DA HOSTILIDADE PASSANDO PELO RECONHECIMENTO ATÉ A IDENTIFICAÇÃO – MODELOS DE ESTADO E IGREJA E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE RELIGIOSA*

WINFRIED BRUGGER**

RESUMO: Este artigo descreve seis modelos da relação entre Estado e Igreja: (1) hostilidade agressiva, (2) separação rígida na teoria e na prática, (3) separação e alguma acomodação, (4) divisão e cooperação, (5) unidade formal e (6) unidade material entre Igreja e Estado. Ele se concentra, assim, nos modelos (2) a (5), os quais não são proibidos, como violações da liberdade religiosa, pelas constituições modernas e pelos tratados de direitos humanos. A última parte do artigo discute decisões fundamentais, a maioria das Cortes Constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos, que apontam similitudes e discrepâncias marcantes entre os modelos (2) e (5) nos hard cases.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa; Estado-Igreja; Modelos; Hostilidade; Separação; Cooperação; Unidade.

ABSTRACT: This article describes six prototypes of state-church relations: (1) aggressive animosity, (2) strict separation in theory and practice, (3) separation and some accommodation, (4) division and cooperation, (5) formal unity and (6) substantive unity between church and state. It then concentrates on models (2) through (5) which modern constitutions and human rights treaties do not outlaw as violations of religious liberty. The latter part of the article discusses seminal decisions mostly of the German and American Constitutional Court which point to the most striking similarities and discrepancies between models (2) and (5) in hard cases.

KEYWORDS: Religious Liberty; State-Church; Prototypes; Animosity; Separation; Cooperation; Unity.

Artigo recebido em 2.12.2009 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 30.03.2010.

^{*} Tradução do original: "Von Feindschaft über Anerkennung zur Identifikation. Staat-Kirche-Modelle und ihr Verhältnis zur Religionsfreiheit", in: JOAS, Hans & WIEGANDT, Klaus (eds.), Säkularisierung und die Weltreligionen, 2. ed., Frankfurt: Fischer, 2007, p. 253-283. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Pós-Doutora e Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é Pesquisadora e Editora Jurídica do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado e de Direito Internacional Público em Heidelberg.

^{**} Professor Titular de Direito Público, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Estado da Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Doutor e Bacharel em Direito pela Eberhard-Karls-Universität Tübingen. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of California, Berkeley. Professor-Convidado da Georgetown University Law Centre, Washington, D. C. Professor-Pesquisador do Instituto Max-Weber de Estudos de Ciências Sociais e Culturais da Universidade de Erfurt (2003-2008). Atual Presidente da Seccional Alemã da Associação Internacional de Filosofia Social e do Direito (IVR).

SUMÁRIO: Introdução; I. Seis Modelos da Relação entre Estado e Igreja; 1. Hostilidade Agressiva entre Estado e Igreja; 2. Separação Rígida na Teoria e na Prática; 3. Separação Rígida na Teoria, Acomodação na Prática; 4. Divisão e Cooperação; 5. Unidade Formal da Igreja e do Estado com Divisão de Conteúdo; 6. Unidade Material e Formal entre Igreja e Estado; II. Excluindo o Primeiro e o Sexto Modelo no Direito Moderno; III. Avaliando o Sistema do Quinto Modelo de Unidade Formal; IV. A Estrutura da Ponderação nos Modelos de Separação e de Divisão: Alguns Exemplos.

SUMMARY: Introduction; I. Six Models of the Relationship between Church and State; 1. Aggressive Animosity between Church and State; 2. Strict Separation in Theory and Practice; 3. Strict Separation in Theory, Accommodation in Practice; 4. Division and Cooperation; 5. Formal Unity of Church and State with Substantive Division; 6. Formal and Substantive Unity of Church and State; II. Excluding the First and Sixth Models in Modern Law; III: Evaluating the Fifth Model's System of Formal Unity; IV. The Balancing Structure in the Division and Separation Models: A Few Examples.

INTRODUÇÃO

O Estado ocidental moderno se originou, em boa parte, como uma organização política que se despediu da unidade medieval de Estado e da Igreja cristã. Razão disso foi o fato de o poder do Estado não ter apenas estabelecido relação com essa mesma Igreja cristã, mas com o Protestantismo e o Catolicismo. A concorrência entre essas religiões, que se estendeu para a situação política, e as relações contenciosas de domínio entre o poder religioso e o político, tornaram impossível o estabelecimento de relações pacíficas. Sobreveio o caos das guerras civis e das guerras catastróficas. Assim, com o tempo, pareceu inevitável uma secularização do poder no mundo ocidental.¹ A política teve de se concentrar em preocupações mundanas, no bem-estar secular. Em assuntos religiosos, para se obter a salvação eterna, a espada do poder do Estado não precisou ser mais o meio de sanção para a imposição da religião preferida do poder político – apesar do ideário cristão que persistiu por muito tempo.² A longo prazo, esse desenvolvimento resultou, na maioria dos Estados da Europa e nos Estados Unidos, numa distinção estrutural das áreas pertencentes ao Estado e à religião, ou melhor, à Igreja. Além disso, dividiram-se os campos de atuação: Por um lado, a preocupação do Estado pelo bem-estar do mundo; por outro lado, a da Igreja pela salvação eterna.³ A busca pela própria salvação deveria seguir o Princípio da Liberdade;

¹ V. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation", in: ___, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a.M., 1976, p. 42 ss.; Christian Walter, "Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive", Tübingen, 2006, p. 23 ss.; Heinhard Steiger, "Religion und die historische Entwicklung des Völkerrechts", in: Andreas Zimmermann (ed.), Religion und Internationales Recht, Berlin, 2006, p. 11 ss.; County of Allegheny v. A.C.L.U., 492 U.S. 573, 610 (1989): "O governo não discrimina nenhum cidadão com base na fé religiosa do mesmo, se o governo for secular em suas funções e operações. Em sentido contrário, a Constituição ordena que o governo continue sendo secular e, não, se afilie a crenças ou instituições religiosas, precisamente para evitar a discriminação entre cidadãos com base na fé religiosa deles. Um Estado secular, deve-se recordar, não é o mesmo que um Estado ateísta ou anti-religioso. Um Estado secular não estabelece o ateísmo ou a religião como seu credo oficial."

² V. Joseph Story, *Commentaries on the Constitution*, 1833, reedição e introdução de Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, Durham, N.C. 1987, p. 701 (§ 990): "a religião... só pode ser ditada pela razão e convicção, não pela força ou violência."

³ V. Böckenförde (nota de roda pé nº 1), p. 43 ss., além disso, no contexto do sistema escolar, as concepções do Justice Jackson, em opinião divergente, em *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 22 ss. (1947): As escolas

deveria ser, no contexto da liberdade de confissão religiosa, uma questão destinada ao indivíduo e à sua consciência.⁴

Não é, portanto, surpreendente que constituições modernas e liberais separem as áreas de domínio do Estado das pertencentes às organizações religiosas ("Igreja") por meio de uma norma estrutural, assim como insiram a liberdade religiosa no capítulo destinado aos direitos fundamentais. Exemplo clássico é da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1787-1791. "O Congresso não deve elaborar lei relacionada ao estabelecimento da religião, ou à proibição do seu exercício...". Na primeira parte da frase, encontramos a cláusula estrutural de não-instituição; na segunda parte, o direito fundamental à liberdade religiosa. De forma semelhante, prevê o art. 137, § 1º da Constituição da República de Weimar (CRW) que foi incorporado pela Lei Fundamental (LF) através do art. 140: "Não existe uma Igreja do Estado". A liberdade religiosa é protegida por meio do art. 4º, § 1º e § 2º da LF: "A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis. Deve-se garantir o exercício religioso sem turbação".

Como essa frase da LF deixa exemplarmente claro, formulações relativas à liberdade religiosa em novas constituições são, em sua maioria, mais específicas e abrangentes que nas constituições antigas e sintéticas. O art. 9º da Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) é ainda mais distinto. O âmbito de proteção da liberdade religiosa⁵ compreende os seguintes elementos: a liberdade de pensamento, de consciência e religiosa, o direito a mudar de religião e de ideologia, a liberdade do exercício dessas atividades de forma individual ou coletiva, em que se abrangem o culto ou a missa, o ensinamento e o respeito pelos costumes religiosos.

Em suma, o Estado de Direito ocidental moderno se distingue por meio da liberdade religiosa, como meio contra a coerção do Estado em questões religiosas,

religiosas, no caso em tela, as escolas católicas, ensinam a "missão", "a fé e o mandamento da Igreja" (23), enquanto as escolas públicas, dissociadas de tais mensagens, "inculcam todo o conhecimento temporal necessário ... [e] sabedoria universal ..." (24). V. também a opinião majoritária, p. 15: Para preservar a liberdade civil, a estrutura de nossos governos tem resgatado as instituições temporais da interferência religiosa. Por outro lado, protegeu a liberdade religiosa das interferências da autoridade civil." V. ainda, no anexo dessa decisão, a citada "Memorial and Remonstrance against Religious Assessment" de James Madison, p. 63 ss. sobre a "luz da revelação" (p. 70) em oposição às "liberdades, [à] prosperidade, e [à] felicidade da comunidade" (p. 72).

Sobre a história da liberdade religiosa, v. Rainer Grote, "Die Religionsfreiheit im Spiegel völkervertraglicher Vereinbarungen zur politischen und territorialen Neuordnung", in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (eds.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht. Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin, Heidelberg et al. 2001, p. 3 ss.; Steiger (nota de roda pé nº 1).

⁵ A CEDH não contém nenhuma norma de estrutura sobre a relação do Estado com a Igreja, porque ela, assim como outras convenções de direitos humanos, não é uma "Constituição do Estado", mas uma convenção de Direito Internacional Público; a previsão da relação do Estado e Igreja pertence, porém, à organização interna do Estado. Isso não exclui que as liberdades religiosas, estabelecidas internacionalmente, tenham efeitos indiretos sobre a relação entre Estado e Igreja. A esse respeito, Jochen A. Frowein, "Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz", in: Grote/Marauhn (nota de roda pé nº 4), p. 73, 78 ss.; Walter (nota de roda pé nº 1), p. 201, 332 ss.; Christoph Grabenwarter, "Religion und Europäische Menschenrechtskonvention"; Eckart Klein/Bernhard Schäfer, "Religionsfreiheit und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte"; Rainer Hofmann, "Religion und Minderheitenschutz", todos em Zimmermann (nota de roda pé nº 1), p. 97 ss., 127 ss., 157 ss.

Direitos Fundamentais \mathcal{E}_T Justiça n' 10 – Jan./Mar. 2010

e por meio de uma divisão estrutural das áreas de domínio pertencentes ao Estado e à Igreja. Embora essa afirmação seja juridicamente correta e geralmente seja uma expressão dos juízos dos povos da maioria dos Estados ocidentais, deve haver, sim, diferenciação. Pois, no modelo jurídico básico e dual de divisão estrutural e individual, como o da liberdade religiosa coletiva, constituíram-se algumas variantes na comunidade pública que entram em conflito pelo reconhecimento. Ademais, devese esclarecer quais relações entre Estado e Igreja estão sendo dissovidas com base nesse conteúdo essencial do desenvolvimento ocidental moderno. Proponho, como se segue, diferenciar seis modelos da relação de Estado e Igreja. Esses modelos vão da hostilidade, passando pelo reconhecimento até alcançarem a identificação e, também de forma aproximada, se encontram, mais uma vez, associados a países concretos.

I. SEIS MODELOS DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E IGREJA Seis Modelos para o Ordenamento da Relação entre Estado e Igreja

1.	2.	3.	4.	5.	6.
Hostilidade	Separação	Separação e	Divisão e	Unidade	Unidade
entre	Rígida na	Acomodação	Cooperação	Formal de	Material de
Estado e	Teoria e na		Parcial	Igreja e	Igreja e
Igreja	Prática			Estado	Estado

1. Hostilidade Agressiva entre Estado e Igreja

O regime político de um país pode ser instituído de forma anti-religiosa e, por isso, na ideologia oficial, na Constituição e na prática política, pode marginalizar religiões e Igrejas ou conduzi-las à ilegalidade ou, mesmo, eliminá-las. A Albânia comunista foi instituída de forma hostil e anti-religiosa. Assim, é a previsão do art. 37 da Constituição da Albânia de 1976: "O Estado não reconhece nenhum tipo de religião e apóia e desenvolve a propaganda ateísta, a fim de inculcar nos homens a ideologia científico-materialista". Tendencialmente, todos os regimes comunistas, antes de seu colapso no final dos anos oitenta, adotaram atitudes hostis contra religiões e Igrejas. Isso não é surpreendente quando se pensa que Karl Marx, em 1844, em sua *Crítica da Filosofia do Direito Hegeliana (Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*), tenha falado da religião como o ópio do povo.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N' 10 – JAN./MAR. 2010

⁶ V. também sobre essa tipologia, ao lado das notas de roda pé 20, 23, Krystina Daniel/W. Cole Durham, "Religious Identity as a Component of National Identity: Implications for Emerging Church-State Relations in the Former Socialist Bloc", in: Andràs Sajó/Shlomo Avineri, (eds.), *The Law of Religious Identity. Models for Post-Communism*, The Hague, 1999, p. 117, 118 ss.; W. Cole Durham, "Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework", in: Johan D. van der Vyver/John Witte, (eds.), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, The Hague, 1996, também em Vicki C. Jackson/Mark Tushnet, (eds.), *Comparative Constitutional Law*, New York, 1999, p. 1157 ss. Trata-se, aqui, de tipos ideias, aos quais correspondem, mais ou menos, os sistemas jurídicos e relações reais em Estados individualizados; transições entre modelos isolados não estão excluídas, mas incluídas.

⁷ V. Karl Marx, do *Deutsch-Französischen Jahrbücher* (1843/44). "Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung", in: *Karl Marx. Die Frühschriften*, editado por Siegfried Landshut, Stuttgart, 1968, p. 155 ss., 208: "A calamidade religiosa é, em parte, a expressão da calamidade real e, em parte, o protesto contra a calamidade real. A religião é o suspiro da criatura acossada ... Ela é o ópio do

Hostilidade ou, pelo menos, repúdio a religiões não está, contudo, restrito ao Marxismo-Leninismo. Independente disso, existem sempre renovadas ambições políticas e intelectuais do anticlericalismo, que se dirigem contra a intromissão de representantes religiosos em assuntos políticos e estatais.⁸ A França é frequentemente mencionada nesse contexto.9 O anticlericalismo não é automaticamente hostil à religião, nem com relação ao curso dos objetivos, nem com relação aos meios escolhidos. Sem entrar em detalhes, considera-se que o laicismo francês, em muitas (embora não em todas¹⁰) manifestações, queira preservar mais o direito próprio do domínio do Estado contra religiões dominantes e, nesse caso, contra a influência católica, do que, em geral, queira combater a religião. Pode-se, portanto, diferenciar, dentro do anticlericalismo, duas variantes tipicamente ideais. No caso de a defesa de tais pretensões da Igreja suceder com hostilidade, o anticlericalismo é classificado como variante relativamente moderada do primeiro modelo de hostilidade. É recomendável o segundo modelo no caso de ser requerida tão-somente uma separação rígida com o objetivo de se afirmar, em qualquer caso, o favorecimento da Igreja e do Estado e com o objetivo de conservar suas estruturas típicas.

2. Separação Rígida na Teoria e na Prática

Esse modelo é uma variante da doutrina norte-americana de uma parede que separa Estado e Igreja, uma "wall of separation", nas palavras de Thomas Jefferson. ¹¹ No caso de ser postulada essa parede de separação, o modelo se orienta primeiramente contra um convívio espacial entre Estado e Igreja, por exemplo, com aulas de religião em escolas públicas. A parede de separação se dirige também contra o envolvimento de Igrejas, do ponto de vista organizacional, em esferas públicas e contra um amalgamento de mensagens religiosas e estatais.

Um exemplo famoso é o caso norte-americano Everson v. Board of Education. 12

povo" (ênfases de Marx excluídas). Outras posições sobre a crítica marxista à religião foram reunidas por Iring Fetscher (ed.), *Der Marxismus. Seine Geschichte in Dokumenten*, 2ª ed., München, 1973, p. 56 ss.

Direitos Fundamentais \mathcal{E}_{T} Justiça nº 10 – Jan./Mar. 2010

⁸ V. J. Salwyn Schapiro, *Anticlericalism. Conflict between Church and State in France, Italy, and Spain*, Princeton, N.J., 1967, p. 3: "O conflito entre Igreja e Estado tem sido o problema mais relevante na história da Europa Moderna. Constituiu-se de várias formas, em diferentes países e em diferentes períodos; porém, a questão fundamental foi sempre e, em todos os lugares, a mesma, ou seja, aquilo que tinha supremacia sobre o outro." V. também René Rémond, *L'Anticléricalisme en France de 1815 à nos jours*, 2ª ed., Bruxelles, 1999, p. 23 ss. Sobre os motivos de o anticlericalismo se orientar contra o Catolicismo: "A Igreja ameaça o Estado, a nação, os indivíduos, a família."

⁹ V. Schapiro (nota de roda pé nº 8), p. 112: "França, o país clássico do anticlericalismo"; Rémond (nota de roda pé nº 8), que, porém, na página 357, também menciona Bélgica, Itália, Espanha, Portugal, América do Sul e, certamente, todos os países que, de forma contínua ou intermitente, são marcadamente católicos e, em cujas ondas de anticlericalismo surgiram e, em parte, também dominaram.

O conceito de laicismo, freqüentemente mencionado nesse contexto se reveste, algumas vezes, de conotação crítico-religiosa. V. Thomas Giegerich, *Religionsfreiheit als Gleichheitsanspruch und Gleichheitsproblem*, in: Grote/Marauhn (nota de roda pé n° 4), p. 241, 291 s., und Hans-Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, Berlin, 2003, p. 43 s. V. também Michel Troper, "The Problem of the Islamic Veil and the Principle of School Neutrality in France", in: Sajó/Avineri (nota de roda pé n° 6), p. 89, 91: "Nas mentes de alguns de seus defensores, o laicismo possui um tom intensamente anti-religioso".

¹¹ Thomas Jefferson, Letter to a Committee of the Danbury Baptist Association de 1º de Janeiro de 1802, citado em McConnell/Garvey/Berg, *Religion and the Constitution*, New York, 2002, p. 54 s.

^{12 330} U.S. 1 (1947). "U.S." se refere à coletânea de decisões da Suprema Corte Norte-Americana.

Em 1941, o estado de New Jersey promulgou uma lei que previa subvenção do Estado ao transporte de ônibus de alunos de casa para a escola. Essa subvenção também acabou por favorecer alunos de escolas privadas católicas. Em sua minoria, os juízes da Suprema Corte norte-americana consideraram isso uma violação da cláusula da não-instituição da primeira emenda da Constituição. Embora tenham manifestado simpatia pelos pais de alunos de orientação cristã, que deviam pagar tributo para as escolas públicas, na sua concepção, não podiam, porém, usufruir do seu transporte de ônibus. Isso seria, sem dúvida, um encargo financeiro, quase uma penalidade para os alunos e para os pais de orientação religiosa. Não obstante, deveria haver tolerância nesse caso. Caso o Estado viesse a conceder vantagens financeiras a Igrejas, não seria necessário a exclusão de contínuas regularizações. A própria vantagem se oporia à desvantagem financeira: A separação rígida responderia também pela liberdade máxima de religiões minoritárias perante religiões tradicionais intencionalmente hostis ou outras preferências da maioria. Nesse sentido, seria a separação total do Estado e da Igreja, que se ampliaria para aspectos espaciais, organizatórios e de conteúdo e que também excluiria subvenções ou convergências indiretas "para o bem do Estado e para o bem da religião". 13 "Só por meio de um respeito rígido [do dever de separação], o Estado pode preservar sua neutralidade e, unilateralmente, impedir o partidarismo com as disputas, que se originam inevitavelmente quando grupos religiosos concorrem entre si para obter fundos do Estado para a educação e aulas religiosas ou outras atividades federativas, sejam essas diretas ou indiretas."14

Elementos do Modelo de Separação Rígida

Separação Rígida se refere a	Mensagens de conteúdo do Estado (bem-estar em vez de salvação)	
	2. Localidades (públicas <i>versus</i> construções religiosas)	
	3. Organização (sem cooperação)	
Inconstitucional	Convergências e apoios diretos, indiretos, fortes e fracos	

¹³ *Ibid.*, p. 59. Tradução do autor.

¹⁴ Ibid., p. 59. V. também p. 19 sobre a "separação total e sem compromisso", p. 26 sobre aproximações "diretas ou indiretas" assim como sobre a linguagem da cláusula da não-instituição "em termos absolutos" e sua "rigidez", p. 60 sobre a "separação total". Em Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, 319 (1952), Justice Black formula sua divergência: "... só isolando o Estado de forma total da esfera religiosa e o compelindo a ser completamente neutro que a liberdade de cada e toda denominação e de todos os infiéis pode ser mantida." V. ainda Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 710 (1984) (Justice Brennan, opinião divergente) contra um "não-enfoque da distinção" entre elementos seculares e religiosos; o Estado deve ser "escrupulosamente neutro" (p. 714) perante religiões; exclui-se até um "pequeno passo" (p. 725) em direção à preferência. Cuidar da herança religiosa é "prerrogativa exclusiva das Igrejas de nossa nação, instituições religiosas e lideranças espirituais" (p. 725). Igualmente, Brennan enrijece a opinião em Allegheny v. A.C.L.U., 492 U.S. 573, 639 (1989). Até a expressão "árvore de Cristo" torna a árvore cristã um símbolo religioso que o Estado não pode expor: "[A] tentativa de tirar o "Natal" da árvore de Natal não é convincente." Um opositor da separação rígida fala de "exclusão cruel de todo contato entre governo e religião": Justice Kennedy, divergindo em Allegheny v. A.C.L.U., p. 657.

Resultado para a área privada	Liberdade religiosa positiva e negativa forte
Resultado para a área pública	Liberdade religiosa positiva e negativa forte
Resultado para a área estatal	Liberdade religiosa negativa maximizada contra paternalismo; beneficio para religiões "radicais" e/ou suprimidas

3. Separação Rígida na Teoria, Acomodação na Prática

No caso norte-americano *Everson*, a maioria dos juízes divergiu, muito embora essa divergência tivesse advindo, como a minoria, da teoria da separação da parede. A cláusula da não-instituição, na primeira emenda, proibiu, de fato, a exigência de tributos justamente para fins religiosos. Deveria, porém, valer algo diferente para a arrecadação de tributos. Se for o caso de uma subvenção que não só favorece as escolas públicas, mas também as religiosas e se, além disso, forem ampliadas as atividades clássicas do Estado, como proteção policial, coleta do lixo, corpo de bombeiros ou, como aqui, as relativas à segurança do tráfego, essa subvenção seria, então, legalmente permitida. Assim, a liberdade religiosa prescreveria que não se excluíssem as escolas religiosas e seus alunos. ¹⁵ Qualquer outra solução prejudicaria a liberdade religiosa em seu sentido positivo e poderia ser entendida como uma hostilidade a pais e filhos religiosos. Embora o Estado precisasse ser neutro perante religiões e Igrejas, isso não poderia se converter em hostilidade. Ao contrário, o poder do Estado não deveria nem obstaculizar as religões, nem favorecê-las. ¹⁶

Essa visão moderada, complacente, "acomodada" da separação da parede deixa claro que a parede não é tão alta e compacta quanto na versão estreita e restrita. Os fatos decisivos do caso *Everson* não oferecem maiores esclarecimentos sobre onde exatamente se equivocam os limites da visão do Estado sobre a religião.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 10 – JAN./MAR. 2010

19

¹⁵ Essa atitude da maioria se encontra também na nova jurisprudência sobre ajuda financeira para escolas. Ver o resumo em Philip J. Prygoski, *Constitutional Law*, 9ª ed., St. Paul, MN, 2003, cap. XIX B 2, p. 294 ss.: *Board of Education v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968) (suporte neutro de livros escolares tanto em escolas públicas quanto privadas e também religiosas); *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986) (admissão de auxílio financeiro para alunos deficientes tanto em escolas privadas quanto religiosas); *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993) (decisão idêntica com relação a intérpretes da linguagem de sinais); *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002) (admissão de um programa de bônus escolar, que os pais poderiam usar para enviar, segundo a escolha de seu próprio filho, para uma escola pública ou privada e também religiosa). Exemplo oposto, porém, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) (não-admissão de um auxílio financeiro de professores em escolas religiosas).

¹⁶ V. Everson, 330 U.S., 1, 18. Esse pensamento também é aceito na França, apesar da separação entre Estado e Igreja. V. Claus Dieter Classen, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, Tübingen, 2003, p. 14 s.: "'laicismo' [é], hoje, tolerância e tratamento igual, deve ser compreendido até no sentido da neutralidade positiva ... [assim,] desde 1959, sobretudo, escolas privadas católicas recebem auxílio do ponto de vista financeiro ...", ao lado de escolas públicas e privadas. Mais uma vez, isso não seria possível nos Estados Unidos.

¹⁷ Nos Estados Unidos, os defensores dessa orientação são denominados "moderados" em oposição àqueles representantes da separação rígida na teoria e prática, os "separatistas", que foram mencionados em primeiro lugar.

A Suprema Corte desenvolveu, contudo, em 1971, o denominado teste "*Lemon*", que especifica três elementos para a especificação das exigências da cláusula de não-instituição: "Primeiramente, a lei precisa ter uma finalidade legislativa secular; em segundo lugar, o cerne ou o efeito primário precisa ser tal que não promova, nem prejudique a religião; por fim, a lei não pode conduzir a um excessivo amalgamento entre governo e religião." Haverá inconstitucionalidade se só um dos critérios também não for satisfeito. ¹⁹

Elementos do Teste Lemon

I. Prescrição Inconstitucional	II. Prescrição Constitucional	
Objetivo exclusivo ou primário é o apoio de (uma) religião, ou	Objetivo do apoio de (uma) religião é secundário ou marginal	
2. Efeito exclusivo ou primário é o apoio de (uma) religião, ou	2. Efeito é secundário ou marginal ou inexistente	
3. Envolvimento excessivo ou marcadamente organizatório do Estado e da Igreja/religião	3. Apenas envolvimentos fracos ou marginais	

4. Divisão e Cooperação

Não existe parede de separação entre Estado e Igreja, aonde os dois realmente cooperem – além da acomodação – em determinadas áreas no contexto mais amplo da divisão fundamental. Esse é o caso da Alemanha²⁰, onde o sistema Estado-Igreja é frequentemente classificado como "sistema de separação claudicante". A separação básica entre Estado e Igreja resulta, na Alemanha, de níveis individuais e coletivos da liberdade religiosa e ideológica do art. 4°, §1° e §2° da LF. A norma deixa claro que se trata de uma contraposição de poderes: de um lado, religião e Igreja são titulares de direitos fundamentais; de outro, a organização do Estado tem o dever dos direitos fundamentais. Em conexão com o art. 137, § 1° da CRW, o art. 140 da LF reconhece a proibição de Igrejas estatais. Sociedades religiosas devem ser formadas, de baixo para cima, por fiéis e por militantes e, não, serem decretadas, de cima, por órgãos públicos. Apesar disso, a separação não leva a uma inteira separação, mas ao trabalho parcialmente conjunto e à coordenação mútua. Isso é mostrado pelo art. 7°, § 3° da LF, que permite a aula de religião como disciplina ordenada em escolas públicas, e

20

¹⁸ Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 55 s. (1985) (momento da lei do silêncio), na citação de Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602, 612-613 (1971). O teste foi denominado, de acordo com esse caso.
¹⁹ Ibid., p. 56.

V. Gerhard Robbers, Staat und Kirche in der Europäischen Union, Baden-Baden, 1995, p. 61 ss., 351 ss., e Dorsen/Rosenfeld/Sajó/Baer (eds.), Comparative Constitutionalism, St. Paul, MN, 2003, p. 977:
 "A abordagem alemã das relações Estado-Igreja é freqüentemente considerada 'cooperativa'. Sem levar em consideração as prescrições relevantes do ponto de vista constitucional, Espanha, Itália, Polônia, Hungria, assim como alguns países latino-americanos, cooperam com um número crescente de (maioria) Igrejas por meio de acordos e concordatas com o Vaticano."
 V. Bernd Jeand'Heur/Stefan Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart, 2000, nota de

²¹ V. Bernd Jeand'Heur/Stefan Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart, 2000, nota de margem n° 161.

pelo art. 140 da LF em conexão com os arts. 137, 138 e 141 da CRW, que prevêem, entre outros, auxílios de tipo organizacional para a exigência de tributos e que, no mais, se referem a inúmeras formas de cooperação e de incentivos com base na Constituição Estadual, na lei ou no contrato. Nesse rol, também se encontra o art. 140 da LF em conexão com o art. 137, § 5° e § 6° da CRW, que prevêem, ou melhor, possibilitam, para deteminadas sociedades religiosas, a concessão do *status* de entidade de Direito Público.²²

5. Unidade Formal da Igreja e do Estado com Divisão de Conteúdo

Pode ser ainda maior a convergência organizacional entre Estado e Igreja. Esse é o caso quando a entidade política constitui formalmente uma Igreja estatal ou, de outra forma reconhecível, se identifica, como Igreja nacional, com uma determinada Igreja. Devem-se diferenciar dois modelos: de um lado, uma primariamente formal e, de outro, uma unidade ou identificação também material dos dois poderes. ²³ Uma identificação é só formal e, com ela, existe o quinto modelo, quando, apesar de um comprometimento da organização do Estado com a Igreja nacional ou estatal, existirem cinco momentos de separação material: (1) Ambas as entidades configuram basicamente suas próprias organizações. (2) Elas buscam diferentes objetivos (bemestar v*ersus* salvação). (3) Elas chegam às suas próprias decisões. (4) A Igreja não é um poder do Estado no sentido estrito, não pode, portanto, exercitar qualquer coação dura do ponto de vista externo. (5) A liberdade de crença e de religião de todos os fiéis e infiéis é fundamentalmente respeitada.

Essa é, por exemplo,²⁴ a situação no Reino Unido, na Grécia e em Israel. Por que países, como Grã-Bretanha e Grécia, escolhem um modelo de unidade formal como esse?

²² A concessão do status de entidade de Direito Público poderia ser compreendida como uma desistência da divisão, mas isso seria um equívoco. Trata-se de uma classificação formal do ponto de vista da estatalidade; de acordo com o objeto, a organização continua sendo uma instituição religiosa. Ela se encontra favorecida por determinadas provisões, como a cobrança de impostos eclesiásticos por meio dos órgãos do Estado (art. 137, § 6º da CRW); além disso, a ela correspondem, por exemplo, vantagens quanto aos tributos e, juridicamente, quanto ao planejamento de construção. Para isso, ela deve proceder a certas concessões no tocante à lealdade à Constituição, v. BVerfGE 102, 370. Dessa forma, ela não está tão livre e não pode defender mensagens tão radicais, como as que vão ao encontro da concepção da separação – as vantagens se encontram portanto, ao lado das desvantagens para as comunidades religiosas. Abstraindo-se, contudo, disso, a influência do Estado permanece reduzida: Nenhuma sociedade religiosa está compelida a obter *status* de Direito Público; ela tem direito a regular, de forma autônoma, seus próprios assuntos internos sem interferência do Estado (art. 137, § 2º da CRW). Ela pode recorrer, por certo, aos direitos de defesa do art. 4º da LF.

Estado (art. 137, § 2º da CRW). Ela pode recorrer, por certo, aos direitos de defesa do art. 4º da LF. ²³ Sobre a diferença dos modelos (4) a (6), v. Dorsen *et al.* (nota de roda pé nº 20), p. 980: "Num extremo, o Estado pode se identificar intensamente com uma tradição religiosa particular. Em caso extremo [aqui, o sexto modelo, W. B.], isso pode levar a uma teocracia virtual, como no Irã, ou ao estabelecimento da religião (com graus variáveis de tolerância ou intolerância para com outras religiões) [aqui, o quinto modelo, W. B.]. Uma versão mais suave da identificação com o Estado envolve o endosso de uma tradição religiosa particular e o papel especial que ela desempenha na história e cultura de um país, sem necessariamente torná-la a Igreja oficialmente estabelecida num país [aqui, o quarto modelo, talvez até o terceiro, W. B.]".

²⁴ V. o capítulo correspondente em Ernest Caparros/Louis-Leon Christians (eds.), Religion in Comparative Law at the Dawn of the 21st Century, Bruxelles, 2000; European Consortium for Church-State Research (eds.), Religions in European Union Law, Milano, Baden-Baden, 1998; Robbers, Staat und Kirche... (nota de roda pé n° 20). Sobre Israel, v. as respectivas contribuições em Winfried Brugger/Michael Karayanni (eds.), Religion in the Public Sphere. A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin. 2007.

Evidentemente para não permitir o rompimento de uma linha forte e importante de tradição religiosa para a comunidade. A tradição, que corresponde à maioria, deve ser reconhecida publicamente e deve ser também certamente apoiada num sentido fraco, sem que isso se converta numa coação intensa ou considerável.²⁵ No caso de Israel, a reunião de judeus espalhados pelo mundo inteiro e sua proteção territorial, até em seu próprio Estado, é motivo para a constituição do Estado e critério de legitimação para a comunidade. No que toca aos tratamentos desiguais entre Igreja estatal, ou melhor, nacional e outras comunidades religiosas, muito depende, portanto, da situação constitucional e da relação de direito organizacional com os respectivos direitos de igualdade e de liberdade fundamentais. O espectro pode ir de (1) um tratamento de convergência da igualdade entre religiões minoritárias e dominantes, ou melhor, não-religião em todos os aspectos, salvo a designação simbólica e formal, passando por (2) alguns poucos tratamentos de desigualdade até chegar, de todo modo, a desigualdades consideráveis no campo "suave", por exemplo, de incentivo financeiro direto ou indireto da Igreja estatal. No outro extremo do espectro, encontram-se medidas (3) no campo "duro", por exemplo, das desvantagens jurídicas em áreas importantes, como no acesso a funções públicas. Com essa última abordabem, aproximamo-nos, então, do próximo tipo.

6. Unidade Material e Formal entre Igreja e Estado

Neste modelo, a Igreja estatal ou a religião nacional não é simplesmente constituída simbólica, formal e, em algumas poucas áreas, "suavemente", ela também está associada ao poder do Estado. Ao contrário, existe uma conexão ampla das mensagens práticas e formas de organização com o poder do Estado. Assim, aproximamo-nos de uma teocracia, em que não se aplica mais o modelo de separação e de divisão: O imperativo jurídico é, portanto, em muitos casos, o imperativo religioso e, tendencialmente, a violação jurídica também é um pecado. A coação externa e interna podem se interligar e a sua intensidade aumentar. Sob a perspectiva dos direitos fundamentais, o sistema teocrático desvaloriza a liberdade religiosa negativa e estabelece limites ao poder mundano – ele não pode, mesmo em situações emergenciais, contradizer o mandamento religioso. Para a população, o grau de tutela e submissão também aumenta, justamente porque são elaboradas normas obrigatórias e sancionadoras para as derradeiras e íntimas convições sobre o sentido de mundo e para as instâncias morais mais altas. O dever de pertencer a uma religião e/ou a uma Igreja adequada e de testemunhar uma crença verdadeira se aplica a essa união de Igreja e Estado, assim como a validade da proibição em alguns Estados islâmicos de se retirar de uma religião apropriada.²⁶ Um exemplo que se aplica a essa forma

²⁵ Defensores de um modelo de separação rígida vêem esses limites freqüentemente como já ultrapassados.
²⁶ V. Dorsen *et al* (nota de roda pé n° 20), p. 977: "Segundo o Alcorão, apostasia (abandonar a própria religião) é um crime punível com a morte em certas repúblicas islâmicas." Ibid., p. 1002 (outras referências de caráter geral) assim como em Natan Lerner, *Religion, Beliefs, and International Human Rights*, Maryknoll, NY, 2000, "Capítulo 4: Proselytism and Change of Religion", p. 80 ss. V., também a esse respeito, a Carta islâmica, que o Comitê Central dos Muçulmanos apresentou na Alemanha, em 2002 e que, no art. 11, menciona a liberdade de escolha e de mudança de religião discutida em Heiner Bielefeldt, *Muslime im säkularen Rechtsstaat. Integrationschancen durch Religionsfreiheit*, Bielefeld, 2003, p. 68 ss.

é o domínio do Talibã no Afeganistão diante dos ataques dos Estados Unidos e da OTAN em 2002.²⁷

Um segundo exemplo aplicável a uma teocracia muçulmana se encontra num resumo da Suprema Corte do Paquistão, que descreve, na decisão *Zaheeruddin v. State*²⁸, os seguintes aspectos do Direito Islâmico dominante no Paquistão: "(i) o Direito Islâmico ou Sharia é o Direito de maior hierarquia no País, e qualquer forma de elaboração de lei, inclusive a Constituição, a ele se submete; (ii) o Direito Islâmico é o Direito conhecido e estabelecido, que não pode ser aplicado sem modificação ou ajuste, a fim de responder a todos os problemas, com os quais um Estado moderno se confronta, inclusive com os assuntos de governabilidade constitucional e de direitos individuais fundamentais ... (v) Num Estado, de maioria muçulmana, não há necessidade de se prover proteção à crença religiosa e a práticas que não se encontram em conformidade com a opinião da maioria e que a essas sejam ofensivas; e (vi) as prescrições dos direitos humanos internacionais estão sujeitas aos ditames do Direito Islâmico e, por isso, são irrelevantes com relação a questões pertinentes à liberdade religiosa num Estado muçulmano."²⁹

Há formas mais moderadas de teocracia em outros países muçulmanos.³⁰ Uma moderação de conteúdo, existe, portanto, quando se cuida, em maior ou menor escala, da "tolerância" para com outros fiéis, embora não exista nenhuma segurança arbitrária de direitos fundamentais e de diferenciação institucional.³¹ Uma moderação organizacional existe, portanto, quando em maior ou menor escala, os órgãos do Estado e as lideranças religiosas são pessoas distintas, mas, em tais casos, depende de quão extensas sejam as influências mútuas. Passa-se para o quinto modelo no caso de haver ainda maiores moderações ou reservas da Igreja e do Estado.

Fordham International Law Journal 19 (1995-96), p. 40, 44.

²⁷ V. Larry P. Goodson, Afghanistan's Endless War. State Failure, Regional Politics, and the Rise of the Taliban, Seattle, 2001, p. 18 s., 116 ss.; Neamatollah Nojumi, The Rise of the Taliban. Mass Mobilization, Civil War, and the Future of the Region, New York, 2002, p. 152 ss. Mesmo depois das intervenções do Ocidente e da "liberalização" do país, as velhas concepções ainda são dominantes. Em março de 2006, Abdul Rahman, que se converteu do Islã ao Cristianismo, deveria ser julgado e, provavelmente, condenado à morte no Afeganistão em razão da conversão religiosa. Mas depois de intensa pressão política por parte do Ocidente, a fuga de Rahman se tornou possível; a Itália concordou em lhe conceder asilo.
²⁸ Zaheeruddin v. State, 26. S.C.M.R. (S.Ct.) (1993) (Paquistão), aqui, citado de acordo com Tayyab Mahmud, Freedom of Religion and Religious Minorities in Pakistan: A Study of Judicial Practice,

²⁹ Ibid., p. 51.

Aqui, também é válido dizer para o Cristianismo: Ambos têm uma história longa e características distintas; também deve-se refletir sobre essa diversidade. Assim, deveriam se diferenciar, nos Estados orientadamente islâmicos, interpretações e sistemas ortodoxos ou, mesmo, fundamentalistas das interpretações e sistemas moderados e liberais. Freqüentemente, há uma estreita conexão entre o comando político e o religioso; por outro lado, estudiosos do Islã falam também "do legado islâmico de resistência a esforços governamentais de imposição da doutrina religiosa" L. Carl Brown, *Religion and State. The Muslim Approach to Politics*, New York, 2000, p. 178. V. também, por um lado, a reunião de vozes fundamentalistas islâmicas; por outro lado, o desejo secular de acolhimento das vozes em Bielefeldt (nota de roda pé nº 26), p. 59 ss. Existe até um sistema de distanciamento entre Estado e Igreja, como a Turquia.

31 Sobre esse ponto, v. Martin Kriele, "Habeas Corpus als Urgrundrecht", in:____, *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, Berlin, 1990, p. 71, 78 ss.: "Rechte und Toleranzen"; Bielefeldt (nota de roda pé nº 26), p. 24 ss., v. também Dorsen *et al.* (nota de roda pé nº 20), p. 975 s.

Aqui, deve-se mencionar também a nova Constituição para o Iraque.³² No Preâmbulo e nos arts. 1º e 2º, prevê-se que o Iraque é um Estado republicano, federal, democrático e pluralista. No art. 2º, encontram-se duas afirmações sobre Estado-Igreja. Por um lado, o Islã é mencionado como a religião oficial do Estado e é definido como fonte jurídica fundamental das leis. Por outro lado, a identidade islâmica da maioria do Estado é garantida no mesmo artigo; mas, ao mesmo tempo, também devem ser garantidas todas as liberdades religiosas de todos os indivíduos, com uma menção especial *inter alia* aos cristãos. Aqui, há um caso claro de compromisso formal entre o quinto e sexto modelos. Fica-se na expectativa sobre qual será a orientação concreta do Iraque.

II. EXCLUINDO O PRIMEIRO E O SEXTO MODELO NO DIREITO MODERNO

Fazendo um traçado desses seis modelos de Estado e Igreja, ou melhor, da relação de Estado e religião, pode-se dizer o seguinte com relação à sua aceitação jurídica: No quadro de Constituições fundadas na liberdade e à luz dos pactos de direitos humanos, os modelos 1 e 6 estão em contradição com o Direito Constitucional e o Direito Internacional. A hostilidade contra religiões e Igrejas, instituída com meios públicos, infringe o direito à liberdade religiosa subjacente a todo homem. Deve ser da escolha de todo homem decidir a favor ou contra uma determinada crença ou religião; não se deve negar a ele essa escolha. Às religiões deve ser conferido espaço de desenvolvimento. Quando um Estado não permite isso e defende um ateismo agressivo, esse mesmo Estado se torna um Estado totalitário: Não se ocupa apenas das tarefas daqui, como a competência pela segurança e pelo bem-estar, mas implicitamente também das do outro lado, transcendentes da busca de sentido final e total. Ele se encarrega e amalgama, por assim dizer, a imanência e a transcendência da vida e, ao lado disso, não admite outro titular genuinamente religioso.

Embora o sexto modelo se encontre bem no outro fim do espectro, ele não se distancia tanto assim do primeiro modelo de hostilidade. No modelo de unidade material de Estado e Igreja, o ateísmo agressivo, como quase-religião, é dissolvido pela união de uma religião explícita com o poder do Estado e seu instrumentário de ação de ameça e coação. A liberdade religiosa é formalmente concedida, mas só para uma religião, que é a Igreja estatal, quando ela não for absolutamente forçada a isso. Outras religiões não são toleradas, elas não são tratadas como iguais, mesmo quando possa existir, na prática, aqui ou lá ou também em outros lugares, espaço para a tolerância fática. De qualquer forma, predominam, portanto, contínua coação e discriminação em caso de conflito com outros fiéis. Isso também não pode se coadunar com uma compreensão constitucional de liberdade ou com o padrão atual de proteção de direitos humanos.

III. AVALIANDO O SISTEMA DO QUINTO MODELO DE UNIDADE FORMAL

Juridicamente, são mais difíceis de ordenar sistemas de união formal do quinto modelo, que não se qualificam como uma Igreja nacional ou religião nacional, mas essa tomada de posição da estrutura religiosa se conecta com a liberdade religiosa

³² Citado de acordo com <www.washingtonpost.com> (Acesso em 12 de outubro de 2005).

individual e coletiva. No caso de, no contexto do quinto modelo, isso não ser propagado apenas politicamente, mas também ser juridicamente controlado e realmente praticado, passa a existir uma situação de partidarismo e neutralidade, liberdade e coação suave em favor da religião e Igreja preferidas. A existência e persistência desse sistema decorre do fato de que nenhum Estado laico se desenvolveu como *tabula rasa* religiosa. Inúmeros Estados foram e ainda são, em parte, marcados, sobretudo, por uma religião. De qualquer forma, poderão ser alegadas razões legítimas, que compreendem a garantia da identidade e da tradição, quando tais Estados permitirem uma Igreja nacional fundamentalmente em sentido formal e apenas marginalmente em sentido material, ao invés de se transformarem, como outros Estados, num sistema de separação ou de divisão.

O Direito Internacional Público e os pactos de direitos humanos não excluem, de início, tais sistemas de unidade formais; o limite mais importante é a garantia da essência da liberdade religiosa, ou melhor, da sua garantia total como direito humano de fiéis e infiéis de todos os matizes.³³ Isso está previsto por sistemas de unidade formais, como na Grécia e no Reino Unido. Compreende-se por si só que essas tensões possam suceder e que possam ser melhor comprovadas pela jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, que têm de decidir sobre os conflitos correspondentes. O quinto modelo declina faticamente nos Estados ocidentais, como se pode observar, por exemplo, na Suécia, em que, no ano 2000, foi levada a cabo a renúncia do sistema de Igreja e Estado antigo, no qual a Igreja Luterana ainda era a Igreja nacional. Mas para Estados, que até agora defenderam um sistema material e rígido de Estado e Igreja/religião, o modelo de unidade formal, que prevalece em tempos de coação externa ou tensão interna, pode ser uma solução atraente para, passo a passo, efetuar uma certa liberalização e pluralização da vida religiosa. É improvável, por exemplo, num meio marcadamente muçulmano, a possibilidade de uma transformação política ou constitucional direta do sistema de unidade material para um modelo marcadamente ocidental de divisão e separação, como nos modelos 2 até 4. É mais provável, embora não com toda a certeza, que, por exemplo, no contexto da nova Constituição do Iraque, tais passos possam ser instituídos em direção à liberalização e à pluralização da vida religiosa.

IV. A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO NOS MODELOS DE SEPARAÇÃO E DE DIVISÃO: ALGUNS EXEMPLOS

Com se apresentam questões de ponderação nos modelos 2 até 4 de divisão e de separação dominantes no Ocidente? Os critérios jurídicos ocidentais da resposta a essa pergunta tornaram-se nítidos com o formato precedente. À separação estrutural de Estado e Igreja, ou melhor, de religiões correspondem os padrões de independência, neutralidade, tratamento igual e não-identificação. No caso dos direitos fundamentais, o modelo de separação conduz à liberdade religiosa, como direito de liberdade, com a exclusão da coação à religião, e à igualdade religiosa, com o mandamento da não-discriminação. Ademais, foram apresentados dois testes norte-americanos para a operacionalização desses critérios: o "teste rígido" e o "teste Lemon".

v. demia, nota de roda pe n 3.

³³ V. acima, nota de roda pé nº 5.

Relação entre Norma Estrutural e Direito Fundamental no Modelo de Separação e de Divisão

I. Relação entre Estado e Igreja	1. Independência
	2. Neutralidade
	3. Tratamento igual
	4. Não-identificação
II. Liberdade religiosa como direito	1. Direito de liberdade: sem coação
fundamental	2. Direito de igualdade: sem discriminação

Embora a validade desses critérios jurídicos gerem controvérsia nos modelos 2 a 4, sua aplicação concreta é bem mais controvertida. Isso tem muito que ver com o fato de que cada um desses critérios estritos e rígidos pode, por assim dizer, ser aplicado de forma absoluta. No entanto, cada um também pode ser entendido pelos tribunais como mais permeável, compromissório, relativista, acomodado. Para isso, existem duas razões. A primeira razão para um equilíbrio é um caso de conflito entre separação estrutural do Estado e da Igreja e a acomodação da liberdade religiosa do indivíduo, quando ambas as normas tenham aplicação num mesmo caso. A segunda razão para um equilíbrio se encontra na acomodação do caráter fático e jurídico de uma comunidade através de uma religião/Igreja. Se os tribunais seguem mais o princípio da separação e igualdade, como prevê o segundo modelo, ou se eles, mais no sentido dos modelos 3 e 4, admitem convergências entre Estado e Igreja e levam em consideração as religiões da maioria, tudo isso vai depender de uma série frequente, quase inseparável, de fatores: do Texto Constitucional, da situação histórica inicial, do ambiente político, da respectiva compreensão de integração, do teste jurisdicional para a interpretação das normas relativas ao Estado e à Igreja, e da própria compreensão passiva e ativista dos tribunais constitucionais. A jurisprudência, como ciência, pode mostrar e analisar esses conflitos, mas orientar, no tocante ao objeto, só o faz de forma limitada: Ela pode esclarecer os pressupostos e as consequências da escolha de determinados modelos de Estado e Igreja, fazer referência às suas distinções, determinar a aceitação dos modelos no contexto do Direito moderno e definir a margem de interpretação. Nesse sentido, devem-se resolver alguns conflitos conhecidos e delinear possíveis respostas. Conflitos sucedem tipicamente em situações de convergência entre Estado e Igreja/religião, seja por meio do objetivo de auxílio, seja por meio da convergência organizacional, seja por meio dos efeitos de auxílio.

(1) Do ponto de vista da separação rígida entre Estado e Igreja, a aula religiosa, por exemplo, não deve ocorrer em escolas públicas, pois a "separação espacial" é elemento da parede de separação entre Estado e Igreja. Essa linha de pensamento é seguida, como princípio, nos Estados Unidos. Mas são possíveis compromissos no contexto do segundo modelo e talvez outros no do terceiro modelo. Assim, servidores públicos podem dar aulas em ambas as escolas em disciplinas estritamente leigas

_

³⁴ V. *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948) e a nota de roda pé nº 15 acima.

tendo em vista um programa de apoio do Estado norte-americano a escolas públicas e privadas (religiosas).³⁵ Aqui, não há que temer qualquer tratamento desigual. Além disso, o quadro deixa claro que o objetivo do apoio é secular e, não, religioso; e, a partir disso, o Estado pode financiar também livros escolares em disciplinas leigas para escolas públicas e religiosas.³⁶

- (2) Do ponto de vista da separação rígida, não é, em princípio, aceitável, quando um servidor público, em sua ajuramentação, proceda a uma jura religiosa, pois, aqui, existe aparentemente uma mesclagem da mensagem do serviço público com a religião. No entanto, a proibição da prestação de juramento religioso prejudicaria a liberdade religiosa da pessoa que ingressa no serviço público. Por isso, o mandamento estritamente estrutural é relativizado em virtude dos direitos fundamentais: Aquele que ingressa no serviço público pode, mas não precisa, prestar juramento.³⁷
- (3) De acordo com o modelo de separação rígida, proíbe-se qualquer forma de auxílio financeiro de origem estatal, e também quando ela consiste simplesmente numa subvenção para o transporte escolar de alunos de casa para as escolas religiosas e públicas, como a minoria dos juízes observou no caso *Everson*. No quadro do modelo norte-americano, quem quiser tornar essa atitude relativa, pode justificar, como a maioria no caso *Everson* também o fez, com argumentações de igualdade (entre escolas públicas e religiosas, alunos fiéis e infiéis), com base num eventual dano à liberdade religiosa de alunos religiosos (desvantagem financeira), assim como com base na proibição de hostilidade a religiões. O mesmo se aplicaria a um programa de vale escolar, que os pais dos alunos podem usar para enviar seus filhos para uma escola de orientação pública ou privada, religiosa: Para a visão da separação rígida, isso já seria bem acolhedor; para a visão moderada, isso poderia ser ainda defendido com os argumentos mencionados. ³⁹
- (4) No que se refere ao emprego de símbolos religiosos ou mensagens por meio de órgãos do Estado, existe uma discussão longa e profunda entre os partidários do modelo de separação rígida e moderada na jurisprudência norte-americana. De acordo com o modelo de separação rígida, por exemplo, comunidades e cidades estão proibidas de montar uma árvore de Natal nos Estados Unidos, uma árvore cristã durante o período de Natal, no parque da cidade, em ruas ou em prédios públicos, como tribunais ou sedes de governo. Até a palavra "Cristo", apresenta um apoio não só da religião, mas de uma religião especial; não preserva, portanto, o necessário, e isso significa neste modelo: clara e nítida distância. Assim, seria mais inconstitucional a mensagem religiosa de uma cena do presépio. Sob a perspectiva do modelo de

³⁵ V. Agostini v. Felton, 521 U.S. 203 (1997).

³⁶ V. Board of Education v. Allen, 392 U.S. 236 (1968).

³⁷ Assim, é a prática nos Estados Unidos e, assim também, prevê o ordenamento jurídico alemão. V. arts. 56 e 64, § 2° da LF.

³⁸ V., acima, na nota de roda pé nº 12 ss.

³⁹ V. Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639 (2002).

⁴⁰ V. particularmente Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984) e County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573 (1989) sobre apresentações de Natal em terrenos públicos.

⁴¹ No que se refere a essa visão, v. a citação do Justice Brennan acima, na nota de roda pé nº 14. Brennan foi um representante da separação rígida.

separação rígida, nada se modificaria quando o símbolo de uma outra religião, por exemplo, do Judaísmo, ou símbolos seculares tivessem preferencialmente caráter comercial. Assim, a censura do partidarismo seria suavizada e a neutralidade seria preferencialmente conservada; infrações contra a liberdade religiosa também seriam de se estranhar, mas a escala da separação estrutural pode ser mesmo mais rígida e dura: clara distância da religião em si e de qualquer forma de religião como mandamento do Estado.

Os defensores da visão moderada de separação relativizam essa posição rígida: Contanto que o contexto de apresentações de Natal explicite que não existe nenhuma preferência clara por uma religião, que podem mostradas outras religiões ou símbolos seculares e, contanto que não exista nenhuma ligação ostentatória entre o local, onde o Estado exerce o poder (por exemplo, uma sala de tribunal), e o símbolo religioso, essas apresentações ainda são consideradas constitucionais. Defensores da visão moderada de separação consideram tais manifestações, como dias festivos secularizados (ceremonial deism), que se diferenciam nitidamente de eventos genuinamente religiosos. De acordo com o segundo modelo, por exemplo, isso também é plausível, quando mensagens religiosas, como a dos Dez Mandamentos, tenham sido, durante muito tempo, apresentadas com outras máximas característicamente éticas e jurídicas do Estado, sem que se resultem disso conflitos entre as religiões ou entre fiéis e infiéis. Isso indica, por assim dizer, a via que vai do símbolo genuinamente religioso até o civil-religioso ou parcialmente secularizado. É possível uma outra visão – tudo isso é discutível nos Estados Unidos -, caso os Dez Mandamentos sejam apesentados em cartazes, em escolas públicas.⁴³

(5) Com base no quarto modelo alemão – "separação claudicante" do Estado e da Igreja –, pode-se pensar em convergências um pouco mais avançadas entre Estado e religião/Igreja e também entre Estado e religiões dominantes, ainda que, aqui, isso também seja discutível, pois, em parte, a jurisprudência deseja conduzir substancialmente o modelo de cooperação e de divisão na direção norte-americana de uma separação mais rígida. Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão consentiu, por exemplo, na condução de uma oração cristã por professor de escola pública, contanto que isso ocorra de forma voluntária, fiéis outros e infiéis tenham a possibilidade de não participar e sejam excluídas discriminações de não-cristãos. 44 A visão norte-americana de separação rígida exclui tal evento por diversas razões: Estruturalmente, proíbe-se

⁴² V. o caso recentemente decido Van Orden v. Perry, 125 S.Ct. 2854 (2005) sobre um monumento de pedra com o texto gravado dos Dez Mandamentos nas áreas da sede do governo texano, que foi rodeado por inúmeras outras exposições seculares de peso histórico; contrariamente, sustentou uma maioria da Suprema Corte Norte-Americana a inconstitucionalidade, há alguns anos, de uma primeira apresentação realizada dos Dez Mandamentos em prédios pertencentes a tribunais: McCreary v. ACLU, 125 S.Ct. 2722 (2005). Argumento: A história da legislação deve reconhecer o objetivo claro de apoio ao Cristianismo; esse "objetivo ilegítimo não é remediado com a exposição de outros símbolos e documentos laicos (como, por exemplo, a Declaração de Independência).

43 De acordo com *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), isso é inconstitucional; a visão moderada poderia,

de acordo com o contexto, também estar em conformidade com a Constituição (emprego da mensagem no sentido religioso ou, em parte, secular; nisso, também se encontrariam outras mensagens seculares). ⁴⁴ V. BVerfGE 52, 223.

a obrigatoriedade da separação de local de eventos escolares e religiosos; com relação aos direitos fundamentais, uma religião, a saber, a religião cristã dominante, é elevada e aparentemente avaliada de forma positiva — isso exerce uma pressão subliminar sobre não-cristãos e os discrimina implicita ou explicitamente. Assim, a Constituição é violada várias vezes. ⁴⁵ Não adquire qualquer relevância o fato de a coação e a discriminação serem marginais e subliminares na visão de separação rígida. Qualquer forma de convergência é proibida.

- (6) O caso poderia ser analisado de outra forma, no caso dos Estados Unidos, onde se libera os alunos antes da aula, em virtude do minuto de silêncio, para fazer uma oração ou meditar. Em tal caso, não existe coação. Garante-se a igualdade entre convicções religiosas e não-religiosas. A participação de todos não torna evidente quem é ou quem não é fiel não se devem temer discriminações ou consequências internas e externas. Talvez, no contexto da moderação, tudo fale mesmo a favor da visão rígida de separação quanto à permissão desse minuto de silêncio. Apesar disso, quando uma maioria da Suprema Corte considera inconstitucional uma prescrição correspondente porque, na sua visão, foi precisamente o apoio da oração o objetivo e a finalidade da prescrição embora ela fosse possível por meio do fato e do texto jurídico e de acordo também com qualquer outra meditação (ou não-meditação).
- (7) Como ficam os modelos de separação e de divisão com a instituição das "escolas cristãs de caráter comunitário"? Segundo as duas posições norte-americanas, essas titulações estão excluídas; elas sinalizam, porém, uma convergência e, certamente, uma identificação com uma determinada religião. Sob a perspectiva dos direitos fundamentais, portanto, em relação à liberdade e à igualdade religiosa, essas escolas seriam também altamente suspeitas, constituiriam claramente uma coação (como uma obrigação de escolas públicas) para não-cristãos em escolas cristãs. Talvez, muito, ou melhor, tudo dependa, em termos de direitos fundamentais, do que significa a palavra "cristão" no título. O Tribunal Constitucional Federal realizou, a esse respeito, uma ação de salvamento jurídico em duas decisões de 1975⁴⁷, pois, também no "modelo de separação claudicante" alemão, está claro que se devem eliminar coações ou discriminações acentuadas e que o Estado tem de se manter estruturalmente afastado de eventos genuinamente religiosos. O Tribunal considera constitucional essa forma de escola alemã. Constitucionalmente, ela se encontra a favor dos modelos de divisão, aliás, apenas sob condições características, em que o genuinamente religioso permanece fora do âmbito do Estado. Nesse sentido, a palavra "cristão" deve apoiar, em escolas comunitárias cristãs, o significado cultural e o conteúdo leigo da fé cristã em nosso país. Não se pode missionar a favor do Cristianismo e se devem suprimir discriminações.
- (8) E o que dizer de cruzes ou crucifixos em paredes de escolas públicas? Dever-se-ia pensar que, na Alemanha, no marco do sistema de separação claudicante, admitem-se tais símbolos quando eles correspondem aos pressupostos

⁴⁵ V. Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).

⁴⁶ V. Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985).

⁴⁷ BVerfGE 41, 28 e 41, 88.

mencionados de secularização e neutralidade, quando também o crucifixo, na escola, só é (ou: pode ser) compreendido como referência ao caráter fortemente histórico de um país, quando ele não é ativamente incorporado ao currículo, quando ele expressa, no máximo, um apoio débil, geral aos "valores" do Cristianismo, como o respeito pela dignidade de cada homem ou a solidariedade por todos os pobres e fracos. Uma interpretação como essa teria sido absolutamente compatível, mas a maioria do Tribunal Constitucional Federal não optou por ela em 1995. 48 O Tribunal vê, no crucifixo, o predomínio da mensagem genuinamente cristã da salvação de Cristo; ele também atribui ao crucifixo suspenso um efeito missionário em relação aos alunos: dar preferência aos cristãos e buscar ser um apelo aos não-cristãos.

Vê-se que o consenso sobre a divisão ou sobre a separação fundamental do Estado e da Igreja e sobre o desligamento da coação e da discriminação rapidamente desaparece e suaviza discussões violentas quando se trata de perguntas concretas. Isso não deve desencorajar pesquisadores e cidadãos. Para os pesquisadores, essa controvérsia é expressão da ambivalência e complexidade dos regramentos jurídicos respectivos, que prescrevem a consideração de muitos critérios - frequentemente tensionados. Ademais, as respectivas e suas interpretações se desenvolveram em lugares históricos, que raramente se caracterizaram por meio de uma tabula rasa religiosa ou de uma igualdade não-problemática de diversas religiões; com mais frequência, dominaram certas instituições religiosas que confrontaram, mais cedo ou mais tarde, religiões concorrentes ou também ideologias seculares. Seria insensato, como também no caso do princípio da democracia, que traz em si problema semelhante, ver, desde o início, em atributos da maioria, só perigo ou sorte, só o negativo ou o positivo. Trata-se sempre de uma consideração mútua da maioria e da minoria em contextos particularmente característicos, que são, mesmo na Europa, marcados primariamente pelo Cristianismo e, no Oriente Médio e parte da Ásia, primariamente pelo Islamismo.

Abstrair totalmente de tais identidades é politicamente e juridicamente difícil, às vezes, impossível e, talvez, também, nem sempre aconselhável. Como pesquisadores e cidadãos, nós mesmos temos, com frequência, "duas almas" e, por conseguinte, valores concorrentes em nosso peito; precisamos encontrar, por amor à paz e pelo bem da convivência, padrões convincentes ou, de todo modo, de alguma forma, aceitáveis para o equilíbrio das posições da maioria e da minoria, sejam essas políticas ou religiosas. Passos fundamentais já foram empreendidos por todos aqueles países que seguem o modelo da separação e da divisão e, na verdade, também pelos que seguem o modelo formal da unidade porque, em todos esses modelos, cada indivíduo pode decidir ser religioso e continuar a ser ideologicamente livre. Mesmo quando se intensifica a discussão sobre religião, ela ocorre, na maioria dos casos, em nossos países, no marco dos princípios geralmente reconhecidos. E quando essa base consensual é superada, como no caso do Islã, por meio da crítica fundamentalista, isso deveria, então, servir como um chamado à conscientização, ao fortalecimento e, talvez também parcialmente, a um novo ajuste da nossa reflexão sobre Estado, Igreja e religião e, não, ser considerado, desde o início, como um conflito cultural.

⁴⁸ V. BVerfGE 93, 1.