

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LII — N.ºs 1 e 2 - 2011

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

EDITOR



Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Telef. (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651
www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2012

	Págs.
I Doutrina	
<i>Inocêncio Galvão Telles</i> — Responsabilidade civil dos árbitos.....	7
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.....	29
<i>Jorge Miranda</i> — Estado, liberdade religiosa e laicidade	45
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais.....	65
<i>Carla Amado Gomes</i> — Quatro estratégias para uma incógnita: o risco global no seu labirinto.....	81
<i>Joana Morais e Castro</i> — Democracia e interculturalidade. A participação política dos imigrantes do <i>outro</i> até ao <i>nós</i>	103
II Trabalhos de alunos	
<i>César Caúla</i> — Afetações de direitos fundamentais e o postulado da diferenciação.....	125
<i>Inês Pires Ramalho</i> — O Princípio do aproveitamento do acto administrativo	175
<i>Joana Fernandes Machado</i> — Democracia e direitos fundamentais sociais: a necessária convivência no estado democrático e social de direito.....	237
<i>Marcelo Caon Pereira</i> — O ativismo judicial e a democracia.....	305
<i>Philippe Gamito</i> — Droit international de l’environnement	353
III Recensões	
<i>Thiago André Pierobom de Ávila / Marco Scoletta</i> — Gian Luigi Gatta, <i>Abolitio criminis</i> e sucessão de normas “integradoras”: teoria e práxis	375
IV Vida universitária	
<i>Jorge Miranda</i> — O professor universitário e a Universidade.....	391
<i>Jorge Miranda</i> — Na atribuição do prémio Universidade de Lisboa de 2011.....	393

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento da Mestra Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga, intitulada <i>O Presidente da República — Contributo para uma compreensão republicana do seu estatuto constitucional</i>	399
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> — Num país onde não querem defender os meus direitos, eu não quero viver.....	409
<i>Dário Moura Vicente</i> — Dia de África.....	415
<i>Instituto de Cooperação Jurídica</i> — Alguns dados quantitativos sobre a actividade do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2011.....	419
<i>Gabinete Erasmus</i> — Relatório de Actividades ano lectivo 2010/2011.....	425

ESTADO, LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE (*)

JORGE MIRANDA

1. O FENÓMENO RELIGIOSO E O ESTADO

I — Como fenómeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenómeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se ainda no Direito internacional.

Apresentam-se, no entanto, muito diferentes, conforme as épocas e os lugares, os tipos de Estado e os regimes políticos, o sentido da sua relevância e o teor das relações entre poder público e confissões religiosas. E não admira que seja assim, em consequência da própria diversidade de religiões, das concepções subjacentes à comunidade política, das finalidades assumidas pelo Estado, de todos os mutáveis condicionalismos culturais, económicos e sociais.

II — Pode esquematizar-se da seguinte maneira o quadro das relações entre Estado e confissões religiosas, tal como as revelam a história e o Direito comparado:

A) <i>Identificação</i> entre Estado e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa (Estado confessional)	Com domínio do poder religioso sobre o poder político — <i>teocracia</i>
	Com domínio do poder político sobre o poder religioso — <i>cesaropapismo</i>

(*) Conferência proferida, em Brasília, em 18 de Junho de 2011 no Seminário sobre “O Estado laico e a liberdade religiosa”, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça.

	Com união entre o Estado e uma confissão religiosa (religião do Estado)	União com ascendentes de um dos poderes sobre o outro	<i>Clericalismo</i> (ascendente do poder religioso) <i>Regalismo</i> (ascendente do poder político)
B)	<i>Não identificação</i> (Estado laico)	União com autonomia relativa	
	Com separação	Separação relativa (com tratamento especial ou privilegiado de uma religião) Separação absoluta (com igualdade absoluta das confissões religiosas)	
C)	<i>Oposição</i> do Estado à religião	Oposição relativa — <i>Estado laicista</i> Oposição absoluta — <i>Estado ateu</i> (ou de confessionalidade negativa) ⁽¹⁾	

⁽¹⁾ Cfr., entre tantos, Passerin d'Entrèves, *Dottrina dello Stato*, Turim, 1967, págs. 191 e segs., e *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., págs. 195 e segs.; RAMÓN COMAS, *El Estado y las Iglesias por separado*, Barcelona, 1971; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., 1, 10.^a ed., págs. 403 e segs.; VALERIO ZANONE, *Laicismo*, in *Dizionario di Politico*, 1976, págs. 511V e segs.; GIUSEPPE CAPUTO, *Stato e Chiesa*, *ibidem*, págs. 1004 e segs.; UMBERTO POTOTSCHNIG, *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, págs. 247 e segs.; STEVEN RUNCIMAN, *The Byzantine Theocracy*, 1977, trad. *A Teocracia Bizantina*, Rio de Janeiro, 1978; *Constitución y relaciones Iglesia y Estado en la actualidad*, obra colectiva, Salamanca, 1978; R. DA COSTA MEIRELES, *Igreja e Estado*, in *Polis*, III, págs. 396 e segs.; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Iglesia y Estado en la Edad Moderna (siglos XVI e XVII)*, in *El Estado Español em su dimensión histórica*, obra colectiva, Barcelona, 1984, págs. 129 e segs.; PIER GIOVANNI CARON, *Corso di*

III — *Identificação*, sob a forma de *teocracia*, encontrava-se na Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados.

De certa maneira, a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava também ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do Imperador do Sacro Império Romano-Germânico.

Mas é, sobretudo, hoje, o fundamentalismo islâmico que — apesar de não ser o único fundamentalismo religioso em expansão nos nossos dias — mais fortemente afirma não poder existir separação entre a esfera política e a esfera religiosa, identifica a comunidade de cidadãos com a comunidade de crentes e pretende que a lei religiosa vigore como lei civil ⁽²⁾.

IV — *Identificação*, sob a forma de *cesaropapismo*, assumiu diferentes configurações, na história das nações, entre os monarcas e o Cristianismo.

Storia dei Rapporti fra Stato e Chiesa, 2 vols., Milão, 1985; BERNARD CUBERTAFOND, *Théocraties*, in *Revue du droit public*, 1985, págs. 277 e segs.; BERTRAND BADIE, *Les deux États — Pouvoir et société en Occident et en Terre d'Islam*, Paris, 1986, págs. 20 e segs. e 67 e segs.; CARLOS CORRAL, *Sistemas actuais de relações entre Igreja e Estado*, in *Brotéria*, 1987, págs. 145 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, págs. 165 e segs., e *A liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996 págs. 13 e segs., 53 e segs. e 128 e segs.; CHRISTIAN STARCK, *Le Christianisme et les Église dans leur signification pour l'identité de l'Union Européenne et des ses États membres*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, I, 1996, págs. 737 e segs.; *Il principio di laicità nello Stato democratico*, obra colectiva ed. por MARIO TEDESCHI, Catanzaro, 1996; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, 2002; ROSA DIONIZIO NUNES, *Das relações da Igreja com o Estado*, Coimbra, 2005; FERNANDO CATROGA, *Entre Deuses e Césares — Secularização, laicidade e religião civil*, Coimbra, 2006; *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, obra colectiva, Madrid, 2008; MARIO SCATOLLA, *Teologia Política*, trad., Lisboa, 2009.

⁽²⁾ A República Islâmica do Irão, proclamada em 1979, apresenta-se com a experiência mais radical de realização desta ideia e a sua Constituição, de 1986, patenteia-a bem impressionantemente.

Assim, a República Islâmica é um «sistema baseado na fé» (art. 2.º), em que o povo é «chamado à virtude» e «os crentes, homens e mulheres, são amigos uns dos outros, rejubilam no Bem e proíbem o Mal» (Alcorão, 9:71) (art. 8.º).

Os princípios islâmicos são limites aos direitos dos cidadãos e critério de ação do Estado (arts. 21.º, 24.º, 27.º e 28.º), embora o governo e todos os muçulmanos sejam obrigados a conduzir-se «com moderação, justiça e equidade» para com os não muçulmanos e devam salvaguardar os direitos destes (art. 14.º, 2.ª parte) e a nacionalidade seja um «direito absoluto» de todos os cidadãos (art. 41.º).

Por outro lado, logicamente, os poderes soberanos exercem-se sob a supervisão dos dirigentes religiosos (art. 57.º).

Como escreve ANTÓNIO LEITE ⁽³⁾, “Os imperadores romanos pagãos eram, ao mesmo tempo, sumos sacerdotes (*Pontifices Maximi*) do culto oficial de Roma, isto é, detinham a suprema autoridade civil e religiosa. Quando se converteram ao cristianismo, tiveram de renunciar ao sumo sacerdócio pagão, mas conservaram o hábito de intervir em assuntos religiosos, quer de ordem disciplinar quer até dogmáticos, sobretudo quando eles interferiam de algum modo com a ordem pública. Estas ingerências foram tanto mais facilmente aceites quanto, em geral, vinham acompanhadas de protecção e benefícios para a Igreja. O imperador Constantino, depois da conversão, gostava de se intitular “bispo do exterior”, e intrometeu-se muitas vezes em assuntos eclesiásticos.

(...)

“O imperador Justiniano (527-565) promulgou numerosas leis sobre a disciplina eclesiástica, consolidando e dando assim forma ao cesaropapismo bizantino, que havia de perdurar até à queda do império do Oriente (1453). A responsabilidade não foi toda dos imperadores e dos seus áulicos, pois os bispos e outros eclesiásticos demasiadas vezes recorriam ao poder civil para obterem quer favores e bens materiais quer protecção nos constantes conflitos que sempre dilaceraram as Igrejas do Oriente. Este cesaropapismo bizantino teve a sua continuação na Rússia, que recebeu o cristianismo de Constantinopla. Sobretudo a partir de Pedro I, o *Grande* (1682-1725), os czares tomaram-se verdadeiros chefes da Igreja Russa.

“No Ocidente, depois da queda do império (476), quase se extinguiu o cesaropapismo, pois os novos estados bárbaros sofreram antes o influxo da Igreja, tendo no entanto os monarcas muitas vezes tentado interferir na vida desta. Até que, com Carlos Magno (768-814), o cesaropapismo surge em toda a sua extensão: o imperador intervém em toda a vida da Igreja, nomeia bispos, reúne sínodos, reforma dioceses e mosteiros, imiscui-se até em controvérsias doutrinárias, ainda que, em geral, com aceno e notável proveito para a Igreja. Os seus sucessores não se mantêm à mesma altura (...)

“Com a Reforma, o cesaropapismo estabeleceu-se em diversos Estados protestantes: Henrique VIII de Inglaterra, depois de romper com Roma, proclamou-se «único chefe da igreja da Inglaterra» (1534) Este acto de supremacia foi revogado por Maria Tudor e restabelecido com todo o rigor pela rainha Isabel. Desde então os reis ingleses são também chefes da Igreja Anglicana, exercendo os seus poderes por meio do Parlamento e do Governo. Lutero a princípio procurou manter a Reforma independente do poder dos príncipes alemães; mas, pouco a pouco, muitos destes, ao converterem-se ao protestantismo, passaram a exercer também autoridade sobre as igrejas reformadas dos seus Estados, o que foi uma das causas

⁽³⁾ *Cesaropapismo*, in *Verbo* (ed. do séc. XXI), 6, 1998, págs. 806 e segs., e Autores citados.

do progresso da Reforma. Posteriormente, as diversas confissões protestantes tentaram subtrair-se a este domínio da autoridade civil.

(...)"

V — *Não identificação* significa distinção entre a esfera política e a esfera religiosa, não inclusão entre as atribuições do Estado de atribuições em matéria de religião e de culto, laicidade.

O Estado moderno de matriz europeia, com a centralização do poder real, o Renascimento e a Reforma, tem no seu bojo este princípio, ainda que a sua plena concretização tenha levado séculos a ser alcançada e, em alguns países europeus, ainda nem sequer tenha sido alcançada plenamente.

Numa primeira fase, mais longa, o Estado tem uma religião oficial (no século XVII dizia-se *Cujus Regio, Ejus Religio* ⁽⁴⁾ e, embora diversas, há relações institucionais permanentes entre ele e a correspondente Igreja. Numa segunda fase, não há mais religião de Estado, afirma-se o princípio de liberdade e estabelecem-se regimes de separação.

VI — No regime de união, prevaleceu historicamente a tendência para o *regalismo*, resquício ou continuador do cesaropapismo. Com formas ora mais moderadas, ora mais acentuadas, traduzia-se na intervenção dos Estados na vida interna das Igrejas, em especial na designação dos bispos e no provimento dos ofícios eclesiásticos. A pretexto de proteção da religião, redundava em maior ou menor dependência das autoridades religiosas ⁽⁵⁾.

As monarquias absolutas dos séculos XVII e XVIII, protestantes ou católicas, foram regalistas. E, não muito atenuado, foram-no outrossim as monarquias constitucionais do século XIX, as quais, só tardiamente, iriam admitir o princípio da liberdade de religião ⁽⁶⁾.

Clericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as *reduções* jesuíticas constituídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real.

VII — No regime de *separação* ou de Estado secular não há religião oficial, todas as confissões são reconhecidas e os governantes abstêm-se de qualquer

⁽⁴⁾ Situação excepcional foi a da França, com o *Edito de Nantes* de 1598, que permitiu aos Huguenotes o exercício da liberdade de culto nas terras onde estivessem estabelecidos; seria revogado em 1685.

⁽⁵⁾ Cfr. ANTÓNIO LEITE, *Regalismo*, in *Verbo*, 24, 2002, págs. 1153 e segs.

⁽⁶⁾ Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prescrever que ninguém poderia ser inquietado pelas suas opiniões religiosas (art. 10.º).

decisão sobre a sua vida interna, assim como elas se afastam do contraditório político.

Foi nos Estados Unidos — país criado, em larguíssima medida, por fiéis de diversos cultos, fugidos da Europa para os poderem livremente celebrar — que este regime surgiu. O 1.º Aditamento à Constituição, de 1791, expressamente proíbe o estabelecimento de uma religião do Estado. No Brasil, cem anos mais tarde, a Constituição de 1891 vedaria aos Estados e à União estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de qualquer culto (art. 10.º). Na França e em Portugal, a separação seria decretada em 1905 e em 1911, respetivamente, mas em termos conflituais.

Em países com grande divisão religiosa, impõe-se, naturalmente, um regime de separação absoluta. Já em países com religião largamente maioritária e com grande fundo histórico, por vezes adota-se um tratamento preferencial, e não raro privilegiado, dessa religião, sem prejuízo da liberdade religiosa. É o caso da Inglaterra hoje ou da Grécia e, foi, de certo modo, o caso de Portugal entre 1935 e 1974.

Mas separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios.

VIII — Está aí a principal diferença que traz o *laicismo* com oposição (relativa) do Estado às religiões.

Laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos. *Laicismo* significa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade. A França e Portugal conheceram esse estado de espírito aquando das suas leis de separação.

IX — *Oposição* absoluta à religião constitui fenómeno recente, ligado aos totalitarismos modernos: os marxistas-leninistas e o nacional-socialista ⁽⁷⁾.

Como o Estado pretende ser *total* e conforma ou visa conformar toda a sociedade, destituída de autonomia, pela sua ideologia, a religião deixa de ter espaço, e ou se submete ou tem de se reduzir à clandestinidade.

⁽⁷⁾ Cfr., por todos, HANNAH ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, trad. port. *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978.

X — Bem diversamente, o fenómeno religioso tem consagração no âmbito da protecção internacional dos direitos do homem.

Lê-se na Declaração Universal, de 1948: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião: este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos” (art. 18.º).

Todos os tratados gerais de direitos, sejam a nível universal, sejam a nível regional, desenvolvem este princípio, e existe mesmo desde 1981 uma Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância ou de discriminação por causa da religião ou da convicção.

Como se sabe, são muitos os Estados, onde, ou por causa de fundamentalismo religioso ou do totalitarismo político, a liberdade religiosa está longe de ser garantida e se verificam perseguições. Noutros, na Ásia e na África, eclodem frequentes conflitos confessionais, não raro determinados por factores políticos.

Todavia, esta matéria está fora do escopo do presente seminário.

2. A LIBERDADE RELIGIOSA AO LONGO DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS

I — Numa visão sintética e tomando como ponto de referência as Constituições que vigoraram em Portugal nos últimos duzentos anos, pode dizer-se que desde o início do constitucionalismo até aos nossos dias se tem verificado um crescente alargamento da liberdade e da igualdade no domínio da religião.

De um regime de religião de Estado, com mera tolerância das demais confissões, passar-se-ia a um regime de separação, com pleno reconhecimento constitucional da liberdade de consciência e de religião (considerada hoje um dos direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio e limite material de revisão constitucional) ⁽⁸⁾.

A evolução não foi, no entanto, sem vicissitudes, por vezes graves.

⁽⁸⁾ Cfr., na doutrina, LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*, I, Coimbra, 1878, págs. 57 e segs., e *O Catolicismo e a Nação Católica — Das liberdades da Igreja Portuguesa*, Coimbra, 1881; MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, Coimbra, 1909, e *Constituição Política da República Portuguesa — Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 59 e segs.; ANTUNES VARELA, *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, Coimbra, 1972; ANTÓNIO LEITE, *A Religião no Direito Constitucional Português*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, II, 1978, págs. 265 e segs.; declaração de voto do juiz de Sousa e Brito anexa ao acórdão n.º 174/93 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 127, de 1 de Junho de 1993, págs. 5716 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *op. cit.*, págs. 107 e segs.;

II — As três Constituições da monarquia liberal tinham de comum declararem a religião católica apostólica romana religião oficial do Estado (art. 25.º da Constituição de 1822, art. 6.º da Constituição de 1826, art. 3.º da Constituição de 1838). Distinguiam-se pelo diferente modo de encararem a manifestação de religião das pessoas.

A primeira dessas Constituições — cujo preâmbulo começava com a invocação da Santíssima Trindade — considerava, entre os deveres dos cidadãos, o de venerar a Religião (art. 19.º) e admitia a censura pelos Bispos dos escritos públicos sobre dogma e moral (art. 8.º). Só aos estrangeiros era permitido o exercício, e exercícios particular, dos respectivos cultos (art. 25.º, 2.ª parte).

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 avançavam algo, ao estabelecerem que «ninguém pode ser perseguido por motivos de religião, uma vez que respeite a do Estado» (arts. 145.º, § 4.º, e 11.º, respectivamente). Mas na Constituição de 1826 continuavam a ser apenas os estrangeiros a ter garantido o exercício dos outros cultos «em casas para isso destinadas, sem forma alguma de templo» (art. 6.º, 1.ª parte).

As três Constituições mantinham a interferência do Rei na designação dos Bispos (art. 123.º-V da Constituição de 1822; art. 75.º, § 2.º, da Carta; art. 82.º-IV da Constituição de 1838) e previam o Beneplácito Régio (arts. 123.º-XII, 75.º, § 14.º, e 82.º-XII, respectivamente). A Constituição de 1822 prescrevia a celebração de missa na abertura das assembleias de voto (art. 53.º) e o juramento religioso dos Deputados (art. 78.º). E o Ato Adicional à Carta de 1885 declarava o Patriarca de Lisboa e os Arcebispos e Bispos membros vitalícios da Câmara dos Pares (art. 6.º, § 2) ⁽⁹⁾.

MANUEL BRAGA DA CRUZ, *A liberdade religiosa na história contemporânea de Portugal*, in *Lusitania Canonici — Liberdade religiosa — Realidade e perspectiva*, Lisboa, 1998, págs. 29 e segs.; PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *op. cit.*, págs. 279 e segs.

E ainda, EDUARDO DALLY ALVES DE SÁ, *Dos Direitos da Igreja e do Estado a respeito da Ereção, Supressão, União, Divisão e Circunscrição das Dioceses e Metrópoles*, Coimbra, 1872; ALBERTO XAVIER, *Política republicana em matéria eclesiástica*, Lisboa, 1912; ALFREDO PIMENTA, *As Igrejas e o Estado no regime da separação*, Lisboa, 1913; JOAQUIM MARIA LOURENÇO, *Situação jurídica da igreja em Portugal*, Coimbra, 2.ª ed., 1943; JOSÉ EDUARDO HORTA CORREIA, *Liberalismo e Catolicismo — O problema congregacionista (1820-1823)*, Coimbra, 1974; ROQUE LINO, *Inexistência de liberdade religiosa em Portugal*, in *3.º Congresso da Oposição Democrática — Organização do Estado e Direitos do Homem*, obra colectiva, Lisboa, 1974, págs. 225 e segs.; CARLOS NEVES DE ALMEIDA, *Os direitos fundamentais nas Constituintes de 1821-1822*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, págs. 313 e segs.; VITOR NETO, *O Estado a Igreja e a Sociedade em Portugal (1832-1911)*, Lisboa, 1998.

⁽⁹⁾ Também no Brasil, a Constituição de 1824, fonte da Carta Constitucional portuguesa, conferia ao Rei o poder de nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos e de conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas e quaisquer outras constituições eclesiásticas que se não opusessem à Constituição e, precedendo aprovação da Assembleia, se contivessem disposição geral (art. 102.º, n.ºs 2 e 14).

A prática mostrar-se-ia ambivalente. Se a Igreja Católica gozaria sempre de uma posição predominante e quase exclusiva (até porque eram pouquíssimos os fiéis de outras religiões), a um estatuto jurídico-administrativo de corporação pública ⁽¹⁰⁾ corresponderia alguma diminuição da sua liberdade efectiva ⁽¹¹⁾. Entretanto, a presença das ordens e congregações religiosas e a introdução do casamento civil (facultativo) no Código Civil de 1867 ⁽¹²⁾ despertariam debates apaixonados na opinião pública sobre as relações entre a Igreja e o Estado.

III — A proclamação da República em 1910 foi acompanhada de uma crise sem precedentes, provocada pelo Decreto de Separação de 22 de Abril de 1911, obra do Governo Provisório ⁽¹³⁾, marcado pelo anticlericalismo difuso em certos sectores da população urbana e pelo positivismo e jacobinismo do partido republicano. A legislação dos primeiros meses do novo regime assumiu uma intenção vincadamente laicista e anticatólica e chegou a haver prisões, desterros e expulsões de bispos, de sacerdotes e de religiosos.

Paradoxalmente, porém (ou só na aparência) o Decreto de Separação das Igrejas do Estado criava um novo regalismo, pois o Governo arrogava-se vários poderes em relação à prática da religião e aos ministros do culto.

A Constituição de 1911 foi marcada por este espírito (embora dela não conste expressamente o principio da separação das Igrejas do Estado). Por um lado, garantiu formalmente a liberdade de consciência e de crença e a igualdade política e civil de todos os cultos (art. 3.º, n.ºs 4 e 5); por outro lado, adotou medidas restritivas da atividade das confissões religiosas, dirigidas especialmente contra a Igreja Católica.

Ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, nem perguntado por autoridade alguma acerca da que professasse (art. 3.º, n.º 6); ninguém podia, por motivo de opinião religiosa, ser privado dum direito ou isentar-se do cumprimento de qualquer dever cívico (art. 3.º, n.º 7); as casas escolhidas ou destinadas pelos crentes de qualquer religião poderiam sempre tomar forma exterior de templo (art. 3.º, n.º 8); era livre a prática de todos os cultos religiosos nos cemitérios públicos (art. 3.º, n.º 9).

Todavia, ao mesmo tempo, estabelecia-se que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e particulares fiscalizados pelo Estado seria neutro

⁽¹⁰⁾ Assim, MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, cit., pág. 299.

⁽¹¹⁾ Cfr. a crítica de OLIVEIRA MARTINS (*Liberdade de Culto*, in *Política e História — 1868-1878*, ed. da Guimarães Editores, Lisboa, 1957, págs. 69 e segs.).

⁽¹²⁾ V., por último, SAMUEL RODRIGUES, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, 1987.

⁽¹³⁾ V. JOÃO SEABRA, *O Estado e a Igreja em Portugal no século XX — A lei de separação de 1911*, Cascais, 2009; LUÍS SALGADO DE MATOS, *A separação do Estado e da Igreja*, Lisboa, 2010.

em matéria religiosa (art. 3.º, n.º 10) e mantinha-se «a legislação em vigor que extinguiu e dissolveu em Portugal a Companhia de Jesus, as sociedades nela filiadas e todas as congregações religiosas e ordens monásticas» (art. 3.º, n.º 12).

A partir de 1918 haveria um apaziguamento no conflito.

IV — O regime autoritário institucionalizado pela Constituição de 1933 beneficiaria da questão religiosa para, durante largo tempo, procurar obter apoio dos católicos. E conseguiria, por certo, soluções normativas mais conducentes à liberdade religiosa dos católicos, se bem que pouco atentas à igualdade plena de direitos dos outros crentes ⁽¹⁴⁾.

A liberdade religiosa apareceria não apenas na sua dimensão individual de liberdade e inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, com tudo quanto isso implicava (art. 8.º, n.º 3, da Constituição), mas também na sua dimensão institucional de liberdade de organização de todas as confissões (art. 45.º). O princípio da separação das Igrejas do Estado seria constitucionalmente consignado pela primeira vez (art. 46.º). Nenhum templo, edifício, dependência ou objecto de culto afecto a uma religião poderia ser destinado pelo Estado a outro fim (art. 47.º) ⁽¹⁵⁾.

Importa, contudo, distinguir três fases nesse período relativamente longo: uma primeira até 1940 (ou até 1951); uma segunda, até 1971; e uma terceira, posterior a 1971.

A primeira fase (expressão ainda do compromisso subjacente à feitura originária da Constituição), é, curiosamente, a mais próxima das concepções atuais. Nela, antes de mais, vão desaparecendo os ressaibos laicistas e anti-religiosos: designadamente, se o ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto, não o deve hostilizar; e não depende de autorização o ensino religioso nas escolas privadas (art. 43.º, §§ 3.º e 4.º). Ao mesmo tempo, a todas as religiões atribui-se o direito de constituir, de harmonia com a sua hierarquia e disciplina, associações ou organizações a que o Estado reconhece personalidade jurídica (art. 45.º).

Uma inflexão dá-se logo aquando das primeiras modificações da Constituição, ao restringir-se o direito de livre organização das confissões (art. 45.º, após a Lei n.º 1885, de 23 de Março de 1935) e ao prescrever-se que o ensino ministrado pelo Estado visaria à formação das virtudes morais, «orientadas pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do País» (art. 43.º, § 3.º, após a Lei n.º 1910, de 23 de Maio de 1935).

Entretanto, seria celebrada com a Santa Sé a Concordata de 10 de Maio de 1940 ⁽¹⁶⁾. Ela solucionaria o que havia a solucionar do contencioso entre a Santa

⁽¹⁴⁾ Cfr. MANUEL BRAGA DA CRUZ, *O Estado Novo e a Igreja Católica*, Lisboa, 1998.

⁽¹⁵⁾ E mantinha-se (art. 48.º) a norma sobre cemitérios vinda da Constituição de 1911.

⁽¹⁶⁾ V. a obra coletiva *A Concordata de 1940 — Portugal — Santa Sé*, Lisboa, 1993.

Sé e o Estado Português e a regular, de modo estável, a situação jurídica de Igreja Católica em Portugal. Apesar de tudo, “concordata de separação”, iria subsistir durante décadas mesmo para além da mudança de regime.

A revisão constitucional de 1951 consideraria a religião católica «religião da Nação Portuguesa» (novo art. 45.º da Constituição, após a Lei n.º 2048, de 11 de Junho, que, entretanto, não deixaria de reiterar a regra da separação). E traria um tratamento diferenciado dela e das demais confissões (art. 46.º), nos seguintes aspectos: 1.º) enquanto as relações entre a Igreja Católica e o Estado seriam objecto de concordatas e outros acordos com a Santa Sé, as relações com as outras confissões religiosas dependeriam da lei, a qual regularia «as manifestações exteriores» dos respectivos cultos; 2.º) enquanto a personalidade jurídica das associações e organizações católicas continuava a ser reconhecida *ope legis*, a das associações e organizações doutras confissões apenas *podia* ser reconhecida; 3.º) às confissões não católicas ligava-se a proibição da «difusão de doutrinas contrárias à ordem estabelecida» (§ único do art. 46.º).

Uma terceira e brevíssima fase seria aberta em 1971 com a última revisão da Constituição de 1933 (Lei n.º 3171, de 16 de Agosto) e com a publicação de uma lei de liberdade religiosa (Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto).

«O Estado, consciente das suas responsabilidades perante Deus e os homens...» declara a liberdade de culto e de organização de todas as confissões religiosas «cujas doutrinas não contrariem os princípios fundamentais da ordem constitucional (art. 45.º) ⁽¹⁷⁾; só depois a Constituição se refere à religião católica, qualificada agora como «religião *tradicional* da Nação Portuguesa» (art. 46.º). Por outro lado, a matéria da liberdade religiosa (ou da liberdade religiosa individual) é incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia Nacional [arts. 8.º, § 2.º, e 93.º, alínea *d*]).

A lei de liberdade religiosa Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho, por seu turno, afirmaria o direito das confissões religiosas a igual tratamento, «ressalvadas as diferenças impostas pela sua diversa representatividade» (base II, n.º 2) e preveria um sistema de reconhecimento das confissões não católicas, se bem que em moldes restritivos (bases IX e segs.).

V — Finalmente, a Constituição de 1976 vem garantir a liberdade religiosa sem acepção de confissões e sem quaisquer limites específicos. É um estágio mais avançado do que os sucessivos regimes anteriores de união, de neutralidade laicista e de relação preferencial com a Igreja Católica ⁽¹⁸⁾, e a separação

⁽¹⁷⁾ É uma invocação do nome de Deus no interior do articulado constitucional — o que é pouco frequente em Direito comparado. Em 1959 (e também em 1971) tinha-se tentado, sem êxito, inseri-la no preâmbulo.

⁽¹⁸⁾ De certo ângulo, poderia dizer-se ser também uma síntese dessas orientações diversas.

(art. 41.º, n.º 4) serve essencialmente de garantia da liberdade e da igualdade ⁽¹⁹⁾.

Para esta situação concorreram vários factores: a superação da questão religiosa da 1.ª república e também a superação (até pelo decurso do tempo) quer das correntes jacobinas quer das tendências ultramontanas; o Concílio Vaticano II, com a sua Declaração sobre a Liberdade Religiosa, *Dignitatis Humanae* ⁽²⁰⁾; o crescente pluralismo político dos católicos portugueses; a maior inserção das confissões não católicas na vida coletiva do país; a abertura europeia de Portugal; a própria coerência do Estado de Direito democrático, cerne da nova ordem constitucional.

A revisão constitucional de 1982 poucas alterações trouxe neste domínio e as posteriores nenhuma — o que só por si, em confronto com as múltiplas alterações sofridas por tantos outros preceitos da Constituição, não deixa de dever ser assinalado.

3. A LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ATUAL

I — A liberdade religiosa aparece indissociável, como não podia deixar de ser, da liberdade de consciência. No entanto, não se lhe assimila, visto que, por um lado, a liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente); e, por outro lado, a liberdade de consciência vale, por definição, só para o foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui (como já se acentuou) também uma dimensão social e institucional ⁽²¹⁾.

Numa análise sistemática do texto constitucional cabe distinguir então diferentes níveis de conteúdo da liberdade religiosa: os direitos individuais, os

⁽¹⁹⁾ A Constituição, no entanto, não declara Portugal um Estado laico, ao invés do que fazem outras Constituições, como a francesa (art. 2.º), a de São Tomé e Príncipe (art. 8.º), a moçambicana (art. 12.º) ou a angolana (10.º).

⁽²⁰⁾ Cfr. ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *A Liberdade Religiosa e o Projecto do Código Civil*, Braga, 1967; ANTÓNIO MONTES MOREIRA, *A liberdade religiosa*, Braga, 1971; JOÃO SEABRA, *Liberdade religiosa e Concordata?*, in *A Concordata de 1940*, obra colectiva, págs. 87 e segs., BORGES DE PINHO, *Liberdade religiosa e ecumenismo*, in *Liberdade religiosa — realidade e perspectivas*, obra colectiva, Lisboa, 1998, págs. 283 e segs.

⁽²¹⁾ Cfr. JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, cit., AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídica — penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986, págs. 65 e segs.; *Liberté de consciência*, obra colectiva, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1993; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Liberdade de consciência e liberdade religiosa*, in *Direito e Justiça*, 1997, 2, págs. 73 e segs.; PEDRO GARCIA MARQUES, anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 893 e segs.

direitos institucionais e as respectivas garantias; os direitos conexos e as garantias institucionais; e as interferências com outros direitos e garantias ⁽²²⁾.

II — A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável (art. 41.º, n.º 1). E ela implica:

- A liberdade de manifestar a religião, separadamente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pelos ritos (art. 18.º da Declaração Universal) ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾;
- Ninguém pode ser perseguido, privado de um direito ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa (art. 41.º, n.º 2);
- Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder (art. 41.º, n.º 3);
- A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes à fé religiosa (art. 35.º, n.º 3) ⁽²⁵⁾;
- É garantido o direito à objeção de consciência nos termos da lei (art. 41.º, n.º 6), e não se confinando a objeção ao serviço militar ⁽²⁶⁾, pois pode abranger quaisquer adstrições colectivas que contendam com as crenças e convicções;

⁽²²⁾ Sobre a liberdade religiosa à face da atual Constituição, v. ANTÓNIO LEITE, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 286 e segs.; JORGE MIRANDA, *Libertà religiosa, Chiese e Stato in Portugallo*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1988, págs. 204 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário entre a «Libertas Ecclesia» e a liberdade religiosa*, Coimbra, 1993, págs. 26 e segs., *Liberdade religiosa...*, cit., págs. 220 e segs. e 305 e segs., e *A Constituição e os movimentos religiosos minoritários*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, págs. 193 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, págs. 607 e segs.; JORGE MIRANDA em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 909 e segs.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *op. cit.*, págs. 364 e segs.

⁽²³⁾ Porque os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal.

⁽²⁴⁾ Devendo a educação favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todos os grupos religiosos (art. 26.º, n.º 2, da Declaração).

⁽²⁵⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993, págs. 181 e segs.

⁽²⁶⁾ Os objetores ao serviço militar ficam obrigados a serviço cívico de duração e penosidade equivalentes (art. 276.º, n.º 4).

- A liberdade de consciência e de religião é um dos direitos fundamentais que, em caso algum, podem ser suspensos em estado de sítio ou em estado de emergência (art. 19.º, n.º 6);
- A separação das Igrejas do Estado e a liberdade religiosa constituem limites materiais de revisão constitucional, cláusulas pétreas [art. 288.º, alíneas *c*) e *d*)].

III — No plano institucional, a Constituição assegura:

- As Igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização (art. 41.º, n.º 4, 1.ª parte);
- As Igrejas e outras comunidades religiosas são livres no exercício das suas funções e do culto (art. 41.º, n.º 4, 2.ª parte);
- É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão (art. 41.º, n.º 5, 1.ª parte);
- É garantida a utilização de meios de comunicação social próprios das confissões religiosas para o prosseguimento das suas actividades (art. 41.º, n.º 5, 2.ª parte) — e, por conseguinte, os jornalistas que neles trabalhem não podem intervir na sua orientação editorial [art. 38.º, n.º 2, alínea *a*), 2.ª parte] ⁽²⁷⁾.

IV — Conexas ou complementares da liberdade religiosa são, muito particularmente, as regras que estabelecem:

- O direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1);
- A diversidade de formas de celebração do casamento, com requisitos e efeitos regulados por lei (art. 36.º, n.º 2) — formas essas que devem propiciar a celebração do casamento de harmonia com as crenças e convicções dos nubentes;
- O direito e o dever dos pais de educação dos filhos (art. 36.º, n.º 5), incluindo a educação religiosa (ou não religiosa);
- Não poder o Estado atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes religiosas (art. 43.º, n.º 2); ou seja, não poder afetar o pluralismo religioso, nem interferir nas opções e orientações de sentido religioso que se manifestem no domínio da educação e da cultura;
- Não ser o ensino público confessional (art. 43.º, n.º 3) — o que carece de ser devidamente interpretado, conforme se tentará fazer mais adiante;

⁽²⁷⁾ De notar a variedade de expressões: *Igrejas* [arts. 41.º, n.º 4, 51.º, n.º 3, e 288.º, alínea *c*)]; comunidades religiosas (art. 41.º, n.º 4); *Confissões* (arts. 41.º, n.º 5, e 55.º, n.º 4).

- Ser garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (art. 41.º, n.º 4) — as quais podem optar por projectos educativos mais consentâneos com esta ou aquela religião.

V — Interferências com outros direitos ou delimitação do âmbito da liberdade religiosa e de outros direitos (para garantia dela e destes) vêm a ser ainda:

- Não poderem os partidos políticos, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões diretamente relacionadas com quaisquer religiões ou Igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos religiosos (arts. 51.º, n.º 3, e 205.º);
- Serem as associações sindicais independentes das confissões religiosas (art. 55.º, n.º 4).

VI — A lei de liberdade religiosa de 1971 foi revogada — com grande atraso sobre a feitura da Constituição democrática — por uma nova lei, a Lei n.º 16/2001, assente nos seis grandes princípios da liberdade, da igualdade, de separação, de não confessionalidade, de cooperação e de tolerância (arts. 1.º a 5.º e 7.º).

No essencial, o princípio da não confessionalidade consiste em o Estado não adotar nenhuma religião, nem se pronunciar sobre questões religiosas (art. 4.º, n.º 1).

O Estado cooperará com as igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal, tendo em consideração a sua representatividade, com vista designadamente à promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento integral de cada pessoa e dos valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância (art. 5.º).

Segundo o princípio da tolerância, os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outras ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma (art. 7.º).

A lei depois trata, sucessivamente, dos direitos individuais de liberdade religiosa (arts. 8.º e segs.), dos direitos coletivos (arts. 8.º e segs.) — tudo de acordo com o princípio da igualdade — do estatuto das Igrejas e comunidades religiosas (arts. 33.º e segs.), dos acordos entre pessoas coletivas religiosas e o Estado (arts. 45.º e segs.), da Comissão de Liberdade Religiosa (arts. 52.º e segs.) e da Igreja Católica, ressaltando a Concordata entre Portugal e a Santa Sé (art. 58.º).

Nas comunidades religiosas avultam as *radicadas* — aquelas com mais de 30 anos de presença social organizada em Portugal e as igrejas ou comunidades religiosas fundadas no estrangeiro há mais de 60 anos (art. 37.º, n.º 2). São elas, ou as suas federações, que celebram acordos com o Estado sobre matérias de interesse comum (art. 45.º), sujeitos a aprovação do Parlamento (art. 48.º).

Quanto à Comissão de Liberdade Religiosa é um órgão consultivo, em que entram pessoas designadas pelas confissões religiosas e que, à semelhança de outros órgãos existentes no Direito português ⁽²⁸⁾, é instrumento de defesa e de realização desse direito fundamental.

VII — Do princípio fundamental da separação entre o Estado e as Igrejas não resulta qualquer imposição constitucional da adoção de uma regulamentação geral totalmente indiferenciada do fenómeno religioso — numa lógica de estrita e absoluto separação — em detrimento de uma regulamentação pactícia das relações entre o Estado e as confissões religiosas ⁽²⁹⁾. Daí a admissibilidade e a razão de ser da nova Concordata do Estado Português com a Santa Sé, de 2004, e dos acordos com outras Igrejas, comunidades religiosas radicadas no País ou as federações em que as mesmas se integram.

Pode perguntar-se se este dualismo se compagina com a ausência de qualquer menção específica à Igreja Católica no texto constitucional, ao contrário do que faziam as Constituições anteriores, menos a de 1911, e do que ainda fazem Constituições doutros países ⁽³⁰⁾. Mas o essencial consiste em que qualquer diferenciação não envolva privilégio ou discriminação; se não envolverá, não poderá considerar-se inconstitucional ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾.

Trata-se, de resto, de um dualismo muito menos significativo do que *prima facie* se suporia, porque, no essencial, o novo estatuto concordatário não se afasta do regime da Lei n.º 16/2001 e porque o sentido útil hoje do artigo 58.º deste diploma não é senão o de não aplicar à Igreja Católica as disposições relativas às Igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País. De resto, a diferença entre a Concordata e os acordos com outras confissões está em que estes são atos de Direito interno e a Concordata é um tratado, por a Santa Sé, organização suprema da Igreja Católica, ser um sujeito de Direito internacional.

⁽²⁸⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4.ª ed., Coimbra, 2008, págs. 451 e segs.

⁽²⁹⁾ RUI MEDEIROS, anotação, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, III, Coimbra, 2007, pág. 938.

⁽³⁰⁾ Italiana (art. 7.º), espanhola (art. 16.º, n.º 3), polaca (art. 25.º, n.º 4).

⁽³¹⁾ Assim, parecer n.º 17/82 da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, XIX, págs. 253 e segs., e acórdão do Tribunal Constitucional n.º 423/87, de 27 de Outubro, in *Diário da República*, 1.ª série, de 26 de Novembro de 1987.

⁽³²⁾ Cfr., em crítica radical, JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário ...*, cit., loc. cit., págs. 59 e segs. E em posição oposta, JORGE MIRANDA, *A Concordata e a ordem constitucional portuguesa*, in *Direito e Justiça*, 1991, págs. 155 e segs.; ou PAULO OTERO, *Direitos históricos e tipicidade não pretérita de direitos fundamentais*, in *AB UNO AD OMNES*, obra coletiva, Coimbra, 1998, págs. 1066.

4. A LAICIDADE OU NÃO CONFSSIONALIDADE EM CONCRETO

I — Como disse o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 423/87, “a separação e a não confessionalidade implicam a *neutralidade* religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou ateias), e assume esta obrigação em função da procura social (...) A neutralização estatal significa radical indiferença por toda a valoração religiosa do facto religioso (o Estado não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra), mas não já enquanto facto constitutivo de uma certa procura social”⁽³³⁾.

a) Assim, o *princípio da laicidade ou da não confessionalidade do Estado* exige, por um lado, por respeito da *liberdade de todos os cidadãos*:

- A não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado;
- A proscricção do juramento religioso ou, pelo menos, segundo os ritos de qualquer religião;
- Um dever de reserva dos titulares de cargos públicos (até para se atalhar a aproveitamentos incorretos num ou noutro sentido), o que não os impede, naturalmente, de, como quaisquer cidadãos, professarem em público as suas crenças;
- Um simétrico dever de reserva das Igrejas ou comunidades religiosas, não intervindo em atos ou acontecimentos políticos (por exemplo, aconselhando o voto nesta ou naquela candidatura), o que também, naturalmente, não os impede de manifestarem as suas posições doutrinárias;
- A ausência de símbolos de qualquer religião em edifícios públicos, salvo quando tenham carácter histórico ou correspondam a arraigada tradição cívico-cultural, variável de região para região⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Cfr., doutra perspectiva, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Relativismo, Valores, Direito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, pág. 711.

⁽³⁴⁾ Cfr. a jurisprudência europeia examinada por PEDRO ALVES, *Sinais de identificação e símbolos religiosos nas escolas públicas*, in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, obra coletiva, II, Coimbra, 2005, págs. 241 e segs.

Recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por acórdão de 18 de Março de 2011, admitiu a exposição de crucifixos nas salas de aulas, já que não existiriam elementos que pudessem provar que ele afetasse eventualmente alunos de confissões diversas da cristã.

b) E exige, por outro lado, por respeito da *liberdade dos que têm religião*:

- As garantias de assistência religiosa e de ensino de religião e moral;
- O reconhecimento da eficácia jurídica do casamento religioso;
- A inadmissibilidade de proibição de uso de símbolos religiosos por funcionários e agentes de entidades públicas, bem como por alunos de escolas públicas, e até do uso de trajos identificados com uma religião, desde que tal não revista intenção ostentatória e provocatória ou ofensiva da dignidade da pessoa humana;
- A punição do genocídio de grupos religiosos (art. 239.º do Código Civil), do incitamento à discriminação, ao ódio e à violência (art. 240.º), e da destruição ou o dano de estabelecimentos afetos ao culto religioso (art. 242.º);
- A punição também do ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º) e de impedimento, de perturbação ou do ultraje a ato de culto (art. 252.º) ⁽³⁵⁾;
- O agravamento das penas em caso de homicídio ou ofensa à integridade física determinado por ódio religioso ou contra ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas [arts. 132.º, n.º 2, alíneas e) e j), e 146.º, n.º 2] ou em caso de dano de coisa alheia afeta ao culto religioso [art. 213.º, n.º 1, alínea e)].

c) *Tanto por respeito pelas crenças religiosas quanto por imbricação histórica e cultural*, laicidade ou não confessionalidade requer ainda:

- A consagração dos feriados religiosos tradicionais;
- A preservação do património cultural religioso, com a contrapartida do direito de vigilância do Estado.

Por último, tendo em conta a função social que as confissões religiosas desempenhem:

- O reconhecimento e o apoio às instituições religiosas de solidariedade social;
- E em justa medida, a concessão de benefícios fiscais.

II — Não há contradição entre o ensino de religião e moral nas escolas públicas e a regra da não confessionalidade do ensino público (art. 43.º, n.ºs 2

⁽³⁵⁾ Cfr. as anotações de J. M. DAMIÃO DA CUNHA, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, obra colectiva, II, Coimbra, 1999, págs. 637 e segs.

e 3, da Constituição), contanto que os dois termos sejam corretamente apreendidos e enquadrados ⁽³⁶⁾.

Com efeito, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; 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; pode permitir — *deve* permitir — todas, em liberdade e igualdade.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é — sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura — evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que numa Constituição que o salvaguarda, no sector público da comunicação social, o não viabilizasse nas escolas públicas ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Algumas Constituições dão logo explícita resposta positiva ao problema: assim, art. 17.º da lei constitucional austríaca de 1867, recebida pelo art. 149.º da Constituição de 1920; art. 42.º, n.º 2, da Constituição irlandesa; art. 7.º da Constituição alemã; art. 10.º da Constituição maltesa; art. 23.º da Constituição holandesa; art. 210.º, § 1.º, da Constituição brasileira; art. 32.º, n.º 7, da Constituição romena; art. 40.º da Constituição lituana; art. 53.º, n.º 4, da Constituição polaca.

Para um relance comparativo v. *Stati e Confessioni Religiose in Europa — Modelli di finanziamento pubblico — Scuola e Fattore Religioso*, obra coletiva, Milão, 1992; *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1996, págs. 131 e segs.; SONIA DUBOURG-LAVROFF, *L'expression des croyances religieuses à l'école en Grande-Bretagne et en France*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, págs. 269 e segs.

⁽³⁷⁾ Cfr. ALAIN TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, 1994, pág. 278, conjugando laicidade e ensino de crenças religiosas nas escolas públicas.

⁽³⁸⁾ Vale a pena transcrever o seguinte passo do já citado Acórdão n.º 423/87 do Tribunal Constitucional: “um entendimento dos princípios da separação do Estado e das Igrejas e da não confessionalidade do ensino público que conduzisse, pura e simplesmente, ao banimento do ensino religioso nas escolas públicas (diz-se *nas* escolas públicas e não *das* escolas públicas, o que, como é manifesto, traduz realidade inteiramente distinta), tendo em atenção os especiais enquadramentos históricos e culturais da sociedade portuguesa, haveria de redundar em afrontamento ao princípio da liberdade religiosa na sua componente positiva.

“Com efeito, a concepção da liberdade religiosa com um mero conteúdo formal, entendida como esfera de autonomia frente ao Estado e reduzida ao livre jogo da espontaneidade social, parece não satisfazer, por insuficiência, as consciências dos nossos dias.

“Porque a dimensão real da liberdade, de todas as liberdades, e por isso também da liberdade religiosa, depende fundamentalmente das situações sociais que permitem ou impedem o seu desfrute existencial como opções reais, a questão deve centrar-se na transformação do conceito de liberdade autonomia em *liberdade situação*, isto é, no significado *positivo* de liberdade enquanto poder concreto de realizar determinados fins que constituem o seu objecto, não só pela remoção dos entraves que impedem o seu exercício como também pela prestação positiva das condições e meios indispensáveis à realização (cf. A. Fernandez-Miranda Campoamor, “Estado laico y libertad religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 6, p. 68)”.

O direito dos pais de assegurarem educação aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (consagrado também no art. 13.º, n.º 3, 2.ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no art. 2.º do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 5.º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião e na Convicção e no art. 14.º, n.º 3, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) manifesta-se tanto fora como dentro de escolas públicas — sobretudo quando o Estado não assegura o acesso a escolas particulares confessionais, independentemente das condições económicas.

O art. 41.º, n.º 5, aludindo a «ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão», não infirma este entendimento».

Em primeiro lugar, porque esta disposição compadece-se com uma interpretação diferente da que *prima facie* lhe poderia ser dada, com a interpretação segundo a qual ela não vem senão garantir o ensino assumido por cada confissão religiosa, enquanto tal, livremente, sem interferência de orientações estranhas.

Em segundo lugar, porque, ainda quando se acolha uma leitura restritiva, nada obsta — em face da cláusula aberta do art. 16.º, n.º 1, da Constituição — a que a lei ou uma regra de direito internacional amplie o âmbito do direito.

III — 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 religioso 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;
- 3) Ensino ministrado por docentes indicados por cada confissão, sob a responsabilidade e com programas por ela definidos ⁽³⁹⁾.

A Lei n.º 16/2001 assegura o cumprimento destes requisitos (arts. 11.º e 24.º).

⁽³⁹⁾ Donde a inconstitucionalidade, — até por também brigar com o princípio da separação das Igrejas do Estado — da Portaria n.º 333/86, de 2 de Julho, ao admitir a possibilidade de ensino nas escolas primárias pelo próprio professor de turma. V. o nosso comentário ao acórdão n.º 174/93 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro (que decidiu em sentido diverso), in *O Direito*, 1995, págs. 190 e segs.