>. A conclusão a ser defendida na tese, contra Dworkin, é que indivíduos que gozam de acomodações não têm liberdade distinta daqueles que não as demandam, ou seja, que a acomodação é exigência da igualdade e que a negação da acomodação é negar visão íntegra da liberdade de religião.

Isso não significa que qualquer opção divergente seja aceitável. Mas significa que muitas são.. É que a igualdade aqui é mais profunda do que os críticos do direito especial supõem: ela reside, por exemplo, em não negar a liberdade a quem pretenda exercê-la de maneira distinta do exercício dos demais cidadãos. Consiste ainda em não rejeitar liberdades fundamentais da independência ética em razão dos custos que eventualmente surjam a terceiros em função de seu exercício.

Estes são dois dos argumentos que gostaria de oferecer. O primeiro deles cuida da igualdade entre diferentes manifestações sociais<sup>434</sup>. A ideia aqui é que a contradição não reside em negar a terceiros a extensão de um benefício que foi concedido a alguém por razão religiosa, como sugere Dworkin ao dizer que os indivíduos que querem "chapar" mas que são impedidos de usar drogas sofrem discriminação pela permissão de uso sacramental do

---

<sup>431</sup> Expressão de DANE (2015, p. 17, n. 58), LAYCOCK (2010, p. 302), NUSSBAUM (2008, p. 170) e SCHWARTZMAN (2012, p. 1420).

<sup>432</sup> Exemplo de DOMINGO (2017, p. 20).

<sup>433</sup> DWORKIN, 2008, p. 70, traduzi. O trecho completo é o seguinte, que apresenta a concepção de Dworkin de liberdade a partir dos princípios de que as vidas humanas têm valor intrínseco e que todos, que as vivem, têm responsabilidade pessoal de conduzi-la: "This conception of liberty supposes that people have a right to choose and live their values only within the space allowed by proper distributional regulations and constraints of these different kinds. That follows from the important constraint I mentioned in chapter 1: if we accept the two principles of human dignity, we must work out the implications of each in the light of the other. If I accept both that everyone's life is of equal intrinsic value and that everyone has the same personal responsibility for his life as I do, then these assumptions must shape my definition of my own responsibility. I must define that responsibility so that it is compatible with a like responsibility among other people because their lives are of equal importance to mine. So I cannot regard proper distributional constraints, which allocate resources among these different lives, as compromising my personal responsibility for my own life. I must regard them as helping to define what my personal responsibility is". Sobre o tema, ver ROSA: 2014a, caps 2 e 3.

<sup>434</sup> O que BARZOTTO chama de igualdade como um dos aspectos da lei como medida (2010, cap. 5). Veja ainda GREENAWALT (2016, pp. 70-1).

peyote<sup>435</sup>. Em vez disso, sugiro que a contradição reside em negar aos indivíduos que de boa-fé<sup>436</sup> concluíram que a verdade os impede de trabalhar aos sábados a possibilidade de prestar concurso público ou o direito de praticar ritual essencial à sua fé *se os indivíduos chegaram a estas conclusões em exercício de direito fundamental que também temos* (Nussbaum e Williams) ainda que nosso exercício tenha nos levado a conclusões mais convencionais, que nos permitem adaptação mais tranquila às normas sociais<sup>437</sup>. Ao meu ver, este é o argumento que Martha Nussbaum oferece a partir da análise da obra de Roger Williams: a liberdade de consciência consiste em busca com sinceridade o sentido das coisas mais importantes<sup>438</sup>. Usar drogas porque quer não é exercer a liberdade exercida por quem decide usar drogas por razão de religião. Diferenciar estes casos não é discriminar, mas sim aplicar uma mesma teoria,

---

<sup>435</sup> Ver DWORKIN, 2013, pp. 134-5. O uso de peyote em cerimônia religiosa foi o objeto do caso *Smith*, discutido por Dworkin e citado por GARNETT & DUNLAP (2006) acima. Veja crítica de LABORDE a Dworkin (2014b, pp. 1264 e 1971). Veja ainda trecho de Laycock sobre objeção de consciência: "People with a deeply held conscientious objection to a law are not similarly situated to people without such an objection. To insist on formally equal treatment of objector and non-objectors is to pursue the same majestic equality that forbids the rich and the poor alike to sleep under bridges" (2010, p. 30, nota omitida a citação de Anatole France; veja ainda pp. 75-6). Em contraste, veja o seguinte trecho de GEDICKS: "In the end, the contemporary liberal commitment to individual autonomy makes it unlikely that government interference with religious conscience will be understood as a serious harm distinct from interference with secular conscience. The commitment to autonomy protects individual choice for its own sake; the value is in the freedom to choose, not in the object of choice.<sup>46</sup> As a result, the constitutional harm that results when government interferes with autonomy is less the substantive harm that follows from the choice imposed upon the individual than the procedural harm of denying the individual the opportunity to choose. This leaves the liberal theory unable to distinguish between religious practices and *any* secular lifestyle choice, <sup>46</sup> including a choice motivated by personal commitment to a secular morality.<sup>47</sup> Without this distinction, however, it is difficult to argue that the transcendent or extra-temporal consequences of religious belief entitle believers to exemption from morally burdensome laws when nonbelievers are left subject to them.", 1997-8, p. 563, itálicos no original nota 46 a Garvey e 47 aos casos *Welsh* e *Seeger*, da Suprema Corte dos EUA.

<sup>436</sup> Ou com sinceridade, EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 213 e ss., 2008-9, pp. 814 e ss., 824), BAGNI (1979, p. 1519) e DANE (2015, pp. 5-6), KOPPELMAN (2013b), GEDICKS (2016) SCHWARTZMAN, (2012 p. 1420). Veja também GARNETT (2001b, p. 5, n. 2), NUSSBAUM (2008, pp. 165, 170, 172-3) e SEFERJAN (2012, pp. 69-70).

<sup>437</sup> NUSSBAUM (2008, pp. 17, 116-7, 119, 127-8, 136-7, 144, 164, 286). Em suma, proteger o Sabbath não significa que judeus gozam de direitos de que outros não gozam. Trata-se da visão de Williams, que Nussbaum defende e que apresentei a partir de seus escritos (NUSSBAUM, 2008, pp. 126-7, 362). Veja ainda PINHEIRO (2009, p. 289, trecho citado no capítulo 1 em nota).

<sup>438</sup> NUSSBAUM, 2008; 2012, p. 75 ("Roger Williams argued that the accommodations position was the only fair position: otherwise the majority was claiming for itself a liberty much more extensive than it was prepared to grant to others"; por outro lado, veja discussão na seção 2, sobretudo trecho citado acima (NUSSBAUM, 2012, p. 87) em que a autora elogia a tradição de acomodação por impedir formas variadas de discriminação; em suma, não é certo quão ligada a autora permanece à ideia de que o problema por trás da invasão do estado sobre a religião seja de discriminação - em 2008, ao discutir caos europeu, ela sustenta que a desnecessidade de estabelecer comparação é uma vantagem. Talvez o ponto seja que a autora tem visão mais extensa de discriminação (perseguição pode se dar por "obtuseness", em vez de "malice", p. 86), de modo a incluir a preocupação igualitária defendida neste ponto da tese, ou que esteja certa sobre a diferença de grau entre o modelo acomodacionista e o não-acomodacionista).

como exige a integridade<sup>439</sup> o que produz resultados diferentes porque os casos são diferentes. Há, portanto, igualdade entre os beneficiários.

É que a maneira adequada de definir um ato religioso não é pelo conteúdo do ato, mas pela formato, para usar a expressão de Nussbaum<sup>440</sup>. Tomemos a distinção entre lazer e religião, mencionada pela literatura (Dworkin e Laborde). Suponhamos um sujeito que deseje passar o sábado com sua família em vez de trabalhar, e um sujeito que deseje observar o Sabbath<sup>441</sup>. Temos a mesma conduta desejada (não trabalhar ao sábado), embora uma caracterize exercício de liberdade que outra não exerce. A liberdade de religião não necessariamente implica negar o direito de não trabalhar no sábado por desejo de lazer ou por necessidade familiar, mas indica que observar o Sabbath é exercício de aspecto humano distinto dos demais casos, embora as condutas tenham o mesmo conteúdo. O mesmo vale para o consumo de drogas sacramental e não-sacramental.

Naturalmente, o argumento de autores como Dworkin e Eisgruber & Sager explora a intuição de que as acomodações à religião protegem de maneira diferente ações que na verdade são igualmente importantes. O argumento desta tese, em contraste, é de que há diferença nas ações, e a estratégia empregada passa por indicar uma dessemelhança entre as ações religiosas e as ações de conteúdo idêntico mas de sentido distinto: esta dessemelhança consiste em apontar que a ação religiosa caracteriza gozo de liberdade que talvez deva ser atribuída a outras ações mas que, se o for, não é por liberdade de religião, que se restringe ao esforço de identificar a realidade transcendente e de harmonizar-se com ela.

Um exemplo da liberdade de manifestação empregado acima ajuda a entender por que devemos abandonar o esforço de definir os limites da liberdade pelo conteúdo do ato, e não pelo sentido da ação. Suponhamos dois casos. Num, 1. uma mulher quer andar nua na rua da cintura para cima<sup>442</sup>; no outro caso, 2) mulher protesta com os seios descobertos. A conduta

---

<sup>439</sup> WALDRON, 1997, p. 7.

<sup>440</sup> Veja NUSSBAUM (2008, p. 169); veja MESLIN (2014, p. 19, citando Max Scheller); compare com DOMINGO (2017, p. 5)

<sup>441</sup> EISGRUBER & SAGER utilizam exemplo similar, embora imaginem uma mãe que não tenha com quem deixar seus filhos num sábado (2007, 115-6; veja ainda exemplo da caridade não religiosa, pp. 1, 54-5, 112 e ss., 264; para comentário de LABORDE sobre este exemplo nos autores, veja 2014a, pp. 68-70); Nussbaum sustenta que valorização de família não é religião (NUSSBAUM, 2008, pp. 164-5, por exemplo). Ver nota pessoal de GREENAWALT (2006-7, p. 1244, n. 164); ver ainda GEDICKS (1997-8, p. 555) e MCCONNELL (2000-1, pp. 4).

<sup>442</sup> Para um caso norte-americano sobre mulheres fazendo *topless*, MOVSESIAN (2017) - agradeço ao orientador para me chamar atenção a este caso; para um caso real inglês, veja PINHEIRO (2013);



é a mesma (andar parcialmente desnuda), assim como o uso sacramental de drogas é a mesma conduta à de quem quer usar a droga por puro lazer. Mas em geral não podemos andar na rua nus; entretanto, suponhamos, a liberdade de expressão inclui a nudez. Há discriminação contra nudez ordinária, cotidiana a favor de nudez intencionalmente (mais?) expressiva? Temos aqui hipótese em que o direito especial à liberdade de expressão implica o estado em esforço de distinguir atividades mais valiosas, a receberem proteção mais generosa, de outras, que poderão ser proibidas. Isso não parece problemático, como sugerem autores como Horwitz, em trecho analisado acima<sup>443</sup>. Um ato engaja a liberdade de expressão (a protestante o faz - n. 2), enquanto outro ato (a mulher não protestante - n. 1) não engaja; analogamente, o sacramento engaja liberdade de religião e o outro ato não engaja. Podemos dizer que proteger o protesto por nudez ou o sacramento discrimina contra o uso por lazer ou a nudez não-expressiva? Acredito que não. Essa proposta de rigor interpreta equivocadamente a igualdade<sup>444</sup>. Este é o argumento em defesa de direitos especiais que está disponível para sustantar acomodações ao exercício da religião.

Podemos, porém, dizer que conceder o direito à mulher no caso 2 cria liberdade sem controle? Tomemos outro exemplo, desta vez de privacidade, que esclarece que esta dificuldade identificada por Dworkin na liberdade de expressão é presente na instituição de direitos propriamente dita. Pensemos no direito de privacidade ao domicílio. A medida privilegia um modo de exercício de privacidade, afinal, ainda que seja comum termos casa, não é inevitável tê-la, tampouco gozamos uniformemente da proteção, inclusive porque passamos tempos diferentes em nossos domicílios.<sup>445</sup> Tampouco é tranquilo definir domicílio.

---

<sup>443</sup> Veja SCHAUER (2005, pp. 1-2 e pp. 9-10, 13-4, 18-19, 24-5 (n. 97), pp. 26-7 (n. 10)) sobre a necessidade de "drawing lines". Veja ainda ROSA: 2014a, por exemplo, p. 219, citando Dworkin (veja nota acima para referências mais detalhadas)

<sup>444</sup> Compare com o argumento de LAYCOCK contra uma versão de "neutralidade" como critério de interpretação da liberdade de religião: 2010, pp. 75-6 (veja ainda p. 30).

<sup>445</sup> Adapto a este propósito exemplo de COLE (2017). Cumpre ainda saber se tanto a liberdade de religião quanto a de expressão selecionam práticas valiosas a serem protegidas. HORWITZ (2014b, pp. 15-6), ao criticar Dworkin, dá exemplo da proteção da liberdade de expressão do discurso político e não à "conspiracy", e dá a entender que sim. LABORDE, comentando MACLURE & TAYLOR, dá a entender que não: "Taylor and Maclure get to the heart of a key feature of freedom of religion— one that is strangely neglected by contemporary liberals. It is this: what Taylor said (in an earlier, seminal article) about negative freedoms in general— that they are empty without “strong evaluations” of what they allow the pursuit of— applies with particular acuity to freedom of religion. *Freedom of religion, in contrast to more generic freedoms of thought, belief, and association, relies on a moralized distinction between valuable and nonvaluable activities and serves to protect a subset of the former.* It is a freedom to pursue a specific end and activity: it refers to the pursuit of a conception of the good with a specific shape, content, and form rather than the means through which any conception of the

Quem dorme aos fundos do seu escritório tem domicílio? Qual a proteção de quem vive num carro? E ao quarto de hotel? Em suma, variedades de exercício e dificuldades de definição são inevitáveis, e per se não oferecem razões para abandonar esforço valioso de proteger a liberdade dos indivíduos.<sup>446</sup>

Esta é a igualdade teórica fundamental, a "consistência no respeito pela dignidade"<sup>447</sup> que exige a liberdade de religião que, por vezes, inclui direitos especiais. A sugestão de autores como Dworkin é que a permissão do uso sacramental de drogas discrimina o usuário de drogas por lazer; a sugestão aqui é que o compromisso da liberdade de religião explica a distinção entre os casos<sup>448</sup>. É neste ponto que incide o outro argumento de Dworkin sobre discriminação, que diz respeito às demandas da igualdade sobre a concessão da liberdade a casos diferentes. Enquanto tal, é ruim. A razão é que, embora o Estado possa num caso proibir ação (uso por lazer) externamente idêntica a caso em que deve abster-se de qualquer punição (uso sacramental), a realidade é que a liberdade do sujeito está implicada de forma diferente nos dois casos: numa, e não em outro, está em jogo o compromisso constitucional de não estorvar<sup>449</sup> a decisão individual de buscar a verdade sobre o sentido da realidade. Em outras palavras, a liberdade em discussão não é corretamente compreendida como a liberdade de consumir drogas (o que não significa que a liberdade não exista: significa que, se existir, não é de religião<sup>450</sup>); se fosse, teríamos, naturalmente, uma desigualdade, consistente na permissão

---

good can be pursued. Furthermore, in the case of exemptions and accommodations, which is our focus here, freedom of religion generates demands of positive assistance in pursuing those activities. This means that, when adjudicating such claims, it must be decided which claim correctly expresses the values underpinning the general principle." (2015a, p. 273, *itálicos acrescentados*; veja ainda p. 277; LABORDE, 2015b, pp. 588, 596-8 e 2016). A meu ver, LABORDE está correta ao apresentar a liberdade de religião desta forma, mas acredito que esta característica da liberdade de religião não seja exclusiva dela. O exemplo da mulher nua serve para mostrar esta semelhança, que, a meu ver, está pressuposta no exemplo de HORWITZ do discurso político e do acordo criminoso. Ademais, como sustentei anteriormente, Dworkin não ignora esta necessidade de distinções na liberdade de expressão (ROSA: 2014a, p. 219, citando DWORKIN, 2006a, p. 326 ou 1996a, 204 e tese de Júlio Cesar Casarin Barroso Silva); veja ainda pp. 230-1, citando DWORKIN, 1996c na p. 230, n. 936. Veja próxima nota.

<sup>446</sup> Veja, por exemplo, a crítica de AUDI (2015, p. 416-7) a ZUCCA (2015). Veja referências acima a SCHAUER, ROSA e DWORKIN.

<sup>447</sup> Para usar a expressão de DWORKIN em 2008, p. 43, discutindo direitos humanos e terrorismo. Naturalmente, o caso é bastante distinto, mas o argumento do autor me parece aplicável ao tema da tese.

<sup>448</sup> Contra DWORKIN (2013), naturalmente; ver discussão em NUSSBAUM, 2012, pp. 88 e ss., mencionando, na n. 30, EISGRUBER & SAGER. Para Martha Nussbaum, a liberdade é de buscar com sinceridade, qualquer que seja o resultado.

<sup>449</sup> Para usar palavra de Tolstói na sua reação à excomunhão que sofreu no fim da vida - veja a epígrafe.

<sup>450</sup> Como dizem EISGRUBER & SAGER sobre a mãe religiosa que quer ficar com os filhos mas que concebe demanda com flexibilidade (2007, pp. 116-7). A meu ver, neste caso haveria liberdade de religião, mas não direito especial.

de um *uso* e não de *outro uso*. Mas existe outra maneira de compreender a liberdade em discussão, uma que enuncia que o uso de substância por lazer não implica o mesmo interesse humano que o uso religioso. Por igualdade, precisamos aqui definir uso *religioso* de forma abrangente, que poderá não incluir diversas ocasiões em que indivíduos desejam consumir drogas. Apesar disso, a proposta da tese é, seguindo Dworkin, trabalhar com conceito expandido de religião.

Em suma, a proteção à religião por direitos especiais não necessariamente é discriminatória, tampouco produz falta de controle. Estes - discriminação e falta de controle - são pontos salientados Dworkin, e embora sejam preocupações legítimas do esforço político da delimitação das liberdades, não são convincentes enquanto razões para negar direitos especiais. Em suma, relação mais complexa entre igualdade e liberdade de religião deve ser oferecida, como defendido por Laborde. Esta relação exige o reconhecimento de direitos especiais na forma de acomodações, isto é, adaptações de regras gerais aos atos religiosos mesmo quando as regras gerais não são discriminatórias.

Como dito, este argumento segue a sugestão de Nussbaum de que a liberdade de religião consiste buscar responder às questões sobre o sentido das coisas mais importantes<sup>451</sup>. Este é o *formato* da liberdade de religião, diz com razão a autora. Esta análise é produtiva na

---

<sup>451</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 169, trecho citado acima no cap. 1. Veja em geral pp. 1, 19, 52, 168 e 362. Respeitar o outro como "fully free and equal" exige dos "citizens" que entendam que "the space they share with others is a space of diverse opinions about ultimate matters, and they respect the springs of conscience in their fellow citizens that lead them to diverse conclusions by diverse routes, even when they find these routes and these conclusions profoundly mistaken" (2008, p. 362; veja ROSA, 2014a, p. 95, n. 352). Sobre este "espaço", veja NUSSBAUM, 2008, pp. 2, 19-20, 22, 53-4, 353. Laborde comenta trecho de Paul Bou-Habib que, utilizando linguagem do jusnaturalismo (BOU-HABIB comenta, mas critica GEORGE, por exemplo), compreende a busca por harmonia como atividade a ser protegida por acomodações: "Bou-Habib himself seems to concede that the value of integrity cannot be exhausted by conscience. He writes: "as well as depending on compliance with perceived duty, integrity may depend on one's attempting continuously (which is not to say incessantly) to discover what one's duties in fact are. It seems to me that religious conduct that aims at achieving communion with a divine will or ultimate reality may have a claim to accommodation under this heading. The ingestion of peyote in the sacramental worship of NAC is an example". Bou-Habib, 'Theory of Religious Accommodation', p. 123" (LABORDE, 2015b, p. 590, n. 25). De rigor, o autor neste ponto pretende explicar por que atividades que buscam a comunhão mas não são exatamente oriundas de dever *também* podem afetar a integridade, e aí conclui que, por esta razão (e não pelo recurso ao argumento de George, que, sustenta, deve ser rejeitado) têm direito à acomodação - em suma, "forms of religious conduct that give religious persons access to what they regard as the source of their religious duties are entitled to accommodation." (BOU HABIB, 2006, p. 123). A meu ver, nem toda atividade desta espécie, entretanto, exige acomodação, embora o caso do *peyote*, discutido por Bou-Habib, certamente o inclua (embora o autor julgue a acomodação neste caso "*possible*", p. 124, *italico* no original). Acredito, ainda, que a análise do autor justifique a distinção entre o uso sacramental e o uso não-sacramental de *peyote*, pois o segundo não ajuda a encontrar os deveres, cuja obediência Bou-Habib considera decisiva para justificar acomodação. Por outro lado, veja abaixo análise da questão em MACLURE & TAYLOR (2011) a partir de crítica de KOPPELMAN (2013b) e nota acima para crítica a Bou-Habib a partir de BOYLE (1998).

reflexão sobre a liberdade de religião<sup>452</sup>. Não à toa autores como Laycock destacam que a liberdade de religião é questão de perguntas, e não de respostas; é, pode-se dizer, uma questão de passado - de compromisso constitucional - e não de futuro, em que as escolhas feitas são sabidas e quando o concidadão podem ter a tentação de suprimir a escolha feita. A meu ver, a integridade justifica este modo de pensar o direito à liberdade de religião, que interpreta o compromisso de reconhecer a liberdade de modo consequente, já que não admite, salvo raras situações, que um ato de prática de religião seja proibido. Esta é o segundo argumento, que trata do significado político do reconhecimento da liberdade de religião as consequências daí decorrentes.

O ponto é a igualdade no reconhecimento e na aplicação de um compromisso. Este argumento está disponível numa fala de uma personagem no romance *Owl Killers*, de Karen Maitland. No trecho, destacam-se três personagens pertencentes a uma organização religiosa de mulheres de status jurídico duvidoso frente à Igreja Católica (o livro se passa no século XIV na Inglaterra). Duas das personagens comentam as opções religiosas de uma terceira, que havia entrado em contato com literatura de ortodoxia duvidosa e que havia formado opinião distinta da defendida pela Igreja a respeito da eucaristia<sup>453</sup>. A fala que eu gostaria de destacar é de uma personagem chamada "Mercadora Martha" e é dirigida à "Servidora Martha", sua superiora (Duas das personagens chamam-se "Martha", nome compartilhado por diversas mulheres da organização, com variações pela função exercida por cada uma delas), a respeito de Osmanna, a leitora heterodoxa. O trecho é o seguinte.

"Naquele dia (...). Você disse, "Osmanna deseja procurar encontrar a verdade ela mesma'. Você lhe deu a liberdade de fazê-lo. Eu e você, nós podemos não ter gostado da verdade que ela encontrou, mas ela tem o direito de tentar encontrá-la. E se há de haver verdadeiro refúgio para pensamento, então devemos ser livres para explorar qualquer caminho sem obstáculo (*hindrance*). Foi isso o que você me ensinou naquele dia (...)".<sup>454</sup>

Vemos a integridade atuante neste trecho, em que a Mercadora Martha defende que as ações extremas de Osmanna não podem ser proibidas. Osmanna prefere ser morta a afirmar

---

<sup>452</sup> É ele, portanto, que fornece o que SCHWARTZMAN chama de "criteria to guide analogical reasoning" (2012, p. 1421) no momento de se afirmarem acomodações.

<sup>453</sup> MAITLAND (2009); o livro é de Marguerite Porete, como esclarece MAITLAND (p. 554).

<sup>454</sup> MAITLAND (2009), sublinhados acrescentados, palavra mantida do original; no original, "But that day (...) you said, 'Osmanna desires to seek the truth for herself.' You gave her the freedom to do that. You and me, we may not have liked the truth she found, but she'd the right to try to find it. And if there is to be true refuge for thought, then we must be free to explore any path without hindrance. That's what you taught me that day (...)." (Part 31, Chapter 2 - Servant Martha), sublinhados acrescentados. Veja pp. 410-1, 417-8, 438-9, 513-4 para trechos do enredo importantes a este diálogo entre as personagens, inclusive trechos em que a Servidora Martha pressiona Osmanna. Veja ROSA, 2014a, p. 95, n. 352.

o milagre da eucaristia, em que não acredita. A conclusão é a seguinte: a liberdade de negar-se a afirmar aquilo em que não acredita, apesar de poder ser concretamente extrema, é a mesma que foi concedida anteriormente a Osmanna, o que significa que a Servidora Martha, que concedeu a liberdade, deve respeitá-la agora também. O caso pode ser extremo, e podemos achá-lo exagerado ("*...*) *nós* podemos não ter gostado(*...*)", itálico acrescentado), mas a integridade exige da líder que respeite a liberdade, pois ela mesma reconheceu no passado que é Osmanna quem deve "buscar a verdade" ("*Você* lhe deu a liberdade de fazê-lo " e " Foi isso o que *você* me ensinou naquele dia ", itálico acrescentado), isto é, adotou anteriormente compromisso, que deve ser honrado.

Em outras palavras, uma vez concedida a liberdade de religião, não se pode retirá-la porque a resposta a que se chegou no seu exercício é diferente, heterodoxa etc.<sup>455</sup>. Este argumento é simples, e talvez soe heterodoxo ao leitor buscá-lo em romance cujo enredo se passa no medievo. Decisivo é notar que o argumento é convincente, porque identifica uma incoerência saliente em num momento dizer que há liberdade e, depois, negá-la por razões de pouca monta. Há, de fato, desigualdade em permitir certas respostas e não outras, como visto acima. Mas há também um descumprimento de compromisso se cedemos a liberdade nestas hipóteses, pois o que havia sido atribuído ao indivíduo é dele tomado. Ou seja, a liberdade de religião não existe somente quando concedida, mas também quando exercida de maneira heterodoxa; caso contrário, ela é oca desde o início. Trata-se, naturalmente, de coletivização, que é uma violação da integridade porque a interpretação mais adequada da concessão da liberdade reside na proteção da busca por certas respostas, o que é incompatível com a proibição de algumas delas. Em outras palavras, o argumento da Mercadora Martha é de integridade porque consiste em sustentar que compromisso assumido num momento deve ser mantido em outro. Como saber se foi? Entre outros, se a decisão protegida era individual e passou a ser coletiva ou vice-versa. Se buscar harmonizar-se com o divino deve ser livre, deve ser mesmo quando nesta busca se conclui que certa forma de descanso é exigência do valor intrínseco da realidade ou que certo ritual não tem o significado e a realidade que alguns nele enxergam; se esta busca é individual, não acomodar é coletivizar, é tomar liberdade que foi concedida, o que é descumprimento de compromisso assumido; se compromisso é individual,

---

<sup>455</sup> Como a meu ver sugere DWORKIN (2001a, pp. 306-7 ou 1977, p. 200; ver em geral cap. 7 e a análise em ROSA, 2014a, pp. 44 e ss., bem como pp. 220-2 (com citação a DE LIMA (2011, pp. 108-9).

não acomodar não é íntegro, decidir coletivamente é violar a liberdade e há, para manter as coisas nos seus devidos lugares, um direito especial à acomodação.

Este argumento trata da relação entre autoridade e beneficiário. Precisamos levar a sério a liberdade de religião, o que exige que prejuízos significativos ao seu exercício somente sejam permitidos em casos compatíveis com a o compromisso a natureza individual da religião. Richard Garnett está correto ao compreender que a liberdade de religião exige instituições que a protejam. A Mercadora Martha esclarece em que sentido pode-se dizer que as instituições têm forma igualitária: trata-se de mecanismos de respeitar e implementar compromisso de proteger espaço para a condução da vida, como diz Nussbaum. Com efeito, à liberdade do esforço de buscar a verdade sobre as questões fundamentais da realidade e de harmonizar-se com o divino não basta um regime de não discriminação, tampouco um regime de refúgio<sup>456</sup>, em que alguns ambientes somente são definidos como de proteção da religião. O ambiente comum<sup>457</sup> deve ser livre: nada menos que o mundo público é suficiente a levarmos vidas livres, sobretudo quanto à religião, embora esta participação pública seja individual, e não coletiva, ou, se coletiva, seja produto de ações individuais comuns. O modo de pensar as liberdades nesta chave é de construção de espaço para seu exercício<sup>458</sup>. A importância e a necessidade das instituições à liberdade de religião é uma repercussão da igualdade sobre a liberdade. Uma autoridade encarregada de uma instituição deve seguir o compromisso que assume. Quando este compromisso diz respeito à liberdade, incluída à liberdade de religião, esta manutenção do compromisso é uma questão igualdade e inclui acomodações.

Em suma, a pergunta pertinente é a seguinte: quando então há liberdade de religião? Quando a questão deve ser mantida na esfera individual, e não coletiva<sup>459</sup>. Este é o

---

<sup>456</sup> Emprego a palavra porque a Mercadora Martha a emprega. O refúgio aqui é visto como um ambiente excepcional. Em geral, na vila inglesa medieval onde se passa o livro de Maitland, não há liberdade de religião, que existe, entretanto, na morada coletiva das personagens. Isso, obviamente, não basta.

<sup>457</sup> Veja ROSA (2014a, Conclusão, publicada em 2017, e pp. 148, 171, 174-5, 246 e ss.), comentando WALDRON (2012) sobre liberdade de expressão e a ideia de ambiente, que lhe é essencial; BOYLE (1998, pp. 23-4), NUSSBAUM (2008), GARNETT (2015 etc.), PINHEIRO (2009), entre outros, consideram que o ambiente social para exercício das liberdades de religião é importante. Discuti como esta tese se constrói sobre esta presuposição na introdução, acima.

<sup>458</sup> GARNETT (2015, entre outros) e NUSSBAUM (2008).

<sup>459</sup> Ao comentar a impossibilidade de membros das organizações religiosas serem admitidos como professores, diz a PGR: "Há aqui uma outra dimensão essencial da laicidade do Estado - a ideia de diferenciação pessoal entre o Poder Público e as confissões religiosas. Significa, segundo Jôntas E. M. Machado, que fica vedada *a publicização de uma função religiosa ou a confessionalização de uma função pública, em termos que sugiram, a partir da actividade de um sujeito ou de uma entidade, a existência de uma unidade teológico-política subjacente*.'4", PGR, 2010, item 12, pp. 5-6, itálicos no original nota 4 com o seguinte teor: "Jôntas [sic] Eduardo

compromisso fundamental, disponível na literatura, inclusive em Dworkin, a respeito do secularismo. Isso promove estrutura argumentativa, que Dworkin com razão demanda<sup>460</sup>, e oferece métrica para a igualdade, como fala Laborde. Aí reside então um esboço de arcabouço dogmático<sup>461</sup> que permita diferenciar as situações e que faz sugestões de soluções para diversos casos envolvendo religião. O objetivo desta tese é mostrar como este arcabouço justifica direitos especiais e serve para interpretar a norma da Constituição Federal de 1988 a respeito do ensino religioso nas escolas públicas. Em alguns casos, sugiro, o respeito a este compromisso exige direitos especiais, pois o direito por vezes coletiviza decisões individuais por ato não-discriminatório, i.e., que não reflete visão negativa sobre um juízo religioso. Apesar disso, esta decisão pode interferir de maneira grave no exercício da religião. Quando isso ocorre, há um direito especial, o que significa que o estado somente pode proibir o exercício se ação contrária tiver gravíssimas consequências. Este ponto será explorado mais à frente. Por ora, gostaria de trabalhar as hipóteses incluídas no direito especial à liberdade de religião.

#### *Subseção 4.4. Direito especiais à liberdade de religião*

Vale retomar os argumentos apresentados até este ponto na tese a respeito das interações entre igualdade e liberdade de religião. A igualdade não significa, quanto ao tema desta tese, que somente exercícios de igual custo ou idênticos devam ser autorizados. Significa, em vez disso, que todos devem gozar do espaço, concebido como instituições e liberdades, que compartilham a mesma forma igualitária, para buscar e realizar suas interpretações dos aspectos fundamentais da realidade e da vida.

---

Mendes Machado. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 358", itálicos no original, trecho entre colchetes acrescentado. Ainda, veja o seguinte trecho de CNBB "Por ser um direito público subjetivo e individual, a fé religiosa não pode ser coletivizada pelo Estado, nem por ele repelida" (2017, p. 29).

<sup>460</sup> DWORKIN, 2008.

<sup>461</sup> Algo que NUSSBAUM chama de "analytical framework" (2008, pp. 266, 274, 356-7, 361 etc.). Veja ainda FERRAZ Jr. (2015) sobre dogmática jurídica e decidibilidade de conflitos, que é objetivo desta tese proporcionar. Também é objetivo da tese aprimorar a "realizabilidade formal" de princípios, para evitar a crítica de BARZOTTO (a partir de Ihering) à sua falta de objetividade (2010, pp. 141-2); Luis Fernando Barzotto cobrou solução desta espécie ao tema desta tese na Banca Qualificação de Doutorado. Veja ainda DWORKIN (2008) para demanda por estruturação dos argumentos a respeito de diversos temas na política norte-americana e DANE, 2015, p. 11, pp. 11 e ss.. Entre nós, ver por fim DA SILVA (2002, pp. 30 e 31).

O que é necessário para proteger esse espaço? A meu ver, tanto o direito geral de independência ética quanto os direitos especiais à liberdade de religião<sup>462</sup>. Quanto ao primeiro aspecto da proteção do espaço, os testes do *benchmark* e contrafactual propostos por Eisgruber e Sager são importantes. Mas daí não decorre que nunca a liberdade de religião deva ser protegida por direitos especiais. Quando deve haver esta proteção?

Dworkin sustenta que a defesa dos direitos especiais tem certo ônus de argumentação: deve indicar interesses particularmente importantes a serem protegidos especialmente<sup>463</sup>. Dworkin diz que esse interesse não existe, e o argumento para tanto é o apresentado anteriormente neste capítulo (na estruturação oferecida, é o n. 3). O argumento não convence, o que abre caminho para o apontamento do interesse especial na liberdade de buscar a verdade sobre a realidade (a partir do argumento Nussbaum-Williams) ou na harmonização com o divino (caracterização de Boyle).

Mas o fato de que este caminho argumentativo não está bloqueado por obstáculos igualitários não significa que tenhamos pernas para adotá-lo. O argumento exposto anteriormente indica que temos combustível para seguir esta opção. Mas é importante salientar que a apresentação dworkiniana do ônus dos defensores dos direitos especiais não é adequada. O interesse a ser apresentado como especialmente em jogo não precisa estar em jogo em todos os casos da mesma forma. Dworkin se equivoca neste ponto justamente porque assume que defender direitos especiais, por exemplo, à liberdade de religião, é defendê-los em todos os casos em que certo ato for religioso. Mas isso não é correto nem para a liberdade de religião nem para a liberdade de expressão. Com efeito, como expliquei em outra ocasião, Dworkin reconhece que nem tudo nas liberdades de comunicação são questão de direito especial<sup>464</sup>. O mesmo vale para a religião. Podemos reconhecer que é especialmente importante sermos livres para buscar a verdade sobre aspectos fundamentais

---

<sup>462</sup> Acredito que Dworkin dizer que liberdade de expressão, mas não de religião, seja um direito especial, implique este modelo para a liberdade de expressão (2013); para a liberdade de expressão em Dworkin, veja ROSA (2014a). Nesta tese, defendo que o modelo serve também à liberdade de religião.

<sup>463</sup> DWORKIN, 2013; Após dizer que a liberdade de religião é um direito humano (em trecho citado em nota acima), o autor diz: "We need to identify some particularly important interest people have, an interest so important that it deserves special protection against official or other injury. So our immediate question must be: Can we identify any special interest that people have because they believe in a god that they would not have if, like Einstein and millions of others, they subscribe to a religion without god?", página 111 (veja comentário de KOPPELMAN, 2014a, pp. 1242-3). Veja HIMMA (2015, esp. pp. 2 e 18).

<sup>464</sup> ROSA, 2014a, esp. pp. 168 (citando 1996a e 2006a), 176, 189, 220-1; veja referências acima.



da realidade sem que isso implique que todo ato conectado a esta busca deva ser protegido pelo mesmo regime jurídico de limitação da atuação do Estado. A meu ver, pode-se com segurança salientar aspectos do fenômeno religioso cuja proteção deve ser especial. Nestes casos, mesmo regulamentações estatais que não refletem desvalor ético ou religioso são capazes de invadir a esfera de ação livre necessária à busca que é objeto da liberdade de religião. Estas ações são inaceitáveis porque subtraem o espaço de que precisamos para ser livres. Gostaria de trabalhar argumentos presentes na obra de Bruce Bagni, Michael MacConnell e MacLure e Taylor para organizar as hipóteses em diferentes manifestações sociais, e diferentes aspectos da religião, devem receber proteções distintas.

A seguinte reflexão de Bruce Bagni, a respeito de círculos concêntricos de diminuição em etapas do grau religioso de uma ação, trabalha com a variedade de regimes jurídicos para a proteção da autonomia institucional das igrejas<sup>465</sup>. O autor diz, comentando a "liberdade de religião e a independência da religião e do governo":

---

<sup>465</sup> Cheguei ao trabalho de Bagni por LAYCOCK (1981), que, entretanto, tem algumas críticas ao autor. Laycock advoga por um critério de "balancing" em que se incorporam, além da intensidade, critério que enxerga em Bagni (pp. 1409 e ss.), outros elementos, como a natureza interna ou externa da relação em questão (1403 e ss.), e a natureza e extensão da interferência (p. 1412). Em suma: "To strike this balance, a court must consider the internal or external nature and the religious intensity of the matter regulated, the nature and extent of the interference, and perhaps other factors not yet identified. Relations between the church and its adult members and employees are especially sensitive: even a little religious intensity is enough to insulate these relationships from most regulation—perhaps from all but physical health and safety regulations. Such exemptions do not raise establishment clause problems, because they require no subsidy to religion: they simply recognize the churches' right to resolve their own internal disputes internally and to control their own affairs. The free exercise clause requires no less.", p. 1417. Cumpre ressaltar, entretanto, que décadas depois Laycock publicou artigo abandonando este critério (2009, pp. 266 e ss., p. 268, p. 277): veja em especial os seguintes trechos: " My proposed implementation of church autonomy was structured in a very different way from the church autonomy rules that have actually developed. The rules that have emerged are, on the whole, better rules. I envisioned a broadly applicable balancing test of the sort that appeals principally to law review editors and assistant professors.<sup>75</sup> Everything the church does, including the church men's club's trip to a baseball game, was an exercise of religion with at least some free exercise protection.<sup>76</sup>

"How much protection depended upon how internal to the church it was,<sup>77</sup> how religiously intense it was,<sup>78</sup> and the nature and extent of the regulatory interference. <sup>79</sup> Analysis of these factors revealed sub-factors that could be categories or continuums, <sup>80</sup> and I implicitly recognized the likelihood that there were more factors I had not thought of yet.<sup>81</sup> All these factors had to be balanced against the government's interest in regulation.<sup>82</sup> I proposed global balancing, and I sought perfection; I aspired to consider every relevant factor and to get every case exactly right. It was a mess. It was not that any of the factors noted were necessarily wrong, or irrelevant, but that the whole approach was judicially unmanageable. It made too many factors relevant and gave insufficient guidance to judicial discretion. It failed to clearly identify the cases that should be easy." (p. 266, referências ao artigo de 1981) e "Categorical rules have far more potential than balancing tests to control the behavior of those trial judges who may be unsympathetic. At the big picture level, the implementation the courts have developed is a lot better than the implementation that I proposed." (p. 288). SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013a, pp. 979 e ss., esp. p. 980) elogiam tese de Laycock que me parece ser a defendida por Bagni.

"Para preservar este princípio em qualquer forma viável, o governo deve abster-se de regular aquelas atividades e relações dentro de uma igreja que podem ser nomeadas de puramente espirituais ou de facetas integrais da prática real da religião. Estas atividades espirituais e relacionamentos devem ser concebidos como compreendendo o centro ou o coração de uma igreja. Emanando deste centro há uma série de atividades e relacionamentos com índices crescentes de secularidade. Esta noção ilustra-se melhor por referência a três círculos concêntricos girando em torno de um epicentro. O epicentro representa a vida puramente espiritual de uma igreja. A relação entre a igreja e seus clérigos e modos de adoração e ritual certamente estão dentro deste epicentro espiritual, assim como política de pertencimento da igreja. Programas de educação religiosa como o catecismo, estudo bíblico, e escolas dominicais também estão dentro do epicentro. De maneira similar, escolas afiliadas por ou operadas por igrejas que ensinam temas seculares com uma orientação decididamente religiosa também estão dentro do epicentro.

"A primeira emanção do epicentro contém atividades comunitárias patrocinadas por igrejas, como agências de adoção, moradias para os idosos, hospitais e escolas cujos currículos são dominados por cursos seculares e em que a orientação religiosa está presente mas não é difundida (*pervasive*), e relações entre a igreja e funcionários de apoio com funções algo ou quasi-religiosas. O segundo círculo inclui as atividades da igreja quanto a assuntos puramente seculares e relações entre clérigos de empregados de manutenção que têm somente funções não-espirituais. O círculo mais afora representa a totalidade do mundo secular."<sup>466</sup>

O autor, neste trecho, diferencia atos praticados por uma igreja conforme a posição que ocupam em relação ao centro de crença que adota. Atos mais próximos, como aqueles ligados ao modo de devoção, doutrina etc. podem simplesmente estar fora do alcance da autoridade estatal (Igreja que emprega critérios racistas na seleção de seus membros, portanto, não pode ser impedida de fazê-lo<sup>467</sup>). Nestes casos, há o que Dworkin chama de direitos especiais, que somente podem ser negados se se verificarem no caso "interesses

---

<sup>466</sup> BAGNI, 1979, p. 1539, traduzi, mantive entre parêntesis palavra do original. Veja comentário de LAYCOCK: "I said earlier that anything a church does is an exercise of religion.<sup>271</sup> Even so, its interest in conducting a worship service is clearly greater than its interest in organizing a trip to a baseball game for the church men's club. If the validity of regulation depends on somehow balancing the state's interest against the church's, these differences must be taken into account. This factor will be referred to as the religious intensity of the regulated activity. Religious intensity is the factor described by Professor Bagni's concentric circles around a spiritual epicenter. 272" (1981, p. 1409, referências a partes anteriores de seu artigo e a Bagni; veja ainda pp. 1375-6). Veja ainda DOMINGO (2017, pp. 19-20). Compare com LABORDE e sua análise da "integridade ética": (2015b: "When religious organisations spend money, run businesses, hire staff, and provide secular services, it is not clear that they ipso facto express the value of ethical integrity. On the disaggregation theory I favour, as I suggest below, such activities are best protected under generic rights of freedom of association, with no special concern for the religious nature of the organisations. The good pursued, here, is associative freedom, not freedom of religion", p. 592, n. 31). Compare com BOU-HABIB (2006), pra quem "Note that this conclusion will not necessarily entail that many central religious practices will not have a claim to accommodation, since the distinction between practices that are 'central' and 'peripheral' to a particular religion tends to map on to the distinction between practices that are perceived to be a matter of duty, and practices that are not so perceived.", p. 122; a meu ver, esta associação não procede.

<sup>467</sup> BAGNI, 1979, p. 1540. Veja Garnett e a discussão sobre "ministerial exception" no capítulo primeiro.

convincentes" que justifiquem intervir em práticas de devoção: exemplos de Bagni são o típico de sacrifício humano, o manuseio de serpentes e uso de drogas.<sup>468</sup>

Bagni salienta que devemos diferenciar a centralidade da atividade religiosa do impacto produzido sobre ela.<sup>469</sup> O critério oferecido pelo autor é da primeira espécie. A meu ver, a centralidade de um ato a uma religião é uma razão importante, mas não é suficiente para caracterizar um interesse que deve ser protegido um direito especial. Um problema é que estes dois últimos exemplos de Bagni (uso de drogas e manuseio de serpentes) são questionáveis, e ajudam a compreender por que às vezes a centralidade do ato não basta à análise, pois o modo pelo qual a ação estatal o impacta também é relevante. Por vezes compreender se uma ação estatal pode interferir em uma prática de devoção precisamos nos perguntar não somente se a prática é central, mas como a ação a afeta, isto é, analisar o que Bagni chama de impacto. Tomemos os exemplos do autor. Se *eu* manuseio serpente ou uso drogas em sacramento sozinho ou com quem deseja fazê-lo, por que o estado pode proibir o ato? A meu ver, o estado pode dificultar estes atos<sup>470</sup>. Mas isso é diferente do que ocorre nos exemplos do sacrifício de animais e do batismo mencionados acima. Análise de Michael MacConnell é elucidativa do argumento a este propósito.

Segundo o autor, "há dois riscos principais no controle governamental sobre a prática religiosa: ameaças à consciência informada religiosamente e ameaças à autonomia institucional religiosa".<sup>471</sup> Exemplos que o autor dá do primeiro são a lei discutida sob *Smith* (que proíbe o uso de peyote, inclusive o sacramental) e, do segundo, normas antidiscriminatórias que interferem na escolha de líderes religiosos<sup>472</sup>. A solução, neste caso, sustenta ele, são acomodações reconhecidas pelo judiciário<sup>473</sup>. Mas há outros casos em que estas acomodações não são necessárias. McConnell diz o seguinte:

---

<sup>468</sup> BAGNI, 1979, p. 1539 e ss., esp. "Only the most compelling government interest, such as the need to assure the physical well-being of church members or nonmembers or the general security of the community, might justify regulation of some practices within the epicenter", p. 1539, nota omitida (os exemplos estão nesta nota). Sobre "snake handling", veja LAYCOCK (1981, p. 1406); veja ainda GEORGE (1993, p. 222, 2013, p. 125).

<sup>469</sup> BAGNI, 1979, p. 1518, citando Laurence Tribe e diferenciando centralidade da crença com ônus sobre as ações religiosas.

<sup>470</sup> Veja BAKER (1996-7, pp. 997 e ss., esp. p. 1001) e comentário em nota abaixo sobre leis de zoneamento em Dworkin a partir de ROSA (2014a).

<sup>471</sup> MCCONNELL, 2000-1, p. 38, traduzi.

<sup>472</sup> MCCONNELL, 2000-1 pp. 38-9.

<sup>473</sup> MCCONNELL, 2000-1, p. 39.

"Por outro lado, alguns exercícios da autoridade regulatória nem colidem com julgamentos religiosos normativos nem invadem a autonomia institucional das igrejas, mas, em vez disso, meramente aumentam o custo da atividade motivada religiosamente. Por exemplo, um limite de velocidade pode tornar mais difícil a um paroquiano frequentar a igreja. Entretanto, esta lei não deve ser sujeita a escrutínio elevado (*heightened scrutiny*). A lei torna toda viagem, para todos os propósitos, igualmente mais difícil (ou, neste ponto, igualmente segura), sem efeitos especiais sobre a viagem religiosa. O ônus imposto por essa lei sobre o exercício religioso não é substancial, porque o crente pode facilmente (sem dano à consciência ou esforço desproporcional) alcançar seus propósitos religiosos sem violar o direito. A mesma ideia é verdadeira quanto a exigências (*exactions*) financeiras: elas podem tornar mais difícil devotar dinheiro a propósitos religiosos, mas em nenhum caso provoca dano à consciência ou ônus desproporcional à religião (150). Quando não há colisão entre valores normativos e não há impacto desproporcional na atividade religiosa, o direito não deve requerer, e pode sequer permitir, exceções a atividades motivadas religiosamente. Essas atividades afetam igualmente atividades religiosas e não religiosas e, como resultado, não há necessidade de "selecionar" ("*single out*") a religião para tratamento especial".<sup>474</sup>

---

<sup>474</sup> MCCONNELL, 2000-1, p. 39, nota ao caso *Texas Monthly*, traduzi, mantive entre parêntesis palavra do original. Comentei em trabalho anterior visão de Dworkin sobre regras de zoneamento aplicáveis à pornografia, que, para o autor, são aceitáveis justamente porque não a vedem, embora dificultem acesso (ROSA: 2014a, p. 203 (comentando DWORKIN, 2005, cap. 11, e 2006a, cap. 9 (1996a, para o original)), pp. 223-4. A meu ver, McConnell e Dworkin têm visão convergente quanto a este tema. Veja ainda ROSA, 2014c, para objeção a crítica que Waldron dirige à interpretação da liberdade de expressão nos EUA. Veja ainda BAKER (1996-7, pp. 1008-9, comentando leis de zoneamento, inclusive quanto à pornografia) e o seguinte trecho de LAYCOCK (1981, p. 1412): "Church autonomy cases rarely involve government regulation that would prohibit some church activity altogether. More commonly, the government permits the activity to continue but interferes with the church's control of the activity. Some such regulations are more intrusive than others, and this must weigh in any balance. Assessments of intrusiveness must include both qualitative and quantitative elements.

"The qualitative element may be thought of as the nature of the interference, or more precisely, the aspect of control interfered with.<sup>287</sup> Whatever the label, the operative question is: What decisions have been taken away from the church? Elsewhere, I have distinguished four kinds of regulations:<sup>288</sup> those that merely increase the cost of operations, those that interfere directly with the way an activity is conducted, those that interfere with selection of those who will conduct the activity, and those that forbid an activity entirely or create incentives to abandon it.

"Each kind of interference may vary in severity. A regulation that raises operating costs fifty percent is obviously more intrusive than one that raises costs five percent. A child labor law is much less intrusive than an EEOC order to reinstate a defrocked priest. Though both restrict the church's freedom to select its own employees, the child labor law leaves an enormous range of discretion; the EEOC order leaves none. Thus, the nature and extent of interference must be considered independently. <sup>289</sup>", referências a trabalho do próprio Laycock. Compare com EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 84-5 e veja BOU-HABIB, 2006, pp. 110-1, pp. 116 e ss.). Ver ainda Laycock citando teoria concêntrica de Bagni e análise da intensidade religiosa (1981, pp. 1409 e ss.). Ainda, veja Greenawalt: "When it comes to the use of land, many matters, as suggested in Chapter 1, are significantly different than those that bear on the other forms of exemption or special treatment that we have examined. A sharp contrast with the vast majority of prison claims of religious exercise is that the typical assertion of a right to build or to use property in a certain way is almost always made by an organization, not an individual. And often the claimed burden is not a direct contradiction with the settled convictions of an organization or those who run it, of the kind involved in refusals of hospitals to provide abortions or of businesses to insure the use of some contraceptives. Rather the burden is one of monetary cost or practical inconvenience. And the most common competing government interests are nos safety, health, and fair treatment, but environmental congeniality and potential tax resources", GREENAWALT, 2016, p. 145; veja ainda pp. 149-50, 151 e ss. EISGRUBER & SAGER, 2007, 11, 54-5, 112 e ss., 264, esp. p. 89: "Equal liberty explains why dress code cases are such appealing candidates for claims of accommodation. These cases typically involve situations in which burdens on religion have been overlooked or callously ignored and in which, as a result, the possibility of a failure of equal regard is high. The accommodation of religious needs in cases of this sort will often be necessary to avoid such a failure. Equal Liberty also counsels against too quick a move from settings like dress code cases to other settings like zoning cases, where there is good reason to suppose that accommodating needs of religious groups will

Em outras palavras, MacConnell defende acomodações em alguns casos, e não todos, em que ocorrem o que chama de condutas motivadas religiosamente. A meu ver, os dois critérios que o autor identifica como delimitadores das hipóteses de acomodação - julgamento normativo da religião e autonomia institucional - são corretos. O segundo reflete a importância dos grupos religiosos ao exercício das liberdades. O primeiro deles articula a intuição moral de que há um dano muito grave à liberdade quando o estado invade a consciência do sujeito.

A meu ver, reflexões como a de Bagni e de MaConnell são exemplo do tipo de julgamento normativo capaz de imprimir controle ao reconhecimento de direito especial à liberdade de religião<sup>475</sup>. Não é qualquer ato que deve ser protegido por direito especial: ele precisa ter proximidade com o centro de uma religião, e simplesmente desejar usar drogas não tem. Mas é também preciso que o impacto da medida governamental estatal interfira neste aspecto central de maneira direta, e dificultá-lo não necessariamente o faz.

O caso típico é o de imposição de prática de descumprimento de dever. Autores como MacLure e Taylor identificam este tipo caso como de *self-betrayal*, pois consideram que a consciência compõe a identidade moral do sujeito, o que faz com que ser obrigado a agir em violação a dever por ela estabelecido seja trair-se.<sup>476</sup> Não pretendo endossar a ideia de

---

sometimes unjustly privilege such groups" (veja ainda EISGRUBER & SAGER, 2008-9, pp. 807 e ss., 811, pp. 823 e ss., p. 824). Veja comentário de LABORDE a este aspecto da obra de EISGRUBER & SAGER (LABORDE, 2014a, p. 59); veja ainda LUND (2010, pp. 356-7), GEDICKS (1997-8, p. 555) e JONES (2017, pp. 165-6). Por fim, veja o seguinte comentário de Dane ao caso *Sherbert*:

"Not every religious objection triggers application of the compelling interest test. RFRA requires at the threshold that the challenged law<sup>11</sup> impose a substantial burden on religious practice. This language is best read as incorporating the line between direct and indirect burdens that the Supreme Court drew in *Sherbert* and other cases: A law imposes a "substantial burden" if it requires a believer to do something that her religion forbids or forbids her from doing something that her religion requires. That is the first step of the analysis.<sup>12</sup>", (2013, p. 3, itálico no original, notas omitidas a um esclarecimento sobre o significado de "laws" e a análises do caso *Braunfeld*, em que entendeu o tribunal que a lei que obrigava o fechamento da loja aos domingos "simply made his religious observance more expensive by requiring him, in effect, to close for two days every week" (p. 3, n. 12), bem como do caso *Lyng* (compare com LABORDE, 2016).

<sup>475</sup> Além disso, oferecem algo que é essencial a qualquer teoria das acomodações, como sugere LABORDE em convincente crítica a DWORKIN: "A workable theory of exemptions cannot dispense with an evaluation of what kind of burden people experience when they seek to exercise such rights of religious freedom." (2014b, p. 1271; veja ainda p. 1264, em trecho citado em nota acima)

<sup>476</sup> MACLURE E TAYLOR, 2011, "By the terms "core or meaning-giving beliefs and commitments" we understand the reasons, evaluations, or grounds stemming from the conception of the world or of the good adopted by individuals that allow them to understand the world around them and to give a meaning and direction to their lives. It is in choosing values, hierarchizing or reconciling them, and clarifying the projects based on them that human beings manage to structure their existence, to exercise their judgment, and to conduct their life— in short, to constitute a *moral* identity for themselves.<sup>6</sup> Core beliefs and commitments, which we will also call "convictions of conscience," include both deeply held religious *and* secular beliefs and are distinguished from the

identidade moral oferecida pelos autores, mas a categoria de auto-traição tem capacidade independente de justificar direitos especiais. Em suma, o critério não é tanto de identificação pessoal ou identidade moral, embora a ideia de auto-traição se verifique quando se constróem compromissos sobre o valor último da realidade e prática pública compele seu abandono ou sua não-realização<sup>477</sup>. Este é o caso típico, que atende aos requisitos de centralidade (Bagni) e de conflito da norma jurídica com o julgamento da religioso (McConnell).

Mas há outro problema no argumento de Maclure e Taylor, para além da concepção de sujeito. Andrew Koppelman tem pelo menos uma crítica interessante à categoria de consciência como geradora de direitos. O autor aponta para os excessos e a insuficiências da

---

legitimate but less fundamental “preferences” we display as individuals., pp. 12-13, itálicos no original, nota 6 a trabalho de Charles Taylor. " The argument based on the existence of forms of indirect discrimination functions in conjunction with a separate argument based on the particular status of what we have called “core” or “meaning- giving” convictions and commitments. From that standpoint, core beliefs and commitments, including religious ones, must be distinguished from other personal beliefs and preferences because of the role they play in individuals’ moral identity. The more a belief is linked to an individual’s sense of moral integrity, the more it is a condition for his self-respect, and the stronger must be the legal protection it enjoys. Core beliefs and commitments allow people to structure their moral identity and to exercise their faculty of judgment in a world where potential values and life plans are multiple and often compete with one another.<sup>7</sup> Moral integrity, in the sense we are using it here, depends on the degree of correspondence between, on one hand, what the person perceives to be his duties and preponderant axiological commitments and, on the other, his actions.<sup>8</sup> A person whose acts do not satisfactorily correspond to what he judges to be his obligations and core values is in peril of finding his sense of moral integrity violated.

"Not all beliefs and preferences, therefore, can be the basis of requests for accommodations. If beliefs and preferences do not contribute toward giving a meaning and direction to my life, and if I cannot plausibly claim that respecting them is a condition for my self-respect, then they cannot generate an *obligation* for accommodation. That is why a Muslim nurse’s decision to wear a scarf at work cannot be placed on the same footing with a colleague’s choice to wear a baseball cap. In the first case the woman feels an obligation— to deviate from it would go against a practice that contributes toward defining her, she would be betraying herself, and her sense of integrity would be violated— which is not normally the case for her colleague.

"In short, beliefs that engage my conscience and the values with which I most identify, and those that allow me to find my way in a plural moral space, must be distinguished from my desires, tastes, and other personal preferences, that is, from all things liable to contribute to my well-being but which I could forgo without feeling as if I were betraying myself or straying from the path I have chosen. The nonfulfillment of a desire may upset me, but it generally does not impinge on the bedrock values and beliefs that define me in the most fundamental way; it does not inflict “moral harm.”<sup>9</sup>

"Such a perspective allows us to glimpse similarities between requests made on health grounds and those based on reasons of conscience: just as serving meat to a patient whose state of health requires a vegetarian diet amounts to inflicting *physical* harm on her, forcing the vegetarian to eat meat amounts to inflicting *moral* harm. We could also say that the individual in the first case is subject to a *physical* restriction, whereas the one in the second case is subject to a *moral* restriction or a restriction *of conscience*.", pp. 76-7, itálicos no original, nota 7 com referência a Thomas Nagel, 8 a Bernard Williams e 9 a Paul Bou-Habib; veja ainda pp. 87 ao caso *Yoder*, 89-90, 95-6 sobre o caso *Seeger*, p. 96 a Nussbaum e 97 sobre a característica de intensidade. Para análise de MACLURE & TAYLOR, veja LABORDE (2015a, esp. p. 252); veja ainda GREENAWALT (2016, pp. 72-3) e KOPPELMAN (2013b, p. 141).

<sup>477</sup> Veja discussão em nota acima sobre citação de BOU-HABIB por LABORDE.

ideia de "dever"<sup>478</sup> que vem com a categoria de consciência: os excessos consistem em proteger quem por consciência julga que tem o dever de matar, e as insuficiências residem em não proteger atos que são motivados religiosamente, mas que não são obrigatórios.<sup>479</sup> A meu ver, o problema de excesso é resolvido facilmente por Nussbaum<sup>480</sup>. O problema da insuficiência é, por outro lado, mais complicado e gera problemas efetivos à obra de MacLure e Taylor, como sugeriu Cecile Laborde em sua resenha da obra dos autores<sup>481</sup>. Em suma, só se

---

<sup>478</sup> MACLURE & TAYLOR (2011, p. 76, para uso da expressão "duty" de um modo que vulnerabiliza a obra de autores à crítica de KOPPELMAN). Compare com GEORGE (2013, pp. 112-3). Veja BOU-HABIB, para quem "If a person believes he has a certain duty and fulfils it, his integrity, in my sense, remains intact; if he is unable to fulfil it, then he suffers a loss in integrity" (2006, p. 117 e p. 122 para restrição do seu argumento em defesa das acomodações aos casos em que há dever).

<sup>479</sup> KOPPELMAN (2013b, pp. 131 e ss.). Como diz o autor, "'Conscience' is not a good explanation for the core exemption cases. It is present in cases that almost no one would want to accommodate, and fails to justify exemption in many cases where the claim for exemption is strong. Nor can it explain th Establishment Clause. Moreover, there has been remarkably little explanation of why conscience should be deemed a legitimate basis for objecting to the application of a law. Any such claim must rely on assumptions about political theory, about morality, and perhaps even about theology, but these are rarely stated. 'Conscience' has been something of a black box" (p. 131). O exemplo de demanda não reconhecida é justamente o consumo de peyote e a expansão de igrejas, que, como outras práticas religiosas, não são realizadas por "dever", foco da ideia de consciência (p. 134; veja ainda, de KOPPELMAN, 2012, pp. 75 e ss., 2015, bem como SCHWARTZMAN, 2014, pp. 1096 e ss, 1099 e ss.; veja também LAYCOCK, 1981, para a caracterização da autonomia das instituições religiosas como um tema que não é de consciência). Veja ainda o seguinte trecho: "Conscience is also underinclusive, focusing excessively on duty. Many and perhaps most people engage in religious practice out of habit, adherence to custom, a need to cope with misfortune and guilt, curiosity about metaphysical truth, a desire to feel connected to God, or happy enthusiasm, rather than a sense of duty prescribed by sacred texts. Conscience is salient for some people, but others have needs equally urgent that can't be described in those terms, and so the fairness problem is simply transcribed into a different register. Conscience, like religion, is one exigency among many" (KOPPELMAN, 2017a, p. 837; veja LABORDE, 2015b, p. 591 e pp. 589-90 para crítica a partir deste ponto de KOPPELMAN (citado na p. 590) a teorias de outros autores). A meu ver, a crítica é bem sucedida, mas não sugere que a ideia de consciência deva ser completamente abandonada. Ademais, a crítica de Koppelman a respeito de a proteção da consciência permitir condutas que não são justificáveis ou que caracterizam não procede, pois, como sugere NUSSBAUM, pode ser contraposta a outra consideração que sugere a não concessão da acomodação (NUSSBAUM, 2008, p. 380, n. 98 à p. 168, trecho citado em nota acima). Veja ainda crítica do autor à ideia de que objeções de consciência são intensas, o que, para ele, não é fundamento adequado porque gera problema de "welfare monster" (KOPPELMAN, 2013b, pp. 135-6, e pp. 156-7 para comentários a Dworkin), bem como as críticas a Sandel e a análise de trabalho de Frankfurt (pp. 139 e ss.). Veja ainda BOU-HABIB (2006, pp. 114 e ss.), SCHWARTZMAN (2012, pp. 1404, pp. 1408 e ss.), SCHRAGGER & SCHWARTZMAN (2013, pp. 977-8), HORWITZ (2013b, pp. 7 e ss.) e CLAYTON (2017, pp. 140 e ss.).

<sup>480</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 380, n. 98 à p. 16 e ROSA, 2014a, p. 214, n. 882; veja comentários em nota acima.

<sup>481</sup> Descrevendo diversas práticas religiosas, como o Ramadan, a Páscoa etc., LABORDE diz: "Yet they are not duties of conscience, though they are often redescribed as such. The good religious life is a life of constant, difficult, ritual affirmation of the faith against the corrupting influences of the secular world. It is not often one in which one single obligation (say, wearing a particular dress, attending Mass) is so stringent as to promise eternal damnation if it is not fulfilled." (2015a, pp. 274-5) e "The upshot of their theory is that a sense of communal membership, of cultural identification, of ritualized practice, are not among the values that freedom of religion can be said to protect. Consider the following practices, which currently generate rights to exemption from general laws on grounds of religious freedom in various countries: accommodation of religious dress in the workplace, the ritual killing of animals for halal or kosher meat, tax exemptions for religious charities, church autonomy in the appointment of its leaders. None of these activities is properly described as a conscientious

pode resolver o problema da insuficiência se reconhecermos que consciência é um dos elementos capazes de justificar direito especial, e não o único. Ademais, o exemplo de Koppelman de ato não oriundo de consciência, a saber, a expansão da oferta de serviço comunitário oferecido por Igreja, que pode ser impedido por normas de zoneamento, talvez de fato não deva ser protegido por direito especial, pois, embora possa ter a centralidade que Bagni exige, sofre impacto insuficiente (McConnell)<sup>482</sup>.

Há, portanto, pelo menos alguns casos de violação grave à liberdade no exercício da religião que, por não poderem ser aceitas mesmo quando produzidas por normas gerais que não condenam opção religiosa, devem ser protegidos por direitos especiais. Incluem-se nestes casos rituais, disciplina e liturgia, sobretudo quando são inadiáveis, como ocorre com a unção dos enfermos<sup>483</sup>. Também ocorrem quando a norma impõe não realização de ato obrigatório ou de realização de ato proibido pela religião. É o caso do Sabá, que inclui a acomodação na realização de vestibulares, em que o estado impõe o fiel grave dilema<sup>484</sup>. Analisarei o caso na próxima seção. Por enquanto, vale observar o seguinte.

Para algumas pessoas, a religião não é adiável. Podemos adiar a expressão de visões políticas até amanhã, mas nem sempre se pode adiar um sacramento ou um ritual. Em outros casos, a questão não é de adiamento, mas de que *naquele momento* (em outro futuro também) algo deve ser feito ou deve deixar de ser feito. Penso aqui na guarda do sabbath. O crucial é observar o seguinte: *os indivíduos chegaram a esta concepção de indisponibilidade de adiar um ato pelo exercício de liberdade de religião que também temos*. Este ponto é importante, e foi observado na análise da liberdade de consciência que Nussbaum elaborou a partir da obra

---

activity, and therefore it is unclear whether they would be entitled to accommodations under Taylor and Maclure's theory.", p. 276. Sobre os limites da consciência para descrever as normas de liberdade de religião, em especial quanto à autonomia da Igreja, veja LAYCOCK (1981, pp. 1390-1, 1417, e 2009, p. 254; em especial, veja o seguinte trecho: "(...) many would say that an emphasis on rules and obligations misconceives the essential nature of some religions" citando a Bíblia em dois pontos)", 1981, p. 1391, citando "Galatians 3:13" e "Corinthians 3:6"; compare com BARZOTTO (2010, pp. 145 e ss.).

<sup>482</sup> LABORDE (2015a) é clara ao dizer que os exemplos que traz de atividade religiosa não obrigatória não são exemplos que, na visão dela, necessariamente devem ser acomodados (p. 276). Com efeito, e este acredito que é o ponto da autora, dizer que nem toda acomodação é de consciência não quer dizer que tudo que não é consciência mas é religioso deva ser acomodado.

<sup>483</sup> Veja LABORDE contrastando à literatura igualitária a literatura da qual faz parte McConnell, para a qual "Religious freedom cannot be analogized with or reduced to other freedoms, as it serves to protect a uniquely special human good, an autonomous sphere of conscience, ritual, and community, from state interference and regulation.6", 2014a, pp. 54-5, nota 6 com referências a Laycock, Berg, Koppelman, Smith, Greene, e Ahdar Leigh.

<sup>484</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 116 e ss.



de Roger Williams<sup>485</sup>. A conclusão a que chegamos (nós, que não observamos o Sabbath) é distinta, mas isso não importa porque a forma da liberdade protege a opção, a pergunta, não a resposta. Devemos portanto abrir espaço a não ser que certas condições sejam obtidas. Esta, a meu ver, é o argumento por trás do trecho de Garnett/Dunlap; é esta a conclusão da Mercadora Martha. Contrariamente ao que podemos pensar, usar maconha para lazer não é o mesmo que usá-la para um ritual; o ato é o mesmo, mas a liberdade implicada/exercida é distinta. Da mesma forma, o fato de que para a consciência da maioria é indiferente o dia em que o concurso é realizado não significa que os indivíduos que a compõem não exerçam ou não tenham exercido liberdade de religião na mesma medida que um observador o Sabá exerce quando conclui que deve descansar toda semana em certo momento. Daí a concessão de direito especial neste caso ser igualitária.

Cumpra salientar que a concessão não se dá somente aos indivíduos, mas também às instituições religiosas. Como sustentam autores como MacConnell, Bagni, Laycock<sup>486</sup>, a autonomia das Igrejas também deve ser protegida por acomodações. Isso significa que não é necessário identificar indivíduos cuja consciência é afetada. Daí a exceção ministerial de não poder a Igreja Católica, por exemplo, obrigada a aceitar mulheres no sacerdócio.<sup>487</sup>

## **Seção 5. Aplicações dos direitos especiais**

### *Subseção 5.1. Independência ética e exceção a direito*

Sugeri na seção anterior que a liberdade de religião exige o reconhecimento de direitos especiais, mas que fazê-lo não exclui, contrariamente ao que assume Dworkin, a proteção de atos religiosos por direito geral à independência ética. Em outras palavras, o modelo proposto na tese é de adoção simultânea e delimitada dos dois critérios.

Para esclarecer esta sugestão, gostaria de trabalhar alguns exemplos. Imaginemos um indivíduo que chega à conclusão de que certo modo de vida é adequado porque harmonizado com sua religião. Quanto à independência ética, este sujeito merece proteção ao seu modo de vida da mesma forma e na mesma extensão que o indivíduo que constrói estilo de vida não-

---

<sup>485</sup> A meu ver, a análise de PINHEIRO (2009) sobre as acomodações, sob direito brasileiro, aos dias de guarda na realização de concursos e vestibulares segue análise e conclusão convergente.

<sup>486</sup> PINHEIRO defende que a liberdade de religião inclui crença, culto e organização (2009, pp. 273-4, 276-7; veja ainda 2017); veja ainda FERRAZ (2008, pp. 57 (citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Elival da Silva Ramos e José Afonso da Silva), 57 e ss.), LOBO DA SILVA (2015, pp. 275 e ss.) e CNBB (2017, p. 14); veja ainda HORWITZ (2011, p. 12).

<sup>487</sup> GARNETT, 2012a, esp. p. 201, 215, pp. 221 e ss., esp. p. 221, citado no cap. 1.

harmonizado. Ocorre que, por vezes, indivíduo que harmonizou terá aspectos de sua vida que merecerão proteção especial porque estes aspectos estão mais próximos de esforço autêntico de encontrar as verdades sobre a realidade e porque a proibição tem um efeito mais grave sobre a liberdade de definir e seguir estas verdades.

Temos quatro hipóteses:

1) religioso decide dedicar-se a arte sacra. Neste caso, a arte sacra está harmonizada com a religião. Por harmonização<sup>488</sup> entende-se o esforço subjetivo, bem sucedido ou não, de entender e executar a arte conforme sua visão do valor intrínseco da realidade.

2) religioso decide praticar ritual com substância proibida. Este ritual é harmonizado com a sua visão sobre o valor da realidade.

3) Indivíduo decide experimentar substância proibida. É o caso dos que, no exemplo de Dworkin, querem "ficar chapados". Não há harmonização com visão sobre o valor intrínseco da realidade.

4) indivíduo constrói estilo de vida com consumo de substância proibida.

Minha sugestão é que 1, 3 e 4 tenham somente proteção por independência ética, e que 2 tenha proteção por direito especial. Para defender esta conclusão, gostaria de considerar alguns defeitos que objetores podem apontar.

Um problema que surge é o seguinte: por que 1 não tem direito especial? A sugestão é a seguinte: porque as normas jurídicas permitidas pela independência ética não prejudicam tanto a liberdade; neste caso, os prejuízos são efetivamente filtrados pela independência ética. Acredito que o argumento de MacConnell tenha este sentido. A arte sacra é harmonizada, mas normas que não violam a independência ética aumentam custos de sua realização, mas não a proibem.

Outro problema é o seguinte: por que 3 não tem direito especial? A resposta é a seguinte: porque não há exercício de liberdade de religião, mas sim desejo subjetivo. Desejos podem fazer parte de direito especial, mas não por serem desejo, mas por envolverem aspectos fundamentais da vida, como sugerem Nussbaum, Maclure & Taylor (veja análises acima). Há, ainda, um terceiro problema: por que 4 não tem direito especial? Porque não há harmonização. Um ponto é essencial, entretanto: talvez surja harmonização em sentido contrário à que ocorre

---

<sup>488</sup> Como expus no capítulo primeiro, a ideia de harmonização foi oferecida por Boyle. Mas não é meu objetivo saber se a definição ora oferecida seria aceita por ele, embora eu a compreenda como disponível na sua obra que citei.

na imagem mais organizada de visão sobre a realidade intrínseca preceder e orientar a concepção de bem. Não é raro que nossas visões sobre a vida revelem visões sobre o valor intrínseco da realidade. Boyle descreve o fenômeno<sup>489</sup>. Acredito que um indivíduo que se dedique a esportes radicais como estilo de vida, por exemplo, possa se comprometer, implicitamente, com religião, embora a hipótese seja rara<sup>490</sup>. Nesta hipótese, o caso 4 se converte em caso 1 (caso a independência ética baste) ou em caso 2 (caso a independência ética não baste). No exemplo de Nussbaum, amantes de carro não são religiosos. A meu ver, há a *possibilidade* de o amor pelos carros ser resultado de processo religioso.<sup>491</sup>

Pode nos auxiliar o exemplo Nussbaum, que apresentei anteriormente, sobre a diferença entre o padre que não pode revelar segredo de confessorário do indivíduo (talvez um religioso) que não deseja revelar conteúdo de conversa privada<sup>492</sup>. O recusa do padre caracteriza ato de consciência, no sentido estreito de cumprimento de obrigação ou de não violação de proibição (acredito MacLure & Taylor e Bou-Habib diriam que decorre da sua integridade moral). Há evidentemente direito especial, e o caso é de tipo 2. É discutível se pastor que não quer revelar conteúdo de conversa com fiel deve receber a mesma proteção. A meu ver, Nussbaum não rejeita a possibilidade, mas exige que algo mais substantivo do que desejo de não revelar o segredo seja oferecido.

Em suma, devemos todos ser livres para busca a verdade a respeito do significado da realidade, e o esforço de preservar esta liberdade coletivamente não é compatível com a suspensão desta liberdade quando os resultados são socialmente custosos ou atípicos. Mas nem toda atuação do estado interfere da mesma forma nesta busca. Este ponto é importante, porque ajuda a compreender o importante papel da independência ética à liberdade de religião, e esclarece que o reconhecimento de direitos especiais não significa que todo ato religioso

---

<sup>489</sup> BOYLE sustenta que "even those whose conceptions of the divine are confused, implicit, or very minimal are aware that they sin, that is, act against the objective morality rooted in the divine, and that objective factors beyond human control often foil their hopes and plans", 1998 p. 15, nota omitida. O que tenho em mente no exemplo do texto é alguém que tenha visão de harmonia com o divino (religião, portanto) implícita no que pensa e faz - é esta situação que, a meu ver, Boyle entende como também religiosa. Ver DWORKIN, 2013, cap. 3.

<sup>490</sup> Veja KOPPELMAN (2017a, p. 840), sobre exemplo de May sobre xadrez (veja citação no cap. 1).

<sup>491</sup> O mesmo vale para o lazer, tema de Dworkin e comentadoras como Laborde.

<sup>492</sup> O exemplo é análogo ao de MACLURE & TAYLOR da funcionária muçulmana que pretende cobrir os cabelos e do funcionário que quer usar boné, embora, neste caso, a distinção não seja interna à religião (i.e., entre dois atos religiosos), mas entre um que é de consciência e outro que não é (ou, na definição abrangente de religião não adotada pelos autores, mas seguida por esta tese, entre um ato religioso e outro não-religioso). Veja LABORDE (2015b, pp. 588, 596-8).

deva ser protegido por este padrão mais protetivo<sup>493</sup>. Fato é, entretanto, que mesmo que reconheçamos que o pastor não preenche os requisitos do tipo 2, sua conduta ainda contará com proteção jurídica, mesmo que mais atenuada. Esta é a proposta de adoção simultânea do direito geral à independência ética e de direitos especiais à liberdade de religião.

Para explicar esta proposta, gostaria de dar exemplos em que não há direito especial. Mencionei acima quatro indivíduos diferentes, cujas condutas são protegidas diferentemente. Imaginemos agora uma só situação para compreender como a independência ética e direitos especiais incidem, ou deixam de fazê-lo. Imaginemos que a uma semana de um casamento agendado num templo, a prefeitura inicie uma obra que impede o acesso à cerimônia. Suponho que, na prática, o casamento tenha de ser transferido de data. Há três questões em jogo.

Em primeiro lugar, se houver discriminação, há uma questão de independência ética. Havendo discriminação, o que parece ser razão de justiça ou de interesse geral na verdade é tentativa de rejeitar opções éticas. Imaginemos que a decisão da prefeitura de realizar a obra vise a estorvar a realização do sacramento (imaginemos, por exemplo, que esta Igreja especificamente realize casamentos homossexuais, e que a municipalidade tenha empregado a obra como fachada para dificultar a realização deste tipo de cerimônia). Neste caso, a ação da prefeitura viola um direito geral à independência ética. O exemplo mais próximo que Dworkin dá é a proibição de minaretes na Suíça. Na tradição norte-americana, o exemplo similar é a proibição de sacrifício de animais salvo prioritariamente para alimentação, o que visa a dificultar rituais religiosos (ver comentários de Nussbaum sobre o caso *Lukumi*, apresentados na seção 2, acima)<sup>494</sup>. Entre os mecanismos argumentativos disponíveis para identificar este tipo de caso estão os oferecidos por Eisgruber & Sager. Se o município tiver uma lei que obriga a prefeitura a avisar com certa antecedência instituições religiosas onde ocorrem casamentos (e, suponho, se a definição de casamento for heterossexual), naturalmente a ação

---

<sup>493</sup> KENDRICK (2017) sugere esta possibilidade (pp. 105-6, 109); a meu ver, JONES (2017, p. 167) também.

<sup>494</sup> Em crítica à LFRA, dizem EISGRUBER & SAGER: "By contrast, the legal role of the "compelling interest test" has been different and precise. That demanding standard has been applied only to government policies that deliberately target constitutionally protected rights or minority groups. For example, the Supreme Court applies the compelling interest test to any law that discriminates against religious conduct or religious groups. *Church of Lukumi Babalu Aye v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993). RFRA dealt not with such discrimination, but with well-motivated laws that have an incidental impact upon religious practice. There is no reason to subject such laws to the presumption of invalidity suggested by the compelling interest standard. In every other civil liberties context, Congress has wisely and successfully applied standards like "reasonable accommodation" in order to analyze the legitimacy of incidental burdens imposed by facially neutral laws. This context is no different from those others." (1997, p. 109, itálicos no original).

do município viola um direito à independência ética (há, na expressão dos autores, um *benchmark*). Se, ainda que ausente lei, for o caso que a prefeitura teria tido mais cuidado se o casamento fosse heterossexual ou se a cerimônia fosse de outra religião, também há violação da independência ética (há, na expressão dos autores, resultado positivo no teste contrafactual de como o governo trataria praticantes de religião distinta).

É possível, entretanto, que não haja lei discriminatória contra homossexuais, que a prefeitura efetivamente tenha agido como agiria com outras religiões e que tenha realizado a obra por razões de justiça ou de interesse público. Pode bem ser que na obra não haja nenhum juízo de inferiorização das escolhas éticas de quem quer que seja. Este é, suponho e espero, o caso mais comum em que uma obra pública prejudica a realização de um casamento, homossexual ou não.

Por outro lado, e este é o segundo ponto, o caso envolve ritual e culto, e a obra estorva a religião. Vale perguntar se há direito especial. Sugiro que, neste caso específico, não há um direito especial à liberdade de religião. O motivo pelo qual não há direito especial é que o sacramento pode ser adiado sem prejuízo significativo à liberdade de religião. Seria diferente a unção de um enfermo (pois, no exercício da sua liberdade, o moribundo crê que é terrível morrer sem recebê-la) ou um dia de guarda prejudicado (supondo que todo dia de guarda deve ser observado, isto é, que o Sabá é inadiável e não-compensável). Para que este direito existisse, o caso teria de ser diferente: teria que envolver ato inadiável ou ato cuja realização envolve a consciência do indivíduo, por exemplo.

Se houvesse ato desta espécie, teríamos um direito especial a acomodação. Mas este direito teria ainda de ser apreciado em contraste com a justificação da obra pública. O tema será explorado abaixo. Por ora, cumpre apontar para algumas questões pertinentes, entre elas as seguintes. Por que a obra foi feita? É obra de embelezamento ou um cano de esgoto estourou? Naturalmente, o primeiro caso não justifica obra que impede ato inadiável de religião, enquanto o segundo traz elementos de direito subjetivo de terceiros (direito ao saneamento, por exemplo) que podem justificar o prejuízo que a obra traz à realização de ritual religioso. Tudo dependerá dos impactos da acomodação. Suponho que não seja muito custoso a uma obra abrir um espaço para um sacerdote passar, ainda que isso exija interromper

o trabalho. O crucial é analisar o caso concreto e não aceitar justificativas<sup>495</sup> salvo as que apontam para prejuízos graves (como impossibilitar<sup>496</sup>, o que deve ser decisivamente contrastado com aumento de custos, a realização do ENEM no caso que discuto na próxima seção).

Em terceiro lugar, há, por fim, questão de responsabilidade civil do estado. Embora devamos reconhecer que a violação do direito à liberdade de religião talvez gere dever de indenizar, penso aqui que o transtorno trazido ao casamento seja adicionalmente indenizável por outras razões, inclusive pelos danos materiais potencialmente inevitáveis num adiamento de cerimônia e da festa que costuma lhe acompanhar. Esta, a meu ver, é questão de responsabilidade civil ordinária que não passa pela liberdade de religião necessariamente. Eu a menciono aqui para esclarecer que não ignoro dos problemas que uma obra possa trazer a um casamento, mas com isso não pretendo sustentar que estejam preenchidos os elementos necessários à responsabilidade civil do estado. É só que nem todos esses problemas de estorvo a uma cerimônia de casamento são de liberdade de religião, embora o casamento seja em geral um ato religioso.

Em conclusão, o exemplo do casamento prejudicado por obra pública apresenta ocasião em que não existe direito especial à religião. Neste caso, a única proteção necessária é a geral oferecida pela independência ética. Como esclarece MaCconnell no trecho acima, intervenções estatais que aumentam o custo da religião, mas o fazem junto de outras atividades, não devem ser excepcionas na forma de acomodações. O autor inclui tributos nesta espécie. Com razão, Laycock e Eisgruber & Sager entendem que normas de zoneamento também têm este efeito<sup>497</sup>. No caso, o casamento foi adiado, o que gera inconvenientes mas não um ônus à religião grave como submeter alguém a perda de emprego ou a perda de oportunidade de ingressar no ensino superior caso se recuse a violar norma de sua religião.

Em circunstâncias como a do caso mencionado não existe direito especialm, e a proteção a ser concedida à liberdade de religião deriva de um direito geral, aplicável também a outras manifestações, que impede o estado de agir por razões éticas. Mas é preciso

---

<sup>495</sup> Ver discussão abaixo sobre comentário de NUSSBAUM (2008, p. 63) sobre a atitude correta, segundo Williams, frente a estes ônus trazidos pelas acomodações (veja ainda pp. 19, 194-5, 207-8 etc. para a limitação das acomodações residir na ordem pública e em direitos de terceiros).

<sup>496</sup> Ver discussão abaixo sobre análise de MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 100 e ss.) sobre exceções à liberdade de consciência, bem como de PINHEIRO sobre dias de guarda.

<sup>497</sup> Ver referências em nota acima a LAYCOCK (2016, esp. p. 145) e EISGRUBER & SAGER (2007, esp. p. 89).

compreender as hipóteses em que, apesar de existente, o direito especial cede frente a considerações de outra natureza. Não é meu objetivo articular uma teoria geral das exceções a direitos. Pretendo somente apresentar algumas considerações disponíveis na literatura dedicada à liberdade de religião a respeito de como constatar e compreender estes limites.

Em primeiro lugar, nem toda acomodação prejudica terceiros, embora possamos discutir quais o fazem. Autores como Schwartzman, Schragger & Tebbe, por exemplo, sustentam que permitir a um prisioneiro que mantenha uma barba curta não traz nenhum ônus a ninguém, o que significa que a acomodação deve ocorrer mesmo no modelo que propõem e que raramente permite exceções religiosas a regras gerais<sup>498</sup>. Nestes casos, evidentemente a acomodação deve ser concedida.

O segundo ponto diz respeito aos casos em que efetivamente há um prejuízo a terceiro. Vale a advertência que Nussbaum encontra em Williams: a limitação da liberdade de religião só pode ser permitida se houver efetiva ameaça "à paz ou à estabilidade"<sup>499</sup>, e a verificação desta ameaça deve ser cuidadosa, para que falsidades ou exageros não sejam passados como reais.<sup>500</sup>

Ainda quanto a este ponto, vale ressaltar o seguinte. A ideia de direito especial é compreendida como a proteção a certos interesses que só pode ser negada em situações particulares. No direito norte-americano, seja por precedente (já revogado), seja por lei, diz-se que somente um interesse convincente pode justificar a restrição ao direito especial à liberdade de religião. Mas como compreender esse interesse especial? Autores como Perry Dane, neste ponto, analisam especialmente o caso *Yoder*, em que a Suprema Corte dos EUA enxergou violação da liberdade de religião dos amish na norma estadual que obrigava matrícula de adolescentes em escolas. O crucial aqui, diz Dane, é observar que a análise dos limites da liberdade de religião passa pela verificação da existência de interesse convincente do estado especificamente no caso. Isto significa que a pergunta pertinente diz respeito a saber se há interesse convincente do estado em obrigar a educação formal dos adolescentes envolvidos no processo (fatos do caso), e não em promover a educação genericamente. Saber se há um

---

<sup>498</sup> SCHARTZMAN, SCHRAGGER & TEBBE, 2016a, pp. 3-4 (veja ainda p. 15). Veja BOU-HABIB, 2006, pp. 123-4 e, ainda, GEDICKS & VAN TASSELL (2016, pp. 328-9) e compare com LUND (2016, p. 1378). PINHEIRO (2009, pp. 302 e ss.) diz que acomodação aos dias de guarda não tem colisão de direitos, mas há custo (coisa que ela admite), ainda que dissipado.

<sup>499</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 63, traduzi.

<sup>500</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 63 (veja pp. 69-70, 75, 90, 91).

interesse, ou bem jurídico, ou o que quer que seja liga-se portanto não à categoria geral a que pertence a norma ou ao objetivo geral a que serve, mas ao interesse especificamente protegido pela aplicação da norma geral negada pela acomodação<sup>501</sup>. Este ponto é importante, e a meu ver é, sustentado pelas reflexões de Dworkin em *Taking Rights Seriously*, que também nos levam a um outro ponto, que passo a expor.

Em terceiro lugar, é preciso compreender as variedades de custos a terceiros analisadas na seção. Divergência a respeito do caso da objeção de consciência explicita uma distinção importante. Se a um indivíduo religioso é permitido não ir à guerra, outro indivíduo, um não-religioso ou religioso sem objeção de consciência, ocupará seu lugar. Este terceiro sofre um dano, pois é alistado. O dano é direto ou dissipado? Em geral, entende-se ser dissipado, mas Laycock chegou a entender que é direto, embora tenha mudado de opinião<sup>502 503</sup>.

Em quarto lugar, a literatura identifica algumas consequências problemáticas na concessão de acomodações, a saber, a possibilidade de fraude e de proliferação das demandas. É comum o uso da expressão "administrabilidade"<sup>504</sup>. Fraudes ocorrem porque muitas vezes a

---

<sup>501</sup> DANE (2015, p. 6, comentando a análise do interesse por trás da regra que onera a liberdade; veja, também DANE, 2013, pp. 4-5); veja ainda LAYCOCK (2010, p. 298). Veja ainda, sobre o caso *Yoder*, GREENAWALT, 2016, pp. 84 e ss.. Este ponto é importante, e a meu ver é, sustentado pelas reflexões de Dworkin em *Taking Rights Seriously* (veja referências a DWORKIN e a ROSA em nota abaixo).

<sup>502</sup> Veja LAYCOCK (1981, 1414-5, com mudança de ideia em 2009, p. 265, quando afirmou a distinção entre transferir e dispersar ônus; veja comentário em MATHEWS, 2017, p. 88, n. 11 e p. 104). Veja ainda DANE, 2015, p. 9, comentando fundos disponíveis para financiar seguro desemprego: "(...) one might argue that everyone contributing to an unemployment insurance bears the burden of exemptions such as those granted in *Sherbert v. Verner and Thomas v. Review Board*", itálicos no original, notas omitidas. Ver GEDICKS & VAN TASSELL (2014, pp. 363-4 e p. 367, n. 114 e p. 372 e 2015, p. 337, comparando-se com Thomas Berg na p. 340, n. 98; compare ainda com LAYCOCK, 1981, p. 1415), BERG (2015, p. 15), GEDICKS & KOPPELMAN & GEDICKS (2014a, p. 56) e VOLOKH (2013, item 3), GREENAWALT (2016, p. 34, e também pp. 106-7, 123). GEDICKS & KOPPELMAN, após comentarem o caso *O Centro*, que envolve consumo de substância proibida por grupo religioso e que não trouxe ônus a ninguém (2014a, p. 56), sustentam que isenções ao alistamento de objetos de consciência trazem risco de ser alistado que não é aumentado significativamente: "(...) other exemptions impose insignificant burdens because they only marginally increase already-existing significant burden" (p. 56) e "the increase in this risk from religious pacifists was both small and distributed among millions of nonexempt potential draftees" (pp. 56-7). Compare com PINHEIRO (2009, p. 302).

<sup>503</sup> A teoria dos direitos defendida por Dworkin em "Levando os Direitos a Sério" (1977 ou 2001a, cap. 7) sugere que deve-se tratar como dissipado, pois este tipo de aumento de chance de dano não pode ser relevante (veja ROSA: 2014a, cap. 1, esp. pp. 39, 44, 48 e ss., 50 e também 162 e 168).

<sup>504</sup> GREENAWALT, 2016, pp. 15-6: "Two crucial questions about exemptions that are interrelated involve tests of sincerity and administrability. (...) this does not present a genuine worry if the claim for an exemption is one we can hardly imagine a person raising for purely self-interests reasons. (...)

"(...) Tied to the problem of sincerity is administrability. Apart from what one might conclude basic principles would suggest for a possible exemption, is it one that officials will be able to administer, or will it too often raise unanswerable questions and generate claims that are simply fraudulent or are more weakly based than the basic



acomodação consiste em permissão de conduta ou benefício que outros desejam<sup>505</sup>. Se for permitido a uma religião consumir maconha, é possível que fraudes ocorram na oposição de demandas, pois o indivíduo que quer fumá-la pode alegar fazer parte de uma religião ou ter certa fé sem que isso seja verdade<sup>506</sup>. Em crítica a Dworkin, Horwitz, por exemplo, julga relevante que o peyote seja substância cujo consumo causa desconforto ao indivíduo. Isso sugere que há tendência de que as demandas de seu consumo sejam genuinamente religiosas, e não fraudadas.

Acredito que uma conclusão contundente pode ser afirmada: é preciso contenção na verificação dos custos das acomodações<sup>507</sup>. Uma vez existente um direito especial, sua restrição deve ser admitida se houver, por exemplo, custo dissipado ou problema de administração que inviabiliza ou dificulta significativamente<sup>508</sup> atividade pública a que há um direito. Em outros casos, presentes as condições de afirmação de um direito especial, a acomodação deve ser concedida.

### *Subseção 5.2. O Sabá no STF*

Apresentei na seção anterior argumento em defesa de um direito especial à liberdade de religião por meio de acomodações a certos tipos de manifestação religiosa. Gostaria agora,

---

criteria call for?" (Veja ainda pp. 14, 32 e ss., 38, 41-2, 71 e ss., 90-90, 123-5, 213, 217-8; veja em especial pp. 6-7 para classificação das espécies de acomodações). Veja ainda NUSSBAUM (2008, p. 173), bem como a resenha do livro de GREENAWALT feita por KOPPELMAN (2017a, esp. p. 844).

<sup>505</sup> Veja LAYCOCK a respeito da não correspondência entre acomodação e interesse individual (2010, pp. 30-1, 92, 95 e ss., 108, 442; veja p. 109 para formulação geral da doutrina norte-americana, inclusive quanto às suas variações). Veja ainda GREENAWALT (2006-7, p. 1222 e 2016, p. 16), BERG (2006-7, pp. 1213-4). Ver ainda Horwitz criticando Dworkin sobre *peyote*: para o autor, é importante que o Peyote não seja agradável, o que significa que os pedidos de exceção à regra que proíbe seu consumo serão raros (2014b, p. 17, citando Carpenter e Tebbe); compare com comentário de KYMLICKA (2002, p. 326, n. 32 à p. 310), que enxerga visão análoga em análise de SPINNER-HALEV sobre os Amish.

<sup>506</sup> MACLURE & TAYLOR apresentam três hipóteses de negação de acomodação: 1) "substantial hinder of aim", 2) excessive costs" e 3) "rights and freedom of others" (2011, pp. 100-1, 103). Veja ainda discussões sobre "proliferation" (91 e ss.) e instrumentalização das acomodações (pp. 79-80, 97-9; ainda, há a questão da sinceridade, pp. 82-3, 98-9). Veja, por fim, GREENAWALT (2016).

<sup>507</sup> Ver PINHEIRO, 2009 e literatura discutida na seção 3, acima, especialmente GARNETT, LUND e ESBECK.

<sup>508</sup> Compare MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 100-1), que admitem negação de acomodações em casos em que concedê-las "significantly hinder" execução de objetivo (p. 100), com PINHEIRO, que admite somente inviabilização de concurso como justificativa para negar acomodação (2009, p. 304). A meu ver, entretanto, embora a ideia de que a seleção do dia tenha contornos puramente burocráticos seja adequada (embora haja na disponibilidade de salas, questão logística relevante a qualquer concurso, sobretudo aos de maior escala, nítido interesse público) não é só a viabilização do concurso que pode justificar a negação da acomodação, pois situações menos graves também podem fazer surgir o tipo de conflito que a autora julga não ocorrer nestes casos.

nesta seção, de oferecer análise de um caso julgado no Supremo Tribunal Federal que, a meu ver, traz fatos que indicam ser aplicável a proteção por direito especial na forma de acomodações. Trata-se, com efeito, de um dos temas cujo tratamento foi prometido. Mencionei quatro perguntas fundamentais a serem respondidas nesta tese. A terceira pergunta - sobre acomodações - ficou pendente de resposta. A análise do julgado do STF é interessante, ademais, porque permite compreender se os argumentos articulados pelos ministros são adequados à análise da liberdade de religião. Veremos que, a partir das reflexões defendidas nesta tese, pode-se concluir o STF não justificou bem sua decisão.

Deve-se conceder da isenção religiosa frente a regras gerais, como as proibitivas de drogas e de calendário de concursos públicos?<sup>509</sup> O STF enfrentou a questão no Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 389, relatado pelo Min. Gilmar Mendes (Presidente).<sup>510</sup> O agravo foi interposto contra suspensão de segurança concedida por TRF para que pouco mais de duas dezenas de candidatos judeus fizessem versão do ENEM de igual dificuldade mas fora do Sabá. Entre os fundamentos oferecidos pelo relator (e seguido pelo plenário, salvo pelo voto vencido do Min. Marco Aurélio Melo), estão os seguintes, na síntese de Joana Zylberstajn:

"(...) o ministro [Gilmar Mendes] entendeu que a aceitação do pleito, de fato, colocaria em risco a ordem pública, por uma série de motivos. O primeiro dele seria a impossibilidade de garantir o mesmo 'grau de dificuldade' entre as duas provas oferecidas, ensejando possíveis questionamentos e eventual favorecimento dos autores - o que comprometeria a credibilidade do exame. Em seguida, o ministro retomou o argumento da existência de diversos dias de guarda e que nova data, 'em mero juízo de delibação', violaria o princípio da isonomia e 'dever de neutralidade do Estado perante o fenômeno religioso'. Por fim, aceita o argumento do risco multiplicador da decisão e destaca o argumento do Ministério da Educação sobre a solução alternativa de realização da prova, entendendo que seria 'medida razoável' para acomodar os interesses em conflito"<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Para trabalhos brasileiros sobre o tema, ver PINHEIRO (2009, esp. pp. 284 e ss.) e ZYLBERSTAJN (2016, pp. 131 e ss., esp. pp. 135 e ss.). Para a primeira, a acomodação neste caso não caracteriza privilégio (p. 295, 306 etc.). A autora julga que não há "interesse público relevante", mas "conveniência burocrática e operacional", na escolha do dia para realização do concurso ou vestibular (p. 302), embora a concessão traga custo "inerente à ideia de acomodação", (p. 303). Daí autora opor os casos de dia de guarda aos de uso de drogas ou de abate de animais, em que haveria efetivamente conflito a ser dirimido (p. 302; em geral pp. 302-5), e admitir que a acomodação ao dia de guarda só pode ser negada se "inviabilizar" a realização da seleção (p. 304). Discuti a questão acima. Veja BRANCO (2009, p. 459), SEFERJAN (2017, pp. 127 e ss., para análise de jurisprudência) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 279-80).

<sup>510</sup> STF (2009). O relator menciona estarem *sub judice* ações similares: ADI 3901 Rel. Min. Roberto Barroso e ADI 3714, Rel. Teori Zavascki, ambas mencionadas também em CONECTAS (2015) e PINHEIRO (2009, pp. 307-8),

<sup>511</sup> ZYLBERSTAJN (2016, p. 137). Veja STF (2009, pp. 9 e ss. para o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes).

O primeiro ponto, a meu ver, é de menor importância, pois assume que haverá mais de uma prova a ser aplicada, o que não necessariamente é o caso<sup>512</sup>. O segundo é mais importante. Para Gilmar Mendes, então, em que pese o modelo de secularismo adotado no Brasil admitir comportamentos positivos do Estado para impedir ônus excessivos (conforme Canotilho e Jônatas Machado), o caso não é desta espécie e o deferimento do agravo caracterizaria privilégio violador do princípio da isonomia por interferir indevidamente na liberdade do mercado de ideias religiosas<sup>513</sup>. Este é o primeiro ponto que eu gostaria de analisar mais detidamente.

Em segundo lugar (terceiro na explicação de Zylberstajn), haveria risco de multiplicação de demandas por realização das provas em dias distintos dos dias de guarda de outras religiões. Este ponto é importante e merece tratamento separado. Em terceiro lugar (quarto na citação), o Ministério de Estado da Educação já ofereceria alternativa a alunos que, por motivos religiosos, não poderiam fazer prova antes do pôr do sol de sábado. Neste caso, eles ficariam incomunicáveis durante a realização da prova convencional e fariam a prova após o fim do Sabá. Em sentido contrário, o Min. Marco Aurélio Melo sustentou ausência de razoabilidade do MEC pois a incomunicabilidade antes do pôr do sol é medida excessivamente gravosa e que haveria alternativa, a saber, a realização do exame em dia útil.

A meu ver, o STF não enfrentou a questão subjacente ao caso. Quanto ao argumento de Gilmar Mendes, trata-se nem tanto de argumento quanto de afirmação da conclusão a ser defendida, a saber, que há violação da isonomia na segurança suspensa. As reflexões a respeito da laicidade não impedir prestações positivas, ainda que plausíveis, não ajudam a justificar que se considere como caso a hipótese em que esta prestação não pode ocorrer. Notar como Richard Garnett, por exemplo, chega a conclusão oposta em caso análogo a partir de premissas semelhantes ao Min. Gilmar Mendes esclarece pelo menos uma lacuna argumentativa a ser preenchida na decisão do STF, a saber, a justificativa de não atuação positiva do Estado no caso específico. Em suma, apresentei no capítulo anterior análise de Richard Garnett a respeito das funções governamentais na proteção da liberdade de religião.

---

<sup>512</sup> Veja, por exemplo, SEFERJAN (2012, p. 131, que parece sugerir que a administração marque o exame em dia diferente do sábado). Essa foi a sugestão do Min. Marco Aurélio (2009, pp. 21 e 25). O Min. Carlos Brito (STF, 2009, p. 17), por sua vez, concordou com o argumento das variedades das dificuldades das provas.

<sup>513</sup> Noção que Gilmar Mendes busca em Jônatas Machado, que, por sua vez, a teria buscado em Oliver Wendell Holmes e Stuart Mill, segundo PINHEIRO (2017 e 2009, p. 279, n. 11, e p. 291). Veja KOPPELMAN (2013b, pp. 150 e ss.).

Em outras palavras, apesar de o trabalho de Garnett dizer respeito a outro sistema jurídico e de o caso ser diferente, e apesar de seu argumento ser bastante mais detalhado, há convergências entre o que defende e o que propôs o Plenário do STF propôs ao Estado: que se lhe permita atuar positivamente. O que faltou ao STF explicar é por que esta atuação é proibida no caso do Sabá durante o ENEM, pois nem o primeiro argumento nem, veremos, os demais, oferecem justificativa da conclusão.

O argumento sobre o excesso de acomodações tampouco convence<sup>514</sup>. A possibilidade de multiplicação de pedidos de exercício de direito que inviabilize o seu exercício concomitante por todos não é critério suficiente para rejeitar precocemente o acatamento de nenhuma demanda específica. Retomemos exemplo trabalho anteriormente, a saber, o direito de reunião em via pública: se todos pretenderem se manifestar no mesmo local e hora, é evidente que quase ninguém poderá fazê-lo<sup>515</sup>. Fato é que desta conclusão não decorre argumento cogente contra a existência de um direito de reunião em via pública. Analogamente, o fato de ser possível que, se acatadas todas as demandas por não realização de concursos em certas datas, os certames não possam se realizar não significa que certas demandas não podem ser acatadas. Naturalmente, se se concretizar a multiplicação temida, um critério terá de ser buscado, e este critério talvez implique que alguns tenham de fazer prova em dia de guarda ou Sabá (ou percam a oportunidade de ingressar no ensino religioso para manterem sua fé), assim como critério de distribuição de direito de reunião na situação análoga impedirá a realização de manifestação por muitos. O ponto é somente que este não é um problema a ser antecipado, pois a mera possibilidade de conflito de direitos demandados não afeta (pelo menos nestes termos) a acomodação. Como visto acima neste capítulo, o tipo

---

<sup>514</sup> ZYLBERSTAJN destaca que, a partir do relatório de Gilmar Mendes, é possível concluir que este argumento foi apresentado pela AGU (2016, p. 136). Veja STF (2009, p. 6 do acórdão).

<sup>515</sup> Veja MONTEIRO (1997): "7.4. Claro que no exemplo acima os alunos judeus podem se sentir frustrados, por verem seus colegas budistas terem aulas de religião enquanto que eles não teriam tal possibilidade. Mas não é verdade que o Direito resolve todos os conflitos. Se alguém vai até a praça desejoso de sentar-me num pequeno banco, debaixo de uma certa mangueira, e este banco já estiver ocupado por outra pessoa, este alguém se sentirá frustrado. Infelizmente, o conflito entre tal desejo e o desejo da pessoa que chegou primeiro, e sentou-se no banco, não tem solução jurídica (cito um exemplo clássico mencionado por Kelsen, em *Teoria Pura do Direito*. O direito não tem solução para tudo.". Compare com a análise de BAKER (1996-7, pp. 997 e ss., esp. p. 1001 sobre a diferença entre regras de alocação de liberdade e de proibição geral de conduta; talvez se possa construir argumento a favor de direito especial à liberdade de religião a partir desta distinção, mas trata-se de tarefa para outra ocasião). Compare com LOPES (2004, p. 166), que parece dizer o contrário (fala em "uso igual e simultâneo" ao discutir distribuição de energia).

de análise oferecida pelo STF é equivocada porque interpreta erradamente as interações entre igualdade e liberdade.

Quanto ao terceiro argumento, o fato de haver alternativa prevista em edital não significa que ela respeite a liberdade de religião. Acredito que, quanto a este ponto, o Min. Marco Aurélio, da minoria, esteja correto. Considerando os efeitos de incomunicabilidade por longo período sobre o desempenho dos candidatos em Sabá, a cogência deste argumento da maioria dependa da cogência do primeiro, pois a alternativa é bastante gravosa<sup>516</sup> e só não será violação de liberdade de religião se, de fato, a concessão da segurança violar a isonomia.

Ocorre que o argumento do Min. Marco Aurélio também incorre no problema apontado no primeiro argumento do Min. Gilmar Mendes, a saber, o não enfrentamento da questão jurídica suscitada, isto é, se há de fato um direito à concessão ou se viola a isonomia concedê-la. O Min. Marco Aurélio simplesmente assume que existe um direito à liberdade de religião e que, *podendo* o governo atender a demanda feita em nome de fé, ele deverá fazê-lo.

Em contraste, o enfrentamento mais geral do problema é bem realizado pelo tipo de argumento oferecido por Garnett, que identifica o bem da religião e, por meio desta identificação, oferece um critério de distribuição dos ônus decorrentes da construção das instituições necessárias à religião. É bem verdade que, no caso norte-americano, é implausível defender que (sobretudo) as empregadas tenham acesso a contracepção negado. Mas acredito que, se considerarmos a religião como uma prática de discussão temática saber o valor da realidade (um bem)<sup>517</sup> que exige instituições ao seu funcionamento, temos justificativa convincente de isenções a regras gerais que preservem as convicções dos participantes, como no caso dos candidatos ao ENEM, em que não há uma figura análoga à da empregada desprovida de acesso a contracepção. Em outras palavras, ausente quem possa opor direito à acomodação, a conclusão mais acertada é seu reconhecimento.<sup>518</sup>

---

<sup>516</sup> STF (2009, p. 8 do acórdão, descrevendo argumento dos autores).

<sup>517</sup> Veja KOPPELMAN (2013b) e FINNIS (2011, cap. 4). Em especial, veja GEORGE (1993, pp. 219 e ss.; veja p. 222-3) para a justificação de normas de isenção religiosa por meio da identificação da religião como um bem - George menciona mas não se posiciona sobre o caso do *peyote*.

<sup>518</sup> Trabalho que defende esta conclusão ao caso é o de PINHEIRO (2009), embora a autora sustente que essa é uma situação particular do caso, não extensível a outros. Para a autora, a fixação do dia do concurso é questão de pura conveniência administrativa (p. 302) e a acomodação no caso não caracteriza discriminação ou privilégio (pp. 295 e 306).

Cumpra reconhecer limites ao estabelecimento de regras gerais.<sup>519</sup> O problema surge quando a lei constrói um dilema, e isso é prevenido se há acomodação: como diz Nussbaum, (...) leis do tipo que mencionei frequentemente colocam minorias religiosas em algo como o dilema de Antígona: ou violam um requisito sagrado de sua religião ou violam o direito e/ou perdem algum privilégio concedido pelo estado."<sup>520</sup> Estas situações são raras, e são o tipo de caso em que o estado dificilmente pode negar acomodação.<sup>521</sup> Mas se aplicam ao caso. Uma vez que o vestibular tem grande importância sócio-econômica<sup>522</sup> e uma vez que a

---

<sup>519</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 17, trecho citado em nota acima; veja ainda pp. 16-17, 50, 85, 116-7, 118, 119, 126, 189, 135 e ss. "There are norms that, quite simply, cannot be culturally neutral: in addition to the calendar, think of the common public language. These norms are not illegitimate, but inasmuch as they indirectly favor the majority, measures of accommodation must sometimes be taken to reestablish equity within the terms of social cooperation.<sup>6</sup> That is why some political philosophers— in agreement with jurisprudence in that respect— maintain that the recognition and accommodation of religious and cultural diversity is now a question of social justice.<sup>7</sup> As a moral and political principle, multiculturalism, at least in some version of it, has its roots in liberalism, that is, in the furtherance of rights and freedoms, and not in moral or cultural relativism, and it does not deny the rights of democratic majorities." (MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 68, nota 6 a caso *Edward Books*, da Suprema Corte do Canadá, 7 a trabalho de Jocelyn MacLure; veja ainda pp. 49 e ss, 67-8, 72 e ss. e compare com JONES (2017)). Veja SEFERJAN (2012, pp. 66 e ss., contrastando objeção de consciência e desobediência civil); veja ainda BRANCO (2009).

<sup>520</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 117, traduzi. PINHEIRO fala em "dilema esmagador" e, após citar Alexandre de Moraes, caracteriza a situação como a de "escolher entre a obediência aos ditames da fé ou entre a prática de ato que se lhe mostra sensivelmente indispensável, como o é o da participação em concurso público, em vestibular ou em exames escolares" (2009, p. 300; veja ainda pp. 305, 311). Veja ainda KOPPELMAN (2013b, pp. 140-1), SCHWARTZMAN (2012, p. 1388, citando EISGRUBER & SAGER), LABORDE (2015a, pp. 277-8), HORWITZ (2011, pp. xxiv-xxv, xxx-xxxi e 20-1), BRANCO (2009, 457, n. 181, citando Herrera) e TAVARES DA SILVA (2017, comentando a separação no direito brasileiro: "Caso tivesse prevalecido a ideia da supressão da separação, a liberdade e também a igualdade seriam violadas, porque os religiosos estariam sujeitos a uma das seguintes opções: a irregularidade religiosa, pelo divórcio, ou a irregularidade perante o Estado, pela mera separação de fato. Nas duas hipóteses o religioso seria privado da liberdade de exercer direitos em razão da crença e da igualdade de tratamento jurídico em relação a quem não professa a religião."; agradeço a Raphaela Rocha Ribeiro, que indicou este artigo, a que chegou por menção de Ana Rodrigues).

<sup>521</sup> NUSSBAUM diz: "Laws often put law-abiding citizens in a difficult position. The military draft, when it existed, made young adults leave their jobs, their families, their familiar setting, often to risk their lives in foreign lands. A subpoena may force me to testify against my mother, my employer, my best friend, my own child. Socrates' *Antigone*, however, suggests something that has been widely believed in many times and places: that law-imposed dilemmas involving religion are unusually horrible, because they involve issues that touch on a people's conscience or search for the ultimate meaning and purpose of life. (Because we think marriage is similarly central, we have favored accommodation here too: we don't require spouses to testify in court against one another). Some such burdens to religion may have to be borne, if the peace and safety of the state are really at stake, or if there is some other extremely strong state interest. But it seems deeply wrong for the state to put citizens in such a tragic position needlessly, or in matters of less weight. And often matters lying behind laws of general applicability are not so weighty; sometimes they come down to mere desire for homogeneity and an examined reluctance to delve into the details of a little-known or unpopular religion", p. 2008, p. 117 (veja ainda p. 115 para "horrible dilemma, between perjury and false swearing (...) *apud* New York Court of Gen. Sessions, *People v. Philips*, 1913"). Veja BRANCO (2009, 457, n. 181, citando Herrera)

<sup>522</sup> Ver MACLURE & TAYLOR (2011, citações acima) bem como CRADDOCK (2017, p. 20, n. 91 sobre Alito e o farmacêutico desempregado; p. 22 e p. 29, n. 125); comparar com NUSSBAUM (2008, referências em notas acima).

escolha do dia que não é de guarda de nenhuma religião não inviabiliza o concurso<sup>523</sup> nem viola direito de terceiro<sup>524</sup>, a acomodação deve ocorrer. Como pergunta Nussbaum, "É realmente possível ser livre para adorar da sua própria forma se escolher o caminho da liberdade significa direitos civis de segunda-classe?"<sup>525</sup>. A pergunta, por óbvio, é retórica, e a resposta, à evidência, é negativa. Se seguir sua consciência se dá ao custo de alienar-se socialmente, a sociedade não respeita a liberdade, salvo preenchimento dos requisitos de rejeição de direito especial, ausentes neste caso.

## Seção 6. Conclusão

Para concluir o capítulo, vale retomar os elementos apresentados até o momento. O argumento oferecido na tese considera que a religião é um fenômeno humano cujos contornos sociais, coletivos ou individuais, ritualísticos ou menos demandantes em forma, são as maneiras pelas quais os seres humanos buscam compreender e harmonizar-se com o divino. Este é um interesse específico<sup>526</sup>, que pode instruir concepções de bem, e que caracteriza exercício de liberdade distinta das outras. Ele não necessariamente merece proteção maior que toda e qualquer outra prática humana, mas, em alguns casos, deve receber proteção mais generosa que as atribuídas em regra às ações individuais ou grupais. Daí dizer que a religião sempre deve receber a proteção do direito geral à independência ética, e que por vezes deve receber proteção de direito especial à liberdade de religião. O exercício dessa liberdade merece proteção especial, que deve ser concedida a pelo menos alguns casos, a saber, aqueles, para usar a expressão de Bagni, mais centrais à religião, nas hipóteses em que a igualdade na concessão de liberdade exige. E isso ocorre (i.e., a igualdade exige) quando, caso não haja

---

<sup>523</sup> Elemento a que chamam a atenção MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 100-1; veja ainda PINHEIRO (2009), que só admite negação de acomodação se houver inviabilização (p. 304).

<sup>524</sup> Daí contraste com o caso *Hobby Lobby*, em que empresa teve reconhecido na Suprema Corte direito de não incluir no seguro saúde obrigatório de suas funcionárias métodos contraceptivos. Ver GEDICKS & KOPPELMAN, 2014a, pp. 51-7.

<sup>525</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 85, traduzi; o trecho diz respeito aos "dissenters" ao estabelecimento nas colônias da América do Norte: "They were also excluded from many universities: Brown, founded in 1745, was the first university in the colonies to have no religious test for entrance. Dissenters argued that it was a narrow conception of religious liberty indeed that allowed such inequalities of opportunity and social/political voice. *Could one really be free to worship in one's own way if choosing the path of freedom meant second-class civil rights?*", p. 95, acrescentei itálicos para destacar o trecho que citei traduzido no texto principal. Veja HORWITZ (2011, p. 13) e PINHEIRO (2017, item II).

<sup>526</sup> Como exigem Dworkin (2013, cap. 3) e HIMMA (2015), autores, entretanto, que negam a existência de um direito especial à liberdade de religião.

direito especial na forma de acomodação, a proibição estatal do ato de religião coletiviza ato que deve ser individual. Por fim, sabemos se o ato deve ser individual e não coletivo quando a outros é dado seguir opção individual não oferecida em caso de negação da acomodação. Este é o modelo oferecido na tese. O ponto aqui é exigência da igualdade na concessão de liberdade de religião a casos que se caracterizam como seu exercício e dado compromisso que não pode ser ignorado.

Este é o argumento da tese, disponível a meu ver na literatura, e que justifica, contra objeções oferecidas por Ronald Dworkin e outros, a concessão de acomodações como forma de respeitar direitos especiais à religião. Este argumento resolve o caso julgado pelo STF da acomodação no ENEM. Há outros temas de direito constitucional brasileiro que dizem respeito à relação entre estado e religião. Um deles é o do ensino religioso nas escolas públicas. É a ele que me volto no próximo capítulo.



## CAPÍTULO 3. ENSINO RELIGIOSO NA ESCOLA PÚBLICA.

### Seção 1. Introdução

Richard Garnett faz a seguinte afirmação em trabalho sobre liberdade de religião ao comentar a educação de crianças: "Numa sociedade livre, uma que valoriza a liberdade de religião, o Estado não deve cogitar nem deve impor a crença de que é melhor para as crianças não terem fé religiosa."<sup>527</sup> O trecho é simultaneamente trivial e consequente. É trivial pois é um paradigma de violação da liberdade de religião o estado agir para que alguém tenha ou deixe de ter fé, ou com base na visão de que é melhor tê-la ou não a ter. Fazê-lo viola frontalmente o que Dworkin chama de direito geral à independência ética pois o estado não pode tentar secularizar a sociedade<sup>528</sup> ou construir uma "identidade secular compartilhada"<sup>529</sup>. Mas a afirmação de Garnett nos é também consequente, porque nos obriga a repensar algumas interpretações do direito. Uma dessas interpretações é a visão, por muitos defendida no Brasil, de que o ensino religioso previsto na Constituição só pode ser o ensino científico, não confessional da religião. A sugestão que gostaria de defender neste capítulo é a de que o regime secular deve permitir pelo menos uma forma de ensino religioso confessional nas escolas, que a doutrina brasileira o identificou de modo em geral acertado, e que fazê-lo é uma

---

<sup>527</sup> GARNETT, 2000-1, p. 114, traduzi. No original, "In a free society, one that values religious freedom, the State should not entertain, let alone enforce, a belief that children would be better off without religious faith"; veja ainda pp. 138, 143 e NUSSBAUM (2008, pp. 194-5. 274 e p. 281, comentando John Courtney Murray, referência importante a Garnett); por fim, veja, também de GARNETT, 2001a. p. 1869, n. 141. A manifestação da Subchefia de Assuntos Jurídicos (escrita por Nathalie Albieri Laureano e aprovada por Beto Ferreira Martins Vasconcelos) é convergente: "(...) A constituição, em seu art. 205, atribui tanto ao Estado quanto à família o dever de educar. Para educar suas crianças e fomentar seu desenvolvimento como pessoa, as famílias desde cedo as envolvem e orientam em sua própria opção religiosa. Aquelas que dispõem de recursos para oferecer um ensino privado a suas crianças, muitas vezes procuram por escolas privadas pertencentes a determinadas comunidades religiosas ou que ofereçam ensino confessional. A educação religiosa de uma criança, portanto, está na maioria das vezes vinculada aos valores religiosos de sua família. *Nunca se questionou que tal orientação religiosa afetasse negativamente o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, tampouco maculassem a possibilidade de sua conversão a outra ou nenhuma religião*", 2010, item 22, itálicos acrescentados (veja ainda a visão de Danilo Mendonça sobre ensino religioso nas escolas públicas e direito das famílias em descrição e crítica feita por ALMEIDA, 2008, pp. 263 e ss., 294). Veja ainda SENADO FEDERAL (2010, p. 12) e trecho de Roseli Fischmann citado em AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, p. 31; ver ainda pp. 66 e 68); compare com XI-DH (2016, p. 46). Veja, por fim, o seguinte trecho de CNBB: "(...) a pretensão da ilustrada Procuradora nega o pluralismo de ideias, advogando uma versão monista e politicamente imposta de uma *pseudo* doutrina de religião, propugnando, em última análise, pela proibição da instrução efetivamente religiosa, como se esta fosse prejudicial à sociedade" (2017, p. 31, itálico no original; veja ainda pp. 20, 25-6 e 29); entre os votos, veja DE MORAES (2017, pp. 5-6, pp. 16 e ss., esp. p. 20).

<sup>528</sup> MACLURE & TAYLOR (2011). Veja ainda EISGRUBER & SAGER (2007) e NUSSBAUM (2008, pp. 346 e ss.).

<sup>529</sup> DWORKIN, 2013, p. 139, traduzi.

maneira de evitar que a escola seja um instrumento de imposição estatal de juízo sobre ser melhor ou pior para as crianças terem religião.

O objetivo do capítulo é oferecer interpretação do § 1º do art. 210 e do art. 19, I da Constituição Federal a partir dos argumentos acima apresentados a respeito da relação adequada entre Estado e religião. O primeiro dispositivo obriga o ensino religioso facultativo como disciplina nos horários normais da educação pública fundamental, e sua interpretação foi disputada em ações no Supremo Tribunal Federal (ADIs 3268-2 e 4439)<sup>530</sup>. O segundo veda o estabelecimento ou a subvenção de culto ou igreja<sup>531</sup>. Neste capítulo, pretendo oferecer leitura igualitária dos dispositivos, bem como identificar um critério de permissão do ensino religioso nas escolas que seja integrado à natureza secular do governo e às proteções das liberdades individuais de religião. Este critério será oferecido, entre outros, a partir de análise de escritos de autores mencionados acima, como Martha Nussbaum, Douglas Laycock, Eugene Volokh, Andrew Koppelman e Eisgruber & Sager, cujas análises sobre financiamento público de ações religiosas são capazes de iluminar as hipóteses em que o Estado secular pode beneficiar a religião. O critério, veremos, é bastante próximo de interpretação da CF/88 feita por parte da literatura brasileira e levada ao STF pela Ação Educativa & outros. O argumento deste capítulo passará pela percepção de que a escola pública é uma manifestação institucional específica do estado, em que alguns indivíduos (os estudantes) têm suas liberdades privilegiadas<sup>532</sup> e que isso autoriza a inclusão das manifestações sociais, inclusive religiosas,

---

<sup>530</sup> Os tipos de manifestações disponíveis no caso e que compõem a bibliografia desta tese são quatro: as iniciais da PGR e da CNTE, as manifestações no processo de órgãos como a AGU e o Senado Federal, as de entidades como amigas da corte, e os votos dos Ministros. Faço as citações com indicação do(s) órgão(s) (em geral com abreviação), ou pelo nome do Ministro e ano da manifestação. Vale observar ainda que algumas manifestações foram trazidas anexas a outras (a da SAJ, por exemplo, está, junto do parecer do Conselho Nacional de Educação, anexa a uma manifestação da AGU) e, para citá-las, incluo o órgão junto ao que trouxe a manifestação aos autos. Assim, para exemplificar, o parecer da Secretaria de Assuntos Legislativos de 2010 é AGU-SAJ (2010a), o parecer do CNE de 1997 é CNE (1977) in AGU (2010a), a petição da Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação *et ali* é AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012) e o voto do relator é BARROSO (2017). Ademais, há mais de uma manifestação de um mesmo órgão (no caso, a AGU), hipótese em que eu as diferencio pela inclusão de letras na referência (AGU 2010a e 2010b). Por fim, pelo menos um documento (CNTE, 2004), tem paginações variadas (a da petição e a do processo), razão pela qual prefiro citá-la por item (ou parágrafo), o que ocorre também pelo menos em PINHEIRO (2017, que trato como artigo de doutrina embora tenha sido manifestação na ação) e MONTEIRO (1997). Os detalhes dos documentos constam na Bibliografia, abaixo. Agradeço ao Yuri Corrêa da Luz pelo incentivo de enfrentar a leitura destas manifestações.

<sup>531</sup> Para análises sobre o tema, veja ALMEIDA (2008), MACHADO (2010, esp. pp. 760-3), SEFERJAN (2012, pp. 117 e ss.), LOBO DA SILVA (2015) e ZYLBERSZTAJN (2016, pp. 166 e ss.). Veja outras referências abaixo.

<sup>532</sup> Veja LAYCOCK (1986-7, pp. 48-9). Veja FERRARI (2014, p. 33) para dois modelos de escola, um dos quais mais próximo ao aqui defendido.

que sejam levadas democraticamente ao ambiente escolar, sem violação da vedação constitucional de estabelecimento ou subvenção de culto ou igreja (art. 19, I da CF/88). Em suma, o Estado não pode assumir que é melhor para as crianças não terem fé, e uma forma de agir a partir de tal assunção é proibir que a religião seja ensinada nas escolas.

E é isso que assume a interpretação do ensino religioso nas escolas públicas que o entende como exclusivamente científico. Este tipo de ensino é aquele dedicado ao estudo de religião, e não à sua divulgação<sup>533</sup>. Com efeito, acerca do ensino religioso nas escolas, Dworkin sustenta que a ideia de estado secular é compatível com com ensino a respeito das religiões, mas não para seu exercício<sup>534</sup>. Em contraste ao ensino religioso científico, há o ensino religioso confessional, em que se faz proselitismo, culto, evangelização ou estudo que visa a avançar fé, e não compreendê-la somente. Este ensino pode ser chamado de confessional<sup>535</sup>. A sugestão desta tese é que, observadas certas restrições, a oferta do ensino confessional nas escolas públicas não estabelece religião nem viola a liberdade de religião ou a regra de secularismo. Com efeito, proibi-lo, como veremos, viola a igualdade e interfere na liberdade, o que viola a regra secular que o estado deve seguir.

É importante salientar que o tema da interpretação do dispositivo constitucional não diz respeito ao que significa ou pode significar o ensino religioso. Que o ensino religioso pode ser o estudo das religiões, e não o seu proselitismo, talvez seja verdade, mas da sua

---

<sup>533</sup> A fronteira entre os dois tipos de ensino é difícil de traçar e manter. LAYCOCK (1986-7) conta o seguinte caso: "(...) before *Widmar*, the University of Texas had a rule that permitted academic discussions of religion but forbade attempts to persuade. When a group called Students for Freedom From Religion demanded enforcement, an assistant dean monitored rallies and pulled the plug on a sound system then a speaker crossed the forbidden line into persuasion", p. 67, itálico no original, nota omitida a trabalho de Elliot. Veja ainda GARNETT (2001b) para comentário a respeito da distinção entre ritual e discurso sobre religião (p. 19, n. 99). Garnett comenta decisão do Juiz Sporkin no caso *Widmar v. Vincent*, em que se se entendeu que não é de competência judicial diferenciar "religious worship" e "speech about religion", mesmo que a diferença existisse (veja ainda p. 22, n. 124). Este ponto é importante, pois o ensino religioso pode ser ritualístico, sacramental e de devoção (veja abaixo menção de ALMEIDA, 2008 a Carlos Minc sobre proselitismo). Assumirei, entretanto, que a distinção existe e pode ser preservada, pois isso facilita o argumento que critico. Veja ainda MACLURE & TAYLOR, 2011, pp. 102-3 e p. 58, citada abaixo, especialmente o texto da n. 11, na p. 119, que parece indicar que os autores admitem o ensino confessional, e não só o científico. Veja RUSSO (2015, p. 26).

<sup>534</sup> DWORKIN, 2008, p. 60. Veja ainda JENSEN (2007), ALMEIDA (2008, esp. pp. 260) e as propostas dos defensores do deferimento das ADIs sobre o tema no STF. O tema no STF girou em torno da distinção oferecida por Débora Diniz e Vanessa Carrião entre ensino confessional, não-confessional e interconfessional, e que foi apresentada logo na Inicial (PGR, 2010, item 14). A distinção aparece em diversas outras manifestações (AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, pp. 30-1, 38 e ss.), XI-DH (2016, pp. 16 e ss. e 22), CNBB (2017, pp. 23) BARROSO (2017, 19 e ss.), MORAES (2017, pp. 5-6, 8, 16 e ss. etc.) etc.. Veja ainda LOBO DA SILVA (2015, pp. 286 e 293, 295).

<sup>535</sup> ALMEIDA (2008, p. 232) apresenta com aprovação a visão de Carlos Minc de que ensino confessional e proselitismo não se podem separar; a meu ver, a afirmação é correta. Veja ainda SEFERJAN (2012, pp. 121-2).

possibilidade não decorre que o ensino religioso de que fala a norma constitucional seja somente desta espécie<sup>536</sup>. A questão é saber por que não deve ser. A sugestão deste capítulo é que a interpretação que exclui o ensino confessional só pode ser justificada por juízo do tipo mencionado por Garnett, isto é, de que é melhor para as crianças não terem acesso, ou terem o acesso diminuído, à religião. No arcabouço dworkiniano, esta é uma questão de independência ética, que é violada se o estado age com base neste juízo. Daí este capítulo defender a admissão de certo ensino religioso nas escolas públicas. Vale esclarecer que desta conclusão não decorre que o ensino religioso científico não deva ou não possa ocorrer, mas sim que não é só ele que deve ser admitido na escola.

Vale ainda ressaltar que autores como Nussbaum<sup>537</sup> salientam a vulnerabilidade das crianças na escola, o que abre espaço à imposição de religião. Este problema precisa ser equacionado. Se o problema do ensino religioso é a imposição de religião sobre as crianças, um regime que enfrente e resolva o problema a contento basta; por que não tentá-lo? Se não o tentamos, e se não há outra objeção, revela-se que a razão hermenêutica de vedar o ensino confessional é ética, e isso a independência ética proíbe. É importante explorar este ponto.

Análise de um argumento de Dworkin sobre tema paralelo pode ajudar a explicar o problema da sugestão do ensino religioso como científico somente. O autor tem um argumento interessante contra o oferecimento do design inteligente nas aulas de biologia da rede pública

---

<sup>536</sup> Daí o erro na Petição Inicial (PGR, 2010). Quem chamou bastante a atenção para a diferença entre os dois ensinos e que um não substitui o outro foi o Min. Alexandre de Moraes (DE MORAES, 2017, esp. 3-4, pp. 5-6, 16 e ss. etc.), crítica também feita por LOBO DA SILVA (2015, pp. 286 e 293; veja ainda CNBB (2017, pp. 26-7, 30, citando Lorenzo Baldisseri). Veja NUSSBAUM (2008, pp. 327-8).

<sup>537</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 232 e ss, p. 235, 230, 240, 246, 308 e ss.. Em especial, veja o seguinte trecho: "School prayer is not exactly like other issues involving public religious observances, because children are involved. Children, our tradition wisely recognizes, are different from adults in several ways. They are under the guardianship of their parents, whose views about what doctrine they want to impart to their children deserve respect. They are also highly malleable, easily swayed by both authority and peer pressure. All human beings have tendencies to conform, but young people are particularly vulnerable. Their future lies in the control of the adults who teach them, so they rightly fear alienating those adults by standing out as 'different'. Even more, perhaps, they fear being stigmatized and ostracized by other children, who all too easily behave badly to children who stand out as different, or who hold values that look 'unAmerican' or 'unpatriotic'." p. 235. Tema também mencionado por diversos atores na ADI sobre ensino religioso (PGR, 2010, item 39, n. 15 e XI-DH, 2016, pp. 10 e 29, 45 e ss. UERJ DIREITOS, 2016, p. 13, BARROSO, 2017, p. 17, LEWANDOWSKI, 2017, p. 11). Com efeito, NUSSBAUM aparece tanto na inicial (PGR, 2010), quanto na peça UERJ DIREITOS (2016). Veja ainda CNTE (2004, item 51, citando Iso Chaitz Scherkerkewitz, em longo trecho citado parcialmente por ALMEIDA ao observar o recurso da CNTE a Scherkerkewitz (2008, p. 231, n. 101) e ao salientar o fato de que o caso do ensino religioso nas escolas públicas envolve crianças (pp. 255-6, citando Luiz Antonio Cunha)).

de ensino<sup>538</sup>. Ele considera convincente a conclusão de Thomas Nagel de que há relação, de um lado, entre ateísmo e concepções tradicionais de biologia e, de outro, entre teísmo e design inteligente, isto é, que a biologia tradicional é mais confortável intelectualmente ao ateu do que àquele que crê em Deus<sup>539</sup>. A consequência desta análise, entretanto, é rejeitada por Dworkin. A consequência é a seguinte: se tanto a biologia tradicional quanto o design inteligente têm compromisso ou relacionam-se de alguma forma com posições a respeito da existência de Deus, impedir que um ingresse na aula de biologia é endossar o pressuposto teológico da visão contrária<sup>540</sup>. Isso implicaria a aceitação do design inteligente no curso de biologia como medida de evitar o endosso do ateísmo<sup>541</sup>. Mas Dworkin aponta uma diferença entre biologia tradicional e design inteligente: a primeira, ao contrário do segundo, não é proposta como maneira de avançar uma agenda religiosa. O esforço de inserir o design inteligente nas aulas de biologia é um esforço de realizar imposição ética. Este é o juízo interpretativo que o autor julga relevante. O ponto não é que não se pode provar cientificamente a existência de Deus, mas que, uma vez que o design inteligente não tem aceitação científica<sup>542</sup>, o fato relevante é que inseri-lo no currículo das escolas é parte de agenda ética. O design inteligente tem o significado de, e é percebido nesses termos por seus proponentes, como um endosso estatal da religião. É isso que significa incluí-lo na aula de

---

<sup>538</sup> DWORKIN, 2013, cap. 3. Sobre o tema, veja ainda NUSSBAUM (2008, pp. 316 e ss., esp. p. 322), EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 185 e ss., com referências a Laurence Tribe e Kent Greenawalt), SPINNER-  
HALEV (2000, pp. 85-6), KOPPELMAN (2013b, pp. 101-2), HORWITZ (2011, pp. 32-3).

<sup>539</sup> DWORKIN 2013, cap. 3; compare com GANDRA, 2009, pp. 94-5.

<sup>540</sup> Veja abaixo descrição do argumento de Plantinga em ALMEIDA (2008, pp. 285 e ss.).

<sup>541</sup> ALMEIDA, ao analisar longamente a questão do criacionismo, atribui argumento semelhante a Alvin Plantinga, que, a partir, de Rawls, defenderia o ensino do criacionismo, uma vez que o naturalismo da ciência também seria uma forma de religião (2008, pp. 286-7). Como se vê, há aparentemente certa convergência entre Plantinga e Nagel. ALMEIDA, por sua vez, sustenta que o ensino do criacionismo "(...) pressupõe, desde o princípio, a imposição de uma concepção religiosa de mundo às crianças" (2008, p. 295), conclusão que o autor encontra em texto de 2006 de Dworkin (p. 291); a ciência, em contrapartida, não seria uma teoria abrangente e seu ensino faria parte da ideia rawlsiana de razão pública (pp. 287 e ss.; veja ainda p. 288, n. 207 para defesa de tese oposta às de Plantinga e de Nagel e, em geral, pp. 285 e ss.). A meu ver, em *Religion Without God*, por sua vez, para Dworkin o decisivo é o juízo interpretativo sobre o movimento por trás do criacionismo; o ponto, portanto, me parece ser mais de interpretação da política norte-americana do que sobre filosofia (foco dos argumentos de Nagel e de Plantinga; embora Almeida descreva diversos episódios da história norte-americana, o seu argumento me parece propriamente filosófico). Faço este comentário porque enxerguei paralelos entre a análise que faço e a de ALMEIDA, que, entretanto, serve para defender o ensino não confessional e criticar a ensino confessional nas escolas públicas (2008, esp. pp. 260 e ss.). O autor sustenta que o criacionismo é uma "questão constitucional implícita" ao ensino religioso nas escolas públicas (pp. 267 e ss.); minha análise, em contrapartida, emprega um argumento de Dworkin para esclarecer um problema que julgo existir na crítica ao ensino religioso confessional, ou seja, a conexão que enxergo não é jurídica necessariamente.

<sup>542</sup> Ponto salientado por Dworkin, como diz ALMEIDA (pp. 290-1, nota 212).

biologia. O Estado, ao fazê-lo, viola a independência ética. Daí Dworkin sugerir que, mesmo que possamos reconhecer que um ateu tem mais facilidade de endossar a biologia tradicional que um teísta, o design inteligente não deve ser incluído nas aulas de biologia.

A meu ver, este argumento é interessante e pode ser utilizado para avaliar os argumentos disponíveis no Brasil a respeito da interpretação do dispositivo constitucional que prevê o ensino religioso nas escolas públicas. Dworkin sustenta que a interpretação correta da tentativa de inserir o design inteligente nas aulas de biologia é de que se trata de tentativa de impor visão de ética. A coisa não diz respeito somente ao conteúdo supostamente científico do design inteligente, mas também ao significado ético da sua inclusão no currículo escolar. Coisa análoga ocorre com os esforços interpretativos da CF/88 que excluem da escola o ensino religioso confessional mesmo que facultativo e mesmo que dotado de mecanismos que não violam a liberdade de religião dos não-crentes. Não se trata de dizer exatamente que a interpretação científica do ensino religioso é uma agenda não-religiosa, mas que atendidas certas condições no oferecimento do ensino confessional, a única justificativa a favor da interpretação distinta do dispositivo constitucional assume posições éticas, e fazê-lo é vedado pela regra secular de justiça, que têm substância constitucional entre nós no art. 19, I da CF/88.

A pergunta, em suma, é a seguinte. Por que há um esforço de interpretar do ensino religioso de que fala a Constituição Federal como ensino não-confessional? A não ser que se ofereça razão convincente amparada em direito de alguém que seria violado pela interpretação do dispositivo em outros termos<sup>543</sup>, fica evidenciado que o esforço de retirar a religião da escola é um juízo ético sobre a adequação da religião na vida das crianças. Como vimos, Garnett sustenta de maneira bastante incisiva que o estado não pode agir com base na suposição de que é melhor para as crianças não terem religião. Na obra de Dworkin, entende-se por que ao estado é vedado fazê-lo: viola a independência ética, pois a única justificativa a esta ação é a de que a vida religiosa é menos adequada que a não-religiosa, proposição a partir da qual o estado não pode agir. Se, portanto, a explicação da proposta do ensino religioso não confessional passar por esse tipo de pressuposição, teremos uma razão de direito geral à independência ética para ler a Constituição de outra forma, assim como temos, seguindo o argumento de Dworkin, uma razão de independência ética para não admitir o ensino do design

---

<sup>543</sup> Veja LAYCOCK, 1986-7, pp. 46, 48-9.

inteligente nas aulas de biologia na rede pública de ensino. Naturalmente, há obstáculos a este argumento, talvez da própria independência ética. Mas teremos, no mínimo, uma razão, ainda que derrotável, para não ler "ensino religioso" como "ensino religioso não-confessional" ou "ensino religioso científico".

Este capítulo é dedicado ao enfrentamento desta questão, que em termos filosóficos se põe como proposta a respeito dos limites do ensino religioso nas escolas públicas frente ao secularismo e à liberdade de religião e, no direito brasileiro, se apresenta como interpretação de um dispositivo constitucional específico.

Cumpra observar ainda que este argumento é, ao meu ver, bastante próximo de um disponível na literatura norte-americana que enxerga em alguns casos hostilidade à religião na sua exclusão de ambientes ou benefícios públicos. Nussbaum, comentando decisão da Juíza O'Connor<sup>544</sup>, chega a esta conclusão. Excluir a religião de certo benefício ou ambiente, em alguns casos, não é uma maneira de evitar seu endosso, mas uma forma de hostilizá-la, o que também é um problema de estabelecimento<sup>545</sup>. A meu ver, devidamente compreendida, a norma que obriga ensino religioso facultativo nas escolas públicas oferece a possibilidade de relacionar o estado com a escola sem endosso nem hostilidade. É, portanto, opção preferível. (Em notas, cito ainda trechos, por exemplo, da manifestação da CNBB e do voto do Min. Alexandre de Moraes, que convergem em identificar problema similar na proposta da PGR).

Esta opção tem um obstáculo a enfrentar. De antemão se lhe coloca um problema oriundo da própria Constituição, que diz tanto que o estado não pode subvencionar nem estabelecer culto ou igreja, mas que diz que o ensino religioso deve ser oferecido em alguns casos na escola pública. Como compreender estas normas, que aparentemente têm conflito entre si? Os EUA têm problema semelhante. Koppelman chamou de "dilema" o problema teórico causado pela Primeira Emenda à Constituição dos EUA, que assegura a liberdade de

---

<sup>544</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 296; veja ainda pp. 244, 281, 295, 296, 326 (mas veja p. 230, sustentando que a proibição, por exemplo, da prece como ocorria nas escolas tem origem em preocupação igualitária, e não em desrespeito à religião).

<sup>545</sup> A meu ver, seguem caminho semelhante GARNETT (2000-1, 2001a) e VOLOKH (1999, pp. 368-70); compare com SPINNER-HALEV (2000, pp. 87 e ss., 2004, p. 161 e ss.). Veja ainda críticas ao Juiz Stevens em LAYCOCK (2010, p. 23) e em NUSSBAUM (2008, pp. 294-5). Veja, em sentido talvez diferente, SCHWARTZMAN, 2012, p. 1423. Entre nós, o voto de MORAES (2017, 12, 13-4, citando Themistocles Cavalcanti, e pp. 21-2); veja ainda trecho da CNBB (2017), citado em nota caima e LOBO DA SILVA (2015, p. 282, n. 41, comentando Jónatas Machado).

exercício da religião e (mas?) lei que diga respeito ao seu estabelecimento<sup>546</sup>. Entre nós, esta questão parece ainda mais delicada, pois regras que nos EUA se entendem decorrentes do não-estabelecimento, como a vedação do ensino religioso nas escolas públicas, são rejeitadas pela CF/88, que obriga tal ensino, apesar de o não-estabelecimento também ser mandamento constitucional entre nós.<sup>547</sup>

Há pelo menos duas formas de entender estas questões. A primeira busca encontrar interpretação de secularismo que mostre serem harmônicas medidas aparentemente contraditórias entre si, como proibir o Estado simultaneamente de subvencionar religião e de cobrar impostos de cultos. É possível identificar outra que trata as questões desta natureza de maneira a entendê-las como internamente desconectadas, como se todo tipo de influência e relação entre estado e religião fosse exceção à natureza secular com que se quer construir a política<sup>548</sup>. Assim, de um lado teríamos o mandamento de secularização da política e, de outro, série de exceções, como as mencionadas imunidade tributária e possibilidade de ensino religioso facultativo nas escolas. Assim lida, a Constituição não consagraria coerentemente uma posição sobre o secularismo. Em vez disso, consagraria valor que ela mesmo trata de excepcionar. Esta seria uma realidade política com que juristas e cidadãos teriam que se conformar porque foi assim que o constituinte fez a Constituição.<sup>549</sup>

---

<sup>546</sup> Ele diz: "It is not logically possible for the government both to be neutral between religion and non religion and to give religion special treatment. Some justices and many commentators have therefore regarded the First Amendment as in tension with itself. Call this *the free exercise/establishment dilemma*", KOPPELMAN, 2013, p. 6, itálicos no original; veja ainda pp. 7, 38, 49-50, 70-1, 87, 95, 106-7, 131, 154 etc. De Dworkin, veja *Religion Without God*, "Even when we restrict religion to theism—but particularly when we do not—the right to religious freedom, as traditionally conceived, often seems self-contradictory. The right requires government, in principle, to exempt people from general regulations that prevent the exercise of their own faith. The right also charges government not to discriminate in favor of any religion over others. But an exemption for one faith from a constraint imposed on people of other faiths discriminates against those other faiths on religious grounds. American constitutional lawyers are well aware of this conflict. There are two "religion" clauses in the First Amendment: one prohibits government from infringing the "free exercise" of religion; the other prohibits it from "establishing" a religion—that is, giving a religion special official recognition or protection. The lawyers say that the first of these clauses often conflicts with the second.", pp. 124-5. Veja LAYCOCK (2010, pp. 3, 84).

<sup>547</sup> Veja PINHEIRO, 2009, p. 288. Esta questão surgiu com frequência nas manifestações judiciais na ADI sobre ensino religioso nas escolas públicas. Ver, por exemplo, PGR (2010, item 7), SAJ (2010 in AGU 2010a, item 5), CNBB (2017, pp. 3,4, 18, citando MONTEIRO, 1997), SENADO FEDERAL (2010, pp. 2-3), AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, p. 13), XI-DH (2016, pp. 6, 13, 29, 48), BARROSSO (2017, ementa, n. 3, p. 2, pp. 14, 17-8, 22), LEWANDOWSKI (2017, p. 1); veja ainda FERRAZ (2008) e MONTEIRO (1997, item 5.2.), discutidos abaixo neste capítulo - veja para referências mais detalhadas.

<sup>548</sup> Veja, por exemplo, MONTEIRO (1997) e FERRAZ (2008).

<sup>549</sup> Tema aparece nas discussões em torno do ensino religioso, em que por vezes têm-se percepção de que a Constituição deveria ser diferente, mas que evidentemente deve ser interpretada como existe (por exemplo, FERRAZ, 2008, p. 72, pp. 72-3, citando Pontes de Miranda; veja ainda PINHEIRO, 2017).



É preciso admitir que esse tipo de interpretação é efetivamente convidada pela aparente contradição dos dispositivos da Constituição<sup>550</sup>. Mas, a meu ver, esta visão atrai alguns questionamentos. Em primeiro lugar, oferece leitura da Constituição como um corpo normativo não-íntegro, o que significa que viola a igualdade ao admitir tratamento diferente para casos que deveriam ser tratados com base em uma interpretação de certo ideal (no caso, de secularismo e de liberdade de religião)<sup>551</sup>. Este é o primeiro defeito desta opção. Em segundo lugar, a afirmação de que a Constituição consagra um ideal de secularismo que ela mesma viola ou excepciona evidentemente assume uma interpretação do ideal e o atribui à Constituição Federal, e este ideal, naturalmente, precisa ser justificado por argumento independente da mera constatação de contradição.<sup>552</sup> É efetivamente contraditório impedir que o Estado subvencione religiões e, ao mesmo tempo, dar-lhes certo reconhecimento (no exemplo citado pelo Miniuci no artigo mencionado em nota, dar efeitos civis ao casamento religioso)?

Esta tese visa a oferecer subsídios à interpretação dos dispositivos da Constituição Federal a respeito do secularismo e da liberdade de religião. Meus esforços refletem os pontos mencionados acima ao buscar respostas a perguntas interpretativas como "que tipo de valor é promovido ao proibirmos o direito de envolver-se em disputas teológicas?" Que tipo de justificativa (ao menos) consistente com (se é que não decorrente d) a igualdade pode ser oferecida à não aplicação de leis ordinárias a grupos ou indivíduos religiosos? O direito brasileiro estabelece que deve haver ensino religioso em escolas públicas mas veda ao governo subvenção ou estabelecimento de religiões<sup>553</sup>. Parece que há um problema na adoção simultânea desses dispositivos<sup>554</sup>, pois parece bastante plausível sustentar que permitir o

---

<sup>550</sup> A meu ver, interpretação pelo menos convergente com esse segundo modo de enxergar a questão do secularismo na CF/88 foi oferecida por Geraldo Miniuci: por ocasião da Páscoa de 2014, o autor pôs-se a discutir a semana santa e a laicidade do Estado (MINIUCI, 2014). Se bem me lembro, cheguei a este artigo por divulgação feita por Rafael Mafei em rede social. Miniuci menciona diversos temas que mencionei acima e que cito abaixo; este breve artigo do autor foi de fato um catalisador da pesquisa que culminou nesta tese. Acredito que esta visão esteja por trás de parte significativa da doutrina brasileira, mesmo aquela que admite o ensino religioso confessional nas escolas públicas (veja, por exemplo, FERRAZ, 2008). Discuto o tema abaixo neste capítulo.

<sup>551</sup> Sobre integridade, veja WALDRON (1997, esp. p. 7).

<sup>552</sup> EISGRUBER & SAGER, inspirados pela distinção de Dworkin entre ceticismo interno e externo, dizem que a conclusão de que o direito norte-americano é contraditório não pode ser rejeição da busca por coerência, mas a conclusão da impossibilidade comprovada de a obter (2007, p. 76, n. 38, na p. 296).

<sup>553</sup> Constituição Federal de 1988, § 1º do Art. 210 e Art. 19, I.

<sup>554</sup> Geraldo MINIUCI (2014).

ingresso da religião nas escolas públicas seja uma espécie de incentivo à difusão da fé corretamente caracterizado como subvenção. Como resolvê-lo, isto é, como interpretar um corpo normativo construído a partir de propósitos aparentemente conflitantes entre si? Dadas as premissas metodológicas mencionadas acima, acredito que um caminho se inicie pelo estudo da literatura que tenha enfrentado problemas semelhantes a partir da percepção da natureza substantiva das liberdades civis. Esta literatura compreende como potencialmente coerentes as normas que, de diferentes formas, no Brasil e nos EUA aparentemente colocam o intérprete da constituição numa posição difícil. Mais concretamente, a chave para sair desta posição ao interpretar a CF/88 é a compreensão do que significa secularismo. Acredito que nem todo ensino religioso possa ser considerado compromisso do estado com verdade ou doutrina religiosa ou incentivo indevido à religião. Se este for o caso, o tipo de ensino religioso que não gera tal compromisso pode servir de interpretação da norma constitucional que o obriga sem que haja aí contradição com a vedação da subvenção às religiões ou ao seu estabelecimento. Até aqui, veremos, a doutrina constitucional brasileira pode ser seguida. O crucial, ademais, é entender que um modelo de não-estabelecimento, ou de secularismo, precisa instruir a interpretação do ensino religioso constitucional nas escolas públicas.

A esta tarefa dedico-me nas próximas seções. Na próxima, apresento a ideia fundamental de que o tema do incentivo estatal à atividade religiosa é de igualdade, como sustentam Nussbaum e Volokh. É nestes termos que deve ser compreendida a regra secular de atuação do estado e a sua expressão jurídica, que é a vedação do estabelecimento de religião. Na terceira seção, ofereço um critério de compreensão do ensino confessional nas escolas públicas que não incorre em estabelecimento de religião. Para tanto, valho-me de reflexões de Douglas Laycock e de Martha Nussbaum acerca do significado de endosso da religião pelo Estado, bem como da literatura brasileira que prevaleceu no julgamento da ADI 4439, notadamente a mencionada pela Ação Educativa & Outros. Na quarta seção deste capítulo, analiso alguns outros aspectos das manifestações disponíveis no julgamento das ações a respeito do ensino religioso nas escolas públicas.

## Seção 2. A igualdade na escola pública.

Para alguns, aparentemente, todo ensino confessional em escola pública é considerado estabelecimento. Quanto ao modelo de secularismo defendido por Dworkin, o autor diz o seguinte:

"Numa sociedade secular tolerante (...) [S]eria visto como errado em princípio tornar qualquer instituição estatal como uma escola pública uma via de exercício de qualquer religião. É claro que um estado secular tolerante permitiria o ensino sobre religião nas escolas públicas; nenhuma educação liberal seria satisfatória sem instrução a respeito das doutrinas e das diferenças entre as principais tradições religiosas, a história das divisões religiosas e sobre as controvérsias contemporâneas sobre qual papel a religião deve exercer na vida pública. Mas uma sociedade secular tolerante não pode permitir que suas instituições sejam utilizadas para praticar, em oposição a estudar, religião"<sup>555</sup>

O argumento não é suficientemente elaborado (não diz o que significa ser "via" de "exercício" de religião, por exemplo) mas estabelece uma relação importante entre secularismo e uso de bem público (no caso, uma escola) para exercício de religião. Para Dworkin, a escola não pode ser empregada para praticar religião.

Gostaria de sustentar, em contraste, que só há violação de algum direito ou regra que justifique enxergar ameaça ao secularismo no exercício de religião em escola pública em certas formas de realização de ensino religioso: de forma obrigatória, por exemplo. Esta é a tese a ser explorada e defendida neste capítulo. Utilizarei literatura estrangeira e nacional para este propósito.

O primeiro ponto a observar é o seguinte. A ideia de que recursos públicos não podem ser utilizados para prática de fé é equivocada, não examente porque a própria Constituição Federal financia indiretamente as religiões (coisa que ela faz ao imunizar cultos de tributos, embora talvez não devesse) mas porque, se adotada esta tese, teríamos de proibir atos religiosos salvo em propriedade privada.<sup>556</sup> Afinal, qual a diferença entre praticar um ato religioso numa escola, prédio público, e numa rua, também bem público?<sup>557</sup> Talvez distinção possa ser construída entre escola e rua, mas a diferença deverá ser substantiva, e não puramente dogmática (baseada, por exemplo, nas diferentes categorias de bens públicos a que são subsumidas escola e rua). Acredito, entretanto, que não haja diferença substantiva, isto é, que não há razão para afastar o exercício da fé das escolas públicas, assim como não há para

---

<sup>555</sup> DWORKIN, 2008, pp. 59-60, traduzi.

<sup>556</sup> Veja LAYCOCK, 1986-7 e EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 6-7, etc. sobre separação entre religião e estado (veja citação abaixo); veja ainda VOLOKH (1999).

<sup>557</sup> LAYCOCK, 1986, esp. p. 9 e ss.. Veja discussão abaixo.

afastá-lo das ruas. Observe ainda que não será qualquer tipo de ensino que será compatível com o secularismo - o de frequência obrigatória, ou de somente certos tipos de religião, ou de religião num sentido muito estrito - certamente seriam violadores da regra secular de justiça. Veremos abaixo critérios disponíveis na literatura estrangeira e na literatura nacional que condicionam o ensino religioso nas escolas. Por fim, não pode ser ignorado que uma das justificativas do secularismo são os prejuízos à religião provocados pela interferência que sofre do Estado<sup>558</sup>, e não somente o contrário, o que poderá ser colocado em risco a depender do tipo de ensino religioso que se admita.

Mencionei acima tema relevante no direito constitucional brasileiro, a saber, o significado e a compatibilidade com a regra de não estabelecimento da previsão constitucional do ensino religioso facultativo no ensino público fundamental (§ 1º do art. 210). Como entender este dispositivo frente à vedação de subvenção a cultos e igrejas (art. 19, I), e frente aos padrões seculares de atuação do estado quanto à religião, que o impedem de declarar verdade religiosa, de discriminar contra ou a favor de religião?<sup>559</sup> Ou, na perspectiva desta tese, o que exige o secularismo como uma interpretação da igualdade aplicada à relação entre estado e religião quanto à possibilidade de ocorrência de ensino religioso nas escolas?

A visão a ser defendida nesta tese é que a igualdade exige o ensino religioso nas escolas públicas no sentido de que as escolas públicas admitam o ensino religioso, mas não que elas mesmas ofereçam o ensino a exemplo do que fazem com as demais disciplinas do currículo tradicional de ensino. Esta é, veremos, a maneira pela qual parte do direito constitucional brasileiro interpreta a permissão constitucional do ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, que remonta a período anterior à CF/88. Ademais, o dispositivo constitucional, a meu ver, consagra regra que não só é compatível com o secularismo e com a liberdade de religião, mas que é exigido por eles. O porquê disso se compreende na resposta a uma pergunta fundamental, a saber: qual a relação adequada entre escola pública e a sociedade?

Uma resposta separa rigidamente, de um lado, sistema educacional mantido por funcionários públicos a partir de regras definidas pelo Estado, da dinâmica social, que pode incluir manifestações religiosas. Este modelo é constitucionalmente questionável porque

---

<sup>558</sup> KOPPELMAN, 2013b, esp. p. 7 e cap. 2; FINNIS (2011, cap.4), GEORGE, 1993, p. 226 e MINIUCI (2014). Veja ainda BERG (2009, pp. 2 e ss.) e VOLOKH (1999, p. 363 e ss.).

<sup>559</sup> Veja referências acima a trabalhos brasileiros.

*submete* os indivíduos e grupos a um sistema educacional. Temos aqui imposição de ortodoxia de que falam Eisgruber e Sager<sup>560</sup>, ou de violação das liberdades às associações expressivas e de interferência do estado na sociedade de que fala Garnett<sup>561</sup>. Menciono este modelo não para sugeri-lo, tampouco para dizer que é difundido ou defendido comumente. O faço somente para sustentar que seus evidentes defeitos são indicativos de que a relação crucial a ser construída entre a escola e a sociedade é de construção democrática. A pergunta é a seguinte: como então construir um modelo aceitável do ponto de vista da liberdade humana e da independência ética?

A sugestão da tese é de visão que integra o sistema educacional à sociedade civil<sup>562</sup>. Naturalmente, há inúmeras interpretações possíveis deste modelo e não é objeto desta tese esmiuçar uma visão específica e abrangente do tema. Para compreendermos o significado secular da norma constitucional que prevê o ensino religioso facultativo no ensino fundamental público bastam algumas considerações mais modestas. Em especial, a igualdade deve ser o ponto crucial. A interpretação aceitável necessariamente precisa decorrer da igualdade e não pode ser discriminatória das religiões. Isso significa que a religião deve ser aceita na escola assim como outras práticas sociais o são. Podemos aqui utilizar as estratégias de Eisgruber e Sager de identificação de discriminação: se uma manifestação social não-religiosa é aceita na escola, a religiosa não pode ser rejeitada. Devemos especificamente evitar a discriminação que Garnett identifica em *Good News Club v. Milford Central School*<sup>563</sup>, em que uma escola permitiu o uso de sua estrutura por grupos sociais *seculares* somente.

Duas razões devem ser sublinhadas em defesa do modelo secular que permite à sociedade, inclusive aos seus setores religiosos, participação na construção da escola pública. Em primeiro lugar, o exercício da liberdade de religião nas escolas não é excepcional se

---

<sup>560</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, 191-2, comentando lei proibitiva do ensino da teoria da evolução como um problema de imposição de ortodoxia pelo estado (veja ainda pp. 194, 195, 281 e 2008-9, pp. 826 e ss.). Mesma expressão de GARNETT, 2012a, p. 224; veja KOPPELMAN (2013b, p. 59) e MCCONNELL (2000-1, pp. 27-8, 42 e ss.). Veja argumento de DWORKIN (2013, cap. 3) discutido acima e NUSSBAUM (2008, pp. 3,4, 23, 26, 37-8 etc.). Entre nós, veja DE MELLO (2017, pp. 9-10).

<sup>561</sup> GARNETT, 2000-1, 2006, entre outros (ver cap. 1). Compare com a visão oferecida por ALMEIDA (2008, pp. 240 e ss.), interessante mas incompatível com a defendida aqui, mas nem por isso idêntica à extrema que rejeito, embora tenha equívocos convergentes. O trabalho de Almeida é bastante instigante, mas análise detida dos argumentos e propostas que oferece ficará para outra ocasião.

<sup>562</sup> Compare com a manifestação da AGU (2010b, p. 13).

<sup>563</sup> GARNETT, 2008, pp. 111 e ss. e 2012a, pp. 208 e ss.. Cumpre salientar que o caso, entretanto, diz respeito ao uso excepcional dos bens da escola, e não ao conteúdo do ensino.

comparado ao exercício das demais liberdades<sup>564</sup>. Afinal, estudantes podem expressar-se politicamente na escola: podem, em outras palavras, exercer liberdade de expressão e todas as demais liberdades, incluída a de religião.<sup>565</sup> Pode-se acrescentar: manifestação religiosa é tolerável na rua; por que não na escola?<sup>566</sup> Naturalmente, há aqui uma diferença institucional relevante, a saber, que a rua serve à liberdade de todos, e a escola, à dos estudantes<sup>567</sup>. Este ponto, entretanto, não afasta a natureza igualitária dos direitos de acesso ao bem, seja ele qual for, e não descaracteriza a discriminação de afastar especificamente a religião da escola. (Neste ponto, na próxima seção, adotarei a análise de Laycock de que o endosso é definido pelo autor do discurso, e não pelo local em que ocorre.)

Estes argumentos, entretanto, não captam a especificidade da religião defendida anteriormente. A meu ver, a religião não é um elemento a mais da sociedade e da vida dos sujeitos que pode ser levado às escolas. Daí uma segunda razão. A religião, como compreendida acima, diz respeito à busca pelas respostas das questões mais importantes a respeito da realidade do universo, e isso impacta o enfrentamento dos temas que dizem respeito ao sentido da existência e ao que é bom fazer com nossas vidas. A Constituição Federal, ao obrigar o ensino religioso facultativo, manifesta a perspectiva de que este é um elemento importante à formação do estudante<sup>568</sup>, porque tanto sua ausência quanto sua presença impactam, para usar categoria da filosofia de Dworkin, a autenticidade da formação religiosa do estudante. Se ele ocorrerá ou não, portanto, deve passar por participação dos sujeitos relevantes - no caso, por envolvimento dos alunos, pais e mães. O interesse do Estado não reside num ou noutro resultado de formação religiosa ou não religiosa do estudante, mas numa formação não-corrompida<sup>569</sup>, seja ela qual for. A regra constitucional, se bem interpretada, é adequada a este propósito, pois torna o ensino religioso, num sentido interpretativo e abrangente da ideia, uma função das visões dos sujeitos participantes da

---

<sup>564</sup> VOLOKH, 1999, p. 366. Veja ainda EISGRUBER & SAGER, 2007, esp, pp. 164 e ss., RUSSO (2015); entre nós, veja FERRAZ (2008), MONTEIRO (1997), LOBO DA SILVA (2015), DE MORAES (2017) entre outros.

<sup>565</sup> EISGRUBER E SAGER, 2007, pp. 164 e 167. MACLURE & TAYLOR, 2013, p. 39. LAYCOCK, 1986-7, esp. pp. 50 e ss..

<sup>566</sup> LAYCOCK, 1986-7.

<sup>567</sup> LAYCOCK, 1986-7.

<sup>568</sup> PINHEIRO, 2017, crítica, com razão, a ideia de que a religião deve fazer parte da educação. Não vejo contradição entre o que sustento aqui e o que a autora sustenta, afinal, defendi no capítulo 1 versão expandida de religião. Com efeito, o trabalho da autora é petição na ADI em defesa dos direitos de ateus (ATEA).

<sup>569</sup> VER LAYCOCK, 2010, pp. 13-4.

educação (sobretudo estudantes e pais). Qualquer alternativa - de ensino religioso obrigatório ou de ensino religioso proibido - é inadequada ao objetivo igualitário da vida livre<sup>570</sup>.

Além de argumento geral sobre a relação entre estado, educação e sociedade a partir do secularismo e da liberdade de religião, é importante oferecer elementos concretos de análise do que caracteriza ensino religioso constitucional no Brasil. Crucial será o que a análise do que autores norte-americanos chamam de regra da *private choice*, pelo qual um programa ou instituição estatal somente financia ou beneficia a religião sem endosso de verdade religiosa se houver uma intermediação de ato privado do cidadão. Martha Nussbaum em especial emprega esta conclusão na sua análise da jurisprudência norte-americana a respeito da regra de não-estabelecimento. Este ponto é decisivo também para a interpretação que Laycock faz da lei de acesso igualitário às escolas públicas. Grupos religiosos podem acessar a escola sem que isso caracterize estabelecimento de religião. Cumpre reconhecer que a regra não é compreendida pelo autor como aplicada ao ensino religioso. Este ponto é importante. A literatura jurídica norte-americana, no mínimo de maneira predominante, e Laycock inclusive, não admite ensino religioso nas escolas públicas (em contraste com a opção feita por sistemas jurídicos europeus<sup>571</sup>). Por razões que ofereço abaixo, acredito que isto não afeta o argumento deste capítulo.

Por enquanto, gostaria de salientar a natureza igualitária do tema em análise. Diversas razões igualitárias podem ser oferecidas em defesa da proibição ao Estado de patrocinar (financeiramente ou não) uma ação religiosa. Em primeiro lugar, há um risco de corrupção da religião neste processo<sup>572</sup>. Em segundo lugar, o significado do patrocínio pode ser de endosso da questão teológica por trás da manifestação ou da fé representada na ação<sup>573</sup>. Autores como Eisgruber e Sager e Nussbaum apontam para um saliente problema de desigualdade social, aqui compreendida como a imposição de hierarquias sociais consistentes

---

<sup>570</sup> Veja trecho Themistocles Brandão Cavalcanti citado por DE MORAES (2017, p. 14), e que transcreveo em nota abaixo.

<sup>571</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 135-6 e, por exemplo, OLIVA (2008). Veja ainda GARNETT (2001a, pp. 1866-75, e p. 1869, n. 141, esp. 1866-1871 (pp. 1871 ss. sobre o significado de "doutrinação"), 2000-1, p. 114, 138.

<sup>572</sup> KOPPELMAN (2013b, cap. 2 e pp. 2, 3, 6, 150, 168, 172, 2012, p. 82, 2014a, 1246) e NUSSBAUM (2008, 12, 2113-4, 38 e p. 95, expondo argumento que John Madison extrai de Adam Smith). Em NUSSBAUM (pp. 96-7), há ainda menção ao argumento de Madison de que o estabelecimento prejudica a paz social. Veja ainda LAYCOCK (1981, p. 1391-2 e 2010, p. 67), MCCONNELL (2010, pp. 947 e ss.), BERG (2009) e HORWITZ (2013a, p. 35, pp. 73, n. 369, pp. 79 e ss.). Entre nós, veja o voto de Celso de Mello na ADI 4439 (DE MELLO, p. 20, citando João Camillo de Oliveira Tôrres e pp. 25-26).

<sup>573</sup> Veja KOPPELMAN (2013b).

em separação de um grupo que conta com endosso do estado de outro que é desprovido dele ou na desvalorização (*disparagement*) provocada pelo patrocínio.<sup>574</sup>

Esta preocupação igualitária é fundamental, embora seu componente social, isto é, os efeitos de hierarquização entre grupos provocados pela atuação do estado, não seja a única maneira pela qual a igualdade interage nas relações entre estado e religião. (Com efeito, a obra de Nussbaum é exemplar na compreensão destas diferentes relações, como sustentei no capítulo anterior). Eugene Volokh chama a atenção a um ponto importante ao interpretar igualitariamente a regra que veda o estabelecimento da religião no direito norte-americano. Segundo o autor, o Estado não pode preferir ou endossar uma ou mais religiões, mas tampouco pode hostilizá-la, pois privilegiar a não religião frente à religião é uma forma de violar a igualdade. O autor diz o seguinte a respeito do tema.

"Sob o teste do endosso, o governo não pode expressar endosso ou *desaprovação* à religião. Em casos anteriores, o tribunal salientou que o governo não deve mostrar favoritismo ou *hostilidade* à religião. Estes enunciados foram em geral em *dicta*, mas o tribunal os repetiu com tanta frequência que devemos assumir que os levou a sério (a não ser que concluamos que simplesmente repetia a linguagem da isonomia (*evenhandedness*) para mais bem vender suas decisões impopulares). E se dar benefícios especiais à religião é favoritismo, avanço, ou endosso, então discriminar contra a religião é hostilidade, inibição e desaprovação.

"Por fim, o tribunal com frequência disse que a discriminação religiosa viola a Cláusula da Igual Proteção, embora tenha em geral dito isso a respeito da discriminação entre grupos (*sects*) religiosos, este princípio deve pelo menos presumivelmente aplicar-se à discriminação entre povos e instituições religiosas e não-religiosas".<sup>575</sup>

---

<sup>574</sup> NUSSBAUM (2008, 92-3, comentando trecho de John Madison segundo o qual o estabelecimento de religião viola a igualdade ao promover hierarquias, e 225-6). Veja EISGRUBER E SAGER (2007, cap. 4, esp. pp. 124 e ss.), defendendo que características da religião *nos EUA* (abrangência das crenças, fato de que distingue membros de não-membros de maneira marcante, presença de rituais que especificam essa inclusão ou exclusão e a importância de fazer parte ou não do grupo) fazem com que o endosso do governo a uma ação religiosas aliene cidadãos não-religiosos ou de outras religiões, enquanto endosso a questões não religiosas não o faça (o exemplo dos autores é uma cidade que instale um anúncio em que se descreve como uma "Comunidade livre de atividades nucleares"). Veja ainda pp. 185-6, 191-2, 193-4 e 2006-7, pp. 1280 e ss.. Veja comentário em nota ao cap. 2 contrastando NUSSBAUM a EISGRUBER & SAGER; sobre EISGRUBER & SAGER, veja BERG (2006-7, pp. 1209-10) e FINNIS (2011, pp. 29-31). Veja ainda PGR (2010) e UERJ-Direitos (2016), com opiniões que passam por trabalho de Nussbaum e elaboram estes efeitos do estabelecimento.

<sup>575</sup> VOLOKH, 1999, p. 370, *itálicos no original*, notas omitidas, não traduzi uma palavra (*dicta*) e mantive entre parêntesis uma outra. Veja ainda LAYCOCK (2010, p. 317), NUSSBAUM (2008, p. 234), MACLURE & TAYLOR (2011, pp. 29 e ss.), GREENAWALT (2016, p. 40-1) e LABORDE (2014a, pp. 57, pp. 58-9 (comentando EISGRUBER & SAGER), 60 e ss., 71 e ss.. GARNETT (2007c) aproxima VOLOKH a EISGRUBER & SAGER (2007). Veja ainda HORWITZ (2008, pp. 127 e ss.).



A conclusão de Volokh é a seguinte: distribuição igualitária de financiamento não viola a cláusula de não-estabelecimento<sup>576</sup>. Se outras organizações, religiosas ou não, também tiverem acesso a benefícios, negá-lo a instituições religiosas viola a igualdade. Acredito que esta noção seja aplicável ao ensino religioso nas escolas<sup>577</sup>. A regra constitucional brasileira, a depender de como for interpretada, simplesmente consagra a igualdade ao admitir a religião na escola. Ela é, nestes termos, harmônica com o restante da Constituição. Se a religião não for *forçada* à escola, mas nela admitida, o ensino confessional apresenta-se como promoção, e não violação da igualdade e do regime secular.

Na próxima seção, ofereço, a partir das análises de Martha Nussbaum, Douglas Laycock e outros, interpretação do que significam estabelecimento e ensino religioso confessional. Exponho também critérios de definição do ensino religioso disponíveis na literatura brasileira. Quanto ao estabelecimento, a ideia fundamental é apresentada pela ideia de endosso, tipo de ação vedada ao estado. Nussbaum e Volokh apresentam interpretações igualitárias do que (juntos de outros) chamam de "endorsement test"<sup>578</sup>. A meu ver, esta opção é correta por ser capaz de produzir regras mais atraentes e menos discriminatórias a respeito da relação entre religião e estado. Mas quando o estado endossa a religião?

---

<sup>576</sup> "I believe that government preferences for religion, whether in the form of special benefits going to one religion or to all religions, or government speech endorsing one religion or all religions, are generally unconstitutional. But equal treatment of religious and nonreligious people and institutions is perfectly fine, and such equal treatment maintains the separation of church and state by keeping the government scrupulously separate from people's decisions about religion", VOLOKH, 1999, p. 345 (ver ainda p. 347). Entre nós, veja LOBO DA SILVA (2015, 289 e ss., esp. trecho citado em nota abaixo).

<sup>577</sup> VOLOKH (1999) faz a seguinte sugestão sobre o tema: "As mentioned above, I oppose preference for religion as much as I do discrimination against religion. The government may neither give special preferences to religious schools nor teach a religion itself by adopting a religious curriculum or school prayers, because that *would* be governmental discrimination in favor of religion generally or even some religions in particular(8)", p. 346, itálico no original. (8) marca a posição da nota 8, que tem a seguinte redação: "I recognize that this sometimes puts the government in a bind: The government can't teach religion in its schools, since that would be discrimination in favor of religion (and probably in favor of one religion or one set of religions); and it can't completely exclude religion from its schools, since that would be discrimination against religion." O autor então parece endossar algo como o modelo científico de ensino de religião. Por razões que ofereço abaixo, acredito que as sugestões de VOLOKH levam à admissão de uma espécie de ensino confessional nas escolas públicas.

<sup>578</sup> A autora fala em "equality-based endorsement test", NUSSBAUM, 2008, p. 251. Veja crítica de LUPU & TUTTLE (2006-7, pp. 1252 e ss.) a este teste na jurisprudência norte-americana.

### Seção 3. Um Critério.

#### *Subseção 3.1. Acesso igualitário e ensino da religião*

O argumento mais saliente contra a interpretação de ensino religioso defendida nesta tese é de que ela sugere estabelecimento de culto, coisa que a Constituição Federal (assim como a dos EUA, em redação diferente) proíbe. Duas questões são portanto relevantes a este capítulo. Em primeiro lugar, o que significa estabelecimento? Quando o estado endossa a religião e, ao fazê-lo, a estabelece? A resposta que gostaria de oferecer será apresentada abaixo e subsidiará o enfrentamento da segunda pergunta: O que é ensino religioso confessional compatível com o secularismo? O resultado desta seção consiste então num modelo de ensino religioso confessional que não caracteriza estabelecimento de religião e que, ademais, promove a independência ética e os direitos especiais à liberdade de religião. Este modelo não é uma inovação no direito brasileiro pois, como veremos, tem sido oferecido por diferentes autores, bem como tem sido consagrado pelo legislador.

Começemos pela primeira pergunta. Quando o estado endossa a religião? Num exemplo extremo mas bastante comum na literatura norte-americana, imaginemos que uma Igreja tenha um incêndio e que o ministro ligue aos bombeiros.<sup>579</sup> Obviamente, o socorro não deve ser negado a qualquer pretexto, inclusive o de manter separação entre estado e igreja ou de não promover patrocínio de atividade religiosa<sup>580</sup>. O que a permissibilidade deste tipo de socorro sugere a quem emprega o exemplo na tradição norte-americana é que algumas espécies de apoio estatal à religião são obrigatórias<sup>581</sup>. Como dizem EISGRUBER & SAGER sobre a igreja e o governo nos EUA em afirmação de generalização segura a demais países, inclusive ao Brasil:

---

<sup>579</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 11, 221, 231, e, em especial, p. 284, para citação de citação decisão do Justice Black no caso *Everson v. Board of Education*, em que se discutia a permissibilidade de financiamento estatal de transporte a escolas privadas, religiosas ou não. Esta opinião é comentada pelo mesmo propósito e também com referência ao exemplo do incêndio, em EISGRUBER E SAGER, 2007, pp. 30-1: "(...) it was perfectly clear that not all government benefits to religious projects were unconstitutional; after all, no one thought that making police and fire department services available to churches was unconstitutional" (veja ainda pp. 26 e ss., 199 e resenha que de GREENAWALT (2006-7) sobre livro de EISGRUBER & SAGER (2007)). Veja PINHEIRO, 2009, p. 284 e BAGNI, 1979, p. 1547, n. 172. Veja ainda LAYCOCK (1986-7, p. 25, 2010, p. 17), LUPU & TUTTLE (2006-7, pp. 1247-8) e KOPPELMAN (2013b, p. 75, com notas a Eisgruber e Sager e a Greenawalt) e a crítica de BERG (2009, esp. p. 344) ao que chama de "no-money-flow argument". Entre nós, veja PINHEIRO (2017, item II) para citação do caso *Everson*.

<sup>580</sup> Daí crítica de EISGRUBER & SAGER à regra do "no aid" (2007, cap. 2, esp. pp. 30 e ss.).

<sup>581</sup> Veja notas acima e notas abaixo.

"A igreja e o estado não são separados nos Estados Unidos, e não é possível que sejam separados. A questão não é *se* ao estado deve-se permitir afetar a religião ou à religião ser permitido afetar o estado; a questão é *como* devem-se permitir-lhes afetar um ao outro. A metáfora da separação não traz nenhuma ajuda para enfrentar as numerosas controvérsias contemporâneas que se situam sob esta questão."<sup>582</sup>

Quando então o estado pode afetar a religião? Especificamente, quando pode beneficiar uma religião sem estabelecer seu culto? Os critérios empregados como condições de permissão costumam passar por generalidade da concessão do benefício<sup>583</sup>, intermediação por escolha privada e disponibilidade de opção secular<sup>584</sup> por parte de terceiros, de modo que o incentivo estatal não obrigue não-fiel a submeter-se a serviço prestado em contexto religioso.<sup>585</sup> O argumento aqui é que, preenchidos estes requisitos, não há endosso

---

<sup>582</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 6-7, traduzi, itálico no original; veja ainda pp. 22 e ss., 23, 200, 202. Contraste com as manifestações na ADI 4439, discutida abaixo. Veja comentários a EISGRUBER & SAGER por LABORDE (2013, p. 79) e LAYCOCK (1981, p. 1359). Veja ainda MCCONNELL (2000-1, pp. 18 e ss., 21 e 2010, pp. 948 e ss.) e SEFERJAN (2017, p. 124).

<sup>583</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 296.

<sup>584</sup> Ver KOPPELMAN (2013b, pp. 100-1, 109, 114, 116-7). Veja a seguinte passagem: "The Court has specifically approved 'private choice' programs, such as school vouchers, in which aid is given to individuals who can then choose the institution, secular or religious, where they will use it. Proponents of 'private choice' argue that it is improperly discriminatory to deny support for services that have secular value just because they are also religious. Justice Thomas, Scalia, and Kennedy have argued that, so long as the criterion for funding is religion-neutral, a program should be immune from constitutional challenge. Justice O'Connor was not satisfied with this, and insisted that a program also provide genuine nonreligious options. She also thought that aid provided directly by government to religious entities may not be used for religious indoctrination, and that government must monitor the aid to make sure that it is not diverted to such uses. But she has retired from the Court" (2013b, p. 109). Para opção secular, veja ainda pp. 110 e ss.; sobre O'Connor, veja também pp. 87 e ss., 105 e ss. Sobre "indoctrination", veja LUPU & TUTTLE (2006-7, pp. 1262-3). Veja ainda EBERLE (2006-7, pp. 109, 114 e 120).

<sup>585</sup> EISGRUBER & SAGER, 2007, sobre a tese que defendem (chamada de *igual liberdade*):

"Equal liberty evaluates government support for religious activities and institutions against this critical background of individual choice. From the vantage of Equal Liberty, what generates special constitutional solicitude for religion is the vulnerability of conscience to discrimination and mistreatment. Equal liberty permits government to offer resources to citizens that they can spend for religious as well as nonreligious purposes. Equal liberty also permit government to channel resources to citizens through religious provider of aid or services. What Equal Liberty insists is that, in the course of making such resources available, government avoid preferring, endorsing, or affiliating itself with a particular viewpoint about religion.

"Accordingly, when government in effect sends resources to religious groups through the choice of private citizens, or sends resources to private citizens through religious groups, it must observe two important conditions. First, when electing to spend public resources or to receive public benefits, citizens must enjoy a meaningful secular alternative to available religious options; government cannot, in effect, condition the flow of benefits to providers of recipients on their religious characteristics or their willingness to participate in religious activities. Second, government must avoid playing favorites among religions: it must be equally welcoming to religions that are equally able to provide the services government seeks. If these two conditions ("genuine secular alternative" and "nonpreferentialism") are satisfied, citizens who receive services from religious providers do so by their own choice, and there is no affront to Equal Liberty.", p. 203, notas omitidas (veja ainda p. 207); para citação e comentários a parte deste trecho que cito, veja LUPU & TUTTLE (2006-7, pp. 1260-1), em especial o seguinte trecho: "The two criteria fit well within the constitutional doctrine the Court applies to programs of indirect

governamental de nenhuma religião ou de aspecto dela e que, ademais, muitas vezes o benefício é na verdade simples demanda de regra igualitária de não-discriminação.<sup>586</sup>

---

financing. In a program of indirect aid, the government authorizes service beneficiaries to choose from a list of eligible providers; the government pays the provider, or reimburses the beneficiary through tax devices or otherwise, only for services that have been chosen by the beneficiaries (...) Of crucial significance, constitutional limitations on the religious use of state funds - to which we will return below - do not apply to programs of indirect financing, because the Supreme Court views indirect financing as involving the beneficiary's choice to spend his or her (state-provided) resources on religious experience, rather than the state's choice to subsidize that experience. Accordingly, so long as the transfer of funds is the product of the beneficiary's exercise of discretion among providers rather than the state's, and so long as the beneficiaries have secular alternatives, such programs satisfy the Establishment Clause", (pp. 1260-1, notas omitidas a trabalho de Lupu & Tuttle e a diversos casos). Os autores então diferenciam a "indirect aid" da "direct aid", que têm critérios distintos para que não incorrer em estabelecimento (pp. 1262-3). Sobre estabelecimento, veja ainda EISGRUBER & SAGER, (2007, pp. 135, 203, 207; veja ainda pp. 30 e ss., 36, 38, 164-5, 167, 167-8, 178, 202, 204 e ss. e 224). Sobre alternativa secular genuína, veja ainda KOPPELMAN (2013b, 109 e ss.).

Sobre a realidade constitucional brasileira, vale observar o seguinte: no Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 389 (STF, 2009), em que se discutia acomodações no ENEM a candidatos que guardam o Sabá, o Relator Min. Gilmar Mendes, comentando o caso *Everson*, diz o seguinte: "**(...) o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.** Nesse sentido, não se revelaria aplicável à realidade brasileira as conclusões a que chegou o Justice Black da Suprema Corte norte-americana, no famoso caso *Everson v. Board of Education* (...)" (pp. 8-9 do voto, pp. 9-10 do acórdão, grifos no original, ortografia anterior à reforma da língua mantida). O ministro então menciona o "muro" de separação entre religião e estado defendido por Thomas Jefferson e completa: "Tal entendimento não se afigura, a priori, compatível com a nossa Constituição, pois se revela contrária [sic], até mesmo, à concessão de imunidade tributária aos templos de qualquer culto (art. 150, IV, "b"), à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5o, VII) ou quaisquer outras que favoreçam ou incentivem todas as religiões", p. 9 do voto, 10 do acórdão). Como visto, entretanto, pelo menos parte das interpretações contemporâneas da decisão em *Everson* visa justamente a compreender hipóteses em que o estado pode financiar a religião. Nussbaum, por exemplo, acredita que a ideia de separação não é a crucial no raciocínio de Black em *Everson*, ainda que lá esteja presente. Seguindo Jônatas Machado e Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Mendes entende as vedações ao estado da seguinte forma: "O que não se admite é que o Estado assumira determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios" (p. 10 do voto e 11 do acórdão). Em suma, EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 30-1, 188 e ss., 200) e NUSSBAUM (2008, pp. 283-4) encontram no caso *Everson* justamente o tipo de princípio igualitário que Gilmar Mendes denuncia, embora os primeiros, ao contrário do Plenário do STF, tenham buscado construir regras que, aplicáveis aos casos concretos, distinguem, para usar as expressões de Mendes, o que "beneficia" um em "detrimento" de outro e o que caracteriza "privilégios". É neste hiato argumentativo que se insere esta tese. Sobre financiamento de atividades, veja PINHEIRO (2009, p. 284), e também, da autora, 2017 (esp. texto próximo à nota 5 em diante) sobre o modelo do mercado de religiões em Jônatas Machado. Veja comentários de KOPPELMAN (2013b, pp. 150, 168).

<sup>586</sup> Veja comentários acima a VOLOKH (1999). Comentando a opinião da Juíza O'Connor no caso *Rosenberg v. University of Virginia*, em que a universidade rejeitou status de organização reconhecida às religiosas, Nussbaum (2008) diz o seguinte sobre uma política que atribuísse o status de maneira mais abrangente: "Using student fees to aid a broad range of student groups is utterly unlike a tax levied for the support of a church or churches. The wide range of aided groups, furthermore, made it clear that government was not endorsing the viewpoint of the religious organizations. Indeed, Justice O'Connor stresses in her concurring opinion, withholding support would be to treat people differently based on their religious choices, sending 'a message of hostility to religion'", VOLOKH (1999, p. 296; veja também p. 297). Veja ainda EISGRUBER & SAGER (2007, pp. 122 e ss.) e NUSSBAUM (2008, pp. 312-4).

A sugestão da tese é de que a regra constitucional que determina o ensino religioso facultativo nas escolas deve ser interpretada a partir desta motivação igualitária, identificada no teste do endosso por autores como Eisgruber & Sager, Nussbaum e Volokh. Corretamente compreendida, as disciplinas de ensino religioso nas escolas é maneira de não discriminar contra a religião em um contexto em que a relação adequada entre escola pública e indivíduos e grupos é de elaboração democrática, isto é, em que a parte da sociedade especificamente a quem as escolas são orientadas (i.e., aos alunos e quem os representam, a saber, seus pais e mães) pode levar à instituição quaisquer manifestações, inclusive as religiosas. Ademais, intermediado o ensino religioso por escolhas dos estudantes e de seus pais, e seguida a igualdade, é afastada alegação de preferência, ainda que, como salienta Nussbaum, questões sobre religião na escola devam ser tratadas com atenção ao fato de que dizem respeito a menores de idade<sup>587</sup>.

As discussões nos autos das ações julgadas pelo STF em 2017 a respeito do ensino religioso nas escolas trouxeram literatura da década de 1990 que, na esteira da opção legislativa feita em 1996<sup>588</sup>, interpretou de maneira atraente os requisitos do ensino confessional compatível com a Constituição. O Min. Alexandre de Moraes, inclusive, sustentou que esta tradição remonta à década de 1930, e reflete opção consagrada constitucionalmente já em 1934<sup>589</sup>. Trabalhos de Anna Cândido Ferraz, Nilton Monteiro, bem como parecer feito por João Monlevade e José Arthur Gianotti, lembrados todos pela manifestação da Ação Educativa e Outros<sup>590</sup>, representam provavelmente a mais sensata e convincente interpretação do parágrafo primeiro do art. 210 da CF/88. Nesta seção, gostaria de, a partir desta literatura, bem como da literatura norte-americana, defender algumas condições de constitucionalidade do ensino religioso. Essas condições estão longe de serem

---

<sup>587</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 235, por exemplo.

<sup>588</sup> Em 1997, a LDB foi alterada de modo problemático. Veja a peça da AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012), bem como PINHEIRO (2017) e ZYLBERSTAJN (2016, pp. 164-5).

<sup>589</sup> DE MORAES (2017, pp. 12, 14 e ss, 16; veja também p. 24 para comentários sobre direito português; mas veja citação de livro do Min. em CNTE, 2004, item 87, em que ele parece defender tese mais próxima do pedido da PGR). Veja ainda CNBB (2017, p. 19, n. 34). DE MELLO (2017), por sua vez, julga que esta tradição foi interrompida pela CF/88 (veja referências e citações abaixo). Veja FERRAZ (2008, pp. 49, 67-8), ALMEIDA (2008, pp. 254-5, 266-7) e LOBO DA SILVA (2015).

<sup>590</sup> Com efeito, cheguei a esta bibliografia a partir da peça da AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012) que é uma excelente contribuição ao debate sobre o tema. Para comentários sobre a peça, veja ZYLBERSTAJN (2016, pp. 172-3).

inovadoras<sup>591</sup>, e a ideia de que são expressão da liberdade de religião na escola pública surgiu na ADI, embora a doutrina tenda a considerar que o ensino religioso é uma exceção ao art. 19, I, mesmo quando o admite (algo forçosamente, dada autorização constitucional). A meu ver, esta última afirmação deve ser rejeitada, pois o ensino religioso confessional nos moldes que esta doutrina defende é exigência do regime secular e das liberdades de religião, e não uma exceção que o constituinte houve por bem inserir na Constituição. Em suma, a proposta deste capítulo é aplicação das considerações dos capítulos anteriores e reproduz pelo menos uma interpretação doutrinária disponível no direito constitucional brasileiro.

Começarei, entretanto, por modelo inspirado na literatura norte-americana mencionada. Os critérios a serem preenchidos pelo ensino religioso confessional para que não caracterize estabelecimento da religião e para promover a regra secular de justiça, bem como a independência ética os direitos especiais à liberdade de religião, são os seguintes. Em primeiro lugar, o benefício deve ser igualitário, e não de preferência por uma religião ou pela religião. Trata-se, como visto, de tese defendida por Volokh. Em segundo lugar, o estado não pode ser o realizador do ensino. Apresento esta condição a partir de análise de comentário feito por Douglas Laycock sobre legislação federal norte-americana. Veremos que este ponto é importante também para defensores brasileiros da possibilidade do ensino confessional na escola pública, que o contrastam com outras disciplinas, estas sim oferecidas pelo estado. Em terceiro lugar, o ingresso do ensino religioso na escola pública deve ser intermediado por decisão do estudante ou dos seus pais. A literatura a ser consultada a este propósito são as obras de Martha Nussbaum e de Eisgruber & Sager. Novamente, trata-se de ponto salientado na literatura brasileira. Em quarto lugar, e decorrente do terceiro, o ensino deve ser facultativo, e o estado não pode empregar sua autoridade para forçar a frequência nas atividades de ensino religioso. Entre nós, a própria Constituição Federal determina a natureza facultativa do ensino religioso, e a literatura, ao considerar que o ensino religioso não é disciplina como outras, defende este ponto. Feita anteriormente análise dos comentários de Volokh sobre a igualdade, passo a considerar cada um dos pontos. Começo a fazê-lo por análise de obra de Laycock.

---

<sup>591</sup> De fato, pouco parece haver de inovador nos modelos gerais de ensino disponíveis na literatura; JENSEN (2007), por exemplo, expõe o modelo dinamarquês, que é bastante similar ao proposto pelos defensores do pedido feito pela PGR (2010) ao STF (XI-DH, 2016).

A ideia de que o ensino religioso nas escolas públicas pode não ser uma espécie de estabelecimento de religião pode parecer a alguns inaceitável pelo simples fato de que haverá atividade religiosa em local público<sup>592</sup>. Em comentário a respeito de lei federal norte-americana que regulamenta o acesso da grupos estudantis religiosos aos recursos das escolas públicas (*Equal Access Act*)<sup>593</sup>, Laycock, de maneira convincente, rejeita esta interpretação. Para o autor, o ato de estabelecimento se verifica não pelo local em que é praticado, mas pelo autor que o pratica, pois pode o indivíduo privado endossar a religião em local público (o exemplo do autor é a missa em praça pública), mas não pode o governo endossar a religião mesmo em propriedade privada.<sup>594</sup> Em suma, para o autor, mesmo que na escola *pública*, se

---

<sup>592</sup> No trabalho de LAYCOCK (1986-7), há comentários a Ruti Teitel, que parece defender esta tese. Laycock, como visto, a rejeita (veja outras referências acima, esp. MONTEIRO (1997, item 6.3).

<sup>593</sup> "The Equal Access Act addresses the rights of student religious groups that seek to meet on school premises before or after school. Typically, such groups want to engage in group prayer, Bible study, or religious discussion. They seek to use school facilities on exactly the same terms as the chess club, the Junior Engineers, or any other student extracurricular group. In the case of religious groups, constitutional questions are minimized if the group is initiated by students and limited to students, and if it neither seeks nor accepts sponsorship from the school or a teacher", LAYCOCK, 1986-7, p. 4, nota omitida. Veja ainda LAYCOCK (2010, pp. 10, 15-16, 18, 97, 114-5, 116-7, 117) e RUSSO (2015, esp. pp. 25-6 - cheguei a este texto pela indicação da professora Nina Ranieri, que o incluiu na bibliografia de disciplina de pós-graduação da FDUSP). Veja comentário de SPINNER-HALEV (2000): "Another way in which a connection between religious groups and public schools make some liberals queasy is when religious groups use school facilities. The issue usually is this: if a school opens its facilities to community or student groups, can and should it also do the same for religious groups? Sometimes school officials think that if they do so, they will violate the First Amendment. School officials would do better, however, to treat religious student groups the same as other groups. If different student groups can use school facilities before or after school, then so too should student religious groups. Religious students should not have to work harder than others to be able to get together; the state should merely avoid facilitating religious groups more than others.

"Both the Supreme Court and Congress support equal access to public school facilities, but some liberals see such a law as rather ominous.12 Congress passed the Equal Access Act to ensure that religious groups are treated the same as other groups. Greg Ivers thinks that this decision, and the Supreme Court's efforts to uphold it, are disastrous: they 'interfere with the special obligation of public schools to enforce the Establishment Clause . . . such a posture lends the government's prestige and support to religion in an unconstitutional manner' (Ivers 1993: 39). Ivers's argument here is hard to follow since the Equal Access Act does not promote religious activities. It says that if a school allows its building to be used by the chess club before or after school, then the Christian Students' Fellowship ought to be able to meet as well. If this promotes religion, it also promotes chess. But promote is the wrong word here. Schools are supposed to be neutral about which student groups use its facilities. The Equal Access Act means that schools have to treat religious clubs like other clubs. This is not promotion. It is neutrality." (p. 86, nota 12 a casos da Suprema Corte dos EUA) e "Students who want to meet voluntarily to discuss or practise a common interest are already learning the virtues of citizenship. That they want to meet to discuss their sexuality or spirituality, or to offer support to one another as a minority, is mostly irrelevant from the point of view of democratic citizenship." (p. 97).

<sup>594</sup> LAYCOCK, 1986-7: "That religious speech occurs on public property is incidental and almost entirely irrelevant. Government speech in support of religion is forbidden even if it occurs on private property; private speech in support of religion is protected even if it occurs in public property. What matters is not the location of the speech, but the identity of the speaker", p. 9, nota omitida; veja ainda pp. 15, 25-6, 30, 33, bem como pp. 10-2 para o tema do "public forum" e da neutralidade de conteúdo. Para exemplo das missas em parques, veja p. 12 (e p. 25, citando Rudi Teiti); veja ainda comentário sobre os hare krishnas (pp. 12-3). Veja BRANCO (2009, pp.

discurso não é *do governo*, não há estabelecimento de religião<sup>595</sup>. Com efeito, não se trata somente de dizer que indivíduos podem praticar discurso religioso em local público, mas que impedi-los de fazer viola a Constituição por violar a liberdade de religião e a regra de

---

460, 464) e LOBO DA SILVA (2015, p. 277-8, e pp. 294, 295, 296 sobre o Estado não ser o encarregado do ensino religioso). Veja ainda KOPPELMAN (2013b, pp. 104, e, em especial, o seguinte trecho na p. 105: "It is because government speech endorsing religious propositions is barred that so much litigation turns on whether a given instance of religious speech is attributable to government or to private actors. Courts have held that when private actors exercise their free speech rights in a public forum such as a park, the Establishment Clause is not violated. But they have also asked, is the claim that the speech is 'private' a sham? For example, 'student-initiated' prayers at high school football games can turn out to be barely disguised official exercises (113). Here as in many areas, the inquiry is fact-specific, but the inquiry is oriented by a coherent question: is the state taking an official line on a religious proposition?", nota 113 ao caso *Santa Fe*. MACLURE & TAYLOR (2011) parecem convergir com Laycock: "(...) there is an important difference between, on one hand, allowing a student to display a religious symbol in the public schools and, on the other, favoring a particular religion through public intervention. For example, we must contrast the act, by a student, of wearing a religious symbol to faith-based religion class or to the recitation of a prayer before the beginning of classes. The essential thing, if we wish to grant students equal respect and protect their freedom of conscience, is not to remove religion from the schools completely but, rather, to ensure that the school does not espouse or favor any religion. (...)

"It is clear, for instance, that a faith-based educational system that favors Catholicism and Protestantism, as was the case in Quebec before the adoption of Law 95 in 2005, (3) violates the rule of neutrality of public institutions. But does the fact that school is a public institution in the first sense of the term mean that, as a place for meetings and exchanges, it must be free from any presence of the religious? The two conceptions of secularism stand opposed on that question. In the liberal-pluralist view, the requirement of neutrality is directed at *institutions* and not at *individuals*. In the republican conception, individuals are also obliged to exercise self-restraint and display neutrality, by abstaining from displaying their faith when they frequent public institutions or, in the more radical view, when they enter the public sphere", pp. 38-9, *itálicos no original*, nota omitida. A meu ver, a depender de como construída a "faith-based religion class", ela se aproxima mais ao uso de um símbolo religioso, que deve ser permitido, do que à prece no início de aula, que, suponho, seja obrigatória direta ou indiretamente e que, portanto, deva ser proibida. Em contraste, veja o seguinte trecho do Relator da ADI 4439 no STF: "Os modelos confessionais e interconfessionais de ensino religioso são, no entanto, incompatíveis com a exigência de separação formal entre o Estado e as religiões. Quando se permite que alunos recebam instrução religiosa de uma ou de várias religiões dentro das escolas públicas, torna-se inevitável a identificação institucional entre o Estado, que oferece o espaço público da sala de aula durante o período letivo, e as confissões, que definem os conteúdos a serem transmitidos. A violação à separação formal fica ainda mais nítida nos casos em que se exige que os professores da disciplina sejam representantes religiosos ou pessoas credenciadas por Igrejas e, ao mesmo tempo, se admite que sejam remunerados pelo Estado, em contrariedade à vedação expressa do art. 19, I da Constituição" (BARROSO, 2017, p. 15, item 28; veja ainda pp. 16, 17 e 18). DE MELLO cita trecho de Vital Moreira em que o autor sustenta que o ensino religioso não é tarefa do estado (2017, p. 35; veja ainda p. 34), o que é correto, mas não implica que não possa ocorrer na escola pública.

<sup>595</sup> MACHADO (2010) cita Ives Gandra da Silva Martins & Celso Ribeiro Bastos, bem como Manoel Gonçalves Ferreira Filho no mesmo sentido a respeito da assistência religiosa em prisões, hospitais etc.: "O caráter laico do Estado brasileiro não é afetado por esta disposição, uma vez que o Estado não é obrigado a prestar assistência religiosa e as entidades religiosas é que irão prestá-la" (p. 757, trecho seguido a referências aos autores mencionados). Veja MONTEIRO (1997, item 4.4., para o local da prestação do ensino religioso não ser relevante à laicidade). Veja ainda SEFERJAN (2012, p. 56): "Se o governo não endossou o discurso religioso, ele deve ser considerado particular e constitucionalmente protegido, não importando o lugar em que foi proferido, até mesmo em propriedade do governo ou em escola pública. Se uma pessoa faz um discurso religioso e os servidores do governo não expressam nenhuma opinião sobre a mensagem, não convidam para a palestra, não dão ao palestrante nenhum benefício especial se, em suma, eles tratam o palestrante religioso da mesma forma que um particular, o discurso religioso é atribuído exclusivamente ao particular. Essa regra vale em escolas públicas, universidade ou outras propriedades do governo".



secularismo ao atribuir ao estado a autoridade de decidir se um ato religioso deve ser praticado; trata-se, pois, de uma espécie de coletivização de decisão que é individual.<sup>596</sup>

Vale salientar o seguinte. Laycock é bastante claro ao dizer que esta análise aplica-se ao acesso concedido pelas escolas públicas às atividades religiosas, e não ao ensino religioso<sup>597</sup>. É fácil notar que Laycock não admite ensino religioso nas escolas públicas, e que o julga hipótese de estabelecimento de religião. Mais difícil é entender o que o autor quer dizer com ensino religioso<sup>598</sup>. Por vezes "ensino religioso" surge na literatura como uma categoria dogmaticamente proibida e cuja definição é dispensada. Mas uma vez identificado seu significado, e uma vez compreendido que pode não ter a característica que a torna problemática, percebe-se que pode não estabelecer religião e que, ademais, pode ser uma exigência da regra secular de atuação do estado. Em geral, esta característica diz mais respeito ao modo como ingressa na escola (certa religião, a estabelecida, é privilegiada) ou à obrigatoriedade ao estudante (coisa que a CF/88 veda) do que ao conteúdo (ser confessional, e não científico, por exemplo). Se evitados estes erros, viabiliza-se um conceito de ensino religioso confessional que é exigido pelo secularismo. É este, aliás, exatamente o argumento de Laycock a respeito das preces nas escolas: dependendo de como for concebida e implementada, não estabelece religião.<sup>599</sup>

Quanto ao ensino religioso, considerando que a proposta de interpretação da norma de não-estabelecimento permite acesso igualitário à escola por organizações religiosas, o

---

<sup>596</sup> "(...) the Constitution *permits* a properly implemented moment of silence and that it *requires* a right of equal access for religious speech", LAYCOCK, 1986-7, p. 3, itálicos no original (veja ainda pp. 10-2; mas veja pp. 36-7, 51 sobre a previsão legislativa nos EUA de escolas públicas sem abertura a nenhum tipo de atividade estudantil, religiosa ou não). O SENADO FEDERAL defendeu esta tese junto ao STF: "como narrado na própria exordial, **não é dado ao Estado pretender impedir as manifestações de fé das pessoas**, ainda que em lugares públicos. E não pode fazê-lo somente em vista do art. 19, inciso I, da CF/88, mas também em razão da própria liberdade religiosa do art. 5º. Ora, essa é a mesma lógica por que **o Estado não pode negar determinado conteúdo do ensino religioso**, se a comunidade efetivamente participou de sua definição, assim como não poderia negar a prestação de assistência religiosa a que se refere o art. 5º, inciso VII, nas entidades civis e militares de internação coletiva", 2010, p. 10, negritos no original; parte do trecho é citado pela CNBB (2017, p. 4).

<sup>597</sup> LAYCOCK, 1986-7, p. 30.

<sup>598</sup> XI-DH comentam *vouchers* e sustentam que nos EUA "não existe oferta de ensino religioso nas escolas públicas" (2016, pp. 16-7, n. 9). A meu ver, saber se esta afirmação é correta exige definir ensino religioso.

<sup>599</sup> LAYCOCK, 1986-7, esp.: "The more interesting question is whether moment-of-silence laws written in wholly neutral and secular terms are facially invalid without any showing of improper implementation. I think that they are not", p. 6. Compare com a proposta de EISGRUBER & SAGER sobre o *pledge of allegiance* (2007, pp. 147 e ss., esp. pp. 151 e ss.: "(...) in the present form, public school Pledge of Allegiance ceremonies are indeed unconstitutional, but they can easily be fixed, and fixed without depriving those who hold dear the Pledge in its present form of the opportunity to recite it", p. 151).

ensino religioso é para Laycock coisa distinta. Afinal, se não fosse, seria permitido pelo autor, que parece supor que ensino desta espécie incluiria "conselheiros" (*advisors*) cedidos pela escola às atividades privadas.<sup>600</sup> O ponto é justamente é que o ensino pode ser distinto do que autores supõe, isto é, pode não incluir esta figura do conselheiro, cuja atuação caracteriza endosso. Parece então ser o caso que, ausente esta intervenção estatal, a atividade religiosa realizada na escola deixa de ser ensino religioso (na versão dogmaticamente vedada) e passa a ser outra atividade permitida pela análise igualitária defendida pelo autor. Podemos, entretanto, continuar chamando esta atividade de ensino religioso. Este é, ao meu ver, o argumento que está disponível a favor do ensino religioso confessional em diversas obras, como a de Laycock (e a de MacLure e Taylor)<sup>601</sup>. O ensino religioso pode ser manifestação estudantil (ou de quem lhe faz as vezes), e não do estado. Pode ser facultativo, e não obrigatório. Mas continua sendo ensino e continua sendo religioso, e serve, portanto, para interpretar a Constituição brasileira. Daí a sugestão de Laycock ser útil a esta tese. Erro é supor que ensino religioso funciona como outras matérias<sup>602</sup>, isto é, que deve ser lecionado por docente selecionado e pago pelo estado, com formação obtida em instituição reconhecida e que segue padrões curriculares fixados pelo governo etc. Este é um equívoco que parte da doutrina constitucional brasileira evitou, e o fez de maneira muito produtiva, como veremos. Mas se o pano de fundo do ensino confessional como similar a outras disciplinas é assumido<sup>603</sup>, a conclusão é outra. É contra este pano de fundo que falar em "ensino religioso" atrai reprovação constitucional automática. Este é um modelo de ensino religioso confessional,

---

<sup>600</sup> "Withholding advisors from student religious groups preserves neutrality in government speech, because the government avoids having its agent take a position on religious. Withholding the advisor is neutral toward private speech because it leaves private speakers free to say whatever they want.

(...)

"(...) that is the cost of committing religion to private choice and avoiding the dangers associated with governments that take positions on religion. The dangers associated with a public school providing an advisor to a voluntary students religious group are attenuated, but the principle is the same. The meaning of neutrality is that government should take no position on religion, not that it should provide equal assistance to religious and secular groups", LAYCOCK, 1986-7, p. 30. Compare com MONTEIRO (1997, item 6.2.).

<sup>601</sup> Veja que MACLURE & TAYLOR chamam de "faith-based class" 2011, p. 39.

<sup>602</sup> Veja referências abaixo sobre a doutrina constitucional brasileira; contraste, por exemplo, MONTEIRO (1997, itens 4.5. e 5.6., para quem o ensino religioso não é disciplina como as outras) com XI-DH (2016, pp. 42 e ss., por exemplo).

<sup>603</sup> XI-DH (2016) defendem esta visão.

aplicado talvez pelas escolas privadas e por estados de característica secular duvidosa<sup>604</sup>. Mas é possível conceber ensino religioso em outros termos.

Como visto, a primeira característica deste ensino é a que seja uma promoção da igualdade. A escola não pode, portanto, ter ensino religioso somente de certos tipos de religião, ou negar o ensino "religioso" naturalista ou ensino não religioso<sup>605</sup>. A segunda característica do ensino confessional constitucional é elaborada por Laycock. Ele ocorre na escola, mas não é a escola quem o promove<sup>606</sup>. A escola permite que alunos (ou quem lhes faz as vezes<sup>607</sup>) levem à escola o ensino religioso. Em suma, ela cede espaço, exerce monitoramento brando de segurança, preservação de patrimônio etc., e em nenhuma hipótese guia os termos da atividade.<sup>608</sup> Daí a terceira característica do ensino religioso. O crucial é que

---

<sup>604</sup> Veja, por exemplo, análise de OLIVA (2008) sobre Itália (p. 44) e Espanha (pp. 48-9; veja ainda p. 50 para conclusão e LOBO DA SILVA (2015, p. 289, n. 64, citando Mantecón Sancho sobre o modelo espanhol).

<sup>605</sup> Para este ponto, veja PINHEIRO (2017).

<sup>606</sup> Compare com ALMEIDA (2008), que critica o modelo confessional como endosso da religião pelo estado (p. 244).

<sup>607</sup> Veja VOLOKH, 1999, p. 344, n. 5, rejeitando especificidade de alunos muito novos e mencionando que "legal guardians" escolhem pelas crianças (veja MONTEIRO, 1997, itens 6.2. e 7.2., e LOBO DA SILVA, 2015, pp. 283 e ss., 295). Compare LAYCOCK (1986-7, pp. 51 e ss. p. 52) para quem alunos de idade equivalentes à dos estudantes do ensino fundamental brasileiro, a que se dirige a norma constitucional do ensino religioso, não têm capacidade organizacional suficiente para exercer direitos de liberdade de expressão. Laycock me parece estar certo quanto a esta capacidade, mas a sugestão de Volokh de participação dos pais me parece ser adequada e oferece solução compatível com a liberdade dos estudantes. Esta também é a opção da tradição constitucional brasileira que admite o ensino religioso nas escolas públicas (veja abaixo). Em outro ponto, Laycock faz observação interessante sobre as peculiaridades da escola pública. Argumenta-se que a presença da religião nas escolas leva estudantes a concluir que há endosso, mesmo que não haja (LAYCOCK, 1986-7, pp. 5, 14 e ss., esp. pp. 15 e ss.). O autor sustenta que estudantes são capazes de entender (p. 16) e que, mesmo que não fossem, a incompreensão também existiria no caso de ausência da religião, que poderia ser interpretada como hostilidade (p. 52). Veja VOLOKH (1999, pp. 357-8).

<sup>608</sup> A respeito de casos em que estudantes precisam utilizar salas (como ocorre nas hipóteses do acesso igualitário), Laycock diz: "(...) this sort of time, place, and manner 'involvement' is not an establishment clause 'concern'. Large groups also must reserve time to use parks and auditoriums, but that does not make equal access to parks and auditoriums an establishment of religion. What is forbidden is government support, encouragement, or endorsement. On those criteria, the speech of a self-sustaining student prayer group is just as private as the speech of the Tinker children", pp. 18-9. As crianças Tinker (o mais novo deles de 13 anos, como explica Laycock) ganharam na Suprema Corte dos EUA o direito de utilizar na escola braçadeiras críticas à Guerra do Vietnã (p. 16). "Fine lines may have to be drawn on occasion, but the principle is clear. The school may monitor the meetings to protect students and property from harm, but the school may not lead, sponsor, encourage, or discourage religious activity", p. 31. Vale salientar que, com razão, Laycock sustenta que a atividade pode incluir devoção (*worship*): pp. 55 e ss., p. 57. Ver comentário de EISGRUBER & SAGER (2007, p. 167) sobre o caso: "In *Tinker v. Des Moines Independent School District* (1969), the Supreme Court held that students do not surrender their rights of free expression at the school-house doors" (p. 167, itálicos no original); ver ainda análise que reconhece mesma regra ao discurso religioso (p. 168); veja ainda RUSSO (2015); veja também LUPU & TUTTLE sobre "equal rights of private religious speakers on school property" (2006-7, p. 1257, nota omitida ao caso *Good News Club v. Milford* e a sugestões do US Department of Education). Veja ainda GEDICKS (1997-8, p. 573). Entre nós, fala-se com frequência em "abrir espaço às religiões". Veja AÇÃO EDUCATIVA &

o discurso religioso resida decisivamente nos estudantes, nos eventuais ministros trazidos pela organização estudantil ou nos pais, e não no governo, escola ou professores. Preenchidos estes requisitos, evita-se uma das maneiras pelas quais o ensino religioso confessional pode estabelecer religião e explica-se por que a possibilidade do seu ingresso na escola promove a liberdade de religião<sup>609</sup>.

O terceiro requisito é justificável por observações feitas pela literatura norte-americana sobretudo em casos de financiamento de educação privada, inclusive religiosa, por meio de *vouchers* ou outro apoio. Esta prática não caracteriza estabelecimento, diz a literatura, porque a escola religiosa somente recebe o financiamento público se os responsáveis pela criança ou adolescente decidir matricular o estudante na escola<sup>610</sup>. O financiamento é, portanto, dependente de escolha privada, o que impede que se atribua ao estado endosso da religião adotada pela instituição de ensino.<sup>611</sup> Martha Nussbaum faz o seguinte comentário a respeito do tratamento dado em caso norte-americano (*Everson*) em comparação aos serviços de segurança e de bombeiro:

"O juiz Black agora argumenta que a previsão de financiamento de transporte é como estes serviços básicos, e não como ajuda estatal à religião, porque é dado aos cidadãos para ajudar suas crianças chegar às escolas, 'independentemente das suas religiões'. O estado não paga dinheiro diretamente à escola religiosa; ele o dá a todos os pais, sem discriminação, e os pais então escolhem a escola. Aqui vislumbramos dois princípios subsidiários que posteriormente se mostrarão muito valiosos na

---

OUTROS (2012, p. 67 e trecho da p. 37 citado abaixo, e trecho de Anna Candida FERRAZ (2008) citado na p. 25), XI-DH (2016, o criticando), MONTEIRO (1997), CNBB (2017, p. 19); discuto a proposta abaixo.

<sup>609</sup> Veja MONTEIRO (1997), FERRAZ (2008), LOBO DA SILVA (2015) etc. (em especial discussões em notas abaixo). Comentando casos variados da jurisprudência norte-americana, como os de prece, de reunião religiosa nas escolas ou de *vouchers*, Laycock diz: "From the perspective of who's winning, the secular side is winning the school-sponsored prayer cases and the religious side is winning the private speech cases and the vouchers cases. But from the perspective of religious liberty, all these cases are consistent. *In the view of the swing votes, Justices Kennedy and O'Connor, all these cases are about individualizing religious choice.*

"School-sponsored prayer commits a whole set of religious questions to the government - whether to pray, when to pray, in what religious tradition to pray. Should we pray in Jesu' name, or not? These choices are imposed on everyone at the school event where the prayer is offered. *Permitting after-school prayer clubs leaves this choices to the individuals who choose to attend, and their choices are not imposed on anyone else.*

Similarly with vouchers. Vouchers go to parents, and parents decide whether to use them at a religious school or a secular school. If they choose a religious school, they can choose which religious tradition and how intensely religious. Their choice is not imposed on others who choose to go elsewhere". LAYCOCK, 2010, pp. 124-5, *itálicos acrescentados* (veja ainda pp. 322, 438, 441-442).

<sup>610</sup> Sobre *vouchers*, veja BERG, 2009, pp. 14 e ss., esp. 16: o autor enxerga os vouchers como uma maneira de expandir a escolha dos pais, o que promove o voluntarismo (veja cap. 1).

<sup>611</sup> Veja EISGRUBER & SAGER, 2007, p. 203, trecho citado acima em nota. Ao comentar o modelo norte-americano, EBERLE diz o seguinte: " The second element of formal neutrality involves breaking the direct link between government and the church by making monies available to people, who then exercise "genuine and independent private choice" to spend the monies as they like, including on religious education if they so desire.<sup>276</sup> In this way, the choice to support religion is made by the individual and not the government.<sup>277</sup>" (2006-7, p. 109, notas omitidas; veja ainda pp.114 e 120).

aplicação do arcabouço de neutralidade/igualdade: o princípio da ajuda indireta (o dinheiro vai aos indivíduos, não à escola), e o princípio relacionado da escolha (os pais escolhem, como sempre têm direito, aonde seus filhos irão estudar, e o dinheiro simplesmente propicia esta livre escolha)".<sup>612</sup>

Em outras palavras, muitas vezes ao estado é dado beneficiar a religião, desde que o faça observados certos critérios. A meu ver, adaptados estes critérios ao ensino religioso na escola pública, pode-se conceber ensino religioso confessional constitucional, que só poderá beneficiar organização religiosa se houver escolha privada dos estudantes ou de seus pais.

Há, naturalmente, um problema. O financiamento de transportes escolares que o juiz Black elogia no trecho de Nussbaum que citei está disponível tanto para escolas privadas religiosas quanto às não religiosas. Esse tipo de norma é geral, mas a norma da Constituição Federal é especificamente dirigida à religião: ela diz que o ensino *religioso* será disciplina nas escolas públicas. Há aqui certo convite a interpretar a norma como um benefício específico à religião, mas é certo que há outra opção, que consiste em conceber a regra no contexto da construção social democrática da escola. A sociedade deve poder participar da escola, e o que a norma de ensino religioso faz é esclarecer que a formação religiosa, tradicional ou não, deve poder fazer parte da formação disponível na escola, e que, havendo escolha do aluno ou de seus pais, deve haver espaço para que haja acesso ao ensino religioso confessional. Pode bem ser que o ensino religioso confessional só possa ingressar na escola caso ela se abra a outras

---

<sup>612</sup> NUSSBAUM, 2008, p. 284, traduzi; veja ainda pp. 291-2, bem como pp. 288 e ss., 291-2, 295, 296-7, 302, 312 e ss. sobre O'Connor, pp. 298 e ss. e p. 301 sobre *vouchers*, bem como p. 301 sobre "private choice" (veja nota acima com citações e referências a KOPPELMAN, 2013b, esp. p. 109). Em especial, veja o seguinte trecho, em que a autora comenta a constitucionalidade, reconhecida pela Suprema Corte dos EUA por unanimidade, de "vocational rehabilitation assistance" a um estudante com "a serious eye condition" (NUSSBAUM, 2008, p. 291). Ela diz: "It was his choice to use the aid that way, and that choice did not 'confer any message of state endorsement of religion'. Here the Court used the neutrality/fairness framework: the aid is available to all who meet certain criteria, independently of religion or nonreligion. They then supplemented it with two other Eversonian principles: the aid is 'indirect', given to the individual rather than to the institution, and it is mediated by the choice of the individual.

"The principle of directness was very likely motivated by a reluctance to put state money in the hands of religious institutions, but it is not a terribly helpful principle, since a program would put money into recipients' hands and yet have conditions attached that did not give these recipients much choice about how to use the money. *The principle of individual choice seems more promising, since it is a way of ensuring that all qualified individuals are similarly treated, and that all have both religious and nonreligious options.* Not surprisingly, it is that principle that has proven long-lived, and has done important work in sorting out some divisive issues that arose subsequently", pp. 291-2, nota omitida, itálicos acrescentados. Ver ainda KOPPELMAN (2013b, pp. 109 e ss., esp. pp. 114 e ss.) sobre as contribuições da Ministra O'Connor ao tema do financiamento, bem como pp. 67 e ss. sobre o juiz Black; confira MCCONNELL (2000-1, pp. 39 e ss. e 41). Veja ainda crítica de LAYCOCK (2010 pp. 440-1, 640).

atividades<sup>613</sup>, não religiosas, mas fato é que desta interpretação não decorre que o ensino religioso só possa ser não-confessional. Assim compreendida, a regra constitucional é geral. A sociedade deve poder participar da escola; a norma de ensino religioso esclarece que a religião não pode ser excluída de antemão deste processo<sup>614</sup>, embora possa fracassar em ingressar na escola caso não haja interesse do corpo relevante.<sup>615</sup>

Do ponto de vista constitucional, de interpretação do requisito do não-estabelecimento, o argumento aqui seguido consiste em sustentar que, presente genuína escolha privada, é possível concluir, pelo menos em alguns casos, a inexistência de endosso público. A meu ver, é esta a conclusão de autores como Laycock, Volokh e Nussbaum. Daí financiamento de escolas privadas por *vouchers* não ser estabelecimento da religião mesmo que os pais escolham escola religiosa para ser financiada. Daí, caso haja intermediação dos pais e alunos, ensino religioso, inclusive o confessional, não estabelecer religião.<sup>616</sup>

Um quarto requisito a ser reconhecido é a vedação ao emprego dos mecanismos coercitivos que a escola tem sobre o estudante para promover o ensino religioso. Este requisito é importante porque existência de escolha privada não exclui endosso por parte da escola. Este tipo de endosso é, ademais, uma violação expressa da norma constitucional, que obriga o ensino religioso mas o caracteriza como facultativo. Embora a determinação concomitante de obrigatoriedade e de facultatividade não traga contradição em todo caso, pois a obrigatoriedade dirige-se à escola, enquanto a facultatividade, aos alunos<sup>617</sup>, há conflito aparente na hipótese em que a indiferença do corpo estudantil impede o cumprimento da obrigação da escola. Em geral, quando isso ocorre nas disciplinas não-religiosas, recorre-se às

---

<sup>613</sup> LOBO DA SILVA (2015, pp. 289 e ss.) defende esta visão para o tema da remuneração dos professores (veja análise abaixo).

<sup>614</sup> "Religious speech is not some stepchild of constitutional law: It is fully protected by the Free Speech Clause, and once the government sets up a generally open subsidy program, it can't discriminate against religious speech in operating the program. An education is, of course, predominantly speech", VOLOKH, 1999, p. 366.

<sup>615</sup> MONTEIRO, a meu ver com muita razão, deixa claro que, caso não haja desejo de pais ou responsáveis por certa religião, ela não será contemplada na escola (1997, 5.4. (citando Celso Ribeiro Bastos), 5.5, 7.3. e 7.4. e letra *f* das "Conclusões"); ademais, FERRAZ (2008, p. 83) admite que não haja aulas se não houver instituições interessadas em lecioná-las.

<sup>616</sup> Ver EISGRUBER & SAGER (2007, referências em notas acima, esp. pp. 135, 167 e ss., pp. 203, 207) e Koppelman), GARNETT, 2001a (pp. 1866-75, esp. 1866-1871 (pp. 1871 ss. sobre o significado de "doutrinação"; veja ainda pp. 1869, n. 141.) e 2000-1 (pp. 114 e 138); veja ainda VOLOKH, 1999 (p. 357).

<sup>617</sup> Veja FERRAZ (2008) sobre facultatividade (70-1) e obrigatoriedade (66, 69-70); ver ainda p. 82. Veja, por fim, ALMEIDA (2008, p. 196) e CNBB (2017, p. 21).

normas coercitivas de presença e reprovação por falta<sup>618</sup>. Essencial aqui é observar que a disciplina de ensino religioso não é uma disciplina como as outras<sup>619</sup>. Ou seja, a escola deve lecionar matemática, e ela procura garantir que esta obrigação seja cumprida, entre outros, reprovando os alunos que faltam e punindo os pais que permitem as faltas. Obviamente, estas normas não podem ser aplicadas no caso do ensino religioso<sup>620</sup>, embora talvez o estado e a escola possam exigir que o aluno realize *alguma* atividade dentro um grupo que inclua variedade decente de opções, inclusive não-religiosas<sup>621</sup>. Em suma, A CF/88 deve ser lida como uma norma de igualdade que veda a exclusão da religião por critério de conteúdo<sup>622</sup>.

Laycock apresenta o requisito que tenho em mente ao sustentar que não deve haver "captação de audiência", o que teria ocorrido em alguns casos norte-americanos em que o ensino religioso nas escolas públicas ocorria ao fim do período de aulas, mas os alunos não interessados não podiam retornar às suas casas.<sup>623</sup> O Min. Barroso parece ter preocupação análoga ao dizer que não deve haver matrícula automática, problema também salientado por

---

<sup>618</sup> Veja referências a LAYCOCK (1986-7, pp. 235, 2010, pp. 288-9) em nota abaixo. Veja LEWANDOWSKI (2017, p. 4, trecho citado abaixo).

<sup>619</sup> A literatura constitucional brasileira consultada nesta tese claramente diferencia a disciplina de ensino religioso das demais: veja bibliografia citada abaixo, esp. AÇÃO EDUCATIVA E OUTROS (2012), MONTEIRO (1997), FERRAZ (2008); em sentido contrário, veja XI-DH (2016). Comento abaixo.

<sup>620</sup> Veja, entre outros, MONTEIRO, 1997, 4.5 e 4.6., por exemplo.

<sup>621</sup> Ver EISGRUBER & SAGER (2007, referências em nota acima) e KOPPELMAN (2013b, pp. 109, 110 e ss.). Entre nós, ver AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012 pp. 51-2), FERRAZ (2008, pp. 71 (citando José Afonso da Silva), 78, 80-1, 82), XI-DH (2016, p. 23-40) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 286, 295).

<sup>622</sup> LAYCOCK, 1986-7, pp. 10 e 12.

<sup>623</sup> LAYCOCK (1986-7): "On my view of McCollum and Zorach, equal access would be invalid if schools used the compulsory education laws to encourage attendance at religious meetings. That is not a risk when extracurricular groups meet before or after school. Nonparticipating students are free to leave the campus altogether, so the compulsory education laws are not implicated. Students inclined to join a student religious group may find it easier to do so, but no one who has seen students flee school at the closing bell can think that uninterested students are coerced to remain.", p. 34 (a solução dos casos efetivamente oferecida pela Suprema Corte dos EUA não é importante ao argumento de Laycock e ao deste capítulo porque o autor julga as decisões equivocadas nas suas razões; compare com DA SILVA, 2015, p. 289, comentando a decisão norte-americana a partir de Abraham). Comentando *Bender*, Laycock sustenta não ter havido coação porque "The student religious group was simply one more option in a preexisting student activity period", 1986-7, p. 34. Esta questão é importante porque a CF/88 fala em oferecimento do ensino religioso como disciplina no "horário normal". Mas pode ser o primeiro ou último (como sugere DE MORAES, 2017, p. 25; compare com PINHEIRO, 2017, item II, sobre importância de o ensino religioso ser no início ou fim do dia letivo), ou, se não, podem-se exigir atividades alternativas que efetivamente permitam que os alunos não fiquem à toa, o que os encaminha ao ensino (como é o caso dos *release-time programs* comentados por Laycock, pp. 33 e ss., em que "public schools suspended classes for a period of religious instruction offered by local clergy", p. 33, e como salientam AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, pp. 51-2) XI-DH (2016, p. 23-4)). Veja em geral LAYCOCK (1986-7, pp. 235 e ss, e 2010, pp. 288-9). A expressão "captive audience" que menciono vem de Ruti Teitel ("The Unconstitutionality of Equal Access Policies and Legislation Allowing Organized Student Initiated Religious Activities in the Public High Schools: A Proposal for a Unitary First Amendment Forum Analysis. 12 *Hastings Const. L.Q.* 529 (1984-1985)), *apud* LAYCOCK, 1986-7, p. 35 (veja ainda LAYCOCK: 2010, pp. 124, 236-7, 288 e ss., 314).

Ação Educativa & Outros<sup>624</sup>. Naturalmente, estas propostas precisam ser acatadas para que a oferta do ensino religioso seja compatível com a regra de secularismo. Destes apontamentos extrai-se um significado possível e constitucional de ensino religioso. Não se trata do ensino doutrinário de uma ou mais religiões em disciplinas de currículo organizado e financiado pelo Estado<sup>625</sup>. Trata-se, pelo contrário, de atividade privada que a escola deve permitir, de modo que as próprias religiões, ou organizações que as neguem, ofereçam a quem se interessar, isto é, de forma facultativa, o ensino, que pode ser doutrinário<sup>626</sup>. Em outras palavras, esta tese extrai da literatura mencionada resposta permissiva à questão do ensino religioso confessional nas escolas públicas compreendido como acesso de organizações privadas à escola pública, inclusive para realização de ensino que promove a religião. A meu ver, o fato de que a literatura norte-americana cuida de questão talvez distinta não afeta a possibilidade de instruir as conclusões a que chego. Dela é possível compreender requisitos que o ensino doutrinário da religião precisa atender para evitar endosso da religião. O atendimento a estas condições, portanto, viabiliza que certo modelo de ensino confessional da religião seja oferecido dentro dos marcos constitucionais fixados pela CF/88, que concomitantemente proíbe o estabelecimento. Com efeito, veremos que esta proposta foi feita na literatura brasileira. Em suma, a conclusão dessas reflexões é a seguinte: o ensino confessional é constitucional, se (i) igualitário, (ii) não prestado pelo governo (no qual se inclui a escola), (iii) com intermediação de escolha privada (dos alunos ou pais) e (iv) sem captação de audiência ou outro elemento coativo<sup>627</sup>. Preenchidas estas condições, o ensino confessional não viola a previsão

---

<sup>624</sup> BARROSO, 2017, n. 5 da Ementa, pp. 3, 20, 23. Ver AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012 - veja ainda pp. 51-2) e XI-DH (2016, p. 23-4)).

<sup>625</sup> Veja referências abaixo ao segundo ponto da interpretação constitucional brasileira.

<sup>626</sup> A lei carioca promove modelo convergente, embora petição inicial na ADI da CNTE (2004) tenha com razão salientado que os critérios legislativos de escolha dos professores caracterizam estabelecimento. Veja modelo brasileiro, discutido abaixo.

<sup>627</sup> Compare com os critérios legislativos norte-americanos comentados por LAYCOCK (1986-7), pp. 42-3. Veja comentários neste sentido de LEWANDOWSKI (2017, p. 4: "Como decorrência da facultatividade, expressa na Constituição, e da consequente proibição de qualquer tipo de coerção no que respeita à frequência às aulas de ensino religioso nas escolas públicas,2 (...)", citando V. Evans na n. 2. O seguinte trecho de Jorge Miranda, selecionado pelo PGR Claudio Fonteles contra o pedido da CNTE (2004) é, a meu ver, exemplifica a tradição brasileira que descrevo abaixo (tem suas proximidades com a lei do RJ impugnada na ação, inclusive), e o faz de modo a mostrar suas similaridades com o defendido nesta tese a partir da literatura norte-americana:

*"Não há contradição entre o ensino de religião e moral católicas nas escolas públicas (...) e a regra da não confessionalidade do ensino público (...), conquanto que os dois termos sejam corretamente apreendidos e enquadrados.*



constitucional de não-estabelecimento e é boa interpretação da norma constitucional de ensino religioso no ensino público fundamental. Ademais, preenchidas estas condições, o estado impedir o ensino confessional é violar a regra secular de justiça.

Vale salientar que estes critérios são pensados com o intuito de oferecer o que Nussbaum chama de "estrutura analítica" de solução de casos complicados de estabelecimento da religião<sup>628</sup>. A autora, como visto, apresenta o que chama de "teste do endosso baseado na igualdade"<sup>629</sup>, que foi citado acima e que traz a natureza indireta do financiamento da religião e a intermediação por escolha privada como elementos importantes para descaracterizar o estabelecimento da religião e, portanto, viabilizar a constitucionalidade de um benefício à religião. É em atitude deste tipo, e com a mesma disposição igualitária que ofereço estas condições, bastante semelhantes às sugeridas pela autora, para interpretar a CF/88.

### *Subseção 3.2. Escolas abertas e o direito constitucional brasileiro*

Vale ainda apresentar a literatura brasileira de defesa do ensino confessional nas escolas públicas que, na ADI, foi defendida por Ação Educativa & outros, bem como pelo

---

*A não confessionalidade do ensino público (...) não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma, repita-se; pode permitir - deve permitir - todas, em liberdade e igualdade.*

(...)

*Tudo depende, em qualquer caso, de três requisitos:*

*1) Livre opção dos pais (ou de alunos a partir de 16 anos); o que implica - pois o direito ao ensino decorre do direito à religião - que esse direito seja exercido de forma positiva;*

*2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas, embora com a limitação objetiva do número de alunos candidatos ao ensino de cada religião e das respectivas condições práticas de leccionação (...)*

*3) Ensino ministrado por docentes indicado por cada confissão, sob a responsabilidade e com programas por ela definidos." MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3a Ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2000, p. 438 *apud* PGR, 2005, pp. 7-8 da peça, 338-9 do processo, item 18, não acrescentei itálicos, reticências (...) como na peça. Veja ainda o parecer do CNE (1997 in AGU, 2010a), LOBO DA SILVA (2015, pp. 288-9, em trecho citado acima), bem como o comentário de MONTEIRO (1997, itens 4.2. e 5.4., mencionando Canotilho e Vital Moreira). ALMEIDA (2008, p. 233) comenta a peça e o fato de que Fonteles fez a citação para ressaltar que Miranda diz que é possível ensinar religião católica nas escolas; a referência não me parece ter o sentido de que o catolicismo é permitido especificamente). Veremos abaixo que o terceiro item, em razão do segundo, precisa ser visto com cuidado e que, neste ponto, assiste razão à CNTE (2004), inclusive por razão salientada por ALMEIDA (2008, pp. 230 e ss.). Com esta menção a obra portuguesa não pretendo defender o modelo de ensino religioso adotado em Portugal (faço esta observação em resposta a comentário feito pelo prof. Dr. Júlio César Casarin Barroso Silva na banca desta tese).*

<sup>628</sup> NUSSBAUM, 2008, esp. pp. 266, 274 356-7. Veja ainda LAYCOCK (2010, p. 274).

<sup>629</sup> No original, "equality-based endorsement test", NUSSBAUM, 2008, p. 251. Veja ainda pp. 247 e 271 para critérios que, preenchidos, permitem, na jurisprudência norte-americana, os símbolos religiosos em locais públicos.

Min. Alexandre de Moraes. Destacam-se, entre trabalhos de doutrina, o de Anna Candida Ferraz, bem como o de Nilton Freitas Monteiro. O parecer de João Monlevade e João Artur Gianotti pelo Conselho Federal de Educação também são mencionados<sup>630</sup>. Por fim, o modelo trazido pela primeira redação do art. 33 da LDB também se insere nesta tradição. Em suma, defende-se que as escolas sejam "abertas" às religiões na forma de disciplinas que não funcionam como outras, e que são lecionadas por religiosos e não pelo estado<sup>631</sup>; portanto, "o ensino religioso nas escolas públicas pode ter natureza confessional"<sup>632</sup>. Este modelo, a meu ver, tem corpo próximo ao extraível da literatura norte-americana, que identifica a manifestação religiosa nas escolas públicas como adequada se o acesso é igualitário, se a prática é realizada pelos alunos (ou por decisão de seus pais), e não pela escola (que é parte do estado), e se realizado sem coação. Esta tese endossa esta tradição, com ressalvas. Gostaria de apresentar alguns dos detalhes desta tradição e, em seguida, apontar algumas das suas limitações.

A Ação Educativa & Outros definem sucintamente esta visão após citar a bibliografia mencionada no parágrafo anterior:

"Ao se entender, segundo os autores e documentos acima mencionados, que o ensino religioso é o *espaço* e o *tempo* oportunizado às diferentes igrejas e crenças para que implementem a educação facultativa sem ônus diretos para os cofres públicos, caberia ao Estado regular a forma de solicitação de tal faculdade, evidentemente, não incidindo sobre o conteúdo, mas assegurando que a oferta do ensino religioso não venha a conflitar com as atividades e propósitos primários da escola pública ou causar conflitos internos à comunidade escolar".<sup>633</sup>

---

<sup>630</sup> AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS, 2012 o cita quase que integralmente (CNE, 1997), também comentado em ZYLBERSTAJN (2016, pp. 166-7, que também analisa outros pareceres do órgão, pp. 166 e ss.). O parecer disse respeito à redação da LDB revogada em 1997 (veja BARROSO, 2017, pp. 11-12 e PINHEIRO, 2017). MORAES faz o seguinte comentário após mencionar o tema na década de 1930: "pois desde essa primeira previsão constitucional, o *ensino religioso* baseia-se no imprescindível respeito ao binômio *Laicidade do Estado* – ao não permitir que o Poder Público imponha como dever uma disciplina sobre determinada crença religiosa – e *Consagração da Liberdade Religiosa* – ao garantir a facultatividade da disciplina, em respeito aos agnósticos e ateus e o *direito subjetivo* dos alunos de, voluntariamente, por si ou pelos pais/responsáveis, ter ministrada a matéria de acordo com os princípios de sua própria confissão religiosa, e não por conteúdo imposto pelo Poder Público." (2017, p. 12, itálicos no original; veja ainda p. 16, comentando a "tradição constitucional brasileira", que teria sido mantida na CF/88; veja ainda LOBO DA SILVA (2015), MONTEIRO (1997) e, em contraste, veja DE MELLO (2017, pp. 34 e ss.), para quem há uma diferença saliente entre as Constituições de 1934 e a de 1988 quanto ao ensino religioso (veja ainda pp. 17 e ss., 21 e ss. e p. 23 para comentários sobre a história do tema no direito constitucional brasileiro). Veja ainda ALMEIDA (2008, cap. 3).

<sup>631</sup> Veja PINHEIRO (2017) para destaque desta questão. Veja referências em notas abaixo.

<sup>632</sup> LEWANDOWSKI (2017, p. 10).

<sup>633</sup> AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS, 2012, p. 28, itálicos no original (veja ainda pp. 64, 66 etc.); Veja FERRAZ (2008, pp. 63 e ss., 69, 70, 73, 74, 81 e ss., 85; a autora usa a expressão "abre-se (...) espaço": p. 63 - veja similar na p. 69). Para terminologia semelhante, veja CNE (1997) in AGU (2010a) e MONTEIRO (1977,

Os elementos corretos desta visão podem ser divididos em cinco<sup>634</sup>: 1) o ensino religioso é disciplina diferente das demais, 2) o estado não estabelece seu conteúdo, 3) não seleciona o professor, 4) o ensino guarda conformidade com a religião indicada pelo aluno (ou pais), e 5) matrícula é facultativa, e não obrigatória ou em regra. Quanto ao primeiro ponto, contrasta-se a disciplina de ensino religioso das demais, como a geografia ou a matemática<sup>635</sup>.

---

esp. 5.5., e itens *c* e *d* de "Conclusões"). Veja DE MORAES (2017, pp. 6-7). Para análise do modelo, veja SEFERJAN (2012, pp. 118 e ss., comentando FERRAZ). Para crítica, veja XI-DH, 2016 (pp. 28, 37, 38), UERJ DIREITOS (2016, p. 18-9, citando a manifestação da AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS) e BARROSO (2017, p. 12, comentando CNE (1997) e 18, bem como pp. 24-5 para os critérios que propõe) e ALMEIDA (2008, cap. 3). Notadamente, XI-DH defende que o ensino religioso seja ofertado pelo Estado (2016, p. 25). DA SILVA (2015), seguindo Martínez Blanco, apresenta o "denominado sistema do livre acesso, em que o poder estatal se limita a ceder<sup>61</sup> o espaço físico da escola pública para que as confissões religiosas ministrem o ensino religioso às suas custas, fora do horário letivo e sem que esse ensino integre o currículo escolar<sup>62</sup>.", p. 288; n. 61 com a seguinte redação; "Convém salientar que, através da "cessão", o Estado atua positivamente (dimensão positiva da liberdade em análise).", n. 62 com a seguinte redação: "Como esclarece Martínez Blanco (1996, p. 728), no sistema do livre acesso, as escolas públicas põem à disposição das confissões religiosas um espaço físico e moral de liberdade para o livre ensino religioso da respectiva confissão, desde que solicitada pelos alunos. Nele não há a inclusão da disciplina da religião nos planos de estudo, já que é optativa, nem o financiamento do ensino pelo Estado." Veremos abaixo, ainda, que a autora está correta ao destar da tradição e defender a possibilidade de remuneração dos professores pelo estado. Resume a autora em seguida: "ensino religioso nas escolas públicas laicas deve apresentar as seguintes características: a) deve ser o ensino de todas as religiões, de acordo com a demanda dos alunos, e não apenas o ensino de determinadas convicções religiosas, sob pena de ferir o princípio da neutralidade da escola laica; b) deve ser ministrado sob a responsabilidade das diversas confissões religiosas, e não sob a responsabilidade do próprio Estado, pois aí ele estaria exercendo típica função religiosa, o que lhe é vedado pelo precitado princípio da separação<sup>63</sup>; c) deve ser garantido em condições iguais para todas as religiões, sob pena de violar a neutralidade estatal e a igualdade religiosa exigidas de um Estado laico<sup>64</sup>.", pp. 288-9, n. 63 a Jorge Miranda (veja nota acima com citação de PGR, 2005) e n. 64 a Mantecón Sancho (veja ainda p. 291).

<sup>634</sup> PINHEIRO (2017) defende este modelo e destaca a inconstitucionalidade de o estado prestar o ensino religioso, elemento crucial a ser considerado e coerente com a literatura norte-americana trabalhada acima. Ainda, a autora apresenta o modelo defendido por Anna Candida Ferraz em quatro itens: "1) que "tão somente cabe ao Estado assegurar que, nos horários normais do ensino fundamental, o ensino religioso de qualquer religião possa ser ministrado, desde que solicitado pelo aluno", ou seja, que "ao Estado cumpre abrir espaço físico", pois não pode ele "se imiscuir em matéria religiosa ou ensinar religião"<sup>18</sup>; 2) que cabe à entidade profissional desicumbir-se da tarefa de ministrar o ensino religioso<sup>19</sup>; 3) que a contratação e a remuneração dos professores de ensino religioso "deve ser resolvida no âmbito das confissões religiosas"<sup>20</sup>; 4) que não compete às autoridades públicas, em tema de ensino religioso, "fixar-lhe o conteúdo, as regras de desenvolvimento, etc<sup>21</sup>".", item III, notas a Anna Ferraz. Acredito que, nesta divisão, o número 1 seja descrição geral do modelo, que 2 e 4 estejam corretos, mas acredito também que haja outras questões a serem consideradas (que PINHEIRO menciona, mas não inclui nesta lista), como a facultatividade e diferença com outras disciplinas (destacada em MONTEIRO, 1997, por exemplo e, de certa forma, também em PINHEIRO); ademais, há o tema da remuneração, que, a meu ver, não é tratado adequadamente por esta literatura (o número 3, portanto, é parcialmente correto), salvo por LOBO DA SILVA (2015).

<sup>635</sup> Veja AJUCARJ (p. 10, *d.*), AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, pp. 18 e ss., esp. pp. 19-20 com referência a MONTEIRO, 1977 e a FERRAZ, em artigo de 1977 republicado em 2008), MONTEIRO (1997, itens 4.5., 4.6), FERRAZ (2008, p. 82), PINHEIRO (2017), BARROSO (2017, pp. 19, 24), DE MORAES (2017, pp. 4, 9, 16, 20, 22), LEWANDOWSKI (2017, p. 4: "Ademais, um dos principais consectários da facultatividade consignada na Constituição é que tal característica se espalha para todos os aspectos do ensino religioso, que, aliás, perde seu caráter estrito de disciplina integrante do currículo obrigatório"). Em contraste, veja JENSEN (2007), XI-DH (2016, pp. 41-2, 43) e ALMEIDA (2008, cap. 3).

Certamente esta é condição para a não ocorrência de estabelecimento da religião, pois a autoridade que o estado exerce na oferta das disciplinas ordinárias não pode ser exercido quanto à religião sob pena de violação da regra secular que deve guiar sua atuação.<sup>636</sup> Próximo a este ponto é o segundo: enquanto é natural que o estado fixe o conteúdo mínimo das disciplinas (e a CF-88 diz que deve fazê-lo), não pode a escola fixar o conteúdo do ensino religioso, pois esta tarefa recai sobre as religiões<sup>637</sup>. Ademais, e em terceiro lugar, não pode o estado escolher quem lecionará: esta é tarefa a ser exercida pelas crianças (ou, naturalmente, pelos pais)<sup>638</sup>, que podem (e supõe-se que farão) transferir a escolha para as entidades religiosas a que pertencem. E qual será esta entidade? Este é o quarto ponto. A religião que será ensinada será a do aluno, e não uma versão neutra ou predominante.<sup>639</sup> Por fim, e em quinto lugar, a matrícula deverá ser facultativa, como determina a Constituição e o exigiria de qualquer modo a vedação do estabelecimento de culto, e não obrigatória.<sup>640</sup> Em suma, neste modelo, "abrem-se as portas" da escola à religião.<sup>641</sup>

---

<sup>636</sup> Este ponto é salientado por LAYCOCK (1986-7) em trecho citado acima, e tem destaque no voto de LEWANDOWSKI (2017). Veja ainda MACHADO (2010, p. 757, com referência a Martins & Bastos e Ferreira Filho; veja citação em nota acima). Veja referências na nota anterior.

<sup>637</sup> Veja CNBB (2017, pp. 19-20 (citando MONTEIRO, 1997) e p. 29), AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012), MONTEIRO (1997, itens 1.6, 4.2., 4.4. e 4.5., bem como letra *c* das "Conclusões"), FERRAZ (2008, pp. 62, 68, 73, 74 (mencionando João Barbalho), 78, 82, 75 (citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 85), PINHEIRO (2017, pp. 2, 7-8, 9, 10), BARROSO (2017, pp. 19 e ss., 24), DE MORAES (2017, esp. pp. 22-3 (citando Celio Borja)), LEWANDOWSKI (2017), de MELLO (2017, pp. 34, 35) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 288-9, 293-4, 294, 295, 296).

<sup>638</sup> SAJ (2010 in AGU, 2010a, item 22, citado em nota acima), CNBB (2017, pp. 20, 25-6 e 29), AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, p. 66, por exemplo, citando o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos), MONTEIRO (1997, itens 4.4., 4.5. e 6.2.), FERRAZ (2008, pp. 74 e ss, 75, 77-8 (estado não contrata), 78 (citando Jacques Robert)), PINHEIRO (2017), DE MORAES (2017, pp. 23-4, 26), LEWANDOWSKI (2017), LOBO DA SILVA (2015, p. 289, n. 63, citando Jorge Miranda). Veja ainda XI-DH (2016, pp. 41 e ss.) e BARROSO (2017, p. 3, n. 5 ementa, pp. 15 e 20).

<sup>639</sup> CNBB (2017, p. 1, pp. 21-2, citando MONTEIRO (1997) e pp. 29-30, 33), MONTEIRO (1997, esp. item 7.2.) FERRAZ (2008, pp. 69, 80, (citando Pinto Ferreira), 72 (citando Pontes de Miranda sobre a Constituição de 1967), 79, 83), DE MORAES (2017, pp. 5 e ss., 16 e ss., 20 e ss.), LEWANDOWSKI (2017), DE MELLO (2017, p. 21, citando a Constituição de 1891, o que não teria sido repetido na CF/88), LOBO DA SILVA (2015, pp. 286, 288-9, 293 e 295) e PINHEIRO (2017, altura da nota 12, em que cita Manuel Gonçalves Ferreira Filho).

<sup>640</sup> XI-DH (2016, pp. 23, 23-4), AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, pp. 37, 42-3, 52-3, 42 e ss., 71 (citando trabalho da Relatoria Nacional do Direito à Educação da Plataforma DhESCA), MONTEIRO (1997, itens 4.4., 7.2, letra *f* da "Conclusões"), FERRAZ (2008, pp. 62, 71, 82), PINHEIRO (2017), BARROSO (2017, ementa, n. 5, pp. 3, 20, 23), FACHIN (2017), LEWANDOWSKI (2017, pp. 3 e ss.), DE MELLO (2017) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 286, 293 e 295). Não haverá oferta se não houver demanda dos alunos (MONTEIRO, 1997, itens 5.4., 5.5, 7.3, 7.4. e "Conclusões" ) ou disponibilidade de interessados em lecionar (FERRAZ, 2008, p. 83).

<sup>641</sup> Neste ponto, a AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012), ao comenta o Parecer de Monlevade & Gianotti (CNE, 1997 in AGU, 2010a) diz o seguinte: "Amparado na interpretação do Conselho Nacional de Educação à redação original do art. 33 da LDB, havia até então uma diretriz legal que procurava preservar o caráter laico do Estado, que seria afetado caso este passasse a financiar a formação religiosa nas escolas. A compatibilização

Há, entretanto, alguns pontos que precisam ser salientados. Nestes, a meu ver, esta tradição erra.

Em primeiro lugar, é importante salientar crítica feita pela CNTE à lei do RJ na ADI<sup>642</sup>. A lei carioca incorpora diversos aspectos do modelo defendido por parte da doutrina constitucional brasileira, como a forma confessional, a preferência por pais ou estudantes etc..<sup>643</sup> A CNTE defendeu modelo não-confessional de ensino<sup>644</sup>, o que, como visto, não é o

---

entre os artigos 19, I e II, e 210, §1º CF assim se daria: *o Estado abriria as escolas públicas para que as diferentes denominações religiosas lá ofertassem, de modo associado (interconfessional) ou individualmente (confessional), o ensino religioso, sendo este facultativo aos estudantes*. Caberia, portanto, às organizações religiosas que assim entendessem, ocupar, sem ônus para as administrações públicas, o espaço a elas disponibilizado nas escolas, arrematando dentre seus fiéis e sacerdotes os professores de ensino religioso. Caso as confissões religiosas não disponibilizassem tal ensino, não caberia ao Estado assegurá-lo, uma vez que estaria impedido de financiar tal conteúdo." (p. 30, itálicos acrescentados; veja ainda p. 67 e pp. 25-6, citando CNE (1997), disponível em AGU(2010a)). A peça da AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS cita literatura importante da tradição constitucional que admite o ensino confessional nas escolas públicas (com efeito, pela peça cheguei aos trabalhos de FERRAZ (2008) e MONTEIRO (1997)). AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012) cita Anna Cândida Ferraz (pp. 19 e ss., 22 e ss.), Nilton de Freitas Monteiro (pp. 19 e ss.), o parecer de Gianotti e Monlevade (pp. 25 e ss.) e trecho de Canotilho e Vital Moreira (pp. 27 e ss.) (autores também mencionados pelo Tribunal Constitucional Português em trecho citado por DE MORAES, 2017, p. 24 e por MONTEIRO, 1997, item 4.2.). Estes trabalhos convergem na construção de uma doutrina constitucional que admite o ensino religioso confessional nas escolas públicas. Incluo na bibliografia desta tese parte dessas obras, mas a análise detida e as citações extensas feitas na peça torna desnecessário tratamento alongado desta bibliografia para além do feito neste capítulo. Mas veja PINHEIRO (2017, fim do item II): "As balizas, no entanto, a serem necessariamente seguidas pelas leis regulamentadoras do dispositivo do § 1º do art. 210 (que, no mundo dos fatos, está na Constituição e tem força normativa<sup>14</sup>), para se adequarem às exigências impostas pela cláusula da separação e para que não violem a igualdade na liberdade religiosa, devem ser, no entanto, as seguintes: a do absoluto voluntarismo em matéria de frequência e a da irrestrita facultatividade na aderência, o que veda o ensino transversal; a da não-imposição de ônus aos cofres públicos, a quem não compete o exercício de funções tipicamente religiosas; a da não ingerência dos poderes públicos no mérito, no conteúdo, de doutrinas e pensamentos a serem ministrados e nem na seleção dos respectivos professores (de forma a se conservar sua não-ingerência dogmática); a da necessária igualdade entre pensamentos religiosos e anti-religiosos (devendo ser ministradas quantas aulas quantas forem as crenças professadas, aí incluídos o pensamento ateu, agnóstico ou humanista secular); a da não interferência das doutrinas religiosas em disciplinas como ciências (sendo vedado o ensino do creacionismo em detrimento do evolucionismo) e a do estabelecimento de um esquema de horários que viabilize, sem a imposição de qualquer fardo, aos alunos que não desejem tomar parte das aulas de ensino religioso, o envolvimento em atividades diversas, seja na própria escola, seja em casa.", nota 14 com citação a Anna Cândida Ferraz, mencionada também no item III. Entre os ministros, quem mais claramente defendeu esta literatura foi DE MORAES (2017). Com isso não quero dizer que não haja variações e divergências entre os defensores do modelo, mas que ele apresenta direcionamento claro e, a meu ver, convincente, de solução da questão sem cair nos enganos que atraíram a PGR, o relator e a minoria no STF.

<sup>642</sup> AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS (2012, pp. 44-5), CNTE (2004) e SEFERJAN (2012, pp. 122 e ss.).

<sup>643</sup> CNTE, 2004, item 1. Veja LOBO DA SILVA (2015), que, com razão, defende este modelo e elogia a lei carioca (pp. 292 e ss.): "Nesses dispositivos, a Lei Estadual no 3.459/2000 estabelece, acertadamente, que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser ministrado sob a responsabilidade das confissões religiosas, e não do Estado, o qual deverá apenas garantir as condições necessárias para seu funcionamento. Desse modo, evitou que o poder estatal tomasse para si responsabilidade típica da esfera religiosa, violando, por conseguinte, o princípio constitucional da separação Estado/Igrejas", p. 294 (veja ainda pp. 295 e 296). Mas a autora não se ateve ao ponto em que assiste razão à CNTE (veja, por exemplo, p. 294).

<sup>644</sup> CNTE, 2004, itens 43, 51.

único constitucional. A despeito disso, trouxe crítica interessante e procedente a pelo menos um ponto da lei carioca que não pode ser negligenciado, a saber, os termos em que o estado pode "credenciar" entidades ou indivíduos privados a lecionar religião nas escolas públicas. A lei sustenta que a "autoridade religiosa competente" credenciará o docente.<sup>645</sup> O problema do dispositivo, salienta a CTNE com razão, é que promove aliança entre organização religiosa e o estado, o que a Constituição veda.<sup>646</sup> Com efeito, a lei tem um problema sério de igualdade, pois exige coisa que nem toda religião tem, a saber, a autoridade:

"(...) o desrespeito aos *valores culturais* de índole religiosa inseridos no art. 210 da Constituição por parte dos artigos 2º, II, e 3º da Lei Estadual fluminense nº 3.459/2000 constata-se na medida em que inúmeros segmentos religiosos de origem evangélica, espírita e afro-brasileiras desconhecem o conceito de *autoridade religiosa*, porquanto não dispõem da mesma estrutura hierárquica e administrativa presente em outras instituições seculares, tais como nas igrejas Católica, Presbiteriana e Judaica, a título exemplificativo.

49. Deste modo, a teor dos artigos 2º, II, e 3º da Lei Estadual atacada, infere-se que as religiões não organizadas sob hierarquia administrativa encontram-se destituídas da prerrogativa de ministrar sua filosofia na Rede Oficial do Estado do Rio de Janeiro, bem como de determinar o conteúdo do ensino religioso, determinação esta que não encontra amparo na Carta Política brasileira."<sup>647</sup>

A tese da CNTE de que a lei carioca cria "distinções com base no credo dos cidadãos para permitir-lhes ou negar-lhes acesso ao cargo de Professor de Ensino Religioso"<sup>648</sup>, portanto, procede (ainda que a existência de tal cargo seja juridicamente questionável). O fato de que quem oferece o ensino não deve ser o governo, mas indivíduos privados, não autoriza ao estado utilizar sua força coativa para aceitar somente indivíduos que tenham sido selecionados pelas organizações. Esta é a crítica da CNTE à lei do RJ que deve ser acatada.

Como salienta Nussbaum, há religiões em que não há professores<sup>649</sup>. Gary Wills, em resenha de livro de Fitzgerald sobre os evangélicos nos EUA, salienta diversas de suas características, e enxerga nesta visão de religião a ideia de que "a multidão credencia o

---

<sup>645</sup> CNTE, 2004, item 56, citando art. 2º, II da Lei.

<sup>646</sup> CNTE, 2004, itens 54 e ss.. ZYLBERSTAJN (2006, pp. 170, 175). No item 58, a CNTE (2004) parece sugerir que haveria uma espécie de credencialismo que não caracteriza aliança. Mas em geral parece atacar qualquer tipo, tanto que faz sugestão de ensino não-confessional. Esta tese geral da petição não deve ser acatada, mas isso não impede que se aproveite o que há de correto na sua impugnação à lei.

<sup>647</sup> CNTE, 2004, itens 48-9, itálicos e negritos no original. Veja ainda item 60, para descrição da possibilidade de "descredenciamento sumário do docente", bem como item 64. Veja ainda MACHADO (2010, p. 761 e ss., esp. p. 762), SEFERJAN (2012, p. 122), LOBO DA SILVA (2015, pp. 291 e ss.), BALDI (2016) e ZYLBERSTAJN (2016, pp. 175, 222, 224). Veja, em especial, ALMEIDA (2008, esp. cap. 3); o autor, ao citar parte do trecho que citei, atribui este argumento da CNTE sobre as religiões sem autoridade a Carlos Minc (p. 231; veja ainda pp. 230-2, 247 e ss., 256-7).

<sup>648</sup> CNTE, 2004, item 3 (veja ainda item 64, citando Celso Antônio Bandeira de Mello).

<sup>649</sup> NUSSBAUM, 2008, pp. 93-4.

pregador".<sup>650</sup> O problema do credencialismo, portanto, é que pode privilegiar algumas religiões em detrimento de outras: privilegia as que demandam algum tipo de formação para o exercício do sacerdócio ou da função religiosa em detrimento de outras que por vezes não têm algum critério formal de identificação dos ministros<sup>651</sup>. Este modelo viola a regra secular de justiça porque não trata as religiões com igualdade. Não pode, portanto, ocorrer. O estado não pode exigir formação específica dos docentes porque fazê-lo assume responsabilidade sobre as condições que um ministro deve ter para habilitar-se ao ensino<sup>652</sup>; não pode, ademais, exigir que o pregador tenha sido ou que continue aceito por uma religião específica. Esta é decisão que deve ser tomada pelos indivíduos em exercício da sua liberdade de religião. Assim, suponhamos que um grupo de alunos católicos escolham ter aula com um padre excomungado. Poderão? Naturalmente, e em hipótese alguma poderá o estado usar a excomunhão do padre para impedir o ensino. Naturalmente, também, os alunos poderão entregar a escolha do professor a uma autoridade de sua igreja, e esta escolha poderá, aí sim, incluir critérios como abandono de fé ou expulsão da comunidade para "descredenciar" um ministrante. O que a lei fluminense faz e que é inconstitucional é saltar os portadores da liberdade: os alunos. É aqui que começa a desigualdade e a diminuição da liberdade<sup>653</sup>. Outros pontos precisam ser trabalhados para a especificação do credenciamento compatível com a constituição.<sup>654</sup> Por

---

<sup>650</sup> WILLIS, 2017, traduzi.

<sup>651</sup> Este argumento não pode ser confundido com o oferecido por XI-DH (2016) contra o modelo disponível na literatura brasileira e defendido nesta tese. A crítica é a seguinte: "A abstenção do Estado e a abertura das portas da escola para igrejas, ainda que sem qualquer remuneração por parte do Estado, não tornam o Estado neutro. Ao contrário, tal postura contribui para privilegiar aquelas poucas igrejas que têm organização e recursos suficientes para estar presentes nas escolas. As demais igrejas e religiões, que ou não têm organização ou recursos, ou não possuem tendências expansionistas, seriam prejudicadas, violando mais do que a laicidade estatal, o próprio direito à liberdade de crença, do qual faz parte o dever de o Estado garantir um ambiente social que favoreça a manifestação saudável de todos os credos" (XI-DH, 2016, p. 28; veja ainda pp. 37, 38). A crítica da CNTE à lei carioca diz respeito à exclusão das organizações que não têm carreira, por exemplo. Este argumento, ao contrário daquele oferecido no trecho citado, é convincente.

<sup>652</sup> FERRAZ, 2008, p. 85, salientando que o estado não pode exigir "grau de formação" do professor de religião.

<sup>653</sup> Por exemplo, LAYCOCK, 2010, pp. 124-5, trecho citado em nota acima.

<sup>654</sup> Alexandre de Moraes comenta o tema: "Competirá ao Estado, em observância ao *princípio da igualdade*, estabelecer regras administrativas gerais que permitam a realização de parcerias voluntárias sem transferências de recursos financeiros, em regime de mútua cooperação com todas as confissões religiosas que demonstrarem interesse, para a consecução do dispositivo constitucional, em termos semelhantes aos previstos na Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015.

Não se diga que a realização dessas parcerias voluntárias é inexecutável, pois bastará às respectivas Secretarias de Educação realizarem prévio *chamamento público* para cadastrarem as confissões religiosas interessadas. Posteriormente, no período de matrícula da rede pública, deverão ser ofertadas as diversas possibilidades para que os alunos ou seus pais/responsáveis legais, facultativamente, realizem expressamente sua opção entre as várias confissões ofertadas ou pela não participação no ensino religioso. Com a demanda definida, o Poder Público poderá estabelecer os horários, preferencialmente nas últimas aulas do turno, para que haja a liberação

hora basta indicar que o Estado não pode utilizar a burocracia eclesiástica para selecionar professores de modo que dificulte acesso às religiões que não têm esta burocracia.

Em segundo lugar, ademais, há questão do pagamento dos professores. Em geral, não é admitido nesta literatura<sup>655</sup>. A jurisprudência norte-americana sobre estabelecimento parece também não ver com bons olhos uso de recursos públicos para "indoctrination"<sup>656</sup>. A meu ver, não há problema constitucional aqui se outros requisitos estiverem atendidos, como os que a literatura menciona (haver decisão privada, opção secular, igualdade na distribuição etc.). Neste ponto, está correta a CNBB ao sustentar que professores de religião podem receber financiamento do estado<sup>657</sup>. A meu ver, isso pode ocorrer em circunstâncias bastante restritas, mas a conclusão adequada é a de que é possível, como defende Fabiana da Silva.<sup>658</sup>

Além destes dois pontos concretos, a meu ver há um erro mais abrangente na literatura mencionada, e que é capaz de explicar por que estes autores chegam à conclusão equivocada a respeito do financiamento dos professores de ensino religioso. Crucialmente, a literatura brasileira entende que há um conflito entre a permissão do ensino religioso e a norma que veda a subvenção da religião e o estabelecimento de culto (art. 19, I).<sup>659</sup> Se ensino

---

daqueles que não pretendam participar, utilizando-se, inclusive, de rodízios de períodos, se assim for necessário.", MORAES (2017, p. 25, itálico no original). E ainda, comentando a prestação religiosa em presídios: "Ao Estado coube a materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa, também plurirreligiosa, ou seja, de tantos credos quanto aqueles solicitados pelos internos e ministrados de acordo com os princípios de sua confissão religiosa.", MORAES, 2017, p. 26; veja ainda MACHADO (2010, p. 757). Estas propostas têm aspectos positivos. Entretanto, a questão que a CTNE trouxe permanece. Simplesmente chamar as religiões não é adequado.

<sup>655</sup> AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS, pp. 28-9, PINHEIRO (2017, item II), MONTEIRO (1997, conclusão, e), e FERRAZ (2008, pp. 49, 51-2, 74, 74 e ss., 80, 84) negam a possibilidade de pagamento. ALMEIDA (2008, p. 262) defende que o ensino interconfessional que propõe possa ser financiado.

<sup>656</sup> Ver comentário de KOPPELMAN sobre a contribuição da Juíza O'Connor (2013b, p. 109 (trecho citado acima) e p. 114); veja ainda ESBECK (2007, pp. 379-8).

<sup>657</sup> CNBB (2017, p. 32); não se elaboram, entretanto, os critérios que tornam o pagamento possível.

<sup>658</sup> Ver LOBO DA SILVA (2015, esp. 289 e ss., para defesa da possibilidade do financiamento a partir de menção ao caso *Lemon*, nos EUA, e de análise da separação similar à defendida por MACLURE & TAYLOR, que a vêem como meio, e não fim; em especial, diz a autora, que o estado, "caso opte pelo sistema de financiamento, está obrigado a cobrir as despesas com o ensino de todas as religiões, em igualdade de condições.", p. 289 (veja ainda p. 281, n. 39, pp. 294 e 296). A autora considera o ensino religioso nas escolas públicas ele mesmo uma exigência de atuação positiva do estado (pp. 286-7, 295-6). O financiamento costuma ocorrer em regimes que privilegiam certas religiões (OLIVA, 2008), mas isso não significa que qualquer financiamento caracterize violação da regra secular de ação do estado.

<sup>659</sup> Por seguir FERRAZ (2008, pp. 43 e ss. (citando Jorge Miranda), 44, 50, 7), a AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS erra também (2012, pp. 22 e ss.). AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS observa que, para FERRAZ, o ensino religioso nas escolas públicas é um exercício da liberdade de religião (p. 22); MONTEIRO (1997) teria tese similar (AÇÃO EDUCATIVA & OUTROS, 2012, p. 27); a ANAJURE (2015, p. 11) e a CNBB (p. 1, 20 e ss. (seguindo MONTEIRO, 1997), 29) e MORAES (2017, p. 3-4, sustentando que a proposta da inicial é espécie de "censura prévia", p. 3) defenderam esta afirmação. Com efeito, FERRAZ (2008) entende o ensino religioso



religioso é exceção à laicidade do estado e se pode ser prestado sem pagamento, ou seja, se há interpretação elegível da constituição que não inclui o pagamento, então é certo que o pagamento deve ser evitado porque, ao não ocorrer evita-se exceção ainda maior à norma constitucional<sup>660</sup>. Se se mostra, entretanto, que nem todo pagamento é problemático do ponto de vista secular, então temos uma análise que permite concluir que nem todo pagamento é subvenção da religião ou estabelecimento de culto. Vimos a literatura norte-americana construída em torno do caso *Emerson* para delimitar o pagamento admissível. Escola que se abre só à religião talvez não possa financiá-la, mas escola que se abre a outras opções, que é "public fora" no sentido de Laycock e da lei dos EUA, pode tranquilamente, ainda que com limitações, fazê-lo (embora suspeito que Laycock não aceitaria esta conclusão). Em suma, não é qualquer dos modos de financiar a religião que pode ser considerado problemático do ponto de vista constitucional.<sup>661</sup>

Em resumo, é necessária interpretação de "estabelecimento", e não só de "ensino religioso". Esta tese adere à parte da doutrina constitucional brasileira que remonta à década

---

como uma manifestação da liberdade de crença (pp. 57, 62-3, 69, 82, 84), mas não um direito subjetivo dirigido contra o estado (p. 67), e sim um direito individual de optar (p. 84) que é dos pais ou filhos (pp. 67-8). Esta tese, a meu ver, é acertada (veja, por exemplo, MONTEIRO (1977, 4.3., 6.1. e ss.), RUSSO (2015, esp. p. 28) e LOBO DA SILVA (2015, pp. 279 e 283 e ss. e 295, mas veja, em sentido aparentemente contrário, p. 287, citando SORIANO). Entretanto, há um erro nestas manifestações, que consiste em enxergar que este exercício é exceção constitucional criada pelo dispositivo que trata do ensino religioso (FERRAZ, 2008, p. 62, por exemplo; veja comentário de SEFERJAN (2012), p. 118 a FERRAZ). A meu ver, não se trata de exceção, mas de decorrência do modelo secular da Constituição. Veja ainda XI-DH (2016, p. 22); MONTEIRO (1977, itens 5.2., 5.3. e letra b de "Conclusões"), BARROSO (2017, p. 14) e DE MORAES (2017, p. 4, entre outras) para visões convergentes a FERRAZ quanto a este tema teórico do conflito e exceções. Na literatura estrangeira, MACLURE & TAYLOR, parecem endossar esta visão, sobretudo ao criticarem Henri Pena-Ruiz (2011, pp. 24 e ss.). A CNBB, comentando MONTEIRO (2017) e FERRAZ (1997, versão anterior de 2008), sustenta que a norma constitucional de permissão de ensino religioso tem "caráter excepcional" CNBB (2017, p. 21; a peça também cita J. Afonso da Silva para propósito similar: veja pp. 15-7). LEWANDOWSKI cita FERRAZ para este propósito (2017, pp. 9-10, e p. 10 "especial proteção", com menção a manifestação da constituinte Sandra Cavalcanti, n. 13, p. 10).

<sup>660</sup> MONTEIRO (1997, item 5.3., letra b das "Conclusões") e FERRAZ (2008) são bastante claros a este propósito (ver pp. 74 e ss., esp. p. 75). Para FERRAZ, a permissão de ensino religioso nas escolas públicas é uma exceção trazida pela própria constituição, que deve ser interpretada restritivamente (pp. 54-5, 63, 74, 81, 84; em especial, veja 51 e ss., esp. pp. 54-5, e p. 48 para referências a Celso Bastos, José Afonso da Silva e Elival da Silva Ramos; veja referências anteriores a MONTEIRO, 1997); se o ensino é exceção (FERRAZ, 2008, p. 62), ausência de previsão de pagamento de professores inviabiliza o pagamento (pp. 74 e ss., esp. p. 74) ou o fornecimento de materiais escolares ao ensino religioso (p. 74).

<sup>661</sup> Veja referências acima a LOBO DA SILVA (2015). Isto se explica por consideração do significado de regime secular. Mas a doutrina brasileira não analisa a questão com a profundidade necessária. Essa ausência de teorização da justiça, igualdade, liberdade etc. foi notada por David Francisco Lopes Gomes e eu a respeito da doutrina da proporcionalidade a partir de Dworkin (GOMES & ROSA: 2017; veja ainda ROSA: 2015b). A meu ver, os defeitos da doutrina brasileira da liberdade de religião talvez sejam análogos aos que apontamos. Veja ainda ROSA (2015a) sobre problema similar no caso da Marcha da Maconha no STF. Escapa aos propósitos desta tese proceder a análise detalhada destes problemas para além do mencionado.

de 1930, que tem respaldo de pelo menos parte da doutrina portuguesa, que foi entre nós avançada a partir da CF/88 por Anna Cândida Ferraz, Nilton de Freitas Monteiro, bem como por João Monlevade e José Arthur Gianotti e que, na ADI, foi articulada e proposta pela Ação Educativa & Outros, pela CNBB e pela ATEA<sup>662</sup> bem como pelo ministro Alexandre de Moraes<sup>663</sup>. Há, nesta tradição, alguns problemas, como a defesa de conflito do parágrafo primeiro do artigo 210 com o art. 19, I. A meu ver, as normas são harmônicas e caracterizam direito especial do aluno, que só pode ser restrito por justificativa que não diga respeito ao conteúdo da manifestação religiosa<sup>664</sup>. Mas ela é fundamentalmente correta, pois evita os erros do posicionamento contrário, representado na ADI pela PGR (autora da Petição Inicial) e pelo voto do relator, Min. Barroso. Passo a analisar brevemente alguns destes equívocos.

#### **Seção 4. A ADI 4429: o ensino religioso no Supremo Tribunal Federal**

Em 2017 o STF julgou a ADI 4439, proposta pela PGR (assinou a peça a Procuradora Geral da República em exercício Débora Macedo Duprat de Britto Pereira). A inicial pede que seja determinado que o ensino religioso permitido pela Constituição Federal é o não-confessional<sup>665</sup>. O pedido foi indeferido, em julgamento cujo acórdão, até onde sei dizer, não foi publicado. Entretanto, diversas manifestações estão disponíveis<sup>666</sup>. Entre elas, destacam-se colaborações na forma de *amicus curiae*, bem como votos de alguns ministros (alguns deles com marca d'água de "em elaboração" no documento). É possível, portanto, ter razoável ideia do que se passou no julgamento. Mencionei na seção anterior algumas destas manifestações. Em especial, situei as propostas endossadas nesta tese frente a pelo menos algumas das interpretações feitas no processo, notadamente a uma opção interpretativa da permissão constitucional do ensino religioso nas escolas que merece destaque. Gostaria, nesta seção, de fazer outros comentários sobre o caso. Não é meu objetivo oferecer imagem abrangente sobre os argumentos oferecidos na ação pelos diferentes atores, dos problemas ou méritos que têm,

---

<sup>662</sup> PINHEIRO, 2017.

<sup>663</sup> DE MORAES, 2017, pp. 4-5.

<sup>664</sup> LAYCOCK, 1986-7, p. 28.

<sup>665</sup> PGR, 2010, item 51. A petição esclarece que contou com a colaboração de Daniel Sarmiento, que assina UERJ DIREITOS (2016), manifestação com muitas semelhanças com a Inicial da PGR. XI-DH endossa a tese (XI-DH, 2016, pp. 2, 6-7, 10, 48). Veja ainda LOBO DA SILVA (2015, pp. 291-2) e ZYLBERSTAJN (2016, pp. 170 e ss.).

<sup>666</sup> EC/CR (2017) e CARNEIRO & FALCÃO (2017). A este propósito, agradeço a resposta de Geraldo Adilson Pereira, pelo Gabinete do Min. Roberto Barroso, a email a respeito do voto do ministro, bem como disponibilização do arquivo do voto.

tampouco analisar a solução a que chegou o tribunal. Meu objetivo, pelo contrário, é mencionar especificamente dois equívocos importantes que surgem nas manifestações. Especialmente, gostaria de fazer alguns comentários a respeito da petição inicial da PGR, que, naturalmente, defende visão distinta da defendida nesta tese, pois a autora sustenta que a única maneira de compatibilizar as duas cláusulas constitucionais (parágrafo primeiro do artigo 210 com o art. 19) é compreendendo o ensino religioso como não confessional.

Em primeiro lugar, vale observar o seguinte. A tese da petição tem um erro lógico saliente. O trecho em que o erro se revela é o seguinte. Ao comentar o modelo que defende, a saber, o modelo de ensino não confessional, a PGR sustenta que "Tal modelo, por não implicar endosso ou subvenção estatal a qualquer crença ou posição religiosa, é, como dito, o único compatível com o princípio da laicidade estatal"<sup>667</sup>. Do fato de que um regime é lícito não decorre que só ele o seja, isto é, que nenhum outro o seja. É claro que, para além deste problema, há outro: corretamente compreendida, a regra secular de justiça aplicável ao estado (ou, chamemo-la assim, se quisermos, a laicidade estatal) é violada pelo impedimento de se realizarem manifestações religiosas em local público porque há aí violação da independência ética e de direito especial à liberdade de religião. Mas mesmo que o modelo de ensino não confessional fosse compatível com a laicidade, daí não decorreria que o ensino confessional não seria. Este ponto é importante. A canção dos méritos do ensino não-confessional da religião não é suficiente para concluir que o ensino confessional viola a constituição. Um argumento adicional é necessário, e o erro lógico do trecho citado consiste em supor que este argumento é desnecessário e que a inconstitucionalidade de um modelo decorre da constitucionalidade de outro. Com isso não quero dizer que não haja argumentos contra o ensino religioso confessional, nem que a PGR não os tenha apresentado. Com efeito, o erro lógico do trecho parece não ter contaminado totalmente o restante da petição, embora os argumentos adicionais que oferece contra o ensino confessional não sejam convincentes. Mas é importante destacar o ponto de controvérsia: diz respeito aos supostos deméritos de um modelo, e não aos méritos do outro. A capacidade de convencimento da petição inicial fica deveras prejudicada quanto este aspecto elementar é tratado sem o devido cuidado.

Ainda, vale ressaltar que a ideia de ensino confessional a ser atacada pelos críticos também precisa ser delimitada. Tenho a suspeita que muito da afirmação generalizada da

---

<sup>667</sup> PGR, 2010, item 51, p. 4.

literatura de que o ensino religioso não pode ocorrer na escola pública é dirigida a uma das formas possíveis de ensino religioso. Em Laycock, esta forma parece incluir um "advisor" oferecido pela escola. Em outros casos, reflete o modelo europeu, em que não raro uma religião é privilegiada em detrimento de outras<sup>668</sup>. Naturalmente, estas opções estabelecem religião pois refletem endosso problemático à luz da regra secular de atuação do estado em relação à religião. Mas daí não decorre que qualquer ensino confessional de religião siga o mesmo caminho. Tampouco pode-se concluir das vantagens políticas ou democráticas do ensino não-confessional que o ensino confessional não seja compatível com a natureza secular do estado. Como visto, o argumento a favor do ensino religioso como ensino sobre as religiões tem um problema lógico se concebido como um argumento contra o ensino confessional. É que falta responder à seguinte pergunta: por que não os dois? Em outras palavras, defender que haja um tipo de ensino religioso confessional, sobre as religiões, obrigatório (como quer Jensen<sup>669</sup>) ou facultativo (como sugeriu o Ministro Luis Barroso - pois a CF/88 usa a expressão), não implica rejeitar um ensino confessional. É preciso de um argumento adicional que o rejeite. É evidente que, em um sistema jurídico como o nosso, em que texto constitucional fala em "ensino religioso", os juristas assumem que deve haver um tipo de ensino, que este ensino é religioso, e põem-se a trabalhar sua definição, que pode ser confessional ou não. Este modo de conceber o esforço é natural mas não pode enxergar num argumento (a favor de ensino religioso não-confessional) implicação que está fora dos seus limites lógicos (rejeição do ensino religioso confessional).

O que está por trás da rejeição do ensino confessional é outra coisa, e não a simples defesa do ensino religioso científico. É a visão de secularismo da autora da inicial, de Barroso e outros. É ela que precisa ser analisada, e não os méritos sociais ou acadêmicos do ensino científico. Segundo esta visão, o ensino confessional viola o regime secular. Esta tese de doutorado oferece concepção de secularismo que explica por que, observados certos limites, o ensino confessional nas escolas públicas é uma realização, e não uma violação, do regime secular. Este modelo é bastante próximo da proposta disponível no direito constitucional brasileira e levada aos autos da ADI pela Ação Educativa & Outros. O sustentáculo constitucional do modelo exige, entretanto, compreensão sobre o significado de vedação de

---

<sup>668</sup> Veja análise de OLIVA (2008) sobre Espanha e Itália; LOBO DA SILVA (2015, p. 289, n. 64, com referência a Mantecón Sancho).

<sup>669</sup> JENSEN, 2007.

estabelecimento e da regra secular de atuação do estado que o justifica. Parte significativa dos modelos de ensino religioso nas escolas públicas viola o próprio direito geral à independência ética, pois assume, na frase de Garnett com que comecei este capítulo, que as crianças estão em melhor situação se não receberem ensino religioso do que se o receberem. Esta é uma suposição que o estado secular não pode fazer, e notamos esta vedação ao observarmos que ela consiste em coletivização em decisão individual. Quem decide a religião são as crianças ou quem por elas decidem (os pais). O modelo de ensino não-confessional exclusivo viola ainda, sugiro, o direito especial de manifestação religiosa mesmo quando o local de realização é público. Daí o ensino confessional poder ocorrer em instituição que é dedicada a formar a criança.

Em segundo lugar, há um outro equívoco, desta vez verificável também nas manifestações dos críticos do pedido da inicial. Trata-se de erro a partir do exemplo dos crucifixos. Na Petição Inicial, a proibição dos crucifixos em locais públicos serve de argumento para não se admitir o ensino confessional nas escolas<sup>670</sup>. Na manifestação do Senado Federal<sup>671</sup>, procede-se com o equívoco idêntico, mas invertido em sentido, pois o argumento parte da permissão dos crucifixos para defender o ensino confessional. O erro é o mesmo, e consiste em supor que a questão dos crucifixos mereça a mesma solução do ensino religioso. Não merece, pois os casos são distintos pelas razões disponíveis na literatura norte-americana mencionada, notadamente o fato de que o crucifixos nos tribunais, por exemplo, é claro endosso. Isso não se pode dizer de qualquer modelo de ensino religioso confessional. A permissão do ensino religioso, se bem interpretada a Constituição, não depende da permissão dos crucifixos nos tribunais. O uso brasileiro dos crucifixos nos locais de julgamento, bem como em salas de escolas públicas, é nítido endosso e caracteriza estabelecimento de culto, coisa que a Constituição Federal de 1988 veda. A ocorrência do ensino religioso nas escolas

---

<sup>670</sup> PGR, 2010, ver itens 42 e ss. para este e outros exemplos.

<sup>671</sup> SENADO FEDERAL, 2010, p. 11. Isso parece ocorrer também no voto de LEWANDOWSKI (2017, 12 e ss.) que cita com aprovação decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Lautsi v. Al v. Itália*) que não encontrou problema em crucifixos em sala de aula e em maior foco da educação em religião que tiver predominância num país. As observações do ministro são bastante equivocadas, mas não é meu objetivo analisá-las detidamente salvo o seguinte: a afixação de crucifixo em escolas é em geral claro endosso e, quanto ao ensino religioso, seu regime de facultatividade faz com que o relevante seja escolha de pais e filhos (veja ainda DE MELLO (2017, p. 31) ao citar artigo de Daniel Sarmiento que, por sua vez, cita caso da Corte Constitucional alemã). Em suma, o caso europeu mencionado não se mostra pertinente à controvérsia posta ao STF (veja ainda p. 39). Veja trechos de MACLURE & TAYLOR (2011) citados em notas acima e abaixo, em especial, pp. 39 e ss. sobre uso de símbolos religiosos em escolas.

públicas, por sua vez, pode não ser endosso, mas exercício de liberdade de religião, e não tem conexão direta ou óbvia com o caso dos crucifixos, pelo menos como surgem em geral no Brasil. São relevantes aqui os critérios apresentados acima neste capítulo, notadamente o proposto de Laycock: se quem coloca o crucifixo é a escola ou o tribunal, mas quem decide pelo ensino religioso é o estudante ou seu pai ou mãe, os casos não são análogos e devem receber tratamentos distintos.<sup>672</sup>

O que estes dois pontos revelam, a meu ver, é uma dificuldade de organizar e conceber a questão fundamental do ensino religioso, e a tendência a associá-las sem o cuidado argumentativo a casos que são próximos, mas cuja pertinência não é óbvia, e deve ser construída pelo intérprete. As associações não cuidadosas constituem confusões que dificultam a tarefa de encontrar a solução correta para o caso e enredam a jurisdição constitucional em soluções que têm mais aparência de erudição do que substância de justiça. Em qualquer hipótese, o uso do caso do crucifixo em argumento voltado ao ensino religioso precisa ser bastante mais qualificado do que o oferecido no STF. Isso dito, passo à conclusão do capítulo.

### **Seção 5. Conclusão**

Defendi neste capítulo que há um modelo de ensino religioso confessional compatível com a Constituição Federal e com a relação justa entre estado e religião. Este modelo não é original. Como visto, ele é extraível da literatura norte-americana, faz parte do direito brasileiro e foi defendido por parte da nossa doutrina constitucional. Acredito, ainda, que este modelo se integre adequadamente à regra secular que estabelece as relações entre estado e religião, bem como os direitos gerais e especiais de liberdade de religião. Em poucas palavras, acredito que os argumentos que ofereci nos dois primeiros capítulos reforçam o modelo de ensino religioso proposto por atores como a Ação Educativa e Outros, bem como a literatura que trouxeram na sua peça, como trabalhos da década de 1990 escritos por Anna Cândida Ferraz e Nilton Freitas Monteiro, bem como o parecer do Conselho Nacional de Educação assinado por João Monlevade e José Arthur Gianotti. Este ponto é importante porque revela que o modelo de presença da religião na escola que, a meu ver, está disponível nas obras de Laycock, Nussbaum e Volokh tem credenciais constitucionais no direito brasileiro.

---

<sup>672</sup> Veja PGR (2017, pp. 10-1), trecho citado em nota acima.

Para concluir este capítulo, vale retomar o argumento articulado no início deste capítulo a partir da obviedade consequente dita por Garnett. Se constitucionalmente possível o ensino religioso confessional, o que sugeriria a interpretação distinta da norma constitucional, por exemplo, interpretação, defendida na Petição Inicial da ADI, de que o ensino científico, e não o confessional, da religião é previsto na constituição? Há temor de que crianças sejam forçadas ao ensino religioso.<sup>673</sup> Esta preocupação é, entre nós, implícita na própria facultatividade do ensino religioso constitucionalmente mandado. Mas a meu ver não justifica a rejeição de qualquer ensino confessional. A assunção de que é melhor para as crianças ter ensino não confessional e não o confessional, o que não é assunção admissível ao estado porque viola a regra de secularismo e a independência ética, parece ter mais impacto nesta interpretação da Constituição do que um temor que pode ser administrado por restrições ao ensino<sup>674</sup> (a exemplo do que sugere Laycock no caso das preces em escola pública: a questão é de sua definição e "implementação", o que não justifica sua vedação em qualquer caso).

As reflexões de Laycock<sup>675</sup>, dirigidas à interpretação da Constituição dos EUA apresentam-se como defesa do acesso das atividades religiosas às escolas, atitude também defendida por parte da tradição constitucional brasileira; as de Volokh<sup>676</sup>, por sua vez, se apresentam como questão de isonomia nos benefícios públicos às diferentes manifestações sociais, o que é como um aspecto do igual tratamento. No arcabouço dworkiniano, segue-se a meu ver que restrição do acesso à escola viola direito especial à liberdade de religião, que existe no caso porque não basta razão de justiça ou de bem impessoal (que é a definição de direito geral à liberdade de religião) para impedir certa manifestação social, qualquer que seja, de ingressar em espaço público. Vale lembrar, é claro, que, para Dworkin, não há direito especial à liberdade de religião<sup>677</sup>. Ofereci no capítulo segundo razões para não aceitar esta conclusão. Se o argumento estiver correto, o ensino religioso nas escolas públicas compreendido nos termos apresentados neste capítulo é não só uma exigência do direito geral

---

<sup>673</sup> NUSSBAUM (2008) tem particular preocupação com a vulnerabilidade das crianças a pressões (2008, pp. 323 e ss., pp. 230, 235, 238, 250-1). Veja PGR, 2010, itens 38 e ss..

<sup>674</sup> Veja EISGRUBER & SAGER, 2007, pp. 227 e ss..

<sup>675</sup> LAYCOCK, 1986-7.

<sup>676</sup> VOLOKH, 1999.

<sup>677</sup> EISGRUBER & SAGER (2007, esp. pp. 164 e ss.), DWORKIN (2013, cap. 3, com comentário de HORWITZ, 2014b, p. 10), HIMMA (2015), entre outros, enxergam neste ponto não-especialidade da religião, pois ela é protegida por um direito mais abrangente à liberdade de expressão. Veja outras referências em notas acima.

à independência ética, mas também direito especial à liberdade de religião de titularidade dos estudantes<sup>678</sup>. A afirmação de que há um direito especial pode ser contestada. Mesmo que esteja equivocada esta fundamentação da conclusão do capítulo, isto é, ainda que não haja direito especial à liberdade de religião no caso do ensino religioso confessional nas escolas públicas, a constitucionalidade deste tipo de ensino resiste porque, como defendido no capítulo segundo, o fato de que não há direito especial à liberdade de religião não significa que não haja direito geral à independência ética.

Há, naturalmente, algumas objeções possíveis a este modelo. Vale considerá-las brevemente a título conclusivo deste capítulo. Em primeiro lugar, não há outros elementos do estabelecimento para além do endosso? Se sim, mesmo que não haja endosso, pode haver estabelecimento. Mas qual elemento seria esse? Para analisar a objeção, é necessário saber de que se trata, inclusive porque o ensino religioso confessional aqui sugerido como constitucional não é simplesmente uma possibilidade jurídica, mas um direito, geral ou especial, à liberdade de religião. É preciso uma interpretação de secularismo que aponte para um efetivo problema do ensino confessional como delineado neste capítulo. Ausente ela, não há razão para abandoná-lo a pretexto de um problema inespecífico de "estabelecimento".

Em segundo lugar, vale observar o seguinte. Anteriormente, apresentei e endossei pelo menos um aspecto do conceito de secularismo liberal pluralista de Maclure e Taylor, segundo o qual são as instituições públicas que devem ser seculares. Esta visão não sugere que a escola pública deve ser secular? Sugere, naturalmente. Mas precisamos compreender exatamente o que isto significa. Nem tudo na instituição pública é público no sentido de não poder se relacionar à religião<sup>679</sup>. No exemplo de Laycock, a missa pode ocorrer na praça, bem como a Marcha Por Jesus, na rua. Funcionários públicos podem naturalmente utilizar símbolos religiosos enquanto trabalham, embora não possam endossar culto<sup>680</sup>. Em outras palavras,

---

<sup>678</sup> LAYCOCK, 1986-7, pp. 16, 17 50, sobre escolas, fóruns públicos e a necessidade de "compelling interest" para excepcioná-lo (p. 46, 48-9). A meu ver, a CF/88 deve ser lida como a impor que escolas sejam fórum público neste sentido, isto é, de admitir proibição de ingresso de ideia por parte dos envolvidos na escola (estudantes e pais que os representem) se houver interesse convincente. É que há direito especial. Laycock diz: "Schools are not traditional public fora because they are not open to the entire population. The more sensible view is that schools are open fora for students and faculty", pp. 48-9.

<sup>679</sup> Veja MCLURE & TAYLOR, 2011, pp. 38-9, longo trecho citado em nota acima.

<sup>680</sup> Mas veja MACLURE e TAYLOR (2011, pp. 24 e ss., 38 e ss., 42 e ss., esp. p. 46) sobre a complexidade da situação de um professor que o faça. Veja ainda pp. 36 e ss., esp. o trecho das pp. 38-9 citado em nota acima neste capítulo. Ainda, veja o seguinte trecho: "It seems to us that it is possible to find a fairly broad consensus among the social actors who have reflected on Quebec secularism in the last two decades. They agree on what the



caracterizar um bem de "público" não autoriza conclusão uniforme de seu afastamento da religião<sup>681</sup>. A meu ver, esta é a posição de MacLure & Taylor. Aqui é bem vinda também a sugestão institucional que Garnett e Horwitz encontram em autores como Schauer e Balkin, e que recomenda análises nuanceadas a respeito dos propósitos e das regras das diferentes instituições. A escola pública é instituição a ser construída por muitos, e é compatível com variedade de ações. Se essas ações forem privadas e se estiverem preenchidos os requisitos que apontam para a inexistência de endosso por parte do governo a qualquer atividade religiosa, a escola deve admitir a disciplina de ensino religioso confessional. Isso não faz a escola ser menos pública, embora certamente faz dela uma instituição menos autoritária, característica que não pode ser escondida por trás de rubrica atraente, mas não elaborada, de "pública". Pública a escola é, e justamente por isso não pode excluir dimensão da educação que é essencial para alguns; a meu ver, a possibilidade do ensino religioso nas escolas públicas é maneira de participação demandada pela natureza pública da escola e é uma exigência constitucional da liberdade de religião e do secularismo.

---

Proulx report called an "open" secularism and what we have designated as the "liberal pluralist" model.<sup>10</sup> An open secularism recognizes that the state needs to be neutral— laws and public institutions must not favor any religion or any comprehensive secular view— but also acknowledges the importance that the spiritual dimension of existence holds for some people and, as a result, the importance of protecting individuals' freedom of conscience.<sup>11</sup> It is in light of that conception of secularism that the majority of participants in the debate have, for example, opposed the renewal of the derogation clause allowing the public schools to provide a Catholic and Protestant religious education. But rather than ask that religion be completely removed from the schools, they have suggested that religious teaching be replaced by a program allowing students to acquire the knowledge they will need to understand religion and its varied manifestations in Quebec and elsewhere and to develop the skills necessary to peacefully coexist within a diverse society— objectives adopted by the new Ethics and Religious Culture curriculum.<sup>12</sup>" p. 58, nota 11 ao relatório citado, e nota 13 a diversas opiniões e obras. A nota 12 tem o seguinte conteúdo: "Recognizing that religion offers believers important spiritual resources, the Groupe de Travail sur la Place de la Religion à l'École suggests that a service providing students with community activities around their shared religious and spiritual life ought to be offered to those who wish to avail themselves of it.", n. 11, p. 119 (à p. 58). Dizem EISGUBER & SAGER (2007): "Crucial do bear in mind at this point is that the constitutional bar to *public sponsored prayer* in schools is not the same thing as the exclusion of prayer from the schools. To the contrary, students in public schools have rights of free speech that emphatically include the right to various forms of religious speech, including privately initiated prayer. Students have a right to pray at school, they may gather together to say prayers or read the Bible, and they may distribute religious newspapers.", p. 164, itálicos no original, nota omitida com referência ao caso *Good News Club* e a trabalho de Laycock; veja ainda "What the Constitution does is to prevent *the government*, - not private individuals - from committing *certain specific wrongs*, including, as here, the disparagement of those who lack particular religious commitments", p. 165, itálicos no original; ver ainda pp. 167-8. Veja comentário de LABORDE (2014a) sobre a categoria em EISGRUBER & SAGER e o tema do ensino, nas escolas públicas, da religião (pp. 73-4) e LUPU & TUTTLE (2006-7, p. 1257).

<sup>681</sup> Assim como não resolve o problema dizer que "A religião faz parte da esfera de vida privada dos indivíduos, sendo que o ensino religioso também o deveria fazer" (XI-DH, 2016, p. 16, nota omitida; a nota (n. 9, pp. 16-7) comenta o modelo norte-americano e foi citada acima); compare com FACHIN (2017, pp. 7-8) e ALMEIDA (2008, cap. 3).

Em terceiro lugar, é importante fazer uma concessão. Ao leitor talvez a concessão seja objeção. Em qualquer caso, é preciso reconhecer que a literatura norte-americana que elabora os critérios que defendi o faz para aplicação em situação distinta, a saber, de financiamento de transporte, oferecimento de co-financiamento de mensalidades de ensino privado etc., e não para análise do oferecimento de ensino religioso nas escolas públicas. Laycock glosa lei federal dos EUA que permite acesso de organizações religiosas à escola, mas num trecho nega explicitamente que ensino religioso seja compatível com a constituição norte-americana. Minha preocupação neste capítulo não é tanto saber se os autores citados concordariam com as conclusões a que chego, e os cito também porque são parte essencial do caminho que percorri. A meu ver, isto não impede que as reflexões dos autores sejam empregadas para propósito que talvez seja distinto do que eles próprios imprimem aos trabalhos citados, mas vale reconhecer que o objetivo dos autores não é exatamente o desta tese. O crucial é a defesa da tese de que, corretamente compreendida, a previsão constitucional do ensino religioso é harmônica com a vedação a subvenção de cultos, de proteção às liberdades de consciência e de crença e, sobretudo, com o a igualdade, cujas demandas são interpretadas nos EUA por autores como Eisgruber & Sager, Volokh, Laycock e Nussbaum na forma dos requisitos mencionados, ainda que aplicados a casos diferentes. Com efeito, a objeção jurídica é bem sucedida se oferece razões para rejeitar argumento formulado, e para isto não é necessário nem suficiente, embora nem sempre impertinente, apontar para intenções distintas na bibliografia consultada. É que interpretações com mudança de rumo, que *talvez* tenha ocorrido aqui, *per se* não são necessariamente inaceitáveis.

## CONCLUSÃO

Expostos em detalhe os argumentos nos capítulos anteriores, e já recapitulados anteriormente, gostaria de escrever alguns poucos parágrafos a título de conclusão desta tese. Chamo a atenção particularmente a um aspecto da literatura contemporânea a respeito da liberdade de religião. Frederick Gedicks acredita que atualmente os argumentos de defesa do tratamento especial à religião não são mais convincentes porque nos encontramos num momento histórico de valorização da igualdade<sup>682</sup>. Com efeito, autores como Christopher Lund, Thomas Berg e Frederick Gedicks distinguiram dois modos de compreender a liberdade de religião: como questão de igualdade ou como questão de liberdade. A primeira é representada na literatura norte-americana pela análise antidiscriminatória oferecida por Eisgruber e Sager. Dworkin claramente se alia à tradição antidiscriminação de interpretação da liberdade de religião. É para defendê-la que escreveu o autor o capítulo terceiro de *Religion Without God*. Há, em contrapartida, autores que defendem a liberdade de religião como uma categoria especial. Nos EUA, são deste campo Garnett e o próprio Berg, entre outros. Formase, então, uma oposição entre os defensores da igualdade, que são críticos da especialidade da religião<sup>683</sup> e entre os os que preferem a liberdade e as acomodações à religião.

A meu ver, é contra este tipo de oposição que o próprio Dworkin escreveu ao defender a integração entre igualdade e liberdade.<sup>684</sup> Segundo o autor, liberdade não tem contraste nestes termos com a igualdade. O argumento desta tese é que a liberdade de religião como uma categoria especial é uma exigência da igualdade. Esta tese sustentou que a dimensão antidiscriminatória da liberdade de religião deve ser preservada e desenvolvida, como sugere Dworkin, como uma doutrina do direito geral à independência ética. Mas isso não basta. O ponto é que a visão de igualdade como não discriminação é pobre como teoria da igualdade, e a meu ver é isso que está disponível na teoria política de Dworkin<sup>685</sup> contra ele próprio. Precisamos, com efeito, além desta doutrina, de maior proteção da liberdade por meio de direitos especiais. Uma coisa não exclui as outras. Ambas são necessárias, e ambas são

---

<sup>682</sup> GEDICKS, 1997-8, esp. p. 557 e p. 571. O autor enxerga esta valorização mesmo em autores que defendem tratamento especial (por exemplo, Laycock, que cederia à igualdade ao incluir o ateísmo na religião).

<sup>683</sup> LABORDE é quem analisou de maneira mais abrangente esta literatura, que chama de "egalitarian theories of religious freedom": 2014a, 2014b, 2015a (p. 586), 2016 (p. 249).

<sup>684</sup> DWORKIN, 2001b ou 2005a, cap. 3; 1996b, 2001c, discutidos em ROSA (2014a, pp. 139 e ss., cap. 140 e ss., 143, 140, 127, 148, 166 (v. n. 707 para citação de DWORKIN, 2001b, p. 122) e 2014b. Veja, entre nós, LOBO DA SILVA (2015, pp. 275-6).

<sup>685</sup> Que analisei em ROSA (2014a).

exigências da vida livre que a igualdade determina ser de todos por justiça<sup>686</sup>. O governo que respeita a liberdade assim compreendida é secular, e o é por agir com justiça quanto à religião.

A meu ver, quem defende teste desta espécie é Martha Nussbaum. Outros autores, filiados ao campo da "liberdade", como Laycock, surgem decisivamente no argumento do trabalho, que os incorpora, os relê a partir da igualdade, e os defende entendidos nestes termos. É essencial abandonar as linhas de oposição entre igualdade e liberdade. Nos dois casos, assume-se visão estreita de igualdade, seja para defendê-la, seja para rejeitá-la. Expandida a igualdade, como em Dworkin quando não se equivocada a respeito da liberdade de religião, o argumento de Garnett e outros a respeito da religião como mecanismo importante de compreensão das limitações ao estado adquire força. Em suma, a sugestão desta tese é que uma visão adequada de igualdade é capaz de explicar por que a religião deve receber tratamento especial. Ela é especial, embora não seja única, dizem Eisgruber e Sager, mas, ao contrário do que sustentam estes autores, exige certas concessões que não são necessárias a outras práticas, e sem as quais nossa harmonização com o divino, para usar os conceitos de Boyle, será prejudicado.

Outra Martha importante é a Mercadora, do inspirador romance escrito por Karen Maitland. Esta Martha nos chama a atenção para o compromisso com a liberdade, que é compromisso de protegermos coletivamente as escolhas, mesmo as idiossincráticas (só homens no sacerdócio, dia de guarda) que nossos concidadãos fizeram no exercício de liberdade que também temos - como diz a filósofa igualitária Martha - Nussbaum, ao mencionar o "formato" da liberdade de religião. Daí Eisgruber e Sager terem razão ao falarem de igual liberdade; mas estão errados - e Dworkin também - em crer que o teste dogmático de aplicação desta igual liberdade se limite às hipóteses de discriminação.

E como proteger a liberdade de religião? A dimensão moral da especialidade da liberdade de religião se reflete numa dimensão institucional, que é o direito especial. Daí ser desnecessário mostrar que a lei em análise não tratou com suficiente consideração as condutas humanas que proíbe (coisa que Dworkin julga necessário mostrar para provar a existência de

---

<sup>686</sup> DWORKIN, 1995; ROSA, 2014a, esp. p. 140 etc.; veja cap. 2 desta tese, acima. GEORGE faz a seguinte sugestão: "(...) to distinguish important liberties, whose restriction is justified only for the most compelling reasons, from comparatively unimportant and non-basic liberties, which may more readily be sacrificed for the sake of competing goods" (1993, p. 228); o autor sugere que a liberdade de religião é do primeiro tipo, enquanto esta tese sugere que parte dela é do primeiro e parte dela é do segundo.

direito geral à independência ética<sup>687</sup>). É, portanto, desnecessário qualquer *benchmark* ou *counterfactual*, ao contrário do que sugerem Eisgruber & Sager. É suficiente demonstrar que houve afetação a aspecto central da religião (Bagni, Laycock e McConnell), embora haja considerações outras que indicam que a acomodação não deve ocorrer (como, a meu ver, deve ser o caso em *Hobby Lobby*).

Estes são elementos substantivos defendidos nos três capítulos desta tese e que caracterizam o caminho contemporaneamente disponível para quebrar o padrão de ostracismo identificado por Tierney na citação que abre este trabalho. Na prática, a conclusão é de direito à acomodação justificado por direito especial a alguns casos de liberdade de religiosa e direito geral à independência ética nos demais. Este arcabouço indica que observantes do Sabá devem ser acomodados na aplicação de exames como um ENEM de forma mais generosa que a concedida pelo STF e, ainda, que pode haver ensino confessional e proselitista na escola pública observados certos critérios disponíveis na literatura estrangeira, mas também trabalhados em vertente da doutrina constitucional brasileira.

---

<sup>687</sup> E que LABORDE (2014b, p. 1263) julgou ponto talvez suficiente para encontrar direitos especiais no autor (2014b e 2016, p. 268, n. 24 à p. 255): "Dworkin himself seems to concede that *if* something is considered by a group to be a 'sacred duty', a legislature can only ignore it if it can demonstrate a compelling state interest(39)", 2014b, p. 1263, sendo a nota 39 de redação "*See id.*" (itálico no original), a 38 "DWORKIN, *supra* note 2" (itálico no original), sendo a 36 "Dworkin, *supra* note 2, at 136 (emphasis added)" (itálico no original). A meu ver, esta não é a melhor interpretação do argumento de Dworkin, como defendi acima.



## BIBLIOGRAFIA

### Trabalhos acadêmicos.

- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de (2008). *Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia: A Questão do Ensino Religioso nas Escolas Públicas*. Argumentum: Belo Horizonte, 2008.
- ARENDT, Hannah (1988). *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira, Revisão da Tradução Caio Navarro de Toledo. Editora Ática & Editora UnB: Brasília.
- AUDI, Robert. (2015), "Religious Liberty Conceived as a Human Right", in CRUFT, Rowan, LIAO, S. Matthew e RENZO, Massimo. (Eds.). *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BAGNI, Bruce N. (1979). "Discrimination in the Name of the Lord: A Critical Evaluation of Discrimination by Religious Organizations". *Columbia Law Review*, Vol. 79, No. 8 (Dec. 1979)
- BALDI, César Augusto. (2016). "Novo constitucionalismo, religiões afro e laicismo/secularismo: uma (não) discussão pendente". in *Empório do Direito*. 12/08/2016, disponível em <http://emporiiodireito.com.br/leitura/novo-constitucionalismo-religioes-afro-e-laicismo-secularismo-uma-nao-discussao-pendente-1>
- BALKIN, Jack. (2006). "What is Access to Knowledge?" in *Balkinization*, Friday, April 21, 2006, disponível em <https://balkin.blogspot.com.br/2006/04/what-is-access-to-knowledge.html>
- \_\_\_\_\_. (2007a). "The Infrastructure of Religious Freedom", in *Balkinization*, Saturday, May 05, 2007, disponível em <https://balkin.blogspot.com.br/2007/05/infrastructure-of-religious-freedom.html>
- \_\_\_\_\_. (2007b). "More on infrastructure and religious freedom", in *Balkinization*, Monday, May 07, 2007, disponível em <https://balkin.blogspot.com.br/2007/05/more-on-infrastructure-and-religious.html>
- BARBOZA, Márcio Rodrigues (2017). "Sobre a teoria política de John Locke e o fato do pluralismo". *Pensata*, V. 6 N. 1 – Dezembro de 2017, disponível em <http://www2.unifesp.br/revistas/pensata/wp-content/uploads/2011/03/4.3-Artigo-M%C3%A1rcio-Barbosa.pdf>

- BARZOTTO, Luis Fernando (2010). *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- BAKER, Edwin C. 1996-7. "Harm, Liberty, and Free Speech." 70 *Southern California Law Review*. 979.
- BERG, Thomas. (2004). "The Voluntary Principle and Church Autonomy, Then and Now", 2004 *BYU L. Rev.* 1593 (2004), available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2004/iss4/7>
- \_\_\_\_\_. (2006-7). "Can Religious Liberty Be Protected As Equality?". Book review of *Religious Freedom and the Constitution* by Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager. 85 *Tex. L. Rev.* 1217 2006-7.
- \_\_\_\_\_. (2009) "Religious-School Financing and Educational Pluralism in the American Tradition" (May 7, 2009). *Antonianum Periodicum Trimestre*, Vol. 84, 2009; *U of St. Thomas Legal Studies Research Paper* No. 09-13. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1401087>
- \_\_\_\_\_. (2013). "Secular Purpose, Accommodations, and Why Religion is Special (Enough)" (2013). 80 *U. Chicago L. Rev. Dialogue* 24 (2013); U of St. Thomas (Minnesota) *Legal Studies Research Paper* No. 13-16. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267577>
- BERG, Thomas, COLBY, Kimberlee Wood, ESBECK, Carl e GARNETT, Richard. (2011). "Religious Freedom, Church-State Separation, and the Ministerial Exception" (October 4, 2011). *Northwestern University Law Review Colloquy*, Vol. 106, p. 175, 2011; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 11-38; *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper* No. 2011-21 . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1938454>
- BERGER, PETER (1971). *A Rumour of Angels*. Penguin Books: Middlesex, England, 1971.
- BOU-HABIB, Paul. (2006) "A Theory of Religious Accommodation" in *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, No. 1, 2006.
- BOYLE, JOSEPH (1999). "The Place of Religion in the Practical Reasoning of Individuals and Groups", *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 43, Issue 1, 1 January 1998, Pages 1–24, <https://doi.org/10.1093/ajj/43.1.1>



- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2009) in MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4a ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BROWN, Rachel Fulton (2017). "The Niceness Cosmopolitan Creed", *Fencing Bear at Prayer*, 28/10/2017, disponível em <http://fencingbearatprayer.blogspot.com.br/2017/10/the-niceness-cosmopolitan-creed.html>, último acesso em 20/11/2017.
- CLAYTON, Matthew (2017). "Is Ethical Independence Enough?" in LABORDE, Cécile e Bardon, Aurélia. (2017). *Religion in Liberal Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- COLE, David. (2017). "Why We Must Still Defend Free Speech" in *The New York Review of Books*. 28 September, 2007 Issue, disponível em <http://www.nybooks.com/articles/2017/09/28/why-we-must-still-defend-free-speech/>
- CONNECTAS. (2015), Laicidade Estatal e Liberdade Religiosa, 20/05/2015, disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/5437-laicidade-estatal-e-liberdade-religiosa>, último acesso em 25/06/2016
- CRADDOCK, Joshua (2017). "The Case for Complicity-Based Religious Accommodations" (June 25, 2017). 12 *Tennessee Journal of Law & Policy*, 2017, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2992324>
- DANE, Perry, (2013). "Doctrine and Deep Structure in the Contraception Mandate Debate" (July 21, 2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2296635> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2296635>
- \_\_\_\_\_. 2016. "Scopes of Religious Exemption: A Normative Map" (June 7, 2016). *Religious Exemptions*, (Oxford University Press), Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2812377>
- DA SILVA, Luis Virgílio Afonso (2002). "O Proporcional e o Razoável". *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2a edição. São Paulo: Malheiros.

- LOBO DA SILVA, Fabiana Maria Lobo (2015). "Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico". *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, Número 206, abr./jun. 2015.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. (2017). "Divórcio, Separação e Liberdade de Crença." in *ADFAS*, disponível em <http://adfas.org.br/2017/12/26/divorcio-separacao-e-liberdade-de-crenca/>
- DE LEMOS, Rodrigo. (2017). "O ceticismo político e religioso de Anatole France (ou Como fazer inimigos)", Blog *Estado da Arte*, 9 de dezembro de 2017, disponível em <http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-ceticismo-politico-e-religioso-de-anatole-france-ou-como-fazer-inimigos/>.
- DE LIMA, Caio Moysés (2011). *O Império dos Direitos: Lei e Autoridade Política em Ronald Dworkin*. 184f. Dissertação de Mestrado – Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- DOMINGO, Rafael (2017). "The Constitutional Justification of Religion" (March 9, 2017). in *Ecclesiastical Law Journal* 18 (2016) 14-35. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2930739> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2930739>
- DWORKIN, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd, 2005 (terceira impressão), publicado inicialmente em 1977. Tradução brasileira:  
 \_\_\_\_\_ . (1985) *A Matter of Principle*. London/Cambridge(Massachusetts): Harvard University Press, 1985.  
 \_\_\_\_\_ . (1986). *Law's Empire*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008; publicação inicial em 1986.  
 \_\_\_\_\_ . (1988). "Devaluing Liberty". *Index on Censorship*, 1988, 17: 7.  
 \_\_\_\_\_.(1994). *Life's Dominion – an Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, edição vintage, 1994.  
 \_\_\_\_\_.(1995). "Foundations of Liberal Equality" in DARWALL, Stephen (Ed.) *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on Human Values*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1995 (aulas dadas em 1988).  
 \_\_\_\_\_ . (1996a) *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1996.

- \_\_\_\_\_. (1996b) “Do Liberty and Equality Conflict?” In BAKER, Paul (Ed.) *Living As Equals*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. (1996c) “The Curse of American Politics” in *The New York Review of Books*, Volume 43, N. 16, de 17 de outubro de 1996.
- \_\_\_\_\_ (2001a). *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. (2001b) *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge/London: Harvard University Press, 2001 (terceira impressão). (Tradução para o português: DWORKIN, Ronald.).
- \_\_\_\_\_. (2001c) “Do Values Conflict? A Hedgehog's Approach”. Vol. 43:2 *Arizona Law Review*, 2001, pp. 251-259.
- \_\_\_\_\_. (2005a) *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- \_\_\_\_\_. (2005b) *Uma questão de princípio*. 2ª Ed. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. (2006a) *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- \_\_\_\_\_. (2006b) *Justice in Robes*. Cambridge/London: Cambridge University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. (2007). *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- \_\_\_\_\_. (2008) *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political Debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Justiça de Toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão da tradução Fernando Santos e Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010)
- \_\_\_\_\_. (2011) *Justice for Hedgehogs*, London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

- \_\_\_\_\_ (2012). *Justiça para Ouriços*. Tradução Pedro Elói Duarte, Revisão Joana Portela, Coimbra: Almedina, 2012
- \_\_\_\_\_. (2013) *Religion Without God*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- DRAKEMAN, DONALD (2014). "Negotiating the Freedom of the Church". *Law and Liberty*. August 13, 2014, disponível em <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/negotiating-the-freedom-of-the-church/>
- EBERLE, Edward (2006-7). "Religion in the Classroom in Germany and the United States". 81 *Tul. L. Rev.* 67 2006-2007.
- EISGRUBER, Christopher & SAGER, Lawrence. (1997). "Protecting Without Favoring Religiously Motivated Conduct", 2 *Nexus* 103 1997.
- \_\_\_\_\_. (2006-7). "Chips Off Our Block? A Reply to Berg, Greenawalt, Lupu and Tuttle", 85. *Tex. L. Rev.* 1273 2006-7.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Religious Freedom and the Constitution*. Cambridge (Mass.) e London: Harvard University Press.
- \_\_\_\_\_. (2008-9), "Does it Matter What Religion is?". 84 *Notre Dame L. Rev.* 807, 2008-9.
- ESBECK, Carl H. (2015). "Third-Party Harms, Congressional Statutes Accommodating Religion, and the Establishment Clause". *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper* No. 2015-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2607277>
- \_\_\_\_\_. (2007). "When Accommodations for Religion Violate the Establishment Clause: Regularizing the Supreme Court's Analysis". *West Virginia Law Review*, Vol. 110, p.359, 2007; *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper* No. 2007-09. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=992885>
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio (2015). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 8a Ed. São Paulo: Atlas.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. (2008). "Registro histórico documental: Parecer Jurídico apresentado ao Governo do Estado de São Paulo (a questão do ensino religioso nas escolas públicas" in FISCHMANN, Roseli (Org.). *Ensino Religioso em escolas públicas: impactos sobre o estado laico*. Grupo de Pesquisa "Discriminação, Preconceito,

- Estigma" - FEUSP. São Paulo: FAFE/FEUSP/PROSARE/MacArthur Foundation, FACTASH, 2008. Originalmente publicado como "O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do §1º do Art. 210 da CF de 05/10/1988" in *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, Ano 5, n. 20 - julho-setembro de 1997.
- FERRARI, Silvio. (2014) "Teaching Religion in the European Union: a Legal Overview" in SELIGMAN, Adam B. (Ed.) *Religion Education and the Challenge of Pluralism*. Oxford: Oxford University Press.
- FINNIS, John. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- \_\_\_\_\_ (2006a). "Religion and State: Some Main Issues and Sources". *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 51, 2006; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 06-34; Oxford Legal Studies Research Paper No. 48/2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=943420>
- \_\_\_\_\_. (2009). "Endorsing discrimination between faiths: A case of Extreme Speech?", in HARE, Ivan & WEISTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. (2011). *Religion & Public Reasons*. Collected Essays: Volume V. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FURQUIM (2010), Lilian de Toni. *O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin*. 235f. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Orientador: Cícero Araújo. São Paulo, 2010.
- GANDRA, Ives Gandra da Silva.(2009) "Liberdade religiosa após o Concílio Vaticano II" In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARET, Ronald (2004). "Tree Concepts of Church Autonomy". *BYU L. rev.* 1349 (2009), issue 4.
- GARNETT, Richard. (2000-2001), "Taking Pierce Seriously: The Family, Religious Education, and Harm to Children". *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, pp. 109-46, 2000. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=723402>

- \_\_\_\_\_. (2001a). "The Story of Henry Adams's Soul: Education and the Expression of Associations". *Minnesota Law Review*, Vol. 85, p. 1841, 2000-2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=785847>
- \_\_\_\_\_. (2001b). "A Quiet Faith? Taxes, Politics, and the Privatization of Religion". *Boston College Law Review*, Vol. 42, p. 771, 2001; Notre Dame Legal Studies Paper No. 06-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=904225>
- \_\_\_\_\_. (2006). "The Freedom of the Church". *Journal of Catholic Social Thought*, Vol. 4, 2007; *Notre Dame Legal Studies Paper No. 06-12*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=916336>
- \_\_\_\_\_. (2007a), "Freedom's 'infrastructure'". *Prawfs Blawg*, May 03, 2007, disponível em [http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2007/05/freedoms\\_infras.html](http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2007/05/freedoms_infras.html)
- \_\_\_\_\_. (2007b), "Religion and Group Rights: Are Churches (Just) Like the Boy Scouts?". *St. John's Journal of Legal Commentary*, Vol. 22, Fall 2007; Notre Dame Legal Studies Paper No. 07-45. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1017590>
- \_\_\_\_\_. (2007c), "Free to Believe". Review of Religious Freedom and the Constitution  
by Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager  
Harvard University Press. *First Things*. May 2007, Disponível em <https://www.firstthings.com/article/2007/05/100-free-to-believe>
- \_\_\_\_\_. (2008), "Do Churches Matter? Towards an Institutional Understanding of the Religion Clauses" (May 9, 2008). *Villanova Law Review*, Forthcoming; Notre Dame Legal Studies Paper No. 08-17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1140228>
- \_\_\_\_\_. (2009). "Standing, Spending, and Separation: How the No-Establishment Rule Does (and Does Not) Protect Conscience" (May 4, 2009). *Villanova Law Review*, Vol. 54, p. 655, 2009; *Notre Dame Legal Studies Paper No. 11-28*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1905032>
- \_\_\_\_\_. (2010). "Religious Liberty, Church Autonomy, and the Structure of Freedom" (2010). *CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION*, John Witte, Jr. and Frank S. Alexander eds., pp. 226-238, Cambridge University Press, 2010;

*Notre Dame Legal Studies Paper* No. 10-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1585191>

\_\_\_\_\_. (2011) "The Political (and Other) Safeguards of Religious Freedom" (July 6, 2011). *Cardozo Law Review*, Vol. 32, p. 1815, 2011 ; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 11-23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1880084>

\_\_\_\_\_.(2012a). "Religious Freedom and the Nondiscrimination Norm" (2012). in *MATTERS OF FAITH: Religious Experience and Legal Response* (Austin Sarat, ed.) (Cambridge Univ. Press), Forthcoming; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 12-65. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2087599>

\_\_\_\_\_.(2012b). "Religious Freedom and (and in) Institutions" (March 22, 2012). *CHALLENGES TO RELIGIOUS LIBERTY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY*, pp. 71-89, Gerard V. Bradley, ed., Cambridge University Press, 2012; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 12-57. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2027639>

\_\_\_\_\_.(2012c). "Neutrality and the Good of Religious Freedom: An Appreciative Response to Professor Koppelman" (May 22, 2012). *Pepperdine Law Review*, Vol. 39, p. 1001, 2012; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 12-63. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2064866>

\_\_\_\_\_.(2014a). "Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion" (June 25, 2014). *67 Vand. L. Rev. En Banc* 39 (2014); *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 1424. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2459005>

\_\_\_\_\_.(2014b), "Freedom of Religion and the Freedom of the Church" in *Law and Liberty*, August 3, 2014, disponível em <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/freedom-of-religion-and-the-freedom-of-the-church/>

\_\_\_\_\_.(2015a),"Religious Accommodations And — And Among — Civil Rights: Separation, Toleration, and Accommodation" (February 23, 2015). *Southern California Law Review*, Vol. 88, 2015, Forthcoming; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 1503. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2568799>

\_\_\_\_\_.(2015b) "The Freedom of the Church: (Toward) an Exposition, Translation, and Defense" (October 6, 2015). Micah Schwartzman, Chad Flands, and Zoe Robinson, eds., *The Rise of Corporate Religious Liberty* (Oxford University Press, 2015),

Forthcoming; Notre Dame Legal Studies Paper No. 1528. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2670144>.

GARNETT, Richard W. and DUNLAP, Joshua D. (2006) "Taking Accommodation Seriously: Religious Freedom and the *O Centro* Case". *CATO SUPREME COURT REVIEW*, pp. 257, 2005-2006; *Notre Dame Legal Studies Paper* No. 06-16. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=931186>

GEDICKS, Frederick Mark. (1997-8). "An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exceptions". 20 *UALR L. J.* 555 1997-8.

\_\_\_\_\_. (2013) "True Lies: Canossa as Myth" (March 30, 2013). 21 *Journal of Contemporary Legal Issues* 133 (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2242031>

GEDICKS, Frederick Mark & KOPPELMAN, Andrew. (2014a) "Invisible Women: Why an Exemption for Hobby Lobby Would Violate the Establishment Clause" (March 15, 2014). 67 *Vanderbilt Law Review En Banc* 51 (2014); *Northwestern Public Law Research Paper* No. 14-34. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2450658>

GEDICKS, Frederick Mark & KOPPELMAN, Andrew, (2014b). "The Costs of The Public Good of Religion Should be Borne by the Public". *Vanderbilt Law Review En Banc*. Vol. 67:185, 2014.

GEDICKS, Frederick Mark & VAN TASSELL, Rebecca G., (2014) "RFRA Exemptions from the Contraception Mandate: An Unconstitutional Accommodation of Religion" (June 19, 2014). 49 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (CR-CL) 343 (2014) . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2328516> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328516>

GEDICKS, Frederick Mark & VAN TASSELL, Rebecca G. (2015) "Of Burdens and Baselines: Hobby Lobby's Puzzling Footnote 37" (June 10, 2015). *The Rise of Corporate Religious Liberty* 323-41 (Oxford University Press, Chad Flanders, Zoe Robinson & Micah Schwartzman, eds. 2015); *BYU Law Research Paper* No. 15-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2602028>

GREENAWALT, Kent. (2006-7). "How Does "Equal Liberty" Fare in Relation to Other Approaches to the Religion Clauses?". Book review of *Religious Freedom and the*



*Constitution* by Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager. 85 Tex. L. Rev. 1217 2006-7.

\_\_\_\_\_. (2016), *Exemptions: Necessary, Justified, or Misguided*. Cambridge (Mass.) e London: Harvard University Press, 2016.

GEORGE, Robert P. (1993). *Making Men Moral*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. (2013). *Conscience and Its Enemies*. Wilmington (Delaware): ISI BOOKS, 2013.

GOMES, David Francisco Lopes & ROSA, Leonardo Gomes Penteado. (2017). "Proporcionalidade, direitos constitucionais e sua interpretação" Apresentado na 5ª edição do PósDebate 2017 (Grupo de estudantes de pós-graduação da Faculdade De Direito da USP), em encontro realizado em 31/08/2017, e organizado por Mário Augusto Pires e Túlio de Medeiros Jales; o texto deverá ser publicado em livro organizado por Ricardo Campos.

\_\_\_\_\_. (2018, no prelo). *O maior desafio: pragmatismo e personificação*, texto a ser publicado em livro organizado por Saulo Matos, André Coelho e Thomas Bustamante.

HORWITZ, Paul. (2008) "Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres" (October 15, 2008). *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (CR-CL), Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1285328>

\_\_\_\_\_. (2011). *The Agnostic Age: Law, Religion, and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_.(2013a), "Freedom of the Church Without Romance" (May 14, 2013). *Journal of Contemporary Legal issues*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2264983>

\_\_\_\_\_. (2013b). "Defending (Religious) Institutionalism" (March 1, 2013). *Virginia Law Review*, Forthcoming; *U of Alabama Legal Studies Research Paper*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226962>

\_\_\_\_\_.(2014a), "With Non-Interference Comes Responsibility". *Law and Liberty*. August 20, 2014, disponível em <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/with-non-interference-comes-responsibility/>

- \_\_\_\_\_.(2014b) "'A Troublesome Right': The 'Law' in Dworkin's Treatment of Law and Religion" (May 2, 2014). *Boston University Law Review*, Forthcoming; *U of Alabama Legal Studies Research Paper* No. 2432144. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2432144>
- HIMMA, Kenneth Einar, "Why Religious Freedom Does Not Warrant Protection by a Special Right" (July 25, 2015). Kenneth Einar Himma, Miodrag Jovanović, and Bojan Spaic (eds.), *FUNDAMENTAL RIGHTS: JUSTIFICATION AND INTERPRETATION* (The Hague: Eleven International Publishing) 2015, Forthcoming . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2635930>
- INAZU, John D. (2013) "The Freedom of the Church (New Revised Standard Version)" (April 30, 2013). *Journal of Contemporary Legal issues*, Forthcoming; *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper* No. 13-04-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2258771>
- \_\_\_\_\_. (2014), "Freedom of the Church Not Freedom of Religion". *Law and Liberty*, August 7, 2014, disponível em <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/freedom-of-the-church-not-freedom-of-religion/>
- JENSEN, Tim. (2007). "La Educación Religiosa en las escuelas públicas como necesidad en un Estado secular: Una perspectiva danesa". *Bandue*. Revista de la sociedad española de ciencias de las religiones, (1), 135-153 (versão consultada: para *kindle*).
- JONES, Peter. (2017). "Religious Exemptions and Distributive Justice" in LABORDE, Cécile e BARDON, Aurélia. (2017). *Religion in Liberal Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- JORDAN, William George (1898). *The Majesty of Calmness*. New York/Chicago/Toronto: Fleming H. Revell Company.
- KENDRICK, Leslie. (2017) "Free Speech as a Special Right" in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 45, Issue 2, Spring 2017, pp. 87-117.
- KOPPELMAN, Andrew. (2013a) "Freedom of the Church" and the Authority of the State. 21 *Journal of Contemporary Legal Issues* 145 (2013); *Northwestern Public Law Research Paper* No. 13-35. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2337116>
- \_\_\_\_\_.(2013b) *Defending American Religious Neutrality*. Cambridge (Mass.) e London: Harvard University Press, 2013.

- \_\_\_\_\_. (2014a) "Ronald Dworkin, Religion and Neutrality". 94 *Boston University Law Review* 1241.
- \_\_\_\_\_. (2014b) 'Religion' as a Bundle of Legal Proxies: Reply to Micah Schwartzman (2014b). 51 *San Diego L. Rev.* 1079 (2014); *Northwestern Public Law Research Paper No. 15-04*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2552909>
- \_\_\_\_\_. (2015). "Nonexistent & Irreplaceable: Keep the Religion in Religious Freedom" in *Commonweal*, March 27, 2015, disponível em <https://www.commonwealmagazine.org/nonexistent-irreplaceable>
- \_\_\_\_\_. (2016). "Lupu, Tuttle, and Singling out Religion" (December 6, 2016). 111 *Northwestern University Law Review Online* 41 (2016); *Northwestern Public Law Research Paper No. 16-26*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2881566>
- \_\_\_\_\_. (2017a) "Kent Greenawalt, Defender of the Faith" (February 3, 2017). *Texas Law Review*, Forthcoming; *Northwestern Public Law Research Paper No. 17-04*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2911915>
- \_\_\_\_\_. (2017b) "Religion's Specialized Specialness: A Response to Micah Schwartzman, *What If Religion Is Not Special*"; 79 *U Chi L Rev* 1351 (2017)," *University of Chicago Law Review Online*: Vol. 79 : Iss. 1 , Article 7. Available at: [http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev\\_online/vol79/iss1/7](http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev_online/vol79/iss1/7)
- KOPPELMAN, Andrew and GEDICKS, Frederick Mark. (2015) "Is Hobby Lobby Worse for Religious Liberty than Smith?" (March 12, 2015). 9 *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy* 223 (2015); *Northwestern Public Law Research Paper No. 15-13*; *BYU Law Research Paper No. 15-03*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2578297> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2578297>
- KYMLICKA, Will. (2002). *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*. 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- LABORDE, Cécile. (2010) "In Defence of the secular state" in *Royal Society of Arts Journal*, July 2010.
- \_\_\_\_\_. (2013). "Political Liberalism and Religion: On Separation and Establishment", *The Journal of Political Philosophy*: Volume 2, Number 1, 2013, pp. 67-86

- \_\_\_\_\_.(2014a), "Equal Liberty, Non-Establishment and Religious Freedom". *Legal Theory*, 20 (2014), 52-77.
- \_\_\_\_\_. (2014b), "Dworkin's Freedom of Religion Without God". 94 *B. U. L. Rev.* 1255 2014.
- \_\_\_\_\_. (2015a). "Protecting Freedom of Religion in a Secular Age" in SULLIVAN, Winnifred Fallers, HURD, Elizabeth Shakman, MAHMOOD, Saba e DANCHIN, Peter (Eds.), *Politics of Religious Freedom*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2015.
- \_\_\_\_\_. (2015b). "Religion in the Law: The Disaggregation Approach". in *Law and Philosophy*, 2015, 34, pp. 581-600.
- \_\_\_\_\_. (2016). "Liberal Neutrality, Religion, and the Good" in Jean L. Cohen e Cécile Laborde (Ed.) *Religion, Secularism & Constitutional Democracy*. New York: Columbia University Press.
- LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo (2016). "Entre Teorias e Espantalhos - Deturpações Constitutivas na Teoria dos Princípios e Novas Abordagens in Ricardo Campos (Org.). *Crítica da ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva.
- LAYCOCK, Douglas. (1981). "Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy". *Columbia Law Review* Vol. 81, No. 7 (Nov., 1981), pp. 1373-1417
- \_\_\_\_\_. (1986-7), "Equal Access and Moments of Silence: The Equal Status of Religious Speech by Private Speakers," 81 *Nw. U.L. Rev.* 1 (1986) (symposium).
- \_\_\_\_\_.(2009), "Church Autonomy Revisited", 7 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 253 2009
- \_\_\_\_\_. (2010). *Religious Liberty: Overviews & History*. Volume one. Emory University Studies in law and religion). William B. Eerdmans Publishing Company (Grand Rapids, Michigan/Cambridge, UK).
- LOPES, José Reinaldo de Lima (2004). "Raciocínio jurídico e economia". *Revista de Direito Público da Economia*. Volume 2, número 8, Belo Horizonte: outubro/dezembro de 2004.
- LUND, Christopher (2010), "Exploring Free Exercise Doctrine: Equal Liberty and Religious Exemptions" (2010). *Tennessee Law Review*, Vol. 77, p. 351, 2010; *Wayne State*

- University Law School Research Paper* No. 10-23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1832509>
- \_\_\_\_\_ (2016) "Religious Exemptions, Third-Party Harms, and the Establishment Clause" (September 7, 2016). *Notre Dame Law Review*, Vol. 91, p. 1375, 2016 (symposium); *Wayne State University Law School Research Paper* No. 2016-19. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2836130>
- LUPU, Ira C. e TUTTLE, Robert. (2006-7), "The Limits of Equal Liberty as a Theory of Religious Freedom". Book review of *Religious Freedom and the Constitution* by Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager. 85 *Tex. L. Rev.* 1217 2006-7.
- MACLURE, Jocelyn e TAYLOR, Charles. (2011) *Secularism and Freedom of Conscience*. Translated by Jane Marie Todd. Cambridge (Mass.) e London: Harvard University Press, 2011.
- MCCLAIN, Linda. (2014). "Can *Religion without God* Lead to Religious Liberty without Conflict?", 94 *B.U. L. Rev.* 1273, 1320 (2014).
- MACHADO, Maria Costa Neves (2010). "Liberdade Religiosa: Uma Questão de Tolerância ou Respeito?", *Re. Fac. Dir. Univ. SP*, Vol 105, p. 743-765, jan.-dez. 2010.
- MAITLAND, KAREN (2009). *The Owl Killers*: London, Penguin, Michael Joseph. 2009.
- MATHEWS, Lisa (2017). "Free Exercise and Third-Party Harms: Why Scholars Are Wrong and RFRA is Right" (March 15, 2017). *Trinity Law Review*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2933918>
- MAZZUOLI & SORIANO (2009). "Duas palavras" In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- McCONNELL, Michael W. (2000-1), "The Problem of Singling Out Religion". 50 *DePaul L. Rev.* 1 2000-1.
- \_\_\_\_\_. (2010), "Religion and Its Relation to Limited Government". 33 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 943 2010.
- MESLIN, Michel. (2014). *Fundamentos de antropologia religiosa: a experiência humana do divino*. Tradução de Orlando dos Reis. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.
- MILLER, Robert T.. (2014). "Dogmatic Philosophy: A Review of 'Religion Without God'". 240 *First Things* 59 (February 2014); *U Iowa Legal Studies Research Paper* No. 14-07.

Available at

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2382414> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2382414>

MINIUCI, Geraldo (2014) "O Estado laico e a semana santa", 19 de abril de 2014, in Rafael Mafei Rabelo Queiroz (Ed.) *Estado e Sociedade* (blog). Artigo disponível em <http://blogs.estadao.com.br/direito-e-sociedade/o-estado-laico-e-a-semana-santa/>, último acesso em 12.10.2014

MONTEIRO, Nilton Freitas (1997). "11 - PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS", *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Janeiro/dezembro de 1997 n°s 47/48, 1997, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev11.htm>

MOVSESIAN, Mark L. (2017). "Tradition and Going Topless" in *Law and Liberty*, December 5, 2017, disponível <http://www.libertylawsite.org/2017/12/05/tradition-and-going-topless/>

NEJAIME, Douglas & SIEGEL, Reva (2015), "Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics" (February 8, 2015). *Yale Law Journal*, Vol. 124, pp. 2516-2591, 2015; *Yale Law School, Public Law Research Paper No. 533*; *UC Irvine School of Law Research Paper No. 2015-20*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2560658>

NUSSBAUM, Martha. (2008). *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*. New York: Basic Books, 2008.

\_\_\_\_\_. (2012). "The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age". Cambridge (Mass.) e London: The Belknap Press of Harvard University Press.

OLIVA, Javier Garcia. (2008). "Public Authorities and Religious Denominations in Italy and Spain" in MORRIS, R. M. (Ed.). *Church and State: Some Reflections on Church Establishment in England*. London: The Constitutional Unity, 2008, disponível em <http://discovery.ucl.ac.uk/19573/1/19573.pdf>

PIEPER, Joseph. (2009). *Leisure: the Basis of Culture*. Including *The Philosophical Act*. Translated by Alexander Dru, with a Foreword by James V. Schall, S. J.. San Francisco: Ignatius Press.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri (2009). "O respeito, pelo Poder Público, aos dias de guarda religiosa: a realização do exames de vestibular, concursos públicos e provas

escolares em dias sagrados de descanso e orações". In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

---

\_\_\_\_\_ (2017). "Inconstitucional ensino religioso em escolas públicas: Texto apresentado na ADI 4439, em favor da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos" in *Jota*, 23/08/2017, disponível em <https://www.jota.info/artigos/inconstitucional-ensino-religioso-em-escolas-publicas-23082017>

PINHEIRO, Aline (2013). Andar pelado não é um direito, decide corte inglesa in *Consultor Jurídico*, 5 de novembro de 2013, disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-05/andar-pelado-pelas-ruas-nao-direito-decide-corte-inglesa>

PINZANI, Alessandro (2014). "Por que é necessário um estado Laico". in Marciano Adilio Spica Horacio Luján Martínez (Organizadores). *Religião em um Mundo Plural Debates desde a Filosofia*. Pelotas: NEPFIL online, 2014.

---

\_\_\_\_\_ (2016). "Estado Laico e Interferência religiosa". *ethic@* - Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, v.14, n.2, p.279 - 299, Dez. 2015.

RAWLS, John (2015). *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press.

ROSA, Leonardo Gomes Penteadado (2014a). *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. Dissertação (versão corrigida em abril de 2014). Orientador: Ronaldo Porto Macedo Jr. Financiamento: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, processo 2011/15618-4. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, 258f

---

\_\_\_\_\_ (2014b). "Liberdades e justiça distributiva no liberalismo de Ronald Dworkin". In: 38º Encontro Anual da Anpocs, 2014, Caxambu. *Anais do 38º Encontro Anual da Anpocs*, de 27 a 31 de outubro de 2014, em Caxambu - MG, 2014.

---

\_\_\_\_\_ (2014c). "O chumbo e o discurso: Jeremy Waldron e Ronald Dworkin sobre liberdade de expressão" in *O futuro do constitucionalismo: perspectivas para democratização do direito constitucional*. Caderno de Resumos de Evento Científico. Organizadores: Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes,

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Élcio Nacur Rezende. - Belo Horizonte : Initia Via, 2014, pp. 170-173.

---

\_\_\_\_\_. (2015a). "Liberdade de expressão e criminalização da apologia: análise da ADPF 187-DF" in *O futuro do constitucionalismo: a construção da democracia constitucional*. Caderno de resumos. Organizadores: Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes, José Adércio Leite Sampaio, Élcio Nacur Rezende. - Belo Horizonte : Initia Via, 2015, pp.182-185

---

\_\_\_\_\_. (2015b). "Justiça e Conflito de Direitos". Trabalho apresentado no II Seminário "Direito e Justiça" do Grupo de Pesquisa Metafísica e Política, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais - UNICAMP, organizado por Sueli Custódio, 2015.

---

\_\_\_\_\_.(2016a). "Pode um igualitário defender o direito ao discurso de ódio? O caso de Ronald Dworkin", trabalho apresentado no Grupo de Trabalho III: Teoria do Direito, Coordenado por David José de Souza da Silva e Victor Sales Pinheiro, no evento "Consequências práticas da Teoria do Direito", organizada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, pelo Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e pela Liga Acadêmica Jurídica do Pará – LAJUPA, ocorrida no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (ICJ/UFPa).

---

\_\_\_\_\_. (2016b). "Liberdade de expressão e concepções de igualdade", apresentação oral no I Seminário Interinstitucional de Filosofia do Direito e Teoria da Justiça, "Direito e Racionalidade: possibilidades e limites do pensamento jurídico" em maio de 2016, realizado pela UFOP, UFLA e Milton Campos em Ouro Preto/MG, sob organização de Bruno Camilloto e David Francisco Lopes Gomes Thiago Decat.

---

\_\_\_\_\_. (2017a). "O direito à liberdade de expressão e o valor das liberdades em Ronald Dworkin". in MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Org.). *Teoria do Direito Contemporânea: autores e temas*. Curitiba: Juruá Editora. Texto debatido no Seminário de Filosofia, Mesa com Jacqueline Abreu, presidida por Caio Gentil Ribeiro; debatedor: Lucas Petroni, disponível Canal GIFITED, [https://www.youtube.com/watch?v=HCy0v5UAeQQ&index=6&list=PLWtXNJ\\_Fu1tjHDGgEhDKguE-E6ZT-UbQp&t=2299s](https://www.youtube.com/watch?v=HCy0v5UAeQQ&index=6&list=PLWtXNJ_Fu1tjHDGgEhDKguE-E6ZT-UbQp&t=2299s) e <https://www.youtube.com/watch?v=2jk1S5LSydo>



- \_\_\_\_\_. (2017b). "Cultura de liberdade em Ronald Dworkin e liberdade de expressão na internet" in *Anais [recurso eletrônico]: globalização, tecnologias e conectividade / Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos, Luiza Couto Chaves Brandão, organizadores. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2017 (evento ocorrido em 2016), pp. 246 e ss.*
- \_\_\_\_\_. (2017c) "Liberalismo igualitário", palestra proferida no II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO E TEORIA DA JUSTIÇA, Universidade Federal de Lavras.
- ROSS, Derek (2018). "Religious Discrimination in Canada" in *The Public Discourse*, 11 de fevereiro de 2018, disponível em <http://www.thepublicdiscourse.com/2018/02/20922/>
- RUSSO, Charles (2015). "Religious Freedom in Education: A Fundamental Human Right." *Religion & Education, Vol. 42, No. 1*, 17-33.
- SCHRAGGER, Richard e SCHWARTZMAN, Micah. (2013a), "Against Religious Institutionalism" (August 22, 2013). *Virginia Law Review*, Vol. 99, No. 5, 2013; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-62*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2152060>
- \_\_\_\_\_. (2013b), "Lost in Translation: A Dilemma for Freedom of the Church" (April 19, 2013). *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-04; Journal of Contemporary Legal issues*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2253891>
- SCHWARTZMAN, Micah. (2012) "What if Religion Isn't Special?" (January 25, 2012). *University of Chicago Law Review*, Vol. 79, No. 4, 2013; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-03*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1992090> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1992090>
- \_\_\_\_\_. (2014) "Religion as a Legal Proxy" (March 26, 2014). 51 *San Diego L. Rev.* 1085 (2014); *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2014-26*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2416254>
- SCHAUER, Frederick (2005). "Towards an Institutional First Amendment" (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-020. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=722643> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.722643>

SEFERJAN, TATIANA Robles. 2012. "Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988". Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-02042013-112226.

SMITH, Steven Douglas (2014a). "Is God Irrelevant?" (February 26, 2014). *Boston University Law Review*, Forthcoming; *San Diego Legal Studies Paper No. 14-142*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2401829>

---

\_\_\_\_\_. (2014b) "The 'Jurisdictional' Conception of Church Autonomy" (December 11, 2014). *San Diego Legal Studies Paper No. 14-177*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2537024>.

SPINNER-HALEV, Jeff (2000). "Extending Diversity: Religion in Public and Private Education" in KYMLICKA, Will e NORMAN, Wayne (Ed.). *Citizenship in Diverse Societies*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

---

\_\_\_\_\_. (2004). "Autonomy, Association and pluralism" in EISENBERG e SPINNER HALEV (2004), *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*. Cambridge (UK: Cambridge University Press.

TEBBE, Nelson, SCHARTZMAN, Micah e SCHRAGGER, Richard. (2013). "The Establishment Clause and the Contraception Mandate" in *Balinization*, Wednesday, November 27, 2013, disponível em <https://balkin.blogspot.com.br/2013/11/the-establishment-clause-and.html>

---

\_\_\_\_\_. (2016a). "How Much May Religious Accommodations Burden Others?" (July 19, 2016). in *Law, Religion, and Health in the United States* (Elizabeth Sepper, Holly Fernandez Lynch, and I. Glenn Cohen, ed., Cambridge Univ. Press, 2017 Forthcoming); *Cornell Legal Studies Research Paper No. 16-25*; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2016-43*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2811815>

---

\_\_\_\_\_. (2016b). "When Do Religious Accommodations Burden Others?" (July 19, 2016). *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality* (Susanna Mancini & Michel Rosenfeld eds., Cambridge Univ. Press, 2017 Forthcoming); *Cornell Legal*

- Studies Research Paper* No. 16-25; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 2016-44. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2812121>
- TIERNEY, Brian. (2003) "Religious Rights: A Historical Perspective" in Noel B. Reynolds e W. Cole Durham Jr. (Eds.), *Religious Liberty in Western Thought*. William B. Eerdmans Publishing Company: Grand Rapids, Michigan/Cambridge, UK.
- TRABBIC, Joseph (2018). "The Catholic Church, the State, and Liberalism" in *The Public Discourse*, 2 de maio de 2018, disponível em <http://www.thepublicdiscourse.com/2018/05/21405/>
- TOLSTÓI, Liev (2010). "Resposta à resolução do Sínodo de 20-22 de fevereiro de 1901 e às cartas recebidas nessa ocasião" in *Padre Sérgio*. Tradução Beatriz Morabito, Prefácio Samuel Titan Jr., Pós-fácio Boris Schnaiderman, Desenhos Kazimir Maliêvitch. São Paulo: Cosac Naify, 2010
- WALDRON, Jeremy. (1997). "The Circumstances of Integrity" in *Legal Theory*, Volume 3, Issue 1 March 1997, pp. 1-22
- \_\_\_\_\_. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2012.
- WILLS, Gary. (2017). "Where Evangelicals Come From". Resenha de Frances FitzGerald, *The Evangelicals: The Struggle to Shape America*. *The New York Review of Books*, edição de 20 de abril de 2017, disponível em <http://www.nybooks.com/articles/2017/04/20/where-evangelicals-came-from/>
- WHITMARSH, Tim. (2015). *Battling the Gods: Atheism in the Ancient World*. New York: Alfred A. Knopf, 2015.
- VOLOKH, Eugene (1999). "Equal Treatment Is Not Establishment", 13 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 341 (1999). Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol13/iss2/5>
- \_\_\_\_\_(2013). "3B. Would Granting an Exemption from the Employer Mandate Violate the Establishment Clause?" in *The Volokh Conspiracy*, December 4, 2013, disponível em <http://volokh.com/2013/12/04/3b-granting-exemption-employer-mandate-violate-establishment-clause/>

ZUCCA, Lorenzo (2015). "Freedom of Religion in a Secular World", in CRUFT, Rowan, LIAO, S. Matthew e RENZO, Massimo. (Eds.). *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

ZYLBERSTAJN, Joana (2016). *A Laicidade do Estado Brasileiro*. Brasília, Verbena Editora.

## **Decisões judiciais e documentos similares**

### *Petições Iniciais*

CNTE, (2004). Petição Inicial, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), ADI 3268-2, STF, assinada por Paulo Legruber, Damares Medina e Claudio Santos.

PGR, (2010), Petição Inicial na ADI 4439, STF. Assinada por Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, com representação de Waldemar Zveiter e Daniel Sarmento

PGR (2017). Petição Inicial, ADI 5696, STF. Assinada por Rodrigo Janot Monteiro de Barros (com menção a representação dos promotores Marta Alves Larcher e Carlos Alberto Valera).

### *Manifestações no processo*

AGU, (2010a), ADI 4439, STF, Informações n. 24/2010/CC/AGU, Célia Maria Cavalcanti Ribeiro

SAJ, Parecer. n. 4066/2010, Natalie Albieri Laureano, aprovado por Beto Ferreira Martins Vasconcelos

AGU, Parecer, João Paulo Santos Borba, aprovado por Mauro César Santiago Chaves

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (CNE), (1997), Parecer de João Antônio Cabral de Monlevade e José Arthur Gianotti, Aprovado pelo Plenário do Conselho.

AGU, (2010b), Manifestação, ADI 4439, STF, Lúcio Inácio Lunena Adams, Grace Maria Fernandes Mendonça<sup>688</sup>

PGR, (2005), Manifestação, ADI 3268, STF, assinada por Claudio Fonteles

---

<sup>688</sup> Consta o nome de Luiz Felipe da Mata Machado Silva, mas não há assinatura.

SENADO FEDERAL, (2010), Senado Federal, ADI 4439, STF, Parecer de Roberta Simões Nascimento, com "de acordo" de Antonio Marcos Mousinho Sousa e aprovado por Luiz Fernando Bandeira.

*Participações como amicus curiae*

AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA, PESQUISA E INFORMAÇÃO, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, ECOS - COMUNICAÇÃO E SEXUALIDADE, CLADEM - COMITÊ LATINO-AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER E RELATORIA NACIONAL PARA O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO DA PLATAFORMA BRASILEIRA DE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS - PLATAFORMA DHESCA BRASIL. (2012), *amicus curiae* na ADI 4439, documento assinado por Salomão Barros Ximenes; constam ainda nomes de Ester Gammardella Rizzi, Flávia Xavier Annenberg, Marcos Roberto Fuchs, Carmen Hein de Campos, Ingrid Viana Leão e Denise Carreira.

ANAJURE (2015), *amicus curiae* na ADI 4439, STF, assinado por Gustavo Miguez de Mello e por Fabiano Soares Gomes, ADI 4439, STF.

CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), (2017), *Memorial* na ADI 4439, STF, assinado por Fernando Neves da Silva (com nome, mas sem assinatura, de Cristina Maria Neves da Silva, bem como faz menção pareceres de Célio Borja, Ives Gandra Martins, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ronaldo Poletti), disponível em <http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/08/Memorial-CNBB.pdf>,

XI-DH (Centro Acadêmico XI de Agosto e Amicus DH), (2016), *Amicus curiae* na ADI 4439, STF, assinado por Virgílio Afonso da Silva, Lívia Gil Guimarães, Bruna Marques de Miranda, Mayra Granami, Ana de Mello Cortês, Ana Laura Barbosa, Cecília Barreto Lima, Danilo Cronemberger, Letícia Ueda Vella, Lucas Barbosa Folster e Rodrigo Marambaia.

UERJ DIREITOS (Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Clínica UERJ Direitos), (2016), *Amicus curiae* na ADI 4439, STF, assinada por Daniel Sarmento, Carina Lellis, Wallace Corbo e Marina Afonso Siqueira.

ATEA, (Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos) (2017), veja PINHEIRO (2017, acima).

*Votos disponibilizados (ADI 4439)*

EC/CR, (2017), "STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas", disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>, último acesso em 20/11/2017 (com link para votos dos Mins. Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello).

CARNEIRO, Luiz Orlando & FALCÃO, Márcio. (2017). "O voto de Barroso sobre ensino religioso público". *JOTA*, disponível em <https://jota.info/justica/o-voto-de-barroso-sobre-ensino-religioso-publico-30082017>, último acesso em 20/11/2017 (com link para o voto do Min. Luis Roberto Barroso: <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/08/VALEESTEADI-4439-2-Ensino-religioso-Voto-30-ago2017-VF-22.pdf>).

BARROSO, Luis. (2017), Voto do Relator na ADI 4439, STF, disponível em CARNEIRO e FALCÃO (2017) e em <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-4439-vers%C3%A3o-final.pdf>

DE MORAES, Alexandre. (2017), Voto na ADI 4439 STF. Documento com marca d'água em que consta "Em elaboração".

FACHIN, Edson. (2017), Voto na ADI 4439, STF. Documento com marca d'água em que consta "cópia".

LEWANDOWSKI, Ricardo. (2017), Voto na ADI 4439, STF. Documento com marca d'água em que consta "Em elaboração".

DE MELLO, Celso. (2017), Voto na ADI 4439, STF. Documento com marca d'água em que consta "Em elaboração".