

## A liberdade religiosa na perspectiva dos direitos fundamentais

---

*Ora é sabido que  
entre nós  
o status quo religioso  
e o sistema  
de preferências religiosas  
que lhe anda associado  
foi em grande parte  
o resultado  
de práticas seculares  
de privilégio  
de uma confissão religiosa  
e de perseguição  
e discriminação  
de todas as outras.*

**Jónatas  
Machado**  
*Universidade de Coimbra*

---

Muito obrigado Pastor Dimas de Almeida pelo convite que me endereçou no sentido de me deslocar aqui a esta Universidade. Gostava de saudar todos aqueles que comigo partilham esta mesa. As intervenções que ouvi aqui proferidas constituíram um motivo de grande enriquecimento e reflexão. Espero poder trazer aqui também mais um contributo singelo para esta reflexão.

A minha perspectiva, aqui neste colóquio, não é tanto a de um protestante. O papel social que vou aqui representar, prende-se mais com o do constitucionalista. É claro que isso significa provavelmente que a minha abordagem jurídica será um pouco mais árida, mas felizmente já tivemos aqui contributos que compensarão certamente a aridez da minha intervenção.

Apenas gostava de dizer o seguinte, uma nota muito pessoal. Vou adoptar aqui a perspectiva dos direitos fundamentais, mas acredito que esta perspectiva dos direitos fundamentais não é só uma perspectiva jurídica. Eu digo aos meus alunos que os direitos fundamentais têm a ver com a maneira como eu trato a minha esposa e a minha filha, com a maneira como eu trato os meus alunos, como a maneira como eu conduzo o meu carro, com a maneira como vivo a minha sexualidade. Penso sinceramente que não faz sentido nenhum falar em direitos fundamentais se depois se age irresponsavelmente. Eu tenho uma perspectiva holista. Não considero que os direitos fundamentais sejam apenas uma questão jurídica, mas sim uma questão existencial que procuro interiorizar e viver em todas as áreas. A perspectiva dos direitos fundamentais se fosse aplicada à vida prática, poderia modificar muitas coisas que estão mal no nosso país e que infelizmente o Estado e

as leis não conseguem, só por si, resolver. Perdoar-me-ão esta nota muito pessoal mas verdadeiramente quando eu vejo o que acontece nas nossas estradas, quando eu vejo o que acontece em matéria de SIDA, em matéria de sexualidade irresponsável, etc. — não posso deixar de dar esta nota que não é uma nota religiosa, não é um apelo à conversão, mas é um apelo à interiorização dos valores dos direitos fundamentais.

Agora vou entrar na perspectiva mais jurídica. O art. 41.º da Constituição da República Portuguesa consagra a liberdade de consciência, de religião e de culto. O mesmo deve ser lido em conexão com o art. 1.º da Constituição que afirma o respeito pela dignidade da pessoa humana como um valor fundante da ordem constitucional e do catálogo dos direitos fundamentais e, com o princípio da igualdade, princípio fundamental, estruturante dos direitos fundamentais da democracia e do Estado de direito, virtude soberana da comunidade política globalmente considerada. O direito à liberdade religiosa é entendido num sentido amplo, susceptível de garantir a maior medida de protecção ao maior número de indivíduos e grupos compatível com a garantia do mesmo conjunto de liberdades a todos os indivíduos considerados como livres e iguais.

Daí que o conceito de religião e o conceito de confissão religiosa, estruturantes do âmbito normativo do direito em causa, devam ser entendidos num nível de generalidade bastante elevado, tendo como limite a necessidade de garantir a operacionalidade jurídica dos conceitos em causa. Do mesmo modo, o programa normativo do direito à liberdade religiosa deve ser interpretado de forma extensiva, de forma a proteger todas as manifestações, experiências, vivências, actividades e comportamentos religiosamente motivados, individuais e colectivos, públicos e privados, sem prejuízo da necessária salvaguarda dos direitos de todos os indivíduos e dos bens fundamentais da comunidade e do Estado. O direito à liberdade religiosa deve ser objecto de uma interpretação sistemática,

no sentido jurídico, que proteja as dimensões pessoais e institucionais da vivência religiosa, como a expressão, a informação, a comunicação social, o ensino, a circulação de nacionais e estrangeiros ligados a uma confissão religiosa, a reunião, a manifestação, a associação, a assistência social, a cultura, etc. O exercício da liberdade de religião deve ser levado a cabo de acordo com as exigências de respeito pela igual liberdade de todos os cidadãos, crentes e não crentes, bem como pela necessidade de afirmar a edificação do Estado como *casa comum de todos os cidadãos* e de garantir que a sua actuação em face a todos os cidadãos e grupos de cidadãos se pauta pelos princípios da igualdade, da imparcialidade, da boa fé, da transparência, da correcção de injustiças e desigualdades.

Daí que a liberdade religiosa em sentido amplo tenha como corolário estrutural ou garantia institucional o princípio da separação das confissões religiosas do Estado. Longe de transportar uma pré-compreensão negativa em relação à religião ou de pretender sugerir a sua irrelevância na esfera pública, ou ainda de ser arbitrário e legalista, o mesmo tem em vista garantir valores substantivos do maior relevo numa ordem constitucional democrática, respeitantes ao estatuto de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos e confissões religiosas perante o Estado. Neste sentido ele deve ser lido numa óptica de concordância prática com a liberdade religiosa, interpretado de forma a garantir a máxima efectividade dos direitos de todos os cidadãos em condições de igualdade. O mesmo coloca o Estado numa posição de neutralidade benevolente relativamente ao fenómeno religioso devendo acomodá-lo em toda a sua diversidade em termos tão amplos quanto isso seja compatível com a garantia de um estatuto de igual liberdade a todos os cidadãos, religiosos ou não, e com a salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. O mesmo se aplica, com as devidas adaptações, às diferentes mundivivências não religiosas que tenham implicações directas na conduta individual e colectiva.

Fundamentalmente o princípio da separação das confissões religiosas do Estado visa os seguintes objectivos: 1) reforçar no plano institucional a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, crentes e não crentes; 2) proteger as confissões religiosas maioritárias e minoritárias de interferências estaduais na sua reserva de auto-definição, autodeterminação e auto-organização. Já aqui foram referidas, por exemplo, as intervenções do Estado na Igreja Católica nomeadamente através do Benelúcio Régio. Esse é o tipo de intervenções que o princípio de separação visa evitar. Este pretende ainda: 3) proteger as confissões religiosas minoritárias de uma coligação entre a confissão religiosa maioritária e o Estado através da qual se pretenda instrumentalizar indevidamente o aparelho regulatório estadual para dar maior rigidez e globalidade à posição dominante daquela, enfraquecendo a posição das confissões minoritárias que com ela se encontram numa situação de confrontação espiritual; 4) salvaguardar a autonomia e a igualdade dos indivíduos e dos grupos não religiosos perante as instituições religiosas, sendo certo que também entre aqueles e estas se verifica uma situação de confrontação espiritual por exemplo em questões como o aborto, os direitos das mulheres, os direitos dos homossexuais, etc. O princípio da separação visa também: 5) minimizar a conflitualidade social e política com base em motivações religiosas; 6) prevenir o envolvimento excessivo dos poderes públicos com as confissões religiosas; 7) e 8) garantir a existência de uma esfera de discurso público robusta, desinibida, aberta, em que todas as doutrinas, mundividências, epistemas, ideias, opiniões e instituições possam ser alvo de discussão num contexto de interacção crítica permanente.

Gostava de acrescentar uma outra finalidade que é esta: a do ponto de vista do direito internacional está demonstrado que o privilégio concedido pelo Estado a uma confissão religiosa, de direito ou de facto, ou pelo menos de facto, é a maior causa de violação de direitos fundamen-

tais a nível internacional. E hoje nós temos um outro problema que é este: o aproveitamento político de conflitos religiosos e das diferenças religiosas para semear conflitos internacionais é a maior causa de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, refugiados, intervenções humanitárias, etc. Portanto o princípio da separação das confissões religiosas do Estado é um elemento essencial também para a construção daquilo que Kant designava como a «Weltrepublik», a república mundial de indivíduos livre e iguais. Gostava de sublinhar esta nota, que é extremamente importante no direito internacional actual. O direito internacional promove também o princípio da separação das confissões religiosas do Estado. Aliás, aqui não tínhamos que ir mais longe senão regressar a Hugo Grócio e ao seu «*De iuri belia passis*»; vemos aí que já ele chamava a atenção para o facto de não poder haver observância do direito internacional sem tolerância religiosa, nem tolerância religiosa sem observância do direito internacional — como podemos ver na Macedónia, em Israel, no Afeganistão, na Irlanda do Norte, no Sudão, na Somália, no Paquistão, na Índia, na Indonésia, etc.

A riqueza e centralidade substantiva deste princípio justifica a consagração como limite material à revisão constitucional no artigo 288.º da Constituição. O princípio em causa supõe o respeito estrito pelo estatuto de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos, crentes e não crentes. Neste sentido, o princípio da não confessionalidade e não identificação do Estado em matéria religiosa é o equivalente neste domínio às exigências paralelas que a Constituição faz nas esferas política, económica, social e cultural, sempre que em nome da igual liberdade dos cidadãos e da imparcialidade do Estado. Sublinhe-se ainda que o princípio da separação das confissões religiosas do Estado pode constituir um limite à igualdade de tratamento entre entidades religiosas e não religiosas. Assim determinadas formas de intervenção que são consideradas legítimas para as instituições não religiosas podem ser con-

sideradas ilegítimas para as confissões religiosas. Por sua vez, formas de acomodação consideradas legítimas para as confissões religiosas podem ser consideradas ilegítimas para as entidades não religiosas.

Um dos objectivos principais do Estado democrático de direitos fundamentais consiste no alargamento da fruição dos bens constitucionais a todos os cidadãos. A sua realização depara, no entanto, com a existência de situações de facto historicamente consolidadas de injustiça, perseguição e discriminação que suscitem delicados problemas jurídico-constitucionais. Por um lado, as mesmas adquirem consistência social e cultural dando origem a um determinado sistema de preferências religiosas e acentuando por essa via a *curvatura do espaço constitucional*. Na verdade é frequente entre nós utilizar a referência à realidade sociológica para justificar o tratamento especial da Igreja Católica, embora o argumento não seja acompanhado de uma análise da sua génese e das suas consequências. Por outro lado, a sua aceitação pura e simples como linha de base a partir da qual é valorada a actuação estadual, nomeadamente no que diz respeito à observância do princípio da igualdade, corre o risco de perpetuar os ciclos viciosos de discriminação e acentuar no presente os efeitos das discriminações passadas, prejudicando o sentimento de igualdade e liberdade de todos os cidadãos e grupos de cidadãos.

A ideia segundo a qual se deve tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual tem servido desde a sua formulação por Aristóteles para meter no seu lugar os grupos socialmente mais fracos, desde as mulheres e os escravos, passando pelos negros, os judeus, os membros das confissões religiosas minoritárias. Aristóteles dizia que a igualdade significa tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual e depois afirmava que as mulheres deviam ser tratadas de forma desigual porque são machos imperfeitos, e ainda que alguns homens nascem naturalmente para serem escravos. Tomás de Aquino enten-

dia a escravatura como compatível com a igualdade cristã e dizia que os judeus eram escravos da Igreja. A utilização da fórmula «tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual» serviu durante séculos para «pôr no seu lugar», certos grupos considerados minoritários ou inferiores.

A máxima «tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual» supõe a existência de uma ponte fictícia para o concreto, que lhe permita detectar as diferenças fácticas juridicamente relevantes. Subjacente a este modelo argumentativo está, além do mais, a transposição acrítica para a doutrina do direito constitucional da chamada teoria da verdade como correspondência, que postula a capacidade para captar a estrutura ontológica das coisas através de simples afirmações de facto. Dito de outro modo, uma utilização da máxima «tratar igual o que é igual e desigual o que é desigual» baseada em premissas socialmente dominantes, e não em critérios substantivos de justiça, aniquila a capacidade do princípio de igualdade para funcionar como instrumento de correcção das desigualdades e de protecção das minorias e promoção da liberdade e do pluralismo. Isso significa que os factos sociais não podem servir necessariamente de linha de base ou de critério para a aplicação do princípio da igualdade, desde logo porque os mesmos podem traduzir situações de injustiça, desigualdades historicamente sedimentadas. Diferentemente, essa linha de base deve ser procurada numa premissa fundamental de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos que deve conformar materialmente o princípio da igualdade permitindo-lhe por sua vez conformar reconstrutivamente a própria realidade social. Precisamente neste sentido, um constitucionalista proeminente, Cass Sunstein tem vindo a chamar a atenção para o facto de que se a constituição aceitar acriticamente o *status quo* como ponto de partida neutral e linha de base para a valoração da actuação estadual, ela acabará irremediavelmente por ser uma

*constituição parcial* incapaz de promover a igualdade de todos os cidadãos em contextos marcados por condições de fundo injustas. A actuação estadual deve pautar-se não por práticas naturais, realidades pré-políticas ou posições sociais de poder e privilégio, mas sim por razões de princípio aceitáveis por todos os indivíduos na sua qualidade de livres e iguais, dotados de competência e moral prática.

Assim, por exemplo, o facto das mulheres sempre terem sido discriminadas pelos homens através de atitudes religiosas e culturalmente enraizadas e de decisões políticas e jurídicas deliberadas não pode conduzir à aceitação e perpetuação das práticas de discriminação e subordinação como realidade natural e pré-política, podendo mesmo nalguns casos apontar para a utilização do direito para a correcção imediata das desigualdades e para a minimização dos efeitos presentes das discriminações passadas — é o problema das quotas, por exemplo. A distribuição existente de direitos e de posições sociais não é natural nem fornece uma linha de base neutral. Esforços no sentido de melhorar o quinhão dos mais desprotegidos não devem ser tratados como impermissivelmente parciais e podem mesmo ser constitucionalmente exigidos especialmente quando se contesta a discriminação racial contra os negros, a discriminação das mulheres, a homofobia e a discriminação religiosa.

É hoje um dado estabelecido que as preferências dos indivíduos nos mais diferentes domínios são endógenas em relação ao contexto político, jurídico, social e cultural em que as mesmas se formam, sofrendo alterações à medida que muda esse contexto. Ora é sabido que entre nós o *status quo* religioso e o sistema de preferências religiosas que lhe anda associado foi em grande parte o resultado de práticas seculares de privilégio de uma confissão religiosa e de perseguição e discriminação de todas as outras. Práticas essas consolidadas através de opções político-constitucionais e da mobilização das estruturas regulatórias, restritivas e repressivas, do di-

reito público e privado num contexto de falta de liberdade e de autonomia. Mesmo depois de encerrado o ciclo da Inquisição e do Índice dos livros proibidos — o Índice dos livros proibidos durou até 1966 —, deve ter-se presentes as normas, algumas das quais viriam a ter assento concordatário, que proibiam o exercício de outra religião aos portugueses, limitando dessa forma também o direito dos católicos a mudarem de religião, que criminalizavam o proselitismo religioso, que estabeleciam a censura dos livros contrários aos dogmas católicos, que proibiam a construção de locais de culto não católicos com forma exterior de templo, que tornavam obrigatório o ensino católico nas escolas públicas e em centros de reeducação juvenil, que incorporavam o clero católico nas estruturas militares, prisionais e hospitalares, que dificultavam o exercício da liberdade de associação e auto-organização às confissões religiosas não católicas, que discriminavam as confissões religiosas e os respectivos ministros de culto em matéria fiscal, que afirmavam a Igreja Católica como religião do Estado ou da nação portuguesa, dessa forma legitimando todas as formas abertas ou encobertas de discriminação política, jurídica, social e cultural dos membros de outras confissões religiosas não católicas e contra os cidadãos não crentes. É evidente que qualquer confissão religiosa que promova e se apoie em medidas deste tipo, de secular e sistemática violação dos direitos fundamentais, facilmente se tornará dominante em qualquer sítio. A posição actualmente dominante da Igreja Católica na sociedade portuguesa assenta em boa medida numa ininterrupta sucessão histórica de situações de exploração abusiva de posição dominante, à qual se impõe com urgência pôr termo.

No nosso caso, nem ao menos podemos dizer que oito séculos deste catolicismo coercivamente imposto nos tornaram moral e espiritualmente melhores, referências exemplares em matérias como os direitos humanos, a democracia, o desenvolvimento social, a justiça social, o progresso económico ou a cultura cívica. Todos os

indicadores nacionais e internacionais sugerem precisamente o contrário. Do ponto de vista constitucional, o justo reconhecimento dos direitos dos cidadãos portugueses católicos e do relevo social que muitas das actividades da Igreja Católica, credoras de toda a consideração e respeito, não pode ser feito mediante o esquecimento desta dimensão importante da história religiosa do país. Um direito constitucional que pretenda ser realmente justo e inclusivo não pode assentar numa leitura selectiva e parcial do passado nem confundir o processo histórico com um processo constitucionalmente legítimo. As regras jurídicas não podem pura e simplesmente fundamentar a sua legitimidade na realidade sociológica. A posição sociologicamente dominante da Igreja Católica alcançada no passado através de um estatuto jurídico e político privilegiado não pode servir no presente para defender a perpetuação de um estatuto jurídico e político privilegiado. Como refere, mais uma vez, Cass Sunstein as regras e as práticas sociais não podem justificar-se a partir das práticas sociais que elas mesmas produziram. Nas suas palavras, um sistema jurídico que produziu preferências através da injusta limitação das oportunidades dificilmente poderá justificar-se por referência às preferências existentes. Uma ordem constitucional alicerçada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais não pode ignorar a questão da génese do conteúdo e das consequências da realidade social existente, particularmente do ponto de vista do seu impacto nos direitos fundamentais dos indivíduos e dos grupo. Além disso ela deve reconhecer o facto de que, ao promover o abandono de práticas regulatórias desiguais, está a contribuir decisivamente para a eliminação de atitudes e preconceitos discriminatórios, enraizados e sistémicos.

Nesta linha de pensamento, o Direito

constitucional deve criar condições para a coexistência e interacção crítica de diferentes concepções, religiosas ou não, colocando-se por essa via ao serviço da autonomia individual, da liberdade de escolha e da integridade dos processos colectivos de formação de novas realidades sociais e sistemas individuais. O respeito por uma determinada realidade social, que resultou de condições históricas de injustiça e discriminação de uma forma que perpetua e acentua os seus efeitos, está longe de constituir uma linha de rumo recomendada pelos princípios constitucionais fundamentais. As referências às realidades sociológicas só são constitucionalmente aceitáveis quando contribuem para melhorar a qualidade da democracia e reforçar a protecção dos direitos dos cidadãos e da promoção da igual dignidade e da liberdade de todos. Mais importante que uma remissão genérica para a realidade social é a consideração dos interesses e das necessidades dos indivíduos do ponto de vista da plena realização da sua autonomia racional e moral prática. Daí que essa remissão não possa em caso algum justificar a aplicação a indivíduos e a grupos que estabeleçam entre si uma relação de interacção crítica e de confrontação intelectual e mundividencial de sistemas de regras diferentes, vantajosas para uns e desvantajosas para outros, que afetem o seu estatuto jurídico e social de igual liberdade sem prejuízo de poder haver lugar para medidas especiais de correcção de medidas especiais de discriminação historicamente consolidadas. Recorde-se de resto as advertências que nos vêm do direito internacional dos direitos do homem, ao chamar a atenção para o facto de que uma boa parte da violação dos direitos humanos está directamente ligada à promoção de ideias como realidade social, identidade da comunidade, moral pública, devendo as mesmas ser encaradas com a maior suspeição. Muito obrigado pela vossa atenção.