

**O INTERVALO DA TOLERÂNCIA**  
**NAS FRONTEIRAS DA JURIDICIDADE**

- *FUNDAMENTOS E CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA PROJECCÃO JURÍDICA DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA EXIGÊNCIA DE TOLERÂNCIA*

ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO

COIMBRA  
2012



Dissertação respeitante à candidatura ao grau de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Doutor José Manuel Aroso Linhares.



Caminante, son tus huellas  
el camino, y nada más;  
Caminante, no hay camino,  
se hace camino al andar.  
Al andar se hace el camino,  
y al volver la vista atrás  
se ve la senda que nunca  
se ha de volver a pisar.  
Caminante, no hay camino,  
sino estelas en la mar.

Antonio MACHADO,  
*“Proverbios y cantares” – XXIX,*  
*in Campos de Castilla, 1912*  
(Alianza Editorial, Madrid, 2006)



*Was es ist*

Es ist Unsinn  
sagt die Vernunft  
Es ist was es ist  
sagt die Liebe

Es ist Unglück  
sagt die Berechnung  
Es ist nichts als Schmerz  
sagt die Angst  
Es ist aussichtslos  
sagt die Einsicht  
Es ist was es ist  
sagt die Liebe

Es ist lächerlich  
sagt der Stolz  
Es ist leichtsinning  
sagt die Vorsicht  
Es ist unmöglich  
sagt die Erfahrung  
Es ist was es ist  
sagt die Liebe

Erich FRIED, *in Gedichte*, 1983,  
(Deutscher Taschenbuch,  
München (1995), 2003)





*A todos os que estiveram presentes...*



## INTRODUÇÃO

### DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA CATEGORIA *TOLERÂNCIA*: VIRTUDE, VALOR, EXIGÊNCIA, IMPERATIVO OU EFECTIVO PRINCÍPIO NORMATIVO?

«(...) time is not a thing you have lost. It is not a thing you ever had. It is what you live in. You can drift in its currents, or you can swim».

James GLEICK\*

«Wenn man sich zum Thema „Toleranz“ äußern will, kann man das nicht mehr in der unbekümmert-direkten Weise tun, wie das beispielsweise *John Locke* in seinem berühmten „Brief über die Toleranz“ von 1689 und *Voltaire* in seinem nicht minder berühmten „Traktat über die Toleranz“ von 1763 getan haben»<sup>1</sup>. Estas as palavras que abrem a parte final do último capítulo da *Rechtsphilosophie* de Arthur KAUFMANN, intitulado «*Das Prinzip Toleranz – Rechtsphilosophie in der pluralistischen Risikogesellschaft*», condensando textos destinados a um livro, afinal não escrito, com o mesmo título<sup>2</sup> – temática esta que já havia sido anteriormente enunciada, no mesmo sentido, em «*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*»<sup>3</sup>. Palavras estas, na constatação de que a *modura* da Modernidade não poderá já encaixilhar a panóplia

---

\*James GLEICK, *Faster. The Acceleration of Just About Everything*, Vintage, New York, London, 1999, p. 280.

<sup>1</sup>Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, München, 1997, p. 328.

<sup>2</sup>Tal como esclarece o Autor, no Prefácio à segunda edição. *Vide idem*, p. VII-X, especialmente p. VII. *Vide idem*, 20. «*Das Prinzip Toleranz – Rechtsphilosophie in der pluralistischen Risikogesellschaft*», p. 295-344.

<sup>3</sup>*Vide* Arthur KAUFMANN, “*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*” (1983), in Günter KOLMANN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, P. Deubner, Köln, 1983, p. 97 ss.; também in Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, p. 209-225 (versão citada), e in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft 23*, 1985, p. 18 ss.. Texto este posteriormente integrando o capítulo 20 da *Rechtsphilosophie*, com ligeiríssimas alterações, e uma nova conclusão. *Vide* Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 20. «*Das Prinzip Toleranz...*», *cit.*, p. 328-344 (V. «*Das Prinzip Toleranz*»).

de *variações* sobre o *tema* «tolerância», aqui e agora tomadas por ponto de partida para uma reflexão problematizante sobre a posição, a relevância e o sentido actual da categoria *tolerância* na intersubjectividade, em geral, para uma sua reconstitutiva projecção na intersubjectividade jurídica, em particular. Assumindo como enquadramento a multiplicidade de *subjectivações* e *intersubjectivações* hoje perpetrada pelas malhas das proliferantemente distintas fisionomias performativas do pluralismo, num contexto crescentemente complexificado e heterogéneo, quer intracivilizacional quer intercivilizacionalmente. E por entre uma problemática actual multiplicidade de *linguagens-discursos* práticos constantemente mobilizados *sobre* e *para* o direito – sociais, políticos, religiosos, culturais, éticos, filosóficos, morais... Complexidade esta susceptível de se desdobrar em infindáveis questões, a ponto de pôr em causa a própria humanidade do Homem, conduzindo a outras tantas possibilidades de (não-)resposta para a índole da hodierna intersubjectividade humana – e, dentro desta, e no que aqui releva, a intersubjectividade juridicamente relevante –, em ensaios, tentativas e viagens sem retorno, pela voragem de um tempo que urge, e passa...

Problematizada desde a Antiguidade das mais diversas perspectivas – desde o plano das ciências da saúde, aferindo a tolerância biológica, imunitária ou imunológica, mesmo medicamentosa, até ao das ciências sociais, indagando por uma *exigência* formal e/ou material de tolerância nas relações intersubjectivas, partindo dos planos religioso e social, projecta-se aqui a categoria *tolerância* em si própria, enquanto *objecto-tema* a compreender e *objectivo* a atingir na análise da possibilidade da sua compreensão e exigência no específico plano da juridicidade, quer como exigência material de origem cultural quer como eventual verdadeiro *princípio* – e, concomitantemente, *critério*... –, princípio fundante e orientador da constituição e realização prática do direito, designadamente no confronto/diálogo intercivilizacional, domínios em que assume diversíssimos significados.

Tradicionalmente associada a uma postura de abstenção de censura a algo sobre que se tem alguma influência, e até a uma certa postura de *superioridade face ao tolerado*, a tolerância perspectivar-se-á *individual* e *colectiva*, *subjectiva* e *intersubjectiva* – e, assim, a tolerância de si para consigo, e de si para com os outros... tão complexa a *teia* quantas as possibilidades que a actual *globalização* proporcione. Uma vez posta a questão da sobrevivência do Planeta, e do Homem nele, tudo é posto em causa: a densificação da subjectividade e a determinação da intersubjectividade

humanas num mundo cada vez mais desgarrado, e em contínua transformação, potencialmente condenada a não ser mais do que uma interacção egoisticamente calculada e circunscrita ao necessário meio para a obtenção dos solipsisticamente delineados fins, a que tantas vezes se apresenta como única alternativa possível o regresso a uma fragmentação da sociedade macroscopicamente organizada em múltiplas *comunidades de sobrevivência* internamente coesas e organizadas, mesmo *auto-subsistentes*<sup>4</sup>... O problema passa particularmente hoje pela *tolerância* (enquanto capacidade efectiva de suportar) da própria natureza (quer a natureza enquanto ambiente quer a própria *natureza do homem*, e esta nos seus múltiplos sentidos...), face desde logo ao desenvolvimento tecnológico<sup>5</sup>.

As matrizes de compreensão do mundo, da subjectividade e da própria intersubjectividade, hoje em autêntica ebulição, apresentam os termos *valor, pessoa, homem, mulher, criança, família, cidadão* hoje com significado cada vez mais discutido e menos compreendido. Será o homem de hoje um *homo ludens* da sociedade de bem-estar, um *homo oeconomicus* a agir continuamente num mundo-mercado, um *homo tecno-sapiens* de uma sociedade que domina a tecnologia (ou que a tecnologia domina...?)<sup>6</sup>. A resposta mais ouvida poderá, possivelmente, ser: cada sujeito será o que

<sup>4</sup>Yves Charles ZARKA, “La tolerancia o cómo coexistir en un mundo desgarrado”, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, ano 8, 2003, n.º 12, p. 391-410, p. 391-393.

<sup>5</sup>Vide, oferecida como resposta a este problema, a *ética unilateral* proposta por Hans JONAS, visando garantir às gerações vindouras um planeta habitável, num *imperativo de responsabilidade não recíproca*, em Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel-Verlag, Frankfurt am Main, 1979, citado na tradução francesa *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, tradução de Jean GREISCH, 3.ª Ed., Les Éditions du Cerf, Paris, 1995, p. 29-30. E a assumir como corolário um imperativo, com várias formulações possíveis, mas a sintetizar, nas suas duas primeiras formulações, uma positiva e a outra negativa: ««Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d’une vie authentiquement humaine sur terre»; (...) «Agis de façon que les effets de ton action ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d’une telle vie» (...) ». – *Idem*, p. 30-31. E imperativo também categórico, embora não dirigido, como em Kant, à acção em si mesma, mas aos seus efeitos últimos, e cuja pretensão à universalização já não será hipotética e sem conexão causal, mas *temporal* e *causal*, constitutiva da *responsabilidade*. – *Ibidem*, p. 32. Vide ainda *ibidem*, p. 250-256.

<sup>6</sup>Jan FENNEMA, “The Human Being Called “Homo Techno-Sapiens”: a Note on a Post-Human Perspective”, in Michael R. OTT (Ed.), *The Future of Religion (Toward a Reconciled Society)*, (*Studies in Critical Social Sciences*, 9), Leiden, 2007, p. 415-418; vide ainda Margaret SOMERVILLE, *The Ethical Imagination: Journeys of the Human Spirit* (Anansi Press, Toronto, 2006), McGill-Queen’s University Press, Montreal, 2009, IV. «From Homo Sapiens to Techno Sapiens: Protecting the Essence of Being Human», p. 157 ss.; António AVELÁS NUNES, *Neoliberalismo e direitos humanos*, Caminho, Lisboa, 2003, p. 119-126, p. 120. Note-se a leitura crítica de CASTANHEIRA NEVES face a tais compreensões antropológicas, que inspira profundamente o presente trabalho: «Uma mais profunda reflexão quanto ao sentido com que nós próprios nos deveremos compreender e as exigências do nosso compromisso coexistente, e sobretudo convivente, em projectada coerência com esse sentido, convocam o que podemos dizer uma *antropologia axiológica*. Tanto ao *homo faber* e também simplesmente *laborens* da sociedade

quiser, num mundo onde as possibilidades de realização se multiplicam sem precedentes, tudo é tecnicizado, dentro em breve (hoje mesmo...) fundindo-se fisicamente homem e técnica, desde a concepção até à morte<sup>7</sup>. O *hoje* da Pessoa humana haverá de compreender-se apenas no futuro<sup>8</sup>...

As referências *supra* aduzidas melhor se compreenderão se reconhecidas, ainda que exemplarmente, em alguns outros domínios estruturantes das actuais sociedades, tais como o da tecnologia e o da economia de mercado. Daquele primeiro domínio, daquilo que se tornou comum designar por “sociedade da informação”<sup>9</sup>, desdobrando-se na utilização múltipla de recursos tecnológicos para o comércio electrónico, por exemplo, e ainda da *biotecnologia* e da *nanotecnologia*, múltiplos benefícios, mas também perigos, decorrem para as sociedades, e múltiplos desafios para o direito, desde o da necessidade de uma redefinição das esferas íntima, privada e social, à própria projecção jurídica – face à alteração da compreensão da *matriz biológica* – da noção de *ser humano* e da sua dignidade, com as concomitantes refacções específicas da

---

técnica, como ao *homo ludens* da sociedade de bem-estar à *outrance* que se tornou o homem vazio (espiritualmente vazio) dessa “sociedade do vazio”, há que opor a afirmação do *homem-pessoa*, e com todas as implicações axiológicas e éticas do sentido de *pessoa*». – António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito – Sumários e textos*, Coimbra, 1998-1999, p. 72 (p. 40, na versão A4). *Vide* ainda *idem*, p. 38-39 (p. 20-21, na versão A4). *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, “A imagem do homem no universo prático”, in *Igreja e Missão*, Janeiro-Setembro 1989, p. 87 e ss., e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 311-336, p. 331-336.

<sup>7</sup>Recordemos aqui as palavras de Orlando de CARVALHO: «(...) nenhuma época como a nossa usou e abusou da Pessoa Humana, dos direitos do Homem, dos direitos fundamentais, como se dos restos dessas ideias, sempre mais ou menos em escorço até na data em que foram propostas, se erguesse agora, anos e anos após o seu esquitejamento sistemático ao longo de quase todo o século XX, o vulto indiscutível e perfeito de uma nova e completa teogonia». – Orlando de CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)”, in *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 527-545, p. 527. *Vide idem*, p. 527-528.

<sup>8</sup>E, continuando com Orlando de CARVALHO: «A Pessoa Humana, mal se sabe o que é. Se os romanos conheceram a expressão, no sentido jurídico (como sujeito de direitos e obrigações) e, eventualmente, no sentido de homem ou ser humano, foi às controvérsias cristológicas e trinitárias dos sécs. II-VI que se deveu a tentativa da sua clarificação. Nem a *hypóstasis* dos gregos nem a *substantia* dos latinos nos oferece o sentido da *persona*, salvo a ideia comum da subjacência, invertendo a acepção primitiva da mesma *persona* ou *prósopon*, como máscara ou aspecto, emergência ou aparência – se não, o que seria mais fecundo, aquilo por onde passa a *vox*, o «logos originário, dador de sentido».

(...) Será a Pessoa Humana um *topos*, um tropo, um isco ou um mero *slogan*?». – *Idem*, p. 528-529.

<sup>9</sup>José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre direito da internet e da sociedade de informação*, Almedina, Coimbra, 2001, especialmente p. 45 ss.. *Vide* ainda Fernando ARAÚJO, “Lógica jurídica e informática jurídica. Da axiomatização deontica às estruturas não monotónicas do raciocínio rebatível”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 1999, vol. I, p. 7-71.

*bioética*<sup>10</sup>. Note-se, por exemplo, que a evolução da *engenharia genética* poderá conduzir a uma *eugenia*, mesmo que *liberal*, para o dizer com Jürgen HABERMAS<sup>11</sup>, ou, em sentido distinto, dizendo-o com Arthur KAUFMANN, *positiva*<sup>12</sup>, e/ou a uma era dos “bebés a pedido”<sup>13</sup>, ou de *clones* instrumentalizados à vida dos humanos que lhes deram origem<sup>14</sup>, ou de uma selecção pela inteligência<sup>15</sup> (estaremos à porta do *admirável mundo novo* de Aldous HUXLEY<sup>16</sup>?) –, passando pelo *direito de autor* no ciberespaço<sup>17</sup>, ou ainda pelo *direito à autodeterminação informativa*<sup>18-19</sup>... Do segundo domínio outros

<sup>10</sup>Vide, entre outros, José Francisco de FARIA COSTA, “A linha (algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética)”, in J. A. PINTO RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, cit., p. 397-411; João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003, sobretudo o vol. II, Parte V, Capítulos IV, VI e VII, respectivamente p. 773-790, 825-842, e Parte VI, Capítulo I, p. 914-949. Vide ainda, inspirada na teoria evolucionista de DARWIN, a concentração da evolução na noção de *gene* (*gene egoísta*) e a respectiva projecção sociológica na proposição da noção de *meme*, como unidade de transmissão cultural, Richard DAWKINS, *The selfish gene*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1976, e “A Survival Machine”, in John BROCKMAN (Ed.), *The Third Culture. Beyond The Scientific Revolution*, Touchstone, New York, 1995, p. 74-95, citado na tradução portuguesa “Uma máquina de sobrevivência”, in *A terceira cultura. Para além da revolução científica*, tradução de Álvaro Augusto FERNANDES, Temas e Debates, Lisboa, 1998, p. 65-83. Vide ainda, a título de exemplo, quanto aos instrumentos internacionais, a *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Medicine*, de 4 de Abril de 1997 (disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm> (acedido em 10-11-2011)), e a *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, de 11 de Novembro de 1997, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (acedido em 15/04/2009).

<sup>11</sup>Vide, por exemplo, Jürgen HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zur liberalen Eugenik?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, citado na tradução portuguesa *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?*, tradução de Maria Benedita BETTENCOURT, Almedina, Coimbra, 2006, e Mihaly CZIKSZENTMIHALYI, “The Future of Happiness”, in John BROCKMAN (ed.), *The Next Fifty Years: Science in the First Half of the Twenty-First Century*, Vintage Books, New York, 2002, p. 93-104, citado na tradução portuguesa *Os próximos 50 anos: a ciência na primeira metade do século XXI*, tradução de Rui César VILÃO, Esfera do Caos, Lisboa, 2008, “O futuro da felicidade”, p. 101-110. Vide ainda Richard DAWKINS, “Son of Moore’s Law”, *ibidem*, p. 145-158, citado na tradução portuguesa “A filha da lei de Moore”, *ibidem*, p. 145-156, p. 146-148.

<sup>12</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 320.

<sup>13</sup>Mihaly CZIKSZENTMIHALYI, “O futuro da felicidade”, cit., p. 103.

<sup>14</sup>No sentido de que a proibição (ética e jurídica) da clonagem de seres humanos há-de assentar não na afirmação de que o homem não deve interferir na criação, mas na afirmação de que contraria a ideia de autonomia e indisponibilidade da pessoa humana, por um lado, e de que o domínio do acaso na procriação implica uma determinação à partida que subtrai ao ser clonado a liberdade, vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 326-327, remetendo, sobre esta última questão de liberdade, para Hans JONAS, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, (n. 27), p. 162 ss., 204 ss..

<sup>15</sup>Mihaly CZIKSZENTMIHALYI, “O futuro da felicidade”, cit., p. 104.

<sup>16</sup>Aldous HUXLEY, *Brave New World*, Harper & Brothers, London, 1932, citado na tradução portuguesa *Admirável mundo novo*, tradução de Mário Henrique LEIRIA, Livros do Brasil, Lisboa, 1981.

<sup>17</sup>Vide, entre nós, por exemplo, Alexandre DIAS PEREIRA, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008.

<sup>18</sup>Catarina SARMENTO E CASTRO, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. II, p. 65-95.

tantos desafios emergem, desde a discussão da necessidade/desnecessidade de regulação internacional dos mercados à discussão do próprio modelo do Estado<sup>20</sup>, passando pelas políticas de economia sustentável e de protecção ambiental<sup>21</sup>...

A existência humana sucumbe assim, actualmente, às mãos de um tempo que voa, a uma *velocidade* praticamente incontrolável, a demonstrar a voracidade da “*força do agora*” característica da “*hipercultura*” a que conduziu a desnorteada *aceleração da sociedade*, para o dizer com Stephen BERTMAN<sup>22</sup>. As progressivas alterações de *paradigma* a que temos assistido desde o início deste nosso século XXI – agora já não apenas em sentido estritamente científico, mas em múltiplos outros, do sócio-económico ao tecnológico e geo-estratégico, passando pelo político, sociológico, filosófico, e, ainda, jurídico... – patenteiam um mundo que não é já aquele que o século XX conheceu, mas um novo *ambiente*, de aceleração máxima, em que as *partículas* influentes se cruzam e chocam, em busca de um *bosão*<sup>23</sup> que possa desvendar os segredos de uma *economia de mercado* assente no *consumo* – no dizer ilustrativo de Gilles LIPOVETSKY, já patente no *império do efémero da moda*<sup>24</sup>, já, mais recentemente, na *felicidade paradoxal* e concomitante *hiperconsumo*<sup>25</sup>... –, numa sociedade cada vez mais globalizada, que ameaça *consumir-se* a si própria<sup>26</sup>.

Assim, em termos mais gerais, a própria dimensão cultural permanece confinada ao domínio da industrialização e do consumo, como ficou exemplar e sublimemente

<sup>19</sup>A lei portuguesa contempla algumas destas questões – é o caso, por exemplo, da lei do comércio electrónico (Decreto-lei n.º 7/04, de 7 de Janeiro), da lei da informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/05, de 26 de Janeiro) e da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/06, de 26 de Julho, regulamentada pelo Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11 de Fevereiro).

<sup>20</sup>Vide, entre nós, por exemplo, João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra, 2006.

<sup>21</sup>Vide, entre nós, por exemplo, Maria Alexandra de SOUSA ARAGÃO, *O princípio do nível elevado de protecção ecológica: resíduos, fluxos de materiais e justiça ecológica*, 2004, Almedina, Coimbra, 2006.

<sup>22</sup>Stephen BERTMAN, *Hyperculture: The Human Cost of Speed*, Praeger Trade, Westport, 1998, citado na tradução portuguesa *Hipercultura. O preço da pressa*, tradução de Ana ANDRÉ, Piaget, Lisboa, 2001, p. 14-16, 127, 153 ss., 178 ss., 265-269.

<sup>23</sup>Sobre o *bosão de HIGGS*, vide Arthur BEISER, *Concepts of Modern Physics*, fifth edition, McGraw Hill, New York, 1995, p. 497-499.

<sup>24</sup>Gilles LIPOVETSKY, *L'empire de l'éphémère – la mode et son destin dans les sociétés modernes*, Gallimard, Paris, 1987, citado na tradução portuguesa *O império do efémero – a moda e o seu destino nas sociedades modernas*, tradução de Regina LOURO, Dom Quixote, Lisboa, 1989, p. 19-20. Vide *ibidem*, p. 229 ss., 274.

<sup>25</sup>Gilles LIPOVETSKY, *Le bonheur paradoxal – essai sur la société d'hyperconsommation*, Gallimard, Paris, 2006, citado na tradução portuguesa *A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, tradução de Patrícia XAVIER, Edições 70, Lisboa, 2007.

<sup>26</sup>Vide Gilles LIPOVETSKY, *O império do efémero...*, *cit.*, p. 381-382. Vide ainda Stephen BERTMAN, *Hipercultura...*, *cit.*, p. 272-285.



registado, como “*indústria cultural*”<sup>27</sup>, por Walter BENJAMIN e Theodor ADORNO, que LIPOVETSKY recorda, num contexto de *moda total*, com uma *cultura clip*, dominada pela referência temporal do *presente*<sup>28</sup>. Numa vertigem de *alienação*, a sociedade industrializada, muito desenvolvida do ponto de vista económico, teria agravado profundamente a vivência social do homem, no sentido de que, *alienado* nesta sociedade concreta, nem chegaria a tomar consciência da *irracionalidade*<sup>29</sup> geral em que está imerso. Por outro lado, a sociedade capitalista industrializada teria dado, entretanto, novos passos impeditivos da *emancipação*, através do *controlo de massas*, elemento próprio da integração do *proletariado* no sistema, próprio da “*indústria cultural*”, fundamental na manipulação do *consciente* e do *inconsciente*<sup>30</sup>. Para a manutenção do capitalismo seria crucial uma *adequada* esfera cultural, traduzida em fenómenos como a *massificação* da cultura e o controlo das mentes pelos meios de comunicação, patente no referido conceito de “*culture industry*”, criticamente proposto por ADORNO: nessa “*indústria cultural*”, a estética individual desaparece, ficando comprometida não só a capacidade individual de apreensão estética como também, com ela, a esperança de *emancipação* que a obra de arte incorporasse<sup>31</sup>. Com o que recupera BENJAMIN, na sua crítica à *reprodutibilidade técnica* da obra de arte, veículo de *alienação*<sup>32</sup>.

<sup>27</sup>Este tema foi por nós desenvolvido em *Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*, Coimbra, 2004, Parte I, 2.2.2., p. 22-38.

<sup>28</sup>Gilles LIPOVETSKY, *O império do efémero...*, cit., p. 209 ss., p. 280 ss. («*Cultura clip*»).

<sup>29</sup>O termo *irracionalidade* designa, neste contexto, um estado típico da sociedade industrializada. Para os membros da Escola de Frankfurt, o Nazismo surge como um produto da irracionalidade generalizada na sociedade moderna industrializada. Vide Enrique M. UREÑA, *La teoría de la sociedad de Habermas – La crisis de la sociedad industrializada*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 47.

<sup>30</sup>Vide Theodor W. ADORNO e Max HORKHEIMER, *Dialektik der Aufklärung*, Querido Verlag, Amsterdam, 1947, citado na tradução francesa *La dialectique de la raison*, tradução de Eliane KAUFHOLZ, Gallimard, Paris, 1974. Assim se compreende a conjugação dos pensamentos de FREUD e MARX: pretendia demonstrar-se que os factores psicológicos são decisivos para se explicar como um regime que não beneficia a maioria da população é, não obstante, apoiado por ela. MARCUSE desempenhou um papel importante neste campo. Se são identificáveis na filosofia do direito da Escola de Frankfurt uma componente marxista e uma outra, freudiana, no que diz respeito ao direito, a primeira geração daquela escola identifica-se, no entanto, mais com aquela primeira influência do que com esta última. Neste sentido, Martin JAY, *The Dialectical Imagination A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research 1923-50*, Heinemann Educational Books, London, 1973 (University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1996), p. 86-112.

<sup>31</sup>Por isso ADORNO afirma: «Os ingénios da indústria cultural, ávidos das suas mercadorias, situam-se aquém da arte...». – Theodor W. ADORNO, *Ästhetische Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, citado na tradução portuguesa, *Teoria estética*, tradução de Artur MORÃO, Edições 70, Lisboa, 1988, p. 28. Vide ainda Zoltán TAR, *The Frankfurt School (The Critical Theories of Max Horkheimer and Theodor W. Adorno)*, John Wiley & Sons, New York, 1977, citado na tradução portuguesa *A Escola de Francoforte*, tradução de Ana RABAÇA, Edições 70, Lisboa, 1980-1981, p. 125-126.

<sup>32</sup>A reacção dos autores da Escola de Frankfurt à proliferação da civilização capitalista, não apenas na sua vertente económica mas também nos seus reflexos culturais, é notória num artigo de Walter

Ora, sendo o direito, na nossa experiência histórico-civilizacional, uma dimensão *normativa* da prática a pressupor valorações sedimentadas pelo tempo, perante a desagregação de valorações, poderá agora renunciar a esse sentido para abraçar uma alternativa funcionalizada aos rigores *centrífgos* de uma sociedade tecnológica e globalizada? Talvez. Talvez seja este um momento de viragem, de reavaliação e reflexão, com exigências específicas para a autocompreensão do homem no tempo e no espaço, para a conformação da *praxis*, em geral, e, naquilo que aqui directamente releva, para a fundamentação do direito. Ou, por outro lado, poderá ainda hoje o direito convocar uma matriz axiológica de base, como *força centrípeta* agregadora da intersubjectividade? Por outras palavras: deverá, *rectius*, poderá ainda o jurídico ser o delinear do domínio material intersubjectivamente relevante das relações sociais, ou estará cada vez mais reduzido a ser uma fronteira-limite formal da intersubjectividade, constituindo esta um ponto de encontro-colisão de díspares determinações subjectivas de interesses, *forças centrífugas* determinantes de um novo sentido da *praxis*<sup>33</sup>? Haverá ainda lugar a uma autêntica *convivência comunitária*, ou estaremos já condenados a uma formalização de coexistências? Terá ainda lugar hoje a afirmação de uma autonomia fundamentante do direito, que o não reduza a discursos paralelos, fazendo da teoria do direito uma reflexão *interdisciplinar*, senão mesmo *pluridisciplinar*, acerca da prática social, ou estaremos condenados a ser engolidos pelo *buraco negro*<sup>34</sup> da aceleração tecnológica? Fará sentido uma *transcendência de valor*, e a *autotranscendentalidade* da sua relevância fundamentante<sup>35</sup>? Ou deverá o direito constituir um reflexo, como se de uma demonstração do *efeito doppler*<sup>36</sup> se tratasse, das exigências da sociedade tecnicizada?

---

BENJAMIN, emblemático para o pensamento da Escola, intitulado *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*. – Vide Walter BENJAMIN, “*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*” (1935), in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1936, e in TIEDEMANN, Rolf/SCHWEPPEHÄUSER, Hermann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, 2. Auflage, 1978-1979, vol. I.2, p. 431-469 (*Erste Fassung*), e *ibidem*, vol. I.2, p. 471-508, e vol. VII.I, p. 350-384 (*Zweite Fassung*).

<sup>33</sup>«Há um custo humano na velocidade, e é um custo ao qual nenhum de nós consegue fugir. A força centrífuga que está a desintegrar a família americana está também a desintegrar a própria estrutura da sociedade americana. Quanto maior a velocidade, mais difícil será parar». – Stephen BERTMAN, *Hipercultura...*, *cit.*, p. 182.

<sup>34</sup>Arthur BEISER, *Concepts of Modern Physics*, *cit.*, p. 504-505.

<sup>35</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 62 (p. 34-35 na versão A4).

<sup>36</sup>Sobre o *efeito doppler*, vide Arthur BEISER, *Concepts of Modern Physics*, *cit.*, p. 11-14.

A *força centrífuga* exercida pelos fins sociais subjectivamente definidos a partir dos interesses teleologicamente determinados contrasta instantaneamente com qualquer *força centrípeta* que de uma dimensão valorativa decorra, como a que especificamente há-de sustentar a ponderação jurídica da *praxis* – sem, todavia, que exacta força encerre o direito em movimentos circulares. Quando se assuma que ao direito cabe um específico papel na ponderação e regulação da prática social, aí se encontrará, mais do que soluções imediatas à urgência da *praxis*, ou um conjunto de soluções contingentes à luz de objectivos iminentes, uma árdua e demorada tarefa, a de reflexão dialéctica e crítica sobre essa *praxis*, a fim de lhe conferir fundamentos de valoração e critérios de orientação – embora não tão tardiamente que não seja já fundamento nem critério, e, assim, não já *resposta*, e sim *não-resposta* – normativamente adequada às exigências materialmente densificadas na realidade humanamente convivente. Digamo-lo com António CASTANHEIRA NEVES, cuja perspectivação *jurisprudencialista* da juridicidade iluminará toda a reflexão que *infra* se propõe: «(...) comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses. Por seu lado, os fundamentos traduzem pressuposições de validade, teórica ou prática, que por uma mediação discursivo-argumentativa hão-de sustentar a concludência material do juízo ou o sentido da acção, enquanto os efeitos são resultados empiricamente comprováveis pelos quais se logra ou não a realização eficaz de fins/objectivos»<sup>37</sup>.

O ponto de viragem em que se encontra o quadro ético-cultural e político do nosso tempo, não se conhecendo ainda o sentido da mudança nem sendo ainda previsíveis os seus resultados, não obstante as múltiplas conjecturas a este propósito hoje projectadas, coloca a intersubjectividade, da ética ao direito, em ebulição, reposicionando-se o homem no seu próprio mundo – seria este o resultado da *desconstrução-limite* da afirmada *pós-modernidade(?)*<sup>38</sup>, consequência remota da, dita

<sup>37</sup> António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito*, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99, policop., Coimbra, 1998, p. 154-155 (p. 85-86 na versão A4).

<sup>38</sup> No sentido de uma *filosofia do limite* que pretende traduzir culturalmente o que se designou por *desconstrução*, veja-se Drucilla CORNELL: «This book aims to establish the relationship of the philosophy of the limit to questions of ethics, justice, and legal interpretation. I here introduce the phrase “the philosophy of the limit” in order to rename what has come to be called deconstruction». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, Routledge, New York, London, 1992, p. 1 («Introduction: What Is Postmodernity Anyway?», p. 1-12). «(...) I hope to change the terms of the debate between thinkers of so-called “modernity” and “postmodernity”. (...) the very term “postmodernity”, although relevant in the realm of aesthetics, loses much of its richness when carried over into philosophy and legal studies; “postmodernity” easily falls in with a particular perspective on historical and philosophical development (...).» – *Idem*, p. 2. «As “a science of the threshold”, deconstruction dares us to the commitment to “cross over” and perhaps, by so doing, to avoid the horror of having the door of the Law of Law finally shut in

com HABERMAS, transição do pré-moderno *mythos* ao moderno *logos*<sup>39</sup>? Série esgotada, projectada na *pós-modernidade*, determina a própria superação desta, em múltiplos sentidos – numa *pós-pós-modernidade* constituída por *regressos*, por um lado, e por *avanços*, por outro, espelhando a assinaladamente rápida actual *metamoforse* – desdobrada em plúrimas *metamorfoses* – da realidade<sup>40</sup>.

A aceleração que predica a presente evolução da *praxis*, aumentando exponencialmente a complexidade da intersubjectividade, ao alargar o leque dos sujeitos interlocutores, determina a eclosão de novos problemas, e, concomitantemente,

---

our faces. Derrida, in other words, can be understood to more successfully displace the dichotomy of transcendence and immanence through the exposure of the “immanence” of ethical alterity in the iteration». – *Idem*, p. 110, aludindo à imagem mobilizada por Franz KAFKA, em “*Vor dem Gesetz*” (in *Parables and Paradoxes*, Schocken Books, New York, 1975, p. 60-79). Esta *parábola*, escrita por KAFKA em 1914, foi publicada no jornal *Selbstwehr* (Praga), IX, No. 34 (Sept. 7, 1915), e depois juntamente com outros contos, in Franz KAFKA, *Ein Landarzt: Kleine Erzählungen* [1914-17], Kurt Wolff, München, Leipzig, 1919, e in Franz KAFKA, *Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*, Kurt Wolff, München, Leipzig, 1920, estando incluída no romance do Autor, publicado *post-mortem*, *Der Prozeß*; citado aqui na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/Franz Kafka*, hrsg. von Hans-Gerd KOCH, Frankfurt am Main, 1994, Band 1 – «*Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*», p. 211-212; encontra-se no capítulo IX («*Im Dom*») de Franz KAFKA, *Der Prozeß*, Die Schmiede, Berlin, 1925, citado na publicação in Hans-Gerd KOCH (Hrsg.), *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/Franz Kafka*, Fischer, Frankfurt am Main, 1994, Band 3, p. 226-227); também em tradução portuguesa, *O processo*, tradução de Gervásio ÁLVARO, Livros do Brasil, Lisboa, 2002, p. 222-223.

<sup>39</sup>«Jürgen Habermas makes a distinction between the modern and the postmodern that rests on the teleological development from *mythos* to *logos*, which in turn demands the separation of the Right from the Good. (...) Habermas argues that this move from *mythos* to *logos* is the key aspect of modernity, a modernity which he then claims as the very basis of an enlightened political and legal ordering». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 3. Vide Jürgen HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, citado na tradução portuguesa *O discurso filosófico da Modernidade*, tradução de Ana Maria BERNARDO, José Rui Meirelles PEREIRA, Manuel José Simões LOUREIRO, Maria Antónia Espadinha SOARES, Maria Helena Rodrigues de CARVALHO, Maria Leopoldina de ALMEIDA e Sara Cabral SERUYA, 3.<sup>a</sup> Ed., Dom Quixote, Lisboa, 2000, p. 109-129 («*O entrosamento entre o mito e o iluminismo: Horkheimer e Adorno*»). «(...) Jacques Derrida, Emmanuel Levinas, and Jacques Lacan – reject the idea that the movement from *mythos* to *logos* has been or *can* be completed. Indeed, they have ethically critiqued the view that this move has been completed on the grounds that this view is itself mythical. (...) Theodor Adorno (...) was perhaps the first thinker to expose the Enlightenment, understood to represent the completed move from *mythos* to *logos*, as itself a myth». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 10. Não reputando a *pós-modernidade* como designação desprovida de conteúdo, afirma Drucilla CORNELL: «(...) there is no content to what has come to be called the “postmodern”? (...) The answer, I think, is no. (...) I want to suggest that the “postmodern” should be understood as an allegory and that, as such, it represents an ethical insistence on the limit to “positive” descriptions of the principles of modernity long-elaborated as the “last word” on “truth”, “justice”, “rightness”, etc.». – *Idem*, p. 11.

<sup>40</sup>Ainda que de um ponto de vista essencialmente religioso, e, assim, afastado do sentido neste texto proposto para o tratamento do tema, reflecte esta transição D. A. CARSON, especificamente quanto ao tema da evolução histórica da tolerância, confrontando o actual desmebramento de referências culturais: «(...) regardless of the widespread inability to agree on what it is, postmodernism has exerted incalculable influence in much of the world. Disagreement over the essence of postmodernism cannot blind us to its effect. Almost all sides agree that *as a movement* postmodernism is dead. (...) Yet the effluents of postmodernism, however defined, are still very much with us, shaping our thoughts and cultural values». – D. A. CARSON, *The Intolerance of Tolerance*, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan, Cambridge, 2012, p. 73.

a necessidade de construção dogmática de fundamentos para os pensar e de critérios para os resolver. É nesse sentido que ao nível dos *direitos humanos* se visa hoje dar conteúdo à ideia de *solidariedade* (enquanto tradução de um ideal de *fraternidade*), apresentando-se os *direitos de solidariedade* (direito ao respeito pelo ambiente, direito ao desenvolvimento, direito à partilha dos recursos comuns da humanidade, direito à paz) mais como interesses legítimos do que como direitos subjectivos e/ou liberdades<sup>41</sup>, ainda que apresentando, na contra face, uma mudança de escala, acarretando a necessidade de reconfigurar a determinação de *responsabilidades*<sup>42</sup>. Mudança de escala que o jurista terá actualmente de fazer em virtude das novas realidades, dos novos desafios e das novas ameaças, à *escala universal*, característica típica do *direito pós-moderno*, no dizer de François OST<sup>43</sup>.

E isto quer do ponto de vista da criação do direito, e, sobretudo, neste contexto, a legislativa, quer da outra grande dimensão, a da decisão judicial, também não desonerada da necessidade de adequação espaço-temporal. Pois que a própria discussão em torno da utilização da *informática* na determinação do modelo e justificação racional das decisões jurídicas, susceptível de transformar a decisão judicial numa questão de “*subsunção automática*”, exigirá do direito uma tomada de posição<sup>44</sup>. A eventual resposta prática e juridicamente adequada não será nem no sentido da funcionalização daquela decisão às pressões – políticas, tecnológicas, sociais, económicas... – que de fora se imponham – conduzindo a decisão judicial a uma opção entre alternativas

<sup>41</sup>François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, in Pierre BOURETZ (Dir.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, p. 241-272, p. 269.

<sup>42</sup>«Sans doute, tout droit subjectif entraîne-t-il un devoir correspondant dans le chef d’autrui; on ne niera pas cependant que l’imaginaire juridique comme le discours politique ont largement occulté cette réalité, de sorte que l’insistance sur l’idée de responsabilité – à quand une «Charte des responsabilités universelles»? – entraînerait un très profond bouleversement des mentalités». – *Idem*, p. 270.

<sup>43</sup>«(...) ce qui K. O. Appel qualifie de «macro-sphère» qui exige des normes intersubjectivement valides de responsabilité universelle. Élargir la démocratie à la taille de la cité mondiale, tout en ménageant le sort des générations futures, constitue l’enjeu le plus considérable du droit postmoderne». – *Idem*, p. 270. Vide também Mireille DELMAS-MARTY, “*O direito é universalizável?*”, in Jean-Pierre CHANGEAUX (Dir.), *Une même éthique pour tous?*, Odile Jacob, Paris, 1997 (Actas das Jornadas Anuais de Ética de 1997), citado na tradução portuguesa *Uma mesma ética para todos?*, tradução de Joana CHAVES, Piaget, Lisboa, 1999, p. 139-158.

<sup>44</sup>Arthur KAUFMANN/Winfried HASSEMER (Org.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, citado na tradução portuguesa *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, tradução de Marcos KEEL e Manuel Seca de OLIVEIRA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 547-586, especialmente p. 559-561, 569-571, 574-576, e, especificamente sobre a questão da “subsunção automática”, p. 576-579. Vide ainda Fernando José PINTO BRONZE, “*O jurista: pessoa ou andróide?*”, in *AB UNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 73-122 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 31-79).

possíveis e equivalentes orientada por objectivos pré-definidos à luz de juízos de prognose, ou, ainda, de probabilidade, ou mesmo na ausência desta, e a aferir pelos resultados empiricamente verificáveis<sup>45</sup> ... – nem na direcção do alheamento formal que reconduza a decisão judicial a uma mera condicionalidade, indiferente e diferenciada da teleologia intrínseca a sistemas externos ao sistema jurídico<sup>46</sup>. Perante a vertiginosa aceleração da sucessão de factos hoje registada, a sua simultaneidade e eventual interacção recíproca, poderá considerar-se a possibilidade de configuração de um *efeito borboleta*, como o de Edward LORENZ<sup>47</sup>, na medida em que, à luz da *teoria dos sistemas*, se compreenda o sistema jurídico como complexo, dinâmico e aberto, tentativa de parcial determinação no seio de um *caos*<sup>48</sup>, e não de clausura autopoieticamente construída<sup>49</sup>. Assim, de forma análoga às verificações que suscitaram a construção da *teoria do caos*, a aceleração da realidade exige do direito respostas susceptíveis de prever, na medida em que tal seja possível, as interacções cruzadas que cada vez mais se alinham perante o espectador, na observação do espaço-tempo.

Se, no *esplendor do caos*<sup>50</sup>, conforme crescentemente se afigura, a dinâmica da sociedade esmagar completamente a dimensão fundante e agregadora do direito, o

<sup>45</sup>António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, cit., p. 176-190 (p. 97-105 na versão A4). Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, (polic.), Coimbra, 2003, p. 4-7, 12-16.

<sup>46</sup>Neste sentido, Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 48-51 (p. 27-29 na versão A4), e José Manuel AROSO LINHARES *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, cit., p. 48-51.

<sup>47</sup>Vide James GLEICK, *Chaos: Making a New Science*, New York, 1987, citado na tradução portuguesa *Caos: a construção de uma nova ciência*, tradução de José Carlos FERNANDES e Luís CARVALHO RODRIGUES, Lisboa, 1994, p. 35-87.

<sup>48</sup>*Idem*, p. 373-374.

<sup>49</sup>Pelo que não se seguem as propostas, recuperadas por Niklas LUHMANN da teoria de Francisco VARELA e Humberto MATURANA, da *autopoiesis* que conduz à clausura sistémica. Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 42-44 (p. 23-24 na versão A4), e, criticamente, p. 66-71 (p. 37-39 na versão A4), citando H. R. MATURANA/FRANCISCO J. VARELA, *Autopoiesis and Cognition, The Realisation of the Living*, 1972, e José Manuel AROSO LINHARES, *Sumários desenvolvidos (B): “O sistema jurídico como um ‘fim em si mesmo’ ou as ‘muralhas da indiferença’ da galáxia auto”*, Coimbra, 2001-2002, e *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, cit., p. 41-42. Vide FRANCISCO VARELA, “*The Emergent Self*”, citado na tradução portuguesa “*O eu emergente*”, in John BROCKMAN (ed.), *A terceira cultura...*, cit., p. 193-204.

<sup>50</sup>Esta a expressão lapidar de Eduardo LOURENÇO: «Pode discutir-se se a desordem em que estamos mergulhados – desde a económica à da legalidade e da ética – releva ou não, em sentido próprio, do conceito de caos. Do que não há dúvidas é de que o habitamos como se fosse o próprio esplendor». – Eduardo LOURENÇO, “*Caos e esplendor*”, in Eduardo LOURENÇO, *O esplendor do caos*, Gradiva, Lisboa, 1998, 5.<sup>a</sup> Ed., 2007, p. 5-11, p. 11.

*tempo da sociedade* e o *tempo do direito* cada vez menos se ajustarão<sup>51</sup>. O que conduz à conclusão de que o direito apenas logrará responder, verdadeiramente, às exigências da sociedade, se desacelerar em algumas das dimensões-soluções oferecidas – tal como a criação legislativa –, mas simultaneamente, acelerando, com a devida moderação, noutros domínios – tal como o da decisão judicativo-concreta. E isto não necessariamente em directa proporção e/ou dependência face ao desenvolvimento da *praxis*. A *velocidade* – quer *instantânea*, quer *média* – do direito oscila entre a necessidade de resposta imediata e a imprescindível ponderação normativa. O *movimento* do direito não é circular, nem rectilíneo, nem parabólico, nem rigorosamente periódico ou uniforme, mesmo que uniformemente variado – o seu *movimento* não é rigorosamente definível em termos *mecânicos* –, mas sim *dialéctico*, com acelerações e travagens, avanços e recuos, em contínua adaptação/resposta/interpelação aos estímulos da *praxis* – porém não se diluindo nestes, sob pena de deixar de ser o que é: uma intenção regulativa e normativamente articuladora da *praxis* social –, e, noutras vezes, ele próprio estímulo projectante para aquela *praxis*.

Nesta(s) contínua(s) e aceleradíssima(s) metamorfose(s), de crescentemente problemática definição e sedimentação, em si e nas suas referências materiais de sentido, como *fundamento* e *valor*, os paradigmas axiológicos e político-ideológicos diariamente colocados em causa, a posição do *eu* face ao *outro* sobrevém cada vez mais distante, mais alheada, numa individualização devoradora<sup>52</sup>, na ausência de ponderação e diálogo que reflectam os sentidos, que, como horizontes de referência, na sua *autotranscendentalidade*, seja de *intenção à justiça* seja à *validade*, historicamente mobilizados, possam criticamente conduzir a *praxis*. Numa *condição humana* que é de permanente *intersubjectividade*, de confronto com a *diferença*, com a *alteridade do*

<sup>51</sup>«É neste tempo próprio, distinto do tempo social imediato, que o direito procura a sua legitimidade, é neste tempo ganho no confronto com a história, que se entrecruzam as dimensões do passado, do presente e do futuro». – Mário REIS MARQUES, “O direito: a gestão da urgência ou uma normatividade com um tempo próprio?”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/ José Joaquim GOMES CANOTILHO/ José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, STVDIA IVRIDICA*, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 725-764, p. 764. Vide ainda Mário REIS MARQUES, “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestionário?”, in Augusto Silva DIAS/João António RAPOSO/João Lopes ALVES/Luís Duarte D’ALMEIDA/Paulo de Sousa MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 411-424.

<sup>52</sup>«Dans les sociétés contemporaines, les individus agissent et se représentent comme libres de toute allégeance, mobiles, solitaires, s’éloignant sans cesse les uns des autres». – François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 513.

*outro*, a considerar positiva ou negativamente, consoante a opção ética assumida. Independentemente do que a *alteridade* permanece... na sua *igualdade* e na sua *diferença*... apelando a uma *amizade* que atenda ao *outro* na sua especificidade, no sentido conferido por Jacques DERRIDA<sup>53</sup>... E, porém, também uma *alteridade*, que, agora dizendo-o com Zygmunt BAUMAN, se espelha tanto *positiva* como *negativamente* – e, assim, *bifronte* (*Janus-faced*...) <sup>54</sup>... Numa determinação da *pós-modernidade*, a implicar uma gradação de *being-aside/being-with/being-for*, em BAUMAN inspirada por Emmanuel LÉVINAS<sup>55</sup>.

De uma forma que não conhece precedentes, as diferentes civilizações, frente a frente, encaram-se hoje com mais receios recíprocos do que nunca, como contundentemente aponta Slavoj ŽIŽEK – criticando a *tolerância* enquanto mero *discurso*, e a efectiva *intolerância* que oculta, em termos políticos, religiosos e sociais, mormente nas relações entre Ocidente e Oriente<sup>56</sup> –, com referentes culturais diversos, tendencialmente exacerbados em decorrência dos mútuos ataques, sem vislumbre de diálogo suficientemente esclarecedor na comunidade internacional, a divergência a sobrepor-se à convergência, a intolerância à tolerância<sup>57</sup>... O *pluralismo* oscilando

---

<sup>53</sup>«C'est peut-être dans une région ainsi soustraite à la subjectivité métaphysique que résonne alors, pour Heidegger, «la voix de l'ami». Peut-être s'agit-il de ce que nous appelons plus haut la «communauté» minimale – mais aussi incommensurable à toute autre, parlant la même langue ou priant, ou pleurant pour la traduction dans l'horizon d'une seule langue, fût-ce pour y manifester un désaccord: amitié d'avant les amitiés. Il faudrait ajouter: d'«avant» l'inimitié». – Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, Galilée, Paris, 1994, p. 273-274 (9. ««En langue d'homme, la fraternité...»», p. 253-300). Vide *idem*, p. 339 (10. ««Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité»», p. 301-340).

<sup>54</sup>E esta ambivalência como resultado da vivência *pós-moderna*. Vide, neste sentido, Zygmunt BAUMAN, *Life in Fragments. Essays in Postmodern Morality*, Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1995, p. 126-138 (5. «The Stranger Revisited – and Revisiting»), sobretudo p. 135-137 («The Stranger ante portas»), e p. 137-138 («The Stranger, Janus-faced»).

<sup>55</sup>Vide *idem*, p. 44-71 («2. Forms of Togetherness»), especialmente p. 49 ss., por referência expressa a Emmanuel LÉVINAS, p. 56 ss.. Vide *infra*, Parte II, 3.2.1.

<sup>56</sup>São lapidares quanto a esta questão as proposições de Slavoj ŽIŽEK, in *Plaidoyer en faveur de l'intolérance*, Climats, Paris, 2004, citado na tradução portuguesa *Elogio da intolerância*, tradução de Miguel Serras PEREIRA, Relógio d'Água, Lisboa, 2006, e *Violence: Six Sideways Reflections*, Profile Books, London, 2008, e de Eduardo LOURENÇO, in «Do intolerável», in *O esplendor do caos*, cit., p. 87-93.

<sup>57</sup>Apontando a *interculturalidade* como solução para o *choque de civilizações*, afirma Anselmo BORGES: «Um mundo globalizado, também por força dos fluxos migratórios, é pela sua própria natureza um mundo multicultural e a questão que se coloca é se entrámos num choque de culturas e civilizações ou se, pelo contrário, se abre diante de nós a possibilidade de uma aliança de culturas.

(...)

(...) Que modelo seguir: avançar na linha de um comunitarismo multicultural ou, a partir do conceito central de cidadania, remeter os particularismos culturais e étnicos para o espaço privado? Ou não será a via correcta a da interculturalidade e da mestiçagem?». – Anselmo BORGES, «Desafios à Humanidade e ao Cristianismo», in Anselmo BORGES (Coord.), *Deus no século XXI e o futuro do*



continuamente entre discursos de radical exclusivismo – quer com intenções hegemónicas quer com intentos particularizantes, desagregadores – e discursos de radical reconhecimento, de completa e assumida ausência de elementos agregadores das práticas intersubjectivas. Sem que uns e outros deixem de apelar, frequentemente, a um *discurso de tolerância*, onipotente e onisciente, como *pedra filosofal*...

Porém, se a categoria *tolerância* implicou sempre, historicamente, uma divergência basilar, pilar essencial, em que o tolerante surge numa relação supra-infra-ordenada com o tolerado, não continua, todavia, necessariamente, a apresentar-se como tal. Sendo-o em algumas construções teóricas, porém já não noutras, em que o próprio termo *tolerância* surge afinal a designar *algo outro*, desde *reconhecimento a igualdade*... Multiplicando-se as questões, desde a respectiva pertinência às concomitantes *condições de possibilidade*, desde o correspondente *conteúdo* aos *sujeitos* em presença. Alterando-se completamente a perspetivação do problema quando deslocado o centro gravitacional da questão mais comumente considerada da relação entre grupos, entre grupo e indivíduo ou entre este e aquele, para um outro, individualizado, *rectius*, subjectivizado, da relação de sujeito a sujeito, particularmente, a partir da tomada de consciência da sua *identidade* – no *núcleo dialéctico da identidade narrativa*, a *ipseidade*, que não *mesmidade*<sup>58</sup>...

Pergunta-se, assim, pela possibilidade e pertinência de uma *exigência material* de tolerância, nas relações intersubjectivas – *intra* e *intercivilizacionais* – que, dadas as suas raízes profundamente culturais, e partindo dos planos religioso e social, possa refractar-se no plano da juridicidade (terá o direito um conteúdo materialmente específico que possa afirmar quando essas diferenças impliquem a transposição das fronteiras civilizacionais, ou haverá antes de bastar-se com a delimitação negativa da

---

*Cristianismo*, Campo das Letras, Porto, 2007, p. 11-24, p. 16-17. E, constatando manifestações de fracasso do diálogo intercivilizacional, e mesmo de *globalização da intolerância*, adverte Luís NUNES DE ALMEIDA: «(...) as guerras da Jugoslávia e os acontecimentos do 11 de Setembro vieram demonstrar, por um lado, que a *tolerância*, por vezes, entra rapidamente em colapso (...); e, por outro lado, que temos igualmente de aprender a viver com a *globalização da intolerância* (...)». – Luís NUNES DE ALMEIDA, “*Tolerância, Constituição e Direito Penal*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n.º 2, Abril-Junho 2003, p. 159-175, p. 160. Vide ainda *ibidem*, p. 169-170. Atente-se, ainda, entre nós, para uma abordagem sociológica, de diversos pontos de vista, do problema da tolerância e respectivos limites, nos múltiplos contributos apresentados no Colóquio Internacional e Pluridisciplinar, na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa da Universidade Nova de Lisboa, de 16 a 18 de Maio de 2005, in Maria Helena Carvalho dos SANTOS (Coord.), *Nas fronteiras da tolerância*, Instituto de Estudos Portugueses, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2005.

<sup>58</sup>No sentido da dialéctica imanente à noção de *identidade narrativa*, vide a proposta de Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre* (1986-88), Seuil, Paris, 1990, p. 140-150, 167-168.

interferência?). Com o que haverá percursos inevitáveis a seguir, desde a filosofia política às diferentes compreensões da ética prática. Não para ficar por uma análise meramente descritiva, ou histórica, da tolerância, enquanto *virtude* e enquanto *prática*. Antes com o objectivo de, saindo desses domínios – e abstraindo do modo como tradicionalmente têm sido mobilizados, muitas vezes directa e acriticamente, para a delimitação formal e conformação material do direito –, compreender a possibilidade, ou impossibilidade, de se admitir – no direito e no pensamento jurídico – uma “*tradução*” do conteúdo da tolerância que possa constituir contributo para a conformação da perspectivação da juridicidade hoje, num contexto cada vez mais globalizado, visando reduzir clivagens e divergências, em busca de uma mútua compreensão e pacificidade dialogantes. Não pretendendo levar a cabo uma síntese descritiva da reconstituição cronológica dos múltiplos sentidos historicamente assumidos pela *exigência de tolerância*, serão, todavia, tais sentidos recuperados sempre que se mostrem pertinentes, procurando (re)compreender aquela *exigência* no final da primeira década, e início da segunda, do séc. XXI – analisando e experimentando, em diversos sentidos, a possibilidade de a configurar em termos jurídicos –, partindo da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, passando pela Declaração da Unesco, de 1995, e pelo inevitável *volte-face* produzido pelos acontecimentos a que esta década tem assistido, desde as alterações climáticas às mais recentes manifestações de confronto intercivilizacional.

À presente investigação interessa nomeadamente uma determinação selectiva da índole da categoria *tolerância*, caleidoscopicamente perspectivada, desde a consideração da respectiva recusa, por hoje desnecessária, quer do ponto de vista político quer filosófico, e, concomitantemente, jurídico, à admissibilidade de uma específica referência e determinação normativamente relevante, quer enquanto *virtude* quer enquanto *atitude* – ética e/ou política –, qualquer uma das classificações convocando argumentos de ordem ética, moral, política, em distintas acentuações, e reflectindo criticamente, numa ou noutra das possibilidades, as respectivas projecções pontuais – de natureza e objectivos mais ou menos definidos... –, e/ou repercussões declaradamente avocadas como normativamente constitutivas, no domínio do direito. E ainda, por outro lado, equacionando a hipótese de uma normativamente admissível identificação-estruturação de um sentido especificamente jurídico de tolerância, a que se associe uma configuração formal-procedimental regulativamente *jurídica*, ou,

alternativamente, um conteúdo axiológico-normativo fundamentadamente recolhido na *praxis*, social e jurídica. Tendo em conta a relevância intrínseca da(s) *divergência(s)* quanto ao núcleo significativo de *tolerância*, propõe-se assim uma interrogação da possibilidade – *rectius*, das *condições de possibilidade...* – de uma (ou de várias) significação(ões) jurídica(s) – intrínseca e especificamente jurídica(s) – da exigência de tolerância. Depurando-a progressivamente, a partir dos seus conteúdos históricos originários – sem, todavia, abdicar deles, e tomando-os como ponto de partida –, de índole ética, moral, política, social, entre outras, filtrando assim a sua matriz irreduzível, investigando a existência nesta de uma dimensão especificamente jurídica, de autónoma relevância deste ponto de vista. Com o propósito de deprender, em último termo, a admissibilidade de uma sua eventual precipitação na juridicidade.

Por outras palavras, a questão aqui objecto de investigação consiste em saber se a exigência de tolerância, de evidente relevância na vivência comunitária, e com reflexos na compreensão, construção e realização do direito, poderá reconhecer-se como exigência especificamente jurídica, em primeiro lugar, e, em função desse reconhecimento: se poderá – ou deverá – admitir-se como autêntico e autónomo *princípio (normativo)*; ou se, diferentemente, se deverá, quando deva, reconhecê-la antes como subdimensão normativa constituinte de algum ou alguns dos princípios normativos – designadamente os princípios da igualdade e da responsabilidade (sem esquecer uma provável relação dialéctica com o princípio da liberdade) –, ou apenas como elemento complementar na configuração do direito, ou ainda, no limite, se não haverá resposta à questão enunciada em qualquer destas vias. Com o que o objectivo do presente estudo não é já a reconstituição da evolução histórica, nem mesmo a análise das projecções religiosa, ética, moral, política, da exigência de tolerância – embora se faça caminho também, justamente, através de aproximações e distanciamentos face a tais perspectivas, hoje tão comumente debatidas e estudadas –, mas antes a tentativa de compreender se, do ponto de vista da assunção de uma autonomia normativamente constitutiva do direito, enquanto disciplina prática e enquanto regulação normativa da *praxis*, a exigência de tolerância terá alguma relevância *especificamente jurídica*. Ou seja, em último termo, procurará compreender-se se, e em que medida, a experiência da tolerância algo terá a oferecer à juridicidade, ou se se encontra antes já subjacente aos princípios já consolidados no sistema jurídico, ou mesmo já arredada de qualquer relevância jurídico-normativamente prática.

Tudo o que, se alumia as aparentemente intransponíveis dificuldades de reconhecimento recíproco e a mútua compreensão intercivilizacional, pressupõe manifestamente uma outra questão-*confrontação*, essencial ao desenvolvimento argumentativo pretendido, e que, assim, ainda que aqui secundária, se afigura como sustentação daquela dita principal, posto que densificada num diálogo crítico com múltiplas opções de densificação jurídica da subjectividade e intersubjectividade: a questão da actual admissibilidade de conferência ao direito de um sentido *autónomo* e da respectiva índole. Sendo, na nossa experiência civilizacionalmente circunscrita, o direito uma complexa rede de *significantes* e *significados*, pressupondo valorações lentamente sedimentadas pelo tempo, num momento de viragem, de reavaliação e reflexão, com exigências específicas para a autoconhecimento do homem no tempo e no espaço, para a conformação da *praxis*, em geral, e do direito, em particular, a respectiva submissão a uma funcionalização aos rigores das regras de uma sociedade tecnológica e globalizada não obvia à pertinência da pergunta pela possibilidade de o direito convocar uma matriz axiológica de base, filtrada pelo crivo de um sentido especificamente jurídico histórico-espacialmente determinado. A conferir ao direito uma palavra independente a dizer no imenso *oceano* de discursos, não se diluindo nestes. E, reconduzindo ao que aqui se assume como essencial, a pôr a concomitante questão da necessidade e pertinência do reconhecimento de um sentido jurídico igualmente autónomo à exigência de tolerância – fixando-lhe, neste contexto, positiva e normativamente, um específico conteúdo jurídico, ou antes compreendendo-a como virtude *extra*, ou mesmo *pré-jurídica*, a implicar uma interdisciplinaridade que a integraria por via da lateral relevância que pudesse manifestar na configuração formal e na densificação material da juridicidade.

Não pretende, portanto, ser esta uma dissertação-*catedral* sobre a tolerância, das suas origens aos dias de hoje, que esgote diacrónica e sincronicamente uma abordagem descritivo-histórica ... nem mesmo será já uma dissertação-*abóbada*, *ponto da situação* das actuais compreensões históricas, religiosas, éticas, políticas, sociológicas, psicológicas... da tolerância. Antes procurará apresentar-se como uma reflexão problematizantemente da projecção jurídica actual da categoria tolerância, encetada pelas hipóteses aqui já antecipadas e desenvolvida em diferentes *experiências-exercícios* racionalmente determinados de experimentação dessas hipóteses e das suas

possibilidades. Buscando, portanto, esclarecer os *fundamentos* e as *condições de possibilidade* de uma *(re)compreensão normativamente substancial* da categoria *tolerância* no horizonte da juridicidade, e, especificamente, a respectiva significação *no intervalo* e *como intervalo* entre *ajuridicidade* e *juridicidade*. Visando a respectiva determinação à luz de um sentido normativo de direito autonomamente fundamentante da respectiva relevância. Caminho este inaugurado pelo estímulo de três objectivos nucleares, a partir do diagnóstico da pluralidade divergente, designadamente: (1) a aferição da relevância da exigência (religiosa, ética, social) de tolerância na construção e compreensão do actual (*pós-moderno*, ou já *pós-pós-moderno*) contexto civilizacional ocidental, em desagregação, e intercivilizacional, em construção; (2) a pergunta pelo sentido praticamente normativo da exigência de tolerância, no confronto entre *liberalismo(s)* e *comunitarismo(s)*, conduzindo a uma alternativa de dialéctica *(re)construção* normativamente substancial da categoria tolerância; (3) o questionamento da possibilidade, pertinência e título da invocação filosófico-jurídica, mas também das concomitantes projecções teórica e metodológica, da exigência de tolerância. Três questões fundamentais, a corresponder às três partes que consubstanciam a investigação, experimentação e discussão crítica da hipótese adiantada nesta introdução: Parte I – *Relevância da exigência de tolerância na (re)composição da intersubjectividade em contexto de pós-globalização*; Parte II – *(Im)possibilidade de delineamento de um sentido material-normativamente específico à exigência de tolerância, do paradigma moderno-iluminista à sua superação – da(s) teia(s) do confronto liberalismo/comunitarismo como tensão simultaneamente centrípeta e centrífuga da significação da(s) possibilidade(s) da tolerância à alternativa de dialéctica (re)construção normativamente substancial da categoria tolerância...*; Parte III – *O intervalo da tolerância na juridicidade: projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da categoria tolerância – possibilidade e sentido(s) da respectiva invocação e projecções filosófica, teórica e metodologicamente jurídicas*; Conclusão: *(In)justificabilidade de uma compreensão normativamente substancial da categoria tolerância como intervalo e no intervalo entre juridicidade e ajuridicidade...*

Estes o azimute e o itinerário. Empreenda-se, então, a jornada.



## PARTE I

### RELEVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE TOLERÂNCIA NA (RE)COMPOSIÇÃO DA INTERSUBJECTIVIDADE EM CONTEXTO DE PÓS-GLOBALIZAÇÃO

«Toleranz sollte eigentlich nur eine vorübergehende Gesinnung sein; sie muß zur Anerkennung führen. Dulden heißt beleidigen».

Johann Wolfgang GOETHE\*

«Le discours sur la tolérance court deux dangers: celui de la banalité et celui de la confusion».

Paul RICOEUR\*\*

#### **1. Tolerância: significantes e significados**

##### **1.1. Sentido da mobilização da exigência de tolerância como categoria de inteligibilidade**

Frequentemente tida por desatualizada, ultrapassada, mesmo desnecessária, e presuntivamente assente enquanto antepassado do princípio da igualdade material e do reconhecimento de direitos subjectivos, a exigência de *tolerância* permanece, porém, afinal, enquanto categoria específica da acção prática, omnipresente, ambígua e paradoxal, denotação de convivência pacífica *na diferença* – paradoxalmente *discutível* (*umstritten*<sup>1</sup>), controversa<sup>2</sup>, mesmo *elusiva*<sup>3-4</sup>. Enquanto *desvio* a uma determinação de *verdade*, qualquer que seja, ontológica ou argumentativamente estabelecida<sup>5</sup>.

---

\*Johann Wolfgang GOETHE, *Maximen und Reflexionen*, in *Gesamtausgabe*, vol. 21, Deutscher Taschenbuch Verlag, GmbH & Co. KG, München, 1963, p. 103.

\*\*Paul RICOEUR, “*Tolérance, intolérance, intolérable*”, in *Lectures I, Autour du politique*, Seuil, Paris, 1991, p. 294-311, p. 294.

A *tolerância*, imprescindível assim à intelecção da intersubjectividade e da correspondente gradação – da *rejeição* à *aceitação* –, crucial à compreensão das hodiernamente crescentes *afirmações de diferença*, sobrevirá aqui enquanto específica *categoria de inteligibilidade*. A exigir *desambiguação* – em tentativas não apenas de aproximação descritiva-explicativa, mas já também *normativa* – perante a multiplicidade de significados que lhe são atribuídos – filosófico, religioso, moral, ético, social, político, jurídico –, desde logo a partir da distinção entre as suas *justificações teológicas* e *justificações políticas* – para convocar a construção proposta por RICOEUR, clarificada pela viragem iluminista e liberal, e cuja alteração de significado tornaria *inapropriado* o próprio significante<sup>6</sup>... Ao ponto de ser problemática a sua própria

<sup>1</sup>«Ich selbst spreche von einem »umstrittenen« Begriff (...)». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003, «Einleitung: Toleranz im Konflikt», p. 12-23, p. 16.

<sup>2</sup>«Toleration is a matter of putting up with that which you oppose (...). As such, toleration is a controversial value». – Catriona MCKINNON, *Toleration: A Critical Introduction*, Routledge, London, New York, 2006, p. 3 (I. «Toleration: a call to arms», p. 3-17).

<sup>3</sup>«Tolerance is a philosophically elusive concept». – David HEYD, «Introduction», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 3-17, p. 3.

<sup>4</sup>«Tolerance as become both a precious and an endangered value. (...) Not so many years ago, at least in the liberal democratic societies, tolerance could easily have been conceived of as an old-fashioned topic, because the problem, within the modern rational culture, was considered settled. (...)

*This is no longer the cultural environment we are living in.* – Letizia GIANFORMAGGIO/Francesco MARGIOTTA BROGLIO, «Guest Editors' Preface», in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. v-vi, p. v (texto em itálico no original). O prefácio aqui citado introduz o volume 10 da revista *Ratio Juris*, de 1997, n.ºs 1 e 2, cujo conteúdo é constituído por artigos apresentados nas comunicações da *International Conference on "Tolerance and Law"*, ocorrida em Siena, Itália, de 8 a 10 de Abril de 1995, ano declarado *Ano das Nações Unidas para a Tolerância* pelas Resoluções 47/124, de 18 de Dezembro de 1992, 48/126, de 20 de Dezembro de 1993 e 49/213, de 23 de Dezembro de 1994, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, sendo o dia 16 de Novembro, aniversário da constituição da UNESCO, em 1945, *dia internacional para a tolerância*, instituído pela Resolução 51/95, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 12 de Dezembro de 1996, disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/51/95](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/95) (acedido em 29/09/2011), § 6, e já proclamado também a 16 de Novembro de 1995, na 28.ª Conferência Geral da UNESCO, em Paris, no artigo 6 da *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*. Vide *Declaration of Principles on Tolerance*, disponível em <http://www.unesco.org/cpp/uk/declarations/tolerance.pdf> (acedido em 29/09/2011), com tradução portuguesa: *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*, USP, São Paulo, 1997, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf> (acedido em 29/09/2011). A *International Conference on Tolerance and Law* abordou o tema sob as perspectivas histórica, jurídica, epistemológica e política – vide Letizia GIANFORMAGGIO/Francesco MARGIOTTA BROGLIO, «Guest Editors' Preface», cit., p. vi.

<sup>5</sup>Para uma discussão crítica de distintas perspetivações da *verdade* – semânticas, epistemológicas e ontológicas –, e assim discutindo a respectiva *possibilidade* nos factos e nos enunciados linguísticos, em geral, e, concretamente, no direito, vide, por todos, Anna PINTORE, *Il diritto senza verità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, citado na tradução inglesa *Law without Truth*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 2000, especialmente p. 18-42 (I. «The Problem of Truth in Contemporary Debate»).

<sup>6</sup>Neste sentido, vide Paul RICOEUR, «Tolérance, intolérance, intolérable», cit., p. 310-311. «(...) le terme «tolérance» a tellement changé de sens que le mot même est devenu inapproprié». – Paul RICOEUR, «Tolérance, intolérance, intolérable», cit., p. 311. Vide também Paul RICOEUR, «État actuel de



enunciação e respectiva classificação – como *fundamento*, *imperativo*, *virtude* ou *prática* – e a designação e delimitação dos seus sentido(s) e conteúdo(s). Não mera *desambiguação* linguística das suas múltiplas potencialidades semióticas – pese embora a necessidade desta enquanto densificação etimológica... –, antes abordagem especificamente descritiva e normativamente filosófica, *specialiter* jus-filosófica, constituindo o objecto do presente estudo a indagação da natureza e sentido(s) da dialéctica *tolerância/direito*<sup>7</sup>, e, mais exactamente da (im)possibilidade de estabelecimento de um sentido – *fundamento* e *conteúdo* – juridicamente específico e autónomo da categoria *tolerância*... E como tal aqui *objecto* em resultado da hodierna constatação da hipertrofia da *subjectividade*, numa crescente desagregação axiológica e social, no contexto da *intersubjectividade* – quer microscópica quer macroscopicamente perspectivada. Numa acentuação das *diferenças* que eleva as possibilidades de *formas de vida* a expoentes nunca antes registados, talvez mesmo com a *afirmação da diferença* a verificar-se como *padrão* prático na experiência da *intersubjectividade*.

*Diferença* cujos sentidos se desmultiplicam em opções, de discurso e de desvios de convicções, mas sempre em relação com o *outro*, que, enquanto *outro*, é, sem mais, *diferente*, e diferente enquanto e na medida em que se encontra *em relação*. Sentidos estes que hão-de orientar a (re)construção da categoria tolerância aqui proposta, enquanto *discurso entre discursos* e enquanto *expressão de divergência de opções ou formas de vida*.

*Diferença de discurso* que desde logo se manifesta em correlação, como *nested opposition* – no dizer de Jack BALKIN –, de significante e significado reciprocamente imbricados<sup>8</sup>. Fixando-se esta, desde logo, a partir de DERRIDA, na *diferença-différence*

---

*la réflexion sur l'intolérance*”, in Françoise BARRET-DUCROCQ (Dir.), *L'intolérance* (Académie Universelle des Cultures), Grasset, Paris, 1998, p. 20-23.

<sup>7</sup>«Tolerance cannot not be concerned with the law, once it takes up in its concept the relationship between truth and justice». – Paul RICOEUR, “*Tolerance, Rights, and the Law*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable (Diogenes)*, vol. 44, n. 176, December 1996), Berghahn Books, Providence, Oxford, 1996, p. 51-52, p. 51.

<sup>8</sup>Vide a noção de *nested oppositions*, em Jack BALKIN, “*Nested Oppositions*”, in *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, p. 1669-1705; vide também Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, in *Michigan Law Review*, vol. 92, n. 5, March 1994, p. 1131-1186, disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/transdecon1.pdf> (acedido em 14/09/2012), p. 1152; Jack BALKIN, “*Being Just With Deconstruction*”, in *Social and Legal Studies*, 1994, p. 393 ss. (também em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/beingjust1.htm>, acedido em 14/09/2012). «When we deconstruct conceptual oppositions like public and private, we are not necessarily trying to show that they form a false dichotomy. We are trying to show that they form a *nested opposition*. A nested opposition is a conceptual opposition in which the two terms “contain” each other». – Jack BALKIN, “*Deconstruction’s Legal Career*” (1998), in *Cardozo Law Review*, vol. 27, n. 2, 2005, p. 719-740, disponível em

como apenas inteligível exactamente *em relação*, e por isso dependente da deferência-*déférence*, e esta daquela, em recíproca conexão, e enquanto em relação, *différance*<sup>9</sup>. *Diferença* que se compreenderá, ainda, por outro lado, na leitura que DERRIDA oferece de Martin HEIDEGGER, enquanto *Unter-schied* (propositadamente des-ligado), *Differenz*, mas também *Austrag*<sup>10</sup>, e mesmo *diaphora*<sup>11</sup> – esta última como *différence-diferença e*

---

<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconstructionslegalcareer1.pdf> (acedido em 14/09/2012), p. 729. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos – da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, 2004, p. 59-135, n. 89, p. 97-98, e o nosso *Entre o centro e a periferia...*, cit., Parte II, 3.2.2.3.1., p. 120-127, e 3.2.2.3.2., p. 128-132; Parte III, 4.1.1., p. 152-157, especialmente p. 156, e 4.3., p. 190-203, especialmente p. 194-197; e Parte IV, 6.3, p. 278-286, especificamente p. 279, 285.

<sup>9</sup>«(...) la différence marquée dans la “différ(once)” entre le *e* et le *a* se dérobe au regard et à l’écoute, cela suggère peut-être heureusement qu’il faut ici se laisser renvoyer à un ordre qui n’appartient plus à la sensibilité. (...) L’ordre qui résiste à cette opposition, et lui résiste parce qu’il la porte, s’annonce dans un mouvement de différence, (avec un *a*) (...)». – Jacques DERRIDA, “La Différance”, conferência proferida na Société Française de Philosophie a 27 de Janeiro de 1968, e publicada simultaneamente no Bulletin de la Société Française de Philosophie (Julho-Setembro 1968) e em *Théorie d’ensemble* (coll. Tel Quel), Paris, 1968, e, posteriormente, em *Marges de la Philosophie*, Minuit, Paris, 1972, p. 1-29 (versão aqui citada), p. 5. O termo “différance”, de ambiguidade e polissemia propositadas, sintetizaria os dois significados do verbo diferir-“différer” (provindo do particípio presente respectivo, “différant”, a indicar um movimento, um deslocamento-*déploiement*): o diferimento – temporalização-*temporalisation*, um diferimento do passado e do presente, uma *não-presença* – e a diferenciação – espaçamento-*espacement*, no sentido de «...ne pas être identique, être autre, discernable, etc.» («(...) la différence comme temporalisation et la différence comme espacement»). – *Idem*, p. 10. *Différer* (e *différance*), e não *différencier* (e *différenciation*), pois que neste último se perderia o segundo termo da polissemia: «...formé sur le verbe différencier, il annulerait la signification économique du détour, du délai temporisateur, du “différer”». – *Idem*, p. 14.

<sup>10</sup>«(...) als Hören der Stimme des Freundes, den jedes Dasein bei sich trägt». – Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, in Edmund HUSSERL (Hrsg.), *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Band VIII, 1927, Max Niemeyer, Tübingen, 1979, § 34, p. 163, frase que constitui o mote de “L’oreille de Heidegger. Philopolémologie (Geschlecht IV)”, conferência proferida por Jacques DERRIDA, em Setembro de 1989, na Universidade Loyola de Chicago, publicada em Jacques DERRIDA, *Politiques de l’amitié*, cit., p. 341-419, p. 341. A *escuta* (*Hören*) constitui o objecto principal do primeiro capítulo desta reflexão, não obstante é determinante também aqui a polissemia do vocábulo *tragen*, desde o seu sentido primeiro a algumas suas derivações. – *Idem*, p. 344. «La voix de l’ami, l’ami dans sa voix est non pas en soi mais en moi. Elle n’est pas même *en moi* comme *Dasein* car le *Dasein* n’est pas un «moi» et Heidegger précise que cet ami dont j’entends la voix, tout *Dasein* en porte l’écoute «*bei sich*» auprès de soi, près de soi. (...) L’énigme du «*bei sich*» exclut à la fois l’exclusion et l’inclusion, la transcendance et l’appartenance, l’extériorité d’un étranger absolu et l’intimité du tout proche, la distance et la proximité». – *Idem*, p. 346 («*Portées de voix. Rhétorique de l’amitié*», p. 343-365). E, especificamente quanto ao vocábulo *tragen*, afirma DERRIDA: «Mais que veut dire «porter» (*tragen*) dans ce cas? porter non pas au sens de porter en soi, comporter, mais porter près de soi (*bei sich*), porter sans porter, porter l’autre? (...) Pour commencer à lire la portée de ce «*Tragen*» avec la gravité qu’il appelle, il ne faudrait rien négliger de l’attention pensante que Heidegger accorde à la sémantique allemande du *Tragen* (...), puisqu’il ne s’agit de rien de moins que la différence, de l’un des noms qu’il donne à la différence (*Unter-schied* ou *Differenz*), à savoir *Austrag*». – *Idem*, p. 347. Vide Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., § 34. «*Da-sein und Rede. Die Sprache*», p. 160-167.

<sup>11</sup>«Et plus loin, toujours dans *Die Sprache*, suivant encore le motif du *Geviert* qui rassemble (...) *das Dingen der Dinge*, Heidegger s’avance dans l’espace qui rapporte ou réfère *Tragen* à *Austragen* comme portée, gestation, mise au monde conduisant à terme ou à la naissance, et à *Austrag* comme différence ou *diaphorá*. La *diaphorá* signifie à la fois la différence (*Unterschied*) mais aussi le différend, le dis- par lequel on *se porte* de côté on s’écarte en *s’emportant* dans le discord. Dans *diaphorá*, comme

*différend-diferendo*. Austrag que DERRIDA mobiliza, numa tentativa de *tradução*, *rectius* – como o próprio indica –, *paráfrase*, num experimento de latinização – que o próprio HEIDEGGER procura evitar –, em *porter-portar*, com diversos desenvolvimentos, como em *rapport*-reportação-reportamento, ou, mais propriamente, *relação*. E, assim, uma *diferença* que – na sua *différance* – é também e simultaneamente *relação*. *Relação* que implica *reportamento*, referência a algo-*outro*, e, simultaneamente, *levar(-portar)*, *levar o outro*, *consigo*, significação de *tragen* e *austragen*, um *levar-trazer* que também implica *levar consigo* e *levar a termo*<sup>12</sup>...

Mas *diferença* também enquanto *impedimento* e efectiva *ausência* de diálogo, num registo de *impossibilidade de comunicação*. Assim, talvez, recorrendo agora a Jean-François LYOTARD, sobretudo *diferença/diferendo* – *conflito (de linguagem)* *irresolúvel* em função da impossibilidade de mobilização de *regra* susceptível de transpor a *incomunicabilidade(-incomensurabilidade)* entre *gêneros de discurso* (“*genres de discours*”), *incomensuráveis* em função dos especificamente respectivos *regimes de frase* (“*régimes de phrase*”)<sup>13</sup>. *Diferença* aqui pertinente enquanto *desvios de discurso* – ainda que *aparente* –, a convocar a (im)possibilidade de fixação de sentido substancial à categoria em análise, e enquanto busca da respectiva fixação, *entre os discursos*.

---

dans rapport, référence, différence, il y a référence à la férence, à la portée, au *phérō* grec ou au *fero* latin, à *diaphérō* (je diffère, je sépare et je porte jusqu'au bout)». – Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, cit., p. 349. «Or l'autre nom de ce qui porte le monde au monde et à terme dans l'*Austrag*, c'est l'unité ou l'intimité rassemblée de la dif-férence (*Unter-Schied* que Heidegger écrit ici en deux mots) ou de la *diaphorá*». – *Idem*, p. 349.

<sup>12</sup>*Idem*, p. 350-351. «La sémantique allemande du *Tragen*, *Austrag*, *nachträglich*, que nous suivons ici comme problématique de l'*Unter-Schied* ou de la différence et que je cherche à traduire dans la sémantique latine du *port*, du *rapport*, de la *relation*, de la *portée*, du *porter à terme*, du *comportement*, etc., en vue de problématiser et de mieux interroger la phrase de *Sein und Zeit* que nous ne perdons pas de vue (*das Hören der Stimme des Freundes, den jedes Dasein bei sich trägt*), Heidegger tend à vouloir la protéger, justement, contre une certaine latinisation». – *Idem*, p. 351. «Il marque que tout ce qu'«*Unter-Schied*» n'est pas, tout ce dont on doit soigneusement distinguer de l'«*Unter-Schied*» se dit en latin: «*Der Unter-Schied ist weder Distinktion noch Relation*»: «L'*Unter-Schied* n'est ni distinction ni relation». – *Idem*, p. 352.

<sup>13</sup>Jean-François LYOTARD, *Le Différend*, Minuit, Paris, 1983, p. 9. «L'incommensurabilité, au sens de l'hétérogénéité des régimes de phrases et de l'impossibilité de les soumettre à une même loi (sauf à les neutraliser) (...). L'incommensurabilité affecte-t-elle la relation entre les régimes de phrases ou la relation entre les genres de discours? – A chaque régime de phrase correspond un mode de présentation d'un univers de phrase. Un genre de discours inspire un mode d'enchaînement des phrases les unes avec les autres, ces phrases pouvant être de régime différent». – *Ibidem*, p. 187. Vide ainda Michael DROLET, “*The Wild and the Sublime: Lyotard's Post-Modern Politics*”, in *Political Studies*, vol. XLII, n. 2, June 1994, p. 259-273. Vide ainda a remissão para os jogos de linguagem na transição modernidade/pós-modernidade, in Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Minuit, Paris, 1979, especialmente p. 24-35.

E *diferença*, por outro lado, além de tudo, ainda também compreendida no sentido de *expressão de divergência de opções ou formas de vida*, de *desvio face à normalidade*<sup>14</sup>... suscitando por vezes directa, outras indirecta, *oposição*, outras ainda *indiferença*, consequência degenerativa do exacerbado individualismo herdado de oitocentos, outras ainda *tolerância*, omissão de oposição ao *diferente* de que se discorda e contra o qual se poderia potencialmente reagir. O que coloca inexoravelmente a questão fundamental, talvez, a final, utópica, da tolerância, que Michael WALZER, exemplarmente, enuncia do seguinte modo: «What exactly do we do when we tolerate difference?»<sup>15</sup>.

Intrinsecamente ambígua, não permitindo uma caracterização compartimentada, pese embora o reconhecimento nela de facetas diversas<sup>16</sup>, a categoria de inteligibilidade *tolerância* deambula – em busca das suas condições transcendentais, fundamento, racionalidade, sujeitos, objecto e objectivos – por entre distintos domínios da prática humana: a religião, a ética, a filosofia... Numa convergência de significações que, não obstante com variadas acentuações, contribui para a fixação de um sentido que se pretende claro e específico do que seja essa categoria, ao nível da determinação teórica, e de como deva operar, na sua imprescindível dimensão prática. Não existindo a tolerância, verdadeiramente, senão na confluência daqueles múltiplos sentidos, tornar-se-ia racionalmente supérfluo compartimentá-la em dimensões que, ainda que de surgimento cronologicamente desfasado, não fazem hoje sentido senão conjugadas, em atenção às múltiplas vertentes em que a tolerância e a sua prática poderão relevar.

Sentidos todos estes concentrados neste vocábulo *tolerância*, polissémico, indeterminado, discutível, cuja relevância para a juridicidade nos propomos aqui aquilatar.

---

<sup>14</sup>«Since the “different” is by definition what diverges from “the normal” the “different” shares the semantic ambiguity of “normal”, which vacillates between a descriptive and a normative use». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Tolerance as Recognition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 91.

<sup>15</sup>Michael WALZER, *On Tolerance*, Yale University Press, New Haven, London, 1997, p. 13 (1. «Personal Attitudes and Political Arrangements», p. 8-13).

<sup>16</sup>Vide, exemplarmente, Robert WEISSBERG, “The Many Facets of Tolerance”, in Gerson MORENO-RIAÑO (Ed.), *Tolerance in the Twenty-First Century: Prospects and Challenges*, Lexington, Lanham, 2006, p. 13-41.

## 1.2. Especificações etimológicas do vocábulo *tolerância*

### 1.2.1. Origem etimológica

A experiência da paradoxalidade do vocábulo ‘tolerância’ inicia-se desde logo ao nível da respectiva origem etimológica, designadamente quanto à matriz dos verbos *tollere* e *tolerare*, constituída pela raiz indo-europeia \**tel-*, *tol-*, *tla-*, chegados à língua portuguesa por via latina, ambos, também, paradoxalmente, com gradações de denotação passiva ou negativa, por um lado, e activa ou positiva, por outro<sup>17</sup>. Resultando assim o verbo *tolerar*, mais remotamente, de *tollō*, *is*, *ēre*, *sustūli*, *sublātum*, significando *levantar*, *erguer*, *elevantar*, *levar*, *embarcar*, *criar*, *educar*, *encorajar*,

<sup>17</sup>«Raiz» que, no dizer de Fernando Paulo BAPTISTA, é «(...) o nuclear, incidível e irredutível constituinte morfo-semântico do corpo estrutural de qualquer lexema (...)». – Vide Fernando Paulo do CARMO BAPTISTA, “*Sob o signo da luz ou a «centelha» [scintilla] de Zeus na palavra «teoria» [θεωρία (theoria)]*”, Universidade dos Açores, Ponta Delgada, 2008, p. 63, n. 69. Assim, a raiz indoeuropeia \**tel-/tol-/tlo* [*tel-*, *tol-*, *tla-*], nestes seus diferentes graus tímbricos, exprime o significado de *levar*, *suportar*, *aguentar*, tendo dado origem, em grego, a \**τλαω*, significando *tomar sobre si*, *encarregar-se de*, e ainda *suportar*, *sofrer*, mas também a *ταλαίπωρος*, designando *aquele que suporta o sofrimento*, *o esforço*, e a *ταλάσσαι*, significando *tomar sobre si*, e, assim, *suportar*, mas também *tomar a responsabilidade de*, e em latim a *tollo*, *is*, *ēre*, (*sus*)*tūli*, (*sub*)*lātum*, significando também *levantar*, *erguer*, *levar*... Para uma clarificação do(s) sentido(s) da raiz indoeuropeia, dos respectivos graus tímbricos e suas derivações, e, assim, da evolução *supra* referida, vide, respectivamente, R. Grandsaignes D’HAUTERIVE, *Dictionnaire des Racines des Langues Européennes*, Librairie Larousse, Paris, 1948, 1994, p. 214, entrada «*tel-*, *tol-*, *tla-*»; Joseph P. PICKETT (Ed.), *The American Heritage Dictionary of the English Language, Appendix I: Indo-European Roots*, Houghton Mifflin Company, Boston, New York, 4. Ed., 2000, entrada «*tela-*»; Edward A. ROBERTS e Bárbara PASTOR, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, entrada «*tela-*», p. 178-179. Quanto à referida evolução para a língua grega, vide Anatole BAILLY, *Dictionnaire Grec-Français*, Hachette, Paris, 1895, 1984, entrada «\**τλαω*», p. 1941, e Pierre CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Klincksieck, Paris, 1968, 1999, entradas «*ταλαίπωρος*» e «*ταλάσσαι*», p. 1088-1090. Veja-se, ainda, a este propósito, a análise de Fernando CATROGA: «Frequentemente, as análises sobre o conceito de tolerância sublinham a ambiguidade do vocábulo. Recordar-se a sua raiz indo-europeia – *tol*, *tal*, *tla* – e os seus derivados latinos, *tollere* e *tollerare*, onde *tollere* significa “levantar”, “deixar” e, às vezes, “destruir”, e *tollerare* remete para “levantar”, “suportar” e “combater”. Como se vê, já na sua origem se encontram dois sentidos opostos, um negativo ou passivo, e um outro positivo ou activo, realidade que os dicionários virão a fixar. Em termos sintéticos, pode afirmar-se que o seu campo semântico recobre três acepções: a de “sofrer”, “levar com paciência”; a de “permitir algo que não se tem por lícito, sem o aprovar explicitamente”; e a de “resistir”, “suportar”, sobretudo remédios ou alimentos». – Fernando CATROGA, “*Secularização e laicidade. Uma perspectiva histórica e conceptual*”, in *Revista de História das Ideias*, vol. 25, Coimbra, 2004, p. 51-127, p. 61-62, citando Claude SAHEL (Ed.), *La Tolerancia*, Madrid, 1993, p. 16 ss., José Maria VINUESA, *La Tolerancia. Contribución crítica para su definición*, Laberinto, Madrid, 2000, p. 62 ss., e Diogo PIRES AURÉLIO, “*Tolerância/intolerância*”, *Enciclopédia Einaudi*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1996, vol. 22, p. 179 ss.; vide ainda Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância. Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 87; Paulo MOTA PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 747-779, p. 748.

reconfortar, mas também *destruir, suprimir, fazer desaparecer, abolir...*<sup>18</sup>, e, mais proximamente, de *tolëro, as, āvi, ātum, āre*, significando *suportar, tolerar, sofrer*, mas também *sustentar, manter, alimentar, persistir, resistir a, combater*<sup>19</sup>. E o substantivo *tolerantĭa, ae*, a significar *constância em suportar, paciência*<sup>20</sup>, com projecção, na língua portuguesa, justamente no verbo *tolerar* – com as valências sinonímicas de *permitir tacitamente, consentir, deixar passar, digerir, suportar*<sup>21</sup> ... – e no substantivo *tolerância* – significante cujos significados se contam entre *acção de tolerar*, isto é, de *admitir sem reacção defensiva, atitude que consiste em deixar aos outros a liberdade de exprimirem opiniões divergentes e de viverem em conformidade com tais opiniões, condescendência, indulgência, aptidão do organismo para suportar certos*

<sup>18</sup>«*tollō, is, ěre, sustūli, sublātum* (raiz *tol*; cf. *tolerare*), *v. tr.* 1. Levantar, erguer, elevar (...) 2. Levar, embarcar (...) 3. Criar, educar (uma criança) 4. Ter filhos (...) 5. Encorajar, reconfortar (...) 6. Tirar, tomar, levar (...) 7. Destruir, suprimir, fazer desaparecer, abolir (...) 8. Lançar, impelir. 9. Exaltar, celebrar (...) 10. Espalhar, divulgar». – António GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim-Português*, Porto Editora, Porto, s/d, p. 1161. «*töllō, -ěre, sustūli, sublātum* [cf. *tōlērō* (...)] (...), I. Levantar, elevar, alzar (...). II. Levantar, llevar quitar, retirar (...).» – Santiago Segura MUNGUÍA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 803.

<sup>19</sup>«*tolëro, as, āvi, ātum, āre* (raiz *tol*; cf. *tollo*), *v. tr.* 1. Suportar, tolerar, sofrer (...). 2. Sustentar, manter, alimentar (...). 3. Manter-se, persistir, resistir a, combater». – António GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim-Português, cit.*, p. 1160-1161. «*tōlērō, -āre, -āvi, -ātum* [cf. *tōllō*] (...), llevar, suportar, sostener (...) soportar, resistir, aguantar, sufrir, tolerar (...).» – Santiago Segura MUNGUÍA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas, cit.*, p. 803. Vide ainda Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores. Secularização, laicidade e religião civil*, Almedina, Coimbra, 2.<sup>a</sup> Ed., 2010, p. 65, e Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada. Ensaio sobre a tolerância*, Cosmos, Lisboa, 1997, p. 23-25.

<sup>20</sup>«*tolerantĭa, ae (tolero), f.* 1. Constância em suportar. 2. Paciência». – António GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim-Português, cit.*, p. 1160. «*tōlērāntĭa, -ae* [*tōlērans*] (...), paciencia, aguante, tolerancia, resistencia». – Santiago Segura MUNGUÍA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas, cit.*, p. 803.

<sup>21</sup>«**TOLERAR** *v. tr.* permitir tacitamente; consentir; deixar passar; digerir; suportar; assimilar (falando-se do organismo) (Do lat. *tolerāre*, «*id.*»).» – *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, 8.<sup>a</sup> Ed., revista e actualizada, 1999, p. 1603. «**TOLERAR** *v.* (sXV cf. FichIVPM) 1 *t. d.* suportar com indulgência, aceitar (...) 2 *t. d.* consentir, permitir tacitamente; não impedir (...) 3 *t. d.* permitir, por dispositivo legal, o livre exercício de outros cultos que não os da religião do Estado 4 *t. d.* MED demonstrar capacidade de suportar, de assimilar (...) 5 *pron.* suportar-se reciprocamente (...) ETIM. lat. *tolëro, as, āvi, ātum, āre* ‘suportar (raramente no sentido físico de suportar um peso, um fardo), sofrer, aturar; sustentar, manter, alimentar, nutrir’; (...) ANT. *tolher*». – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, 2005, p. 7806-7807, referindo como fonte António GERALDO DA CUNHA, *Índice do Vocabulário do Português Medieval*, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1986. Distinguindo um sentido *comum* de um significado *ético* de *tolerância*, afirma F. MARTINELL GIFRÉ: «El uso común se refiere a la t. como una disposición subjetiva, con las implicaciones prácticas subsiguientes, de indulgencia y comprensión hacia el modo de pensar o hacia hechos que contradicen las propias convicciones o bien lesionan derechos propios. En un sentido más específico la t. implica un contenido moral en cuanto hace relación a permitir algún mal (v.) cuando existen razones proporcionadas. Se aplica tanto al mal en un orden práctico, es decir, al vicio o pecado, como al mal en el orden especulativo, o sea, al error». – F. MARTINELL GIFRÉ: “*Tolerancia I. Introducción (Ética)*”, in *Gran Enciclopedia Rialp: Humanidades y Ciencia*, Madrid (1975), 1991, disponível em [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5591&cat=etica](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5591&cat=etica) (acedido em 21/04/2010).

*medicamentos, permissão, paciência*<sup>22</sup>... Distinguindo-se essencialmente da *condescendência*, por não exprimir uma aceitação, e ainda da *inércia*, pela fundamentação da ausência de reacção. Com radicação essencial, portanto, no antepositivo *toler-*, e com outras derivações, tais como *tolerante, tolerado, tolerável, tolerabilidade, tolerantismo*<sup>23</sup>...

### 1.2.2. A dicotomia «*tolerance*»/«*toleration*»

Uma especificação não directamente incluída nos dicionários de Língua Portuguesa, porém presente no vocábulo latino *tolerātīō*<sup>24</sup>, se impõe de imediato em sede de especificação etimológica, tendo grande projecção na literatura anglo-saxónica, e longe de constituir um mero exercício linguístico, ou *jogo de linguagem*, antes consubstanciando-se em implicações explicativas e normativas essenciais para a compreensão de toda a temática, implicando uma rigorosa distinção teórica, de fortes repercussões práticas: a da relação diádica-dialéctica-dialógica entre *tolerance* e *toleration*, a primeira referida à *virtude* (ética, moral...) de *tolerância* e a segunda à *prática de tolerância*, enquanto faculdade política prática – e aquela como fundamento desta<sup>25</sup>. E isto sem esquecer a expressão «*tolerantionism*», tida por Preston KING como

<sup>22</sup>Veja-se «TOLERÂNCIA *s. f.* acção de tolerar, isto é, de admitir sem reacção defensiva; atitude que consiste em deixar aos outros a liberdade de exprimirem opiniões divergentes e de viverem em conformidade com tais opiniões; condescendência; indulgência; aptidão do organismo para suportar certos medicamentos; permissão; paciência (...) ~ religiosa liberdade que se dá a cada um de praticar a religião que professa (Do lat. *tolerantīa*-, «*id.*»)). – *Dicionário da Língua Portuguesa, cit.*, p. 1602-1603. «TOLERÂNCIA *s. f.* (1644 cf. MAZG) 1 acto ou efeito de tolerar; indulgência, condescendência 2 qualidade ou condição de tolerante 3 tendência a admitir, nos outros, maneiras de pensar, de agir e de sentir diferentes ou mesmo diametralmente opostas às nossas <*nas relações sociais, a t. é uma virtude*> 4 isenção de norma, de regra geral; licença, isenção, dispensa <*t. de horário*> 5 faculdade ou aptidão do organismo para suportar a acção de certas substâncias <*t. aos antibióticos*> <*t. aos psicotrópicos*> (...) ETIM lat. *tolerantīa*, *ae* ‘constância em sofrer’ (...)). – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, cit.*, p. 7806, referindo como fonte Luis MARINHO DE AZEVEDO, *Cômentarios da guerra do Alentejo*, Lisboa, 1644.

<sup>23</sup>Vide, neste sentido, a específica referência ao antepositivo *toler-*, in *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, cit.*, p. 7806.

<sup>24</sup>«*tolerātīō, ōnis* (tolero), *f.* Capacidade de suportar». – António GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim-Português, cit.*, p. 1160. «*tōlērātīō, -ōnis* [tōlērō] (...) capacidad para soportar, tolerancia; paciencia; resignación». – Santiago Segura MUNGUÍA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas, cit.*, p. 803.

<sup>25</sup>É, neste sentido, exemplar a afirmação de Andrew FIALA: «(...) *toleration* can be understood as a political practice aiming at neutrality, objectivity, or fairness on the part of political agents. (...) Related

obsoleta na língua inglesa<sup>26</sup>. Numa ambivalência vocabular – mesmo imprecisão na mobilização dos termos – de tal modo determinante que se projecta e vagueia por toda a história e prática associada ao termo em discussão<sup>27</sup>.

Procurando estabelecer um significado de *tolerance* e *toleration* que supere as especificações – não obstante de significado parcialmente comum – do primeiro termo como “*suportar um desconforto físico*” («(...) in “tolerance”, the matter of enduring some physical discomfort, such as pain (...)»), e no segundo como “*suportar um desconforto intelectual*” («(...) in “toleration”, the matter of putting up with some intellectual discomfort, like a competing doctrine»)<sup>28</sup>, Preston KING propõe uma outra acepção – não completamente desconexa daquela, mas dela bastante distinta –, mantendo os mesmos significantes com outros significados. Com «*toleration*» a assumir um sentido mais amplo do que «*tolerance*»: aquela a significar todas as negações de *intolerância* («“Toleration” will be used to cover all negations of intolerance»), esta a designar apenas as mínimas negações de tolerância («But ‘tolerance’ will only be used to cover the most minimal of these»). Se a intolerância significa uma objecção combinada com uma reacção negativa («“Intolerance” is construed as an objection to an item combined with negative action against it»), a tolerância, enquanto mínima negação

---

to toleration is the virtue of tolerance, which can be defined as a tendency toward toleration». – Andrew FIALA, «*Toleration*», in *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, p. 1, disponível em <http://www.iep.utm.edu/t/olerati.htm> (acedido em 16/04/2008). Justificando etimologicamente tal diferenciação de sentido: «Toleration requires a complex understanding of the self and its moral commitments. Our English word is derived from the Latin, *tolerantia*, which is associated with the general idea of enduring suffering, bearing or putting up with. Tolerance is generally used as a term to describe a virtue, characteristic or tendency to engage in acts of toleration». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, Continuum Studies in Philosophy, London, New York, 2005, p. 18 (2. «*Critical Moral Tolerance*», p. 18-38). Vide ainda Letizia GIANFORMAGGIO, “*Tolerance and War: The Real Meaning of an Irreconcilability*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 1-8, p. 1-2.

<sup>26</sup>«In official English usage, there are three nouns which we are licensed to trot out in order to arrest the fugitive subject of our concern: ‘tolerance’, ‘toleration’, and ‘tolerationism’. (...) This tripartite condition, as it happens, is not restricted to English, but holds equally for other related languages, such as French (*tolérance, tolération, tolérantisme*) and Italian (*tollerabilità, tolleranza, tollerazione*). (...)

‘Tolerationism’ has become effectively obsolete in English». – Preston KING, *Toleration* (George Allen & Unwin Ltd., London, 1976), Frank Cass Publishers, Portland, 1998, p. 12. Em sentido diverso se pronuncia, por exemplo, Peter NICHOLSON, considerando suficiente o termo *toleration*, na sua polissemia, e defendendo, no caso de ser necessário outro termo, com vista à distinção entre *prática* e *doutrina da tolerância*, a utilização do vocábulo *tolerantism*: «English possesses three words: ‘toleration’, ‘tolerance’ and ‘tolerationism’. Some writers have attempted to distinguish between them so that they refer to different aspects of toleration. (...) I think (...) that in ordinary usage ‘toleration’ means precisely the act of being tolerant (or the disposition to be tolerant), and that it is easily distinguished from a doctrine of toleration without introducing a further term. Moreover, if a further term is to be used ‘tolerationism’ seems more appropriate (...)». – Peter NICHOLSON, “*Toleration as a Moral Ideal*”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration: Philosophical Studies*, Routledge, London, 1985, p. 158-173, p. 159.

<sup>27</sup>Neste sentido, vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 23.

<sup>28</sup>Preston KING, *Toleration*, cit., p. 12.



de intolerância, consistirá na manutenção da objecção, articulada com a suspensão da reacção negativa ou com a sua substituição por uma mais positiva. Com o que a «toleration» incluirá a *tolerância*, bem como outras formas de negação da *intolerância*, tais como a *indiferença* ou o *favoritismo*<sup>29</sup>. Relação esta entre os termos a diferir substancialmente daquela *supra* manifestada, e que maioritariamente se encontra na relação entre *virtude* e *prática* de tolerância, explicitando a referência hoje mais comum a «toleration» do que a «tolerance»<sup>30</sup>. E relação, nas suas mais diversas nuances, susceptível de ser encontrada em múltiplas considerações que, partindo da noção de *tolerância*, conduzem a uma «toleration» que vai muito além da pura e simples negação da *intolerância*, prescindindo mesmo da objecção, para incluir a *aceitação* e integração objectiva das diferenças, num sentido que se prefigura, e adiante se provará, demasiado amplo, transformando a substância essencialmente constitutiva do comportamento tolerante em algo *outro*. Surgindo ainda outras acepções de tal distinção, tal como a proposta por HABERMAS, não optando por nenhum dos respectivos sentidos, antes fazendo confluir no termo *Toleranz* ambos os significados, de *garante da ordem de direito* e de *virtude política*<sup>31</sup>. Considerando a «toleration» como a garantia estadual da

<sup>29</sup>«Although the *conventional* distinction between ‘tolerance’ and ‘toleration’ cannot technically be described as obsolete, the terminology we shall employ presupposes that it should be. For we shall keep the terms ‘tolerance’ and ‘toleration’, while the distinction we impose is quite different. (...) we shall employ ‘toleration’ to serve a broader purpose than ‘tolerance’. ‘Toleration’ will be used to cover all negations of intolerance. But ‘tolerance’ will only be used to cover the most minimal of these. ‘Intolerance’ is construed as an objection to an item combined with negative action against it. Accordingly, the most minimal negation of intolerance – i. e. tolerance – would consist in the retention of the objection, combined either with a suspension of the negative response or its replacement by a response more positive. It is in this logical sense that toleration is made to subsume tolerance, along with a variety of other negations of intolerance, such as indifference, or favouritism, and most particularly that species of favouritism which is instanced in the promotion of a system of equal rights, or democracy». – *Idem*, p. 13. Vide ainda, quanto à problemática da conceitualização da categoria tolerância, Nick FOTION, “Understanding Tolerance”, in Gerson MORENO-RIAÑO (Ed.), *Tolerance in the Twenty-First Century: Prospects and Challenges*, cit., p. 43-50.

<sup>30</sup>No mesmo sentido, vide a reflexão de Hans OBERDIEK: «(...) “Toleration” is transitive. That is, it requires an object. The emphasis is on what is tolerated. (...)»

“Tolerance”, on the other hand, may be either transitive or intransitive. (...) As “tolerance” refers mainly to one’s attitude or character trait (...), one can still possess the attitude or trait even if one does (or does not) occasionally act as an intolerant person would.

(...) Toleration points to what is (or is not) tolerated; tolerance points primarily to one’s attitude or character trait in tolerating». – Hans OBERDIEK, *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, Rowman & Littlefield, Lanham, London, 2001, p. 24 (3. «*Shades of Tolerance*», p. 23-35).

<sup>31</sup>«Im Englischen wird „tolerance“ als Verhaltensdisposition oder Tugend von „toleration“, dem Rechtsakt, deutlicher unterschieden als im Deutschen. Wir beziehen den Ausdruck „Toleranz“ auf beides: sowohl auf die Toleranz gewährleistende Rechtsordnung wie auf die politische Tugend des toleranten Umgangs». – Jürgen HABERMAS, “Wann müssen wir tolerant sein? Über die Konkurrenz von Weltbildern, Werten und Theorien”, Festvortrag zum Leibniztag der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am 29. Juni 2002, in *Jahrbuch des Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften – 2002*, Akademie Verlag, Berlin, 2003, p. 167-178,

liberdade religiosa – e, assim, assimétrica – e a «tolerance» como nota de comportamento entre indivíduos de diferentes religiões – e, assim, simétrica –, e enquanto tal origem e garante daquela<sup>32</sup>.

Noções distintas, portanto, estas – «tolerance» e «toleration» –, porém múltiplas vezes mobilizadas indistintamente, como sinónimos<sup>33</sup>; e cuja sinonímia, grandemente díspar, e evidentemente polissémica, se ilustra ainda com alguns outros exemplos, dentre os quais se destacam, na língua alemã, os significantes «*Verträglichkeit*» – e o correspondente verbo «*vertragen*», significando *suportar, aguentar*, e o originário «*tragen*», significando *trazer, levar, aguentar, suportar, sustentar, carregar*<sup>34</sup>... – e «*Duldsamkeit*» – ou o seu sinónimo «*Duldung*», ambos no sentido de «*dulden*», significando especificamente *sofrer, padecer, suportar, aguentar, permitir*, e, assim, também *tolerar*<sup>35</sup>... –, este mobilizado com significado sinónimo de «*Toleranz*» – porém também como efectivação prática desta última<sup>36</sup> –, bem como a procura de um

---

disponível em <http://www.bbaw.de/schein/habermas.html> (acedido em 30/03/2010), p. 167. Vide, no mesmo sentido, Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, p. 258 (9. «*Religiöse Toleranz als Schrittmacher kultureller Rechte*», p. 258-278). Vide ainda Jürgen HABERMAS, «*Intolerance and Discrimination*», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 1, 2003, p. 2-12, disponível em <http://icon.oxfordjournals.org/content/1/1/2.full.pdf+html> (acedido em 01/03/2012), p. 2-3.

<sup>32</sup>«Tolerance» as a form of behaviour is distinguished from “toleration”, the legal act with which a government grants more or less unrestricted permission to practice one's own particular religion». – Jürgen HABERMAS, in *Philosophy*, vol. 79, n. 1, January 2004, p. 5-18, citado por John SHELLARD, «*Liberalism and Hate Laws: Toleration versus Tolerance*», in *Policy Magazine*, vol. 25, n. 1, Autumn 2009, p. 39-43, p. 39. «(...) “the problem of intolerance” is in fact two distinct problems. The first relates to what Habermas identifies as “tolerance” – that of people of different religious beliefs being tolerant of one another. I refer to this as *interpersonal tolerance*. The second is “toleration” or *state toleration*: state-granted freedom to act on religious conviction or follow whatever conception of the “good life” an individual might hold». – John SHELLARD, «*Liberalism and Hate Laws: Toleration versus Tolerance*», cit., p. 40.

<sup>33</sup>É sintomática a advertência de David HEYD: «In this volume, “tolerance” and “toleration” are used interchangeably». – David HEYD, «*Introduction*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 17, n. 1 da p. 3.

<sup>34</sup>Vide Johann Daniel WAGENER, *Neues Portugiesisch-Deutsches und Deutsch-Portugiesisches Lexikon*, Schmickertschen Verlag, Leipzig, 1812, Zweiter Teil, p. 427-428 e 520, e, apenas quanto ao verbo *tragen*, Fernando Silveira RAMOS, *Dicionário jurídico alemão-português*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 403.

<sup>35</sup>Vide Johann Daniel WAGENER, *Neues Portugiesisch-Deutsches und Deutsch-Portugiesisches Lexikon*, cit., Erster Teil, p. 278, e F. Silveira RAMOS, *Dicionário jurídico alemão-português*, cit., p. 106.

<sup>36</sup>No sentido de que o comportamento designado por *Duldung* corresponde à efectivação prática da virtude de tolerância, vide Anselm Wilfried MÜLLER, «*Toleranz als Tugend. Die Rationalität des Ethischen Diskurses im Dilemma*», in Dieter BIRNBACHER (Hrsg.), *Bioethik als Tabu? Toleranz und ihre Grenzen*, Lit, Münster, 2000, p. 23-39, p. 28: «Unter „Duldung“ verstehe ich (...) eine Verhaltensweise, unter „Toleranz“ dagegen eine Tugend (...).

Dulden ist die Verhaltensweise, die der Toleranz korrespondiert. D.h.: Im Dulden (...) manifestiert sich die Tugend der Toleranz».

equivalente ao termo «*toleration*» em «*Tolerierung*»<sup>37</sup>. O que não se verificará literalmente na língua portuguesa, pelo que se optará por designar a *virtude de tolerância* – «*tolerance*» – através da simples mobilização do termo *tolerância*, e a respectiva *prática* – «*toleration*» – pela expressão *prática de tolerância*<sup>38</sup>.

Significações etimológicas todas estas cuja consideração se apresenta crucial à percepção da respectiva presente convocação do vocábulo *tolerância* e de outros vocábulos seus derivados como especificamente puros *actos linguísticos* – *locucionários*, *ilocucionários*, e *perlocucionários*<sup>39</sup> –, especificamente em função das suas projecções práticas.

---

<sup>37</sup>Vai neste sentido a perspetivação que Rainer FORST apresenta do significado do termo *Tolerierung*: «Einige Autoren schlagen vor, Ersterem den englischen Begriff »toleration« zuzuordnen, Letzterem den Begriff »tolerance«. (...) Eine solche (auch im Englischen umstrittene) Unterscheidung gibt es im Deutschen nicht, wenn auch ein Wort wie »Tolerierung« im Unterscheid zu »Toleranz« nicht zur Bezeichnung der Tugend verwendet werden kann, sondern allein auf eine Praxis Bezug nimmt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 41, n. 29, referindo-se, quanto ao sentido das expressões em inglês, a Steven LUKES, “*Toleration and Recognition*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 213-222; p. 214, n. 2 («I am using “tolerance” to refer to a virtue and “toleration” to refer to a principle governing political practice.»), e Glen NEWBY, *Virtue, Reason and Toleration. The Place of Toleration in Ethical and Political Philosophy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999, p. 5. Vide, para uma especificação pormenorizada da origem e significações de *Toleranz*, Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „*Toleranz*“, in Otto BRUNNER/Werner CONZE/Reinhart KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 7 Bde., Stuttgart 1972-92, Bd. 6, 1990, p. 445-605, p. 448-450.

<sup>38</sup>Noutros idiomas, de origens distintas das mencionadas em texto, outros termos se encontram para designar a ideia de *tolerância*. Assim, exemplarmente, a palavra árabe *تسامح* (*tasâmuh*), significando simultaneamente reciprocidade e autocontrolo, e, assim, uma abertura à diferença que denota uma propensão para a aceitação (*recíproca*) do *outro*: «The Arab word for tolerance (*tasâmuh*), like all the derivations of the sixth semantic form (*tafa’ala*), means both reciprocity and self-control. *Tasâmuh* means reciprocal amenity. Tolerance, in this case, is the duty to overcome one’s own faith and convictions, to go beyond the object of one’s own belief, in order to place oneself as if in parentheses, welcoming the other. Furthermore it is a *sine qua non* condition to make him accept me». – Abdelwahab BOUHDIRA, “*On Islamic Tolerance*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, cit., p. 121-136, p. 125. Vide ainda, Daniel LINS, “*Tolerância ou imagem do pensamento*”, in Edson PASSETTI/Salete OLIVEIRA (Orgs.), *A tolerância e o intempestivo*, Ateliê, Cotia, 2005, p. 19-33, p. 25-26.

<sup>39</sup>«(...) analizaré brevemente el verbo «tolerar» y los adjetivos «tolerante» e «intolerante», con el fin de llegar al *significado*, a una definición del término «tolerancia», o a la determinación del concepto de tolerancia. Antes, empero, es preciso ser consciente de la *fuerza*, tanto *ilocutiva* como *perlocutiva*, de algunos actos lingüísticos: actos mediante los cuales se reclama tolerancia y actos mediante los cuales se predica la tolerancia de un sujeto». – Letizia GIANFORMAGGIO, “*El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*”, in *Doxa. Filosofía del Derecho*, n.º 11, 1992, p. 43-70, p. 43, tomando como referência de sentido a classificação de actos *locucionários*, *ilocucionários*, e *perlocucionários* proposta por John L. AUSTIN, in *How To Do Things With Words*, 2. Edition, J. O. URMSON and M. SBISA, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962, Lecture VIII, p. 94-108, especialmente p. 101-102.

## 2. Índole e fundamento normativamente racional da *categoria* tolerância, entre *virtude* e *atitude*

Categoria de paradoxalidade persistente, pese embora a maior atenção e densificação que lhe foi conferida na Modernidade – com decisivo vínculo, histórico e teórico, ao Liberalismo<sup>40</sup> –, a tolerância estabeleceu-se originariamente, no hemisfério cultural ocidental, enquanto relação de *supra-infra*-ordenação, ainda que não formal ou institucional, e dissimulada<sup>41</sup>, remontando à Antiguidade, porém assumindo maior acuidade a partir do etnocentrismo adjacente à expansão marítima a partir do Velho Continente, com a concomitante afirmação da superioridade da *razão ocidental*, de pretensão universalizante<sup>42</sup>, tal como se viria a fazer presente, ainda que de modos diferentes, em KANT e em HEGEL<sup>43</sup>. Porém, se *tolerância* designou primeiramente – *histórica* e *racionalmente* – *indulgência*, suportar o que é *diferente* e *inferior*, na medida dessa *diferença* e *inferioridade*, e com o limite da não interferência dos tolerados na posição dominante, tal significação é hoje cada vez menos determinante, para cada vez mais se instalar a *paridade* entre *sujeitos* na situação de tolerância. O que não significa que a *subordinação*, originariamente ligada ao conceito de tolerância, tenha completamente desaparecido. Aliás, a própria noção de *minoria*, enquanto *sujeito* e

<sup>40</sup>Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 23. Neste sentido situa HABERMAS a origem da utilização do termo *tolerância* no século XVI, sobretudo enquanto *tolerância religiosa*, no século seguinte traduzida em *conceito jurídico*: «Das Wort »Toleranz« is erst im 16. Jahrhundert (...). Im Laufe des 16. Und 17. Jahrhunderts wird religiöse Toleranz zum Rechtsbegriff». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 258. Sobre a origem do conceito de tolerância, no contexto europeu ocidental e norte-americano, o seu carácter colectivo – e respectiva desconsideração no plano individual – e as respectivas repercussões no direito, *vide*, desde logo, exemplarmente, Henry KAMEN, *The Rise of Toleration*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1967, citado na tradução portuguesa *O amanhecer da tolerância*, tradução de Alexandre Pinheiro TORRES, Inova, Lisboa, 1968, e Henry KAMEN, “Toleration and the Law in the West 1500-1700”, in *Ratio Juris*, vol. 10, number 1, March 1997, p. 36-44.

<sup>41</sup>*Vide* a análise comparativa entre diversas religiões, respectivas origens e relações entre si, efectuada por Maurilio ADRIANI, in *Storia delle Religioni*, Nardini, Firenze, 1988, citado na tradução port. *História das Religiões*, tradução de João GAMA, Edições 70, Lisboa, 1997, *passim*.

<sup>42</sup>Seguimos de perto, neste ponto, as palavras de Diogo Pires AURÉLIO: «O etnocentrismo (...) surgiu primeiro associado à dominação colonial do planeta pelo Ocidente, fosse em termos políticos, económicos ou meramente culturais. A sua denúncia trazia implícita uma crítica da razão universalista, visando reconduzi-la às dimensões de uma razão entre outras mediante a localização das respectivas raízes e/ou motivações: *razão ocidental*. Porém, o mesmo gesto que aponta o estatuto «local» dessa cultura que se pretendia universal age também retrospectivamente e banaliza o etnocentrismo, reduzindo-o a uma tendência natural de qualquer grupo para se considerar superior aos outros e resistir à adopção de valores «estrangeiros»». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 63-64.

<sup>43</sup>*Idem*, p. 59-60.

*objecto de tolerância*, avulta em variadíssimos *discursos* sobre tolerância, sem que hoje possa já ser analisada na sua significação *quantitativa*, para ser antes destacada numa sua dimensão *qualitativa*: *minoría* designará um grupo em posição de desvantagem na sociedade, face ao(s) grupo(s) dominante(s)<sup>44</sup>.

Criticável por susceptível de conduzir a uma determinação *ontológica* – aqui manifestamente não pretendida –, a pergunta pela *natureza* da categoria *tolerância* é agora mobilizada não para uma sua aturada reconstituição histórica mas na estrita medida do *objectivo orientador* do presente estudo: o estabelecimento de uma linha de delimitação crítica das actualmente múltiplas compreensões do que seja esta *exigência* na sua projecção jurídica e/ou na juridicidade. A exigir desde já uma interrogação neste contexto essencial, quanto à categoria *tolerância*: a de saber da respectiva índole e do fundamento pertinente, ou, mais especificamente, a de saber se a tolerância há-de constituir uma *virtude* prática – de ordem ética, moral, política, consoante as distintas acentuações que esses diferentes domínios lhe conferem –, ou antes uma *atitude* político-pragmaticamente instituída para a *compossibilitação* das *diferenças*, e quais os específicos *fundamentos* da concomitante determinação.

Desvelando a respectiva caracterização e determinação racional, e sublinhando simultaneamente as dimensões substancialmente determinantes da construção da subjectividade e intersubjectividade subjacentes, perfila-se então a categoria *tolerância* ilustrativamente periodizada nos – e com os – três grandes *ciclos de desenvolvimento da ética* – *pré-modernidade*, *modernidade* e *pós-modernidade*, as «três idades da ética», mobilizando a estuturação de Luc FERRY<sup>45</sup> –, pese embora apenas expressamente designada e racionalmente autonomizada enquanto *virtude da tolerância*<sup>46</sup> a partir da Idade Moderna<sup>47</sup>. E isto desde logo culturalmente contextualizado, na medida em que na

<sup>44</sup>Neste sentido, vide Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 89, e *ibidem*, n. 9. Vide ainda, exemplarmente, Luis Prieto SANCHÍS, “Igualdad y minorías”, in Luis Prieto SANCHÍS (Coord.), *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 27-66, especialmente p. 60-61.

<sup>45</sup>Veja-se, exemplarmente, a aqui seguida sistematização do arco temporal referente à ética – e desta por referência à estética – proposta por Luc FERRY, in *Homo Aestheticus: L'invention du goût à l'âge démocratique*, Grasset & Fasquelle, Paris, 1990 (VII. «La question de l'éthique à l'âge de l'esthétique», p. 327-346, «Les trois âges de l'éthique: l'excellence, le mérite et l'authenticité»).

<sup>46</sup>«(...) la tolérance est en général la vertu de tout être foible, destiné à vivre avec des êtres qui lui ressemblent». – Denis DIDEROT/Jean le Rond D'ALEMBERT (Ed.), «Tolérance», in *l'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751-1765, vol. 16, 1765, p. 390-395, p. 390.

<sup>47</sup>Neste sentido, ainda que encontrando em referências bíblicas o embrião da ideia de tolerância, situa David HEYD o surgimento político e religioso da tolerância, ainda que antes da própria designação,

Europa Ocidental se compreende, sobretudo a partir da Modernidade – embora talvez já anteriormente, ainda que não de forma unânime... –, com base na *verdade cristã*<sup>48</sup>, a tolerância como *virtude*, especificamente *virtude negativa* – traduzida na abstenção voluntária de intervenção reprobatória perante práticas tidas por erradas e/ou negativamente valoradas –, e, concomitantemente, a *hospitalidade* como *acto privado* – posto que noutros tempos, e mesmo noutras civilizações, a *hospitalidade*, com ou sem esta designação, ou mesmo sem qualquer designação específica, não obstante profundamente arraigada, surge, muito além da *mera tolerância*, como a mais alta *virtude pública*<sup>49</sup>.

---

no início da Idade Moderna: «Although the political arrangements within the Roman empire and the New Testament parable of the wheat and the tares (Mathew 13) are often cited as origins of political and religious toleration, the *concept* itself appears only in the early modern period, and even then, in the beginning, not under the title “toleration”». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, in Melissa S. WILLIAMS, Jeremy WALDRON (Ed.), *Toleration and Its Limits*, New York University Press, New York, London, 2008, p. 171-194, p. 173. Vide, também sobre esta origem, José M. MARTÍ, “*La idea de tolerancia y su aplicación en el derecho contemporáneo*”, in *Persona y Derecho – Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, n.º 4, 1994, p. 53-98.

<sup>48</sup>Sobre a evolução do sentido conducente à noção de *verdade cristã*, a partir da “distinção mosaica”, entre o *verdadeiro* e o *falso* nas religiões, a partir de J. ASSMANN, *Moses der Ägypter. Entzifferung einer Gedächtnisspur*, München, Wien, 1998, vide Joseph RATZINGER, *Glaube, Wahrheit, Toleranz: das Christentum und die Weltreligionen*, Herder, Freiburg im Breisgau, 2003, p. 170-174 e 184-186. Ainda no sentido de que a tolerância tem origem cristã, vide Karl-Heinz LADEUR/Ino AUGSBERG, *Toleranz – Religion – Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, especialmente p. 15-21.

<sup>49</sup>Na sua proposta de superação da categoria tolerância pela hospitalidade, *infra* considerada, apresenta Trudy CONWAY um paralelo acerca da compreensão do *ethos* entre o mundo ocidental e a perspectiva budista, aproximando-as na noção de *hospitalidade*, porém salvaguardando as devidas diferenças, pois que, se naquela primeira compreensão a hospitalidade surge como um acto privado, nesta, diferentemente, é tomada como a mais elevada *virtude*, estendendo-se mesmo para lá das *fronteiras da comunidade*. Vide Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality: Problematic Limits of a Negative Virtue*”, *Society of Philosophy in the Contemporary World 2004 Conference*, disponível em <http://faculty.msmmary.edu/Conway/PHIL%20344/From%20Tolerance%20to%20Hospitality%20revised%207-11.pdf> (acedido em 20-05-2010), p. 6-7. Vide *infra*, Parte II, 3.2.2..

## 2.1. Aproximação ao(s) sentido(s) culturalmente convocado(s) da *categoria tolerância*: da *pré-modernidade* à *pós-modernidade*(?)

### 2.1.1. Da perspectivação clássica embrionária à sedimentação medieval de uma *virtude* de tolerância

Avultando embora no *ciclo* da *pré-modernidade* – designada por FERRY como *idade da excelência aristocrática* («*L'excellence aristocratique*») – a hierarquização própria dos Antigos («(...) la vision hiérarchisée de l'univers qui est celle des Anciens.»<sup>50</sup>), a coetânea substancialização aristotélica do *meio-termo* conduziu a uma perspectivação da *virtude* em que, sem autonomia de fundamentação, nem referência expressa ao termo – ambos só mais tarde autonomizados –, se configuraria como *embrião de tolerância* enquanto *virtude ética* – estado habitual que auxilia a *descoberta* do *meio-termo* –, pensada como *continuum* indiferenciado e não autonomizada face à *virtude intelectual* da *phronesis*<sup>51</sup>. Enquanto *virtude*, e enquanto *prática*, o sentido de *tolerância* remonta assim à Antiguidade, sempre ambígua e paradoxal<sup>52</sup>. Ambígua e paradoxal, desde logo, na perplexidade perante a própria noção de *virtude* – *areté* (ἀρετή), *virtus*, *Tugend*...<sup>53</sup>. A sociológica, filosófica, e mesmo juridicamente, mobilizada designação de *virtude da tolerância* – e esta como primeira dimensão da

<sup>50</sup>Luc FERRY, *Homo Aestheticus...*, cit., p. 331. Vide *ibidem*, p. 330-335 (1. «*L'excellence aristocratique*»).

<sup>51</sup>É expressa a inspiração aristotélica de FERRY: «(...) la vertu, la «juste mesure» ou «médiété», coïncide avec l'excellence. S'il s'agit de réaliser avec perfection notre destination naturelle, il est clair qu'elle ne peut se situer que dans une position moyenne (...). D'un point de vue ontologique («dans l'ordre de la substance», dit Aristote), elle est certes une médiété: l'être qui réalise parfaitement sa nature ou son essence s'éloigne également des extrêmes qui, pour être à la limite de leur définition, confinent à la monstruosité. Mais par là même, «dans l'ordre de l'excellence et du parfait la vertu est un sommet» (1107a 5)». – *Idem*, p. 334-335, citando ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*, 1107 a 5.

<sup>52</sup>Tal acepção, que secundaremos, orienta, como *infra* se esclarecerá, a construção da *virtude* de tolerância e respectiva actual projecção prática, em Andrew FIALA: «Toleration, as a political principle, has enjoyed enormous success in the modern West. But tolerance, as a virtue of the ethical life for individuals, is an ancient idea. (...) The Socratic model of ethical life assumes that knowledge produces virtue and the genuine knowledge cannot be produced by coercion. This model of the ethical life links philosophical practice with the pursuit of virtue together with others in a tolerant community of dialogue. This model provides the historical inspiration for the contemporary ideal of political toleration». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 1 (1. «*Philosophy and the Virtue of Tolerance*», p. 1-17). Vide *infra*, Parte II, 1.2.2..

<sup>53</sup>«Ao longo da história do pensamento – e não apenas no Ocidente – depara-se-nos com uma fundamental *dualidade de sentido* (moral e não moral) do termo com que se designa a *virtude*: *areté*, *virtus*, *Tugend*, etc...». – R. CABRAL, «*Virtude*», in *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, Lisboa, São Paulo, 1992, vol. V, p. 541-544, p. 541.

tolerância a analisar<sup>54</sup> – requer, portanto, *ab initio*, uma reflexão acerca da própria categoria de inteligibilidade *virtude*, posto que não expressamente incluída, com essa designação, nos tradicionais elencos e clarificações filosóficos, desde SÓCRATES, PLATÃO e ARISTÓTELES.

Presente, assim, só lateralmente na reflexão filosófica da Antiguidade grega e romana, a palavra *tolerância* apenas viria a ser utilizada por CÍCERO – compreendida enquanto *virtude* (*estóica*), e o seu sentido depois desenvolvido por SÉNECA<sup>55</sup>, e nestes não sobrevivendo imediatamente enquanto *virtude intersubjectiva*, antes primeiramente *subjectiva*, numa *relação do sujeito consigo próprio*, enquanto pressuposto de um comportamento *digno*, de aperfeiçoamento do *eu*, numa *ética do autodomínio* («*Ethik der Selbstbeherrschung*»)<sup>56</sup>, também mais tarde patente em *De civitate Dei*, de SANTO

<sup>54</sup>«(...) if tolerance does not reduce itself to a lukewarm compromise but must be taken as a steep between two abysses, it is first as a virtue, as much public as private, that it gives itself to thinking». – Paul RICOEUR, *Foreword*, *cit.*, p. 1-2.

<sup>55</sup>É esta também a orientação seguida por Rainer FORST, na consideração das origens históricas da tolerância: «Die griechische und römische Antike kennt das Phänomenon der Intoleranz ebenso wie gewisse Praktiken der Toleranz, vor Cicero aber nicht das Wort. (...) Toleranz war hier – besonders im Imperium Romanum – primär einer Einsicht in die Grenzen imperialer Macht und zugleich in die strategische Möglichkeit ihrer Aufrechterhaltung geschuldet». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 53. É, então, atribuída a CÍCERO a utilização do termo tolerância in *Paradoxa stoicorum* («Cicero benutzt es in seiner Schrift *Paradoxa stoicorum*; dort steht es für die den Weisen auszeichnende Tugend des »Ertragens des Schicksals, des Verachtens der menschlichen Dinge« (*tolerantia fortunae, rerum humanarum contemptione*), seien es Schmerzen, Unglück oder Ungerechtigkeit». – *Idem*, p. 54), depois também in *De finibus bonorum et malorum* («Besonders das würdevolle Ertragen von Schmerzen hebt Cicero (in *De finibus bonorum et malorum*) hervor»). – *Ibidem*. Vindo depois SÉNECA a discutir esta *virtude estóica* («Ausführlicher wird diese stoische Tugend von Seneca diskutiert. Er spricht von dem »tapferen Ertragen« (*fortis tolerantia*) der Folter etwa als einem »Zweig der Tapferkeit«, einer der Kardinaltugenden». – *Idem*, p. 54). FORST refere-se, respectivamente, a: CÍCERO, *Paradoxa stoicorum*, in *De oratore*, tradução inglesa de H. RACKHAM, Harvard University Press, Massachusetts, 1948, IV, p. 278; CÍCERO, *Vom höchsten Gut und größten Übel/De finibus bonorum et malorum*, tradução de R. KÜHNER, Goldmann, München, 2, 94; e L. Annaeus SENECA, *Ad Lucilium/An Lucilius*, tradução de M. ROSENBAUGH, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974, 67, 5-10. Vide, exemplarmente, a utilização do termo, in Marcus Tullius CICERO, *Paradoxa Stoicorum*, in *De Oratore*, Liber III, citado na edição bilingue com tradução inglesa de E. W. SUTTON/H. RACKHAM, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann, London, 1948, vol. II, p. 251-309, Paradoxon IV. «*Omnem stultum insanire*», p. 278-283, 27., p. 278: «Ego vero te non stultum, ut saepe, non improbum, ut semper, sed dementem esse et insanire... rebus ad victum necessariis esse invictum poterst, sapientis animus magnitudine consilii, tolerantiae fortunae, rerum humanarum contemptione, virtutibus denique omnibus ut moenibus septus, vincetur et expugnabitur?»; Marcus Tullius CICERO, *De finibus bonorum et malorum*, na edição bilingue com tradução inglesa de H. RACKHAM, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, Liber II, § 94, p. 78-213, p. 184: «Quod autem magnum dolorem brevem, longinquum levem esse dictis, id non intellego quale sit. Video enim et magnos et eosdem bene longinquos dolores; quorum alia tolerantio est verior, qua uti vos non potestis qui honestatem ipsam per se non amatis.»; e L. Annaeus SENECA, *Ad Lucilium. Epistulae Morales* (Oxford University Press, Oxford, New York, 1965), por exemplo Tomus I, 16., p. 41, 17., p. 45: «Toleranda est enim ad hoc properantibus vel fames (...); e *ibidem*, 66., p. 184.

<sup>56</sup>«Diesem Verständnis nach ist Toleranz als Tugend weder vorrangig auf das Verhältnis zu anderen bezogen noch auf das Verhältnis zwischen Untertan und Autorität, sondern auf das Verhältnis *zu sich selbst* als Vorbedingung zu einem würdevollen Verhalten. (...) Die Tugend der Toleranz setzt, wenn



AGOSTINHO<sup>57</sup>. Surgindo ainda, no sentido de um *suportar paciente*, em antigas traduções latinas da Bíblia, correspondendo ao grego ὑπομονή (*hypo-moné*)<sup>58</sup>. E é o sentido bíblico, sobretudo presente no Novo Testamento<sup>59</sup>, que determina a evolução do termo *tolerância*, desde logo na Europa, com projecções religiosas e políticas no cerne da Igreja Medieval, cujo carácter *bifronte* – «*Das Janusgesicht christlicher Toleranz*», de que fala Rainer FORST<sup>60</sup> – lhe confere aí a natureza não apenas de relação espiritual – primeiro com Deus e depois com o outro – mas também de poder *terreno* efectivo<sup>61</sup>. Uma tolerância assim como *prática de poder* («*Machtpraxis*»), de que decorreriam duas consequências, entre si correlativas: por um lado, a *exclusão* («*Ausgeschlossensein*») – enquanto estigmatização do *diferente* – e, por outro, o *enclausuramento* («*Eingeschlossensein*») – enquanto recondução a categorias *estanques* – dos *tolerados*<sup>62</sup>. Assim, o longo ciclo pré-moderno, consubstancializando uma moral inicialmente mitológica e posteriormente ético-religiosa, não permitirá distinguir uma

---

man so will, eine Arbeit an sich selbst voraus, eine Ethik der Selbstbeherrschung, die zu sittlicher Vollkommenheit führt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 54-55.

<sup>57</sup>«So spricht Augustinus in *De civitate dei* von »fromm ertragenen zeitlichen Übeln«, für die Gott »ewige Belohnung« bereit hält». – *Idem*, p. 57, citando S. Agostinho, *De civitate dei/Vom Gottesstaat*, 2 vols., tradução de W. THIMME, Artemis, Zürich, München, 1978, I, 29. «Zweitens wird nun diese Haltung zu sich selbst, die im Grunde eine Haltung zu Gott ist, auf Beziehung zu anderen übertragen, was (...) zum eigentlichen Problem der Toleranz führt und zu wichtigen Toleranzbegründungen». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 57. Vide SANTO AGOSTINHO, *De civitate Dei, Liber Tertius*, Mogutina: Petru Schoiffer de Gernshein, 1473, 5, Septembris. *Capitula 29-31*, disponível em [http://webopac.sib.uc.pt/search~S74\\*por?/tde+civitastedei/tde+civitastedei/-3%2C0%2C0%2CX/1856&FF=tde+civitate+dei&1%2C%2C2%2C1%2C0/indexsort=-](http://webopac.sib.uc.pt/search~S74*por?/tde+civitastedei/tde+civitastedei/-3%2C0%2C0%2CX/1856&FF=tde+civitate+dei&1%2C%2C2%2C1%2C0/indexsort=-) (acedido em 28/02/2012). Vide Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, (1947), Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 58-62, e Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „Toleranz“, cit., p. 452-454.

<sup>58</sup>«In dem Sinne eines geduldigen Ertragens von Leiden findet das Wort *tolerantia* Eingang in alllatinische Bibelübersetzungen; die griechische Entsprechung ist *hypo-moné*». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 55. Vide, in *Bíblia Sagrada*, aqui citada na edição da Difusora Bíblica, Lisboa, 16.<sup>a</sup> Ed., 1992, por exemplo, LUCAS, 8, 15 e 21, 19, e PAULO, I Cor., 13, 4-7.

<sup>59</sup>Uma específica consideração da presença de tolerância religiosa – mas também de conflito religioso – desde logo no Antigo Testamento, e respectivos desenvolvimentos no Novo Testamento, mormente nas cartas de S. Paulo, em ambos os casos apontando como necessário à tolerância o reconhecimento do *outro*, é oferecida em Heinz-Josef FABRY, “Toleranz im Alten Testament?”, in Ingo BROER/Richard SCHLUETER (Hrsg.), *Christentum und Toleranz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1996, p. 9-34, e Ingo BROER, “Toleranz im Neuen Testament? Ein Versuch zum Toleranzgedanken in den paulinischen Briefen”, *ibidem*, p. 57-82.

<sup>60</sup>Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 69.

<sup>61</sup>*Idem*, p. 69-96.

<sup>62</sup>«Das *Ausgeschlossensein* und die Stigmatisierung sind somit nur die eine Seite der Toleranz als *Machtpraxis*, die andere Seite das *Eingeschlossensein*: Durch die Toleranzgewährung wird der Tolerierte abhängig und in seiner Lage eingesperrt; er steht unter Beobachtung und ist auf den Schutz des Stärkeren – des Fürsten – gegenüber anderen – aggressiven Gruppen in der Bevölkerung – angewiesen. Exklusion und Inklusion sind hier gleichzeitig vorhanden (...). Man könnte hier von einer *Disziplinierung durch Toleranz* sprechen (...). – *Idem*, p. 85-86.

*virtude* de tolerância enquanto categoria – moral ou ética – autonomamente inteligível, sendo, não obstante, proliferantes neste período as reflexões acerca da *diferença*.

Se em SÓCRATES se poderá reconhecer, ínsita na sua *maieutica*, uma certa *tolerância* – própria do processo de conhecimento e ascese humana –, tal categoria não adquiriu então tal designação nem autonomia<sup>63</sup>. Já nas construções éticas de PLATÃO e ARISTÓTELES, não obstante não autonomizando uma *virtude de tolerância* enquanto tal, vai a tolerância implicitamente perpassando a temática das *virtudes*, assente no reconhecimento da exigência de vários estágios de ascese<sup>64</sup>. Vindo PLATÃO, por sua vez, admitindo a tolerância na discussão dialéctica, rejeitá-la enquanto *virtude política, cívica*<sup>65</sup>. E deixando ARISTÓTELES, embora não referindo expressamente uma *virtude de tolerância*, sugerida na *Ética a Nicómaco* uma *virtude inominada* baseada na *boa vontade* para com os outros, mesmo *estranhos* – ainda que com o objectivo de promoção da *unanimidade*. A *natureza* da categoria *tolerância* – definida esta no quadro de uma *prática comunitária* – seria, neste sentido, na leitura de Andrew FIALA, a de *virtude ética*<sup>66</sup>. E é neste sentido que faz, exemplarmente, remontar a sua origem, enquanto tal, à filosofia grega, mormente a SÓCRATES, nos seus diálogos iniciais, como é o caso de *Cármides*, com a *sophrosyne* (σωφροσύνη), traduzida por temperança, moderação, discrição, ou na sua formulação latina *sobrietas-sobriedade*<sup>67</sup>, que

<sup>63</sup>Numa análise que procura contrapor tolerância liberal e tolerância comunitária, preferindo aquela a esta, partindo da leitura platónica de SÓCRATES, mormente nos diálogos *Theaetetus* e *Protágoras*, Gerald M. MARA conclui que a ideia de tolerância reconhecível na filosofia socrática (e platónica), não assumindo tal designação nem mesmo autonomia categorial, se perspectiva do ponto de vista do raciocínio dialéctico, distinguindo-se quer do individualismo liberal quer da solidariedade comunitarista, e daquele por não admitir esse individualismo, antes pugnando por valores substanciais de aperfeiçoamento humano, e deste por não compreender a recondução do indivíduo à comunidade. Vide Gerald M. MARA, “Socrates and Liberal Toleration”, in *Political Theory*, vol. 16, n. 3, August 1988, p. 468-495, especialmente p. 489-490.

<sup>64</sup>Sentido este também seguido por Trudy D. CONWAY, “From Tolerance to Hospitality...”, *cit.*, p. 1-2: «Tolerance never surfaces in pre-modern accounts of the virtues. Specific texts in Plato and Aristotle promote practices tied to tolerance and reveal curiosity about alien beliefs and practices, but there is no explicit affirming of the virtue itself». – *Idem*, p. 2.

<sup>65</sup>«Plato refers directly in a negative way to the tolerance of democracy that promotes the free flourishing of diversity rather than the developing of the “right transcendent natural gifts” which recognize the risks involved in the tolerance of “multicolored” pluralism (Republic, VIII, 557-8). While Plato manifests a spirit of tolerance through dialectical inquiry emphasizing respectful engagement of a variety of views, he clearly denies tolerance as a political, civic virtue». – *Ibidem*. Vide PLATÃO, *A República*, tradução portuguesa de Maria Helena da ROCHA PEREIRA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, VIII. 557a-558e, p. 383-386.

<sup>66</sup>Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 4, 12-14.

<sup>67</sup>«Tolerance is related to the virtue that the Greeks called *sophrosyne*. This can be translated as ‘moderation’ or ‘temperance’. Socrates discusses this in the *Charmides*, where one of the definitions he considers is ‘doing your own business’». – *Idem*, p. 5.

ARISTÓTELES recupera no Livro III da *Ética a Nicómaco*, como *virtude ética*<sup>68</sup>, embora encontrando-se com maior nitidez na *Apologia*<sup>69</sup>, bem como em *Críton*<sup>70</sup>. Com o que haverá ainda que relacionar, seguindo agora a proposta de Norberto BOBBIO, uma outra das *virtudes* propostas por ARISTÓTELES – já no Livro IV da *Ética a Nicómaco* –, conferindo-lhe fundamental relevância na consideração da problemática da tolerância: a

---

<sup>68</sup>ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tradução portuguesa de António de Castro CAEIRO, Quetzal, Lisboa, 2004, 3.ª Ed., 2009, Livro III – X, 1117b23 a XII, 1119b18, p. 86-91. *Vide* ainda, quanto à relação entre *sophrosyne* (σωφροσύνη) e *phronesis* (φρόνησις), *idem*, Livro VI – V, 1140a24-1140b19, p. 150-151, e n. 170 da p. 151, p. 295 (António de Castro CAEIRO traduz *sophrosyne* por «temperança» e *phronesis* por «sentez»): «(...) que a sentez seja uma disposição prática de acordo com o sentido orientador e verdadeiro em vista do bem e do mal para o Humano. (...) Na verdade o próprio agir bem é um objectivo final. (...)

Daí também empregarmos a designação «sofrosyne» («temperança»), porque se trata da salvaguarda da sentez. O que ela salvaguarda é de facto a nossa concepção do bem para nós». – *Idem*, Livro VI – V, 1140b5 a 15, p. 150-151. «Aristóteles estabelece uma relação entre σωφροσύνη, temperança, e φρόνησις, sentez, com o étimo grego que perdemos completamente em português: ἡ φρήν, o diafragma, enquanto a sede da alma, da capacidade perceptiva, do poder da compreensão, o campo de acção das paixões». – *Idem*, n. 170 da p. 151, p. 295. *Vide* ainda, na tradução francesa *L'Éthique à Nicomaque*, de René Antoine GAUTHIER/Jean Yves JOLIF, deuxième édition, Peeters, Nauwelaerts, Louvain-la Neuve, 2002, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*, o Livro III – X, 1117b23 a XII, 1119b18, p. 83-89, e Livro VI – V, 1140a24-1140b19, p. 165-167 – GAUTHIER utiliza os termos «*tempérance*» e «*sagesse*»: «(...) c'est l'action heureuse elle-même qui est fin.

Reste donc que la sagesse soit un état habituel vrai, raisonné, qui dirige l'action et a pour objet les choses bonnes et mauvaises pour l'homme. (...)

(...)

De là aussi vient que nous appelons la tempérance de ce nom de *sōphrosynē* qui signifie «sauvegarde la sagesse». Mais ce qu'elle sauvegarde, c'est le jugement pratique. (...)

Force est de conclure que la sagesse est un état habituel raisonné, qui a pour objet lers biens humains et dirige l'action». – *Idem*, Livro VI – V, 1140b5 a 20, p. 166-167. *Vide* *L'Éthique à Nicomaque*, *cit.*, tomo II – *Deuxième Partie, Commentaire: Livres VI-X*, p. 469-473. Veja-se ainda o esclarecimento essencial de Joseph DUNNE, *in Back to the Rough Ground. Practical Judgment and the Lure of Technique*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana (1993), 1997, 2001, p. 277-278 (9. «*The Circle between Knowledge and Virtuous Character: Phronesis as a Form of Experience*», p. 275-314): «We have in the notion of phronesis, then, ethical knowledge in a very full sense: not just knowledge that directs ethical action, but knowledge that must itself be constantly protected and maintained by good character. Aristotle had in fact made this perfectly clear in a parenthesis in an earlier chapter of *E.N.* 6 when he introduced the virtue of *sōphrosunē* (temperance) and postulated an etymological link between it and phronesis: “We give temperance its name of *sōphrosunē*, that is ‘preserver of’ (*sōizousa*) phronesis”. It was precisely this link with *sōphrosunē* that identified phronesis as moral knowledge and distinguished it from other kinds of knowledge (...) that are not subject to the perversions of pleasure and pain and so do not need the protection of *sōphrosunē*». *Vide* Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, Livro VI – V, 1140b11-12.

<sup>69</sup>*Vide* Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 6-7, referindo-se à postura de Sócrates face à sua sentença, aqui referenciada com base em PLATÃO, *Apologia de Sócrates*, tradução portuguesa de Manuel de OLIVEIRA PULQUÉRIO, Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1991, p. 18-54.

<sup>70</sup>*Vide* Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 7, referindo-se a PLATÃO, *Críton*, aqui citado *in Críton, Apologia de Sócrates*, tradução portuguesa de Manuel de OLIVEIRA PULQUÉRIO, Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1991, p. 55-90, 48b, p. 76: «SÓCRATES: Mas, meu caro, o raciocínio que temos vindo a desenvolver parece-me que não é de modo algum afectado por tal observação. E examina agora se permanece ou não aqueloutro princípio de que o que verdadeiramente importa não é viver, mas viver bem.

CRÍTON: Não há dúvida que permanece».

*brandura, suavidade, ou mansidão – a mitezza*<sup>71</sup>, na expressão italiana utilizada por BOBBIO, traduzindo-a em inglês por *meekness*, não tanto *mildness*<sup>72</sup> –, ou *gentileza*<sup>73</sup> –, a *praotēs* (πραότης), portanto, enquanto *virtude ética* de índole social. Inconfundível com *submissão, afabilidade, humildade* ou *modéstia*<sup>74</sup>, a *mitezza*, como «modo de ser para os outros», distinguir-se-ia da tolerância, dada a *unilateralidade* daquela e uma certa *reciprocidade e bilateralidade* desta – a condição da tolerância intersubjectiva consiste na relação entre dois sujeitos, porém não já na existência de obrigação recíproca...: a *mitezza*, ao contrário da tolerância, não dependeria da *reciprocidade* para se efectivar<sup>75</sup>.

Em qualquer dos sentidos aludidos, a *tolerância – rectius*, as *virtudes* que terão estado, nesta hipótese, na sua origem – constituiria uma *virtude* (αρετή) *ética*, nesse sentido em dimensão diversa da da *virtude intelectual prática* da *phronesis* (φρόνησις),

<sup>71</sup>Norberto BOBBIO, “*In Praise of La Mitezza*”, «*Ouverture*» in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, cit., p. 3-18, p. 7-8 (artigo inicialmente apresentado em Milão, em 8 de Março de 1983, e publicado por Linea d’ombra, Milano, Dicembre 1993, e em Norberto BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d’ombra, Milano, 1994; e em inglês in *ConVivio. Journal of Ideas in Italian Studies*, vol. I, n. 1, April 1995, p. 21-38, e na revista correspondente à obra citada, *Diogenes*, vol. 44, n. 176, December 1996, p. 3-18).

<sup>72</sup>«(...) I was only uncertain about which of the two terms to use: *mitezza* (“meekness”) or “mildness”. Ultimately I chose *mitezza* (...)». – *Idem*, p. 7. E, especificando os sentidos assumidos: «With regard to the two abstract nouns that designate the respective virtues of “mildness” and of *Mitezza*, I would say (...) that *mitezza* goes deeper, while “mildness” remains closer to the surface. Or rather *mitezza* is active while “mildness” is passive. Or further, “mildness” is more a personal virtue, *mitezza* more a social virtue. Social exactly in the sense in which Aristotle distinguished personal virtues, such as courage and moderation, from justice, the social virtue *par excellence* (...)». – *Idem*, p. 8.

<sup>73</sup>ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., Livro IV – V, 1125b26-1126b10, p. 108-110, e n. 129 da p. 108, p. 293 (António CAEIRO traduz *praotēs* (πραότης) por «(...) gentileza ou suavidade, bom feito». – *Ibidem*, n. 129). E, na tradução francesa, GAUTHIER utiliza o termo «*placidité*»: «La *placidité* est le juste milieu en matière de colère». – *L’Éthique à Nicomaque*, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*, cit., Livro IV – V, 1125b26, p. 109. *Vide idem*, Livro IV – V, 1125b26-1126b10, p. 109-111. *Vide* ainda, agora sobre a *filia* (φιλία), *ibidem*, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*, cit., Livro IV – XII. «*L’amabilité*», 1126b11-1127a11, p. 112-113: «*Aspect objectif: L’amabilité a pour objet le plaisir et la peine à causer à autrui dans le domaine de la vie intime*». – *Idem*, p. 112. E ainda *idem*, tomo II – *Première Partie, Commentaire: Livres I-IV*, p. 304-306 (António CAEIRO utiliza também o termo «*amabilidade*» para traduzir *filia*. – *Vide* ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., Livro IV – VI, 1126b11-1127a11, p. 110-112, e *ibidem*, n. 131, p. 293).

<sup>74</sup>Norberto BOBBIO, “*In Praise of La Mitezza*”, cit., p. 12-14.

<sup>75</sup>«As a way of being towards others, *mitezza* borders the region of tolerance and respect for the ideas and lifestyle of others. Yet, the *mite* person is not just tolerant and respectful. Because tolerance is reciprocal: in order for tolerance to exist, there must be at least two persons. A condition of tolerance exists when one tolerates the other. If I tolerate you but you do not tolerate me, there is no state of tolerance, but on the contrary, there is domination. It is not unlike that for respect. (...) The *mite* does not ask for, nor expect any reciprocity: *mitezza* is a disposition towards others that does not to be reciprocated in order to be fully actualized. (...) Tolerance proceeds from an agreement and endures as long as the agreement lasts; while *mitezza* is a donation and has no pre-established limits». – *Idem*, p. 14-15. Concluindo pela consideração da *mitezza* como *antítese da política*: «(...) *Mitezza* is a nonpolitical virtue. (...) *mitezza*, “meekness”, is the antithesis of politics». – *Idem*, p. 17. *Vide* ainda Norberto BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 235-252 («*Le ragioni della tolleranza*»).

porém ligada a esta, atenta a distinção entre *virtudes morais* (ou *de carácter* – expressão de *ethos*) e *virtudes intelectuais* (ou *de razão* – expressão de *dianoia*), em sede da *bipartição da alma racional*<sup>76</sup>. Ligação esta justificada por ARISTÓTELES, no livro VI da *Ética a Nicómaco*<sup>77</sup>, na apresentação da *sophia* (Σοφία) como *sabedoria*, na combinação de *intelecto-nous* (νοῦς) e *ciência-episteme* (ἐπιστήμη), a resultar na sua *intelecção* não apenas enquanto *a virtude intelectual (dianoética)*, isto é, a excelência da dimensão teórica da alma, mas também enquanto superior à arte da *política* e à *phronesis*<sup>78</sup>, numa alteração denotativa essencial da referência, relevância e sentido da categoria *phronesis*, noutras obras – tais como a *Metafísica* e a *Física* – assumida como expressão do *imutável* – denotando, assim, *sabedoria* –, e agora a assumir-se como expressão do *contingente*, distinta assim da *sophia*<sup>79</sup>. Sempre a esta ligada, porém, enquanto *virtude intelectual ou de razão*<sup>80</sup>.

<sup>76</sup>Vide ainda, sobre as *virtudes intelectuais* em ARISTÓTELES, designadamente a relação entre *sophia* e *phronesis*, Enrico BERTI, “The Reception of Aristotle’s Intellectual Virtues”, in *Revista Portuguesa de Filosofia*, tomo LVI, Jul.-Dez. 2000, p. 345-360, e, especialmente quanto à bipartição da alma racional, distinguindo *virtudes morais ou de carácter (ethos)* de *virtudes intelectuais ou de razão (dianoia)* – *techne* (τέχνη), *episteme* (ἐπιστήμη), *phronesis* (φρόνησις), *sophia* (Σοφία) e *nous* (νοῦς) –, p. 346-352. «A sabedoria, o entendimento e a sensatez são disposições teóricas; a generosidade e a temperança são disposições éticas». – ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., Livro I – XII, 1103a5, p. 45. Vejamos a tradução de GAUTHIER: «La division de la vertu elle-même se prend de cette division de la partie de l’âme qui a la règle. Nous appelons, en effet, les unes vertus, les autres vertus de la pensée, les autres vertus du caractère. La philosophie, l’aptitude à comprendre vite, la sagesse, vertus de la pensée; la libéralité et la tempérance, vertus du caractère». – *L’Éthique à Nicomaque*, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*, cit., Livro I – XIII, 1103a5, p. 32. Vide ainda *idem*, tomo II – *Première Partie, Commentaire: Livres I-IV*, p. 89-100. Vide também, sobre esta diferenciação, a análise de Pierre AUBENQUE, in Pierre AUBENQUE, *La Prudence chez Aristote*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, 3.<sup>a</sup> Ed., 1968 (inclui dois novos apêndices, face à edição inicial: “La prudence chez les stoïciens”, inicialmente publicado in *Actes du Congrès de l’Association Guillaume Guillaume Budé, Aix-en-Provence*, 1963, Belles Lettres, Paris, 1964, p. 291-292; “La prudence chez Kant”, inicialmente publicado in *Revue de Métaphysique et de Morale*, LXXX, 1975, p. 156-182), citado na tradução castelhana *La prudencia en Aristóteles* tradução de Maria José Torres GÓMEZ-PALLETE, Crítica, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1999, Segunda Parte. «La interpretación», Capítulo 3. «Antropología de la prudencia», § 3. «Prudencia y juicio», p. 164-174.

<sup>77</sup>Vide ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., Livro VI – VI, VII, p. 152-154, e *L’Éthique à Nicomaque*, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*, p. 168-170.

<sup>78</sup>Vide Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 28.

<sup>79</sup>Vide, neste sentido, apontando a alteração de sentido da categoria *phronesis* operada por Aristóteles em *Ética a Nicómaco*, por oposição ao significado que lhe é conferido em *Metafísica*, *De Coelo*, *Física* e *Tópicos*, Pierre AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles*, cit., Primeira Parte. «El problema», §1. «Los textos», p. 15-18, e Segunda Parte. «La interpretación», Capítulo 2. «Cosmología de la prudencia», §1. «La contingencia», p. 77-111, p. 78. Vide ainda Enrico BERTI, “The Reception of Aristotle’s Intellectual Virtues”, cit., p. 356-360.

<sup>80</sup>Neste mesmo sentido, afirma Joseph DUNNE: «Phronesis (...) is (...) an intellectual virtue. What differentiates it from the four other intellectual virtues (*technē*, *nous*, *epistēmē* and *sophia*) listed and discussed in book 6, however, is precisely the intimacy of its relationship with ethical virtue. (...) while phronesis is a virtue of the rational part of the soul (the *logistikon*), which gives direction to the nonrational part (which is *alogon*), still this virtue can exist in the rational part only if the nonrational part is already inclined to the ethical virtues». – Joseph DUNNE, *Back to the Rough Ground...*, cit., p. 275.

Tentativa de ascese esta recuperada agora nas *supra* analisadas construções da categoria tolerância, enquanto especificação daquele *saber agir*. Oferecendo assim a categoria tolerância como *virtude* – quer partindo da *virtude ética* da *sophrosyne* (σωφροσύνη), quer da *virtude ética* da *praotēs* (πραότης) por um lado, e por referência, em último termo, à *virtude intelectual* da *phronesis* –, conferindo-lhe por esta via um conteúdo materialmente densificado, hoje recuperado para lá da crítica à procedimentalização operada em consequência da Modernidade.

Já do *Estoicismo*, ciente da diversidade e sem pretender a eliminação desta, procurando uma sua fusão através de uma *unificadora lei racional* (assimilando, assim, distintamente a própria categoria *phronesis*, acabando CÍCERO por assimilar na *prudencia* o *prudens* e o *sapiens*<sup>81</sup>), e em que a tolerância se desenvolveria no espaço-*intervalo* entre a *universalidade* e a *diferença* – e esta suportada nos limites dos *princípios da justiça*, dos quais derivaria mais tarde a ideia de *igualdade perante a lei*<sup>82</sup> –, resultariam duas *fontes da prática tolerante*: em primeiro lugar, o reconhecimento da *falibilidade* do juízo acerca do *outro*, implicando um refreamento dos juízos negativos – o que transformaria a modéstia e a tolerância em estádios de evolução em direcção ao autoconhecimento –; em segundo lugar, o reconhecimento de que a tarefa da filosofia seria auxiliar na distinção entre o que está e o que não está em nosso poder, resultando a tolerância da constatação de que as actividades do *outro* não se encontram naquela

<sup>81</sup>Vide Pierre AUBENQUE, “La Phronesis en los Estoicos”, Apêndice 2. de *La prudencia en Aristóteles*, cit., p. 210-211 (inicialmente publicado como “La prudencia che les stoiciens”, in *Actes du Congrès de l’Association Guillaume Guillaume Budé*, Aix-en-Provence, 1963, Belles Lettres, Paris, 1964, p. 291-292), citando CÍCERO, *De Officiis*, Liber I – XV, XVI, XIX. Vide Marcus Tullius CICERUS, *De Officiis*, citado na tradução bilingue de Walter MILLER, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann, London (1913), 1956, Liber I – XV, XVI, XIX, respectivamente p. 48-53, 52-57 e 64-67.

<sup>82</sup>«The Stoic idea of tolerance is connected with the general idea of mastering the emotions in reaction to external events. This includes reacting properly to the actions of others with whom we disagree. Like us, Roman Stoics were aware to the fact of diversity. Cicero, for example, distinguishes the universal reasonable character of human being from those differences that arise from natural diversity. (...) this diversity is supposed to be held together by the unifying law of reason. The tension between universality and difference is the space of toleration: we tolerate differences, as long as these differences do not violate the principles of justice. The Stoic idea of justice focuses on the universality of natural law: individuals are to be respected insofar as they are members of the natural community of reason within the cosmopolitan world-soul. But this respect does not aim to produce conformity or eliminate diversity.

From this idea of natural law comes an idea of equality before the law that prefigures modern political thought». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 59-60 (4. «Stoic Tolerance», p. 59-81), citando CÍCERO, *De officiis*, cit., Liber I – XXX-XXXI, que aqui citamos, respectivamente, na p. 106-113 e 113-116: «Innumerabiles [aliae] dissimilitudines sunt naturae morumque, minime tamen vituperandorum». – *Ibidem*, XXX, §109, in fine, p. 112. Vide ainda Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 60, e Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 37-41.

primeira dimensão, isto é, de que são *externalidades incontrolláveis*<sup>83</sup>. O que não configuraria verdadeiramente *tolerância* – no sentido que o próprio FIALA também perfilha –, dada a ausência de um requisito fundamental: o da liberdade de reacção contra o comportamento de que se discorda – o que se afigura de justificação histórica clara<sup>84</sup>. Em sentido estóico, a *tolerância* constituiria, então, uma verdadeira *virtude ética* – não mera ideia política de justiça procedimental imparcial –, enquanto faculdade subjectiva de autocontrolo face à diferença e ao desacordo –, pressupondo a possibilidade de reacção, e distinguindo-se, assim, da mera aquiescência –, etapa do próprio *aperfeiçoamento moral* do sujeito<sup>85</sup>. E, não obstante, implicaria *intersubjectividade*, dependendo o desenvolvimento da autonomia do sujeito da interacção com o outro<sup>86</sup>.

Enquanto moldada pela emergência do Cristianismo, conjugado desde Roma com a filosofia grega, a perspectivação da exigência de tolerância alterou-se, porém, decisivamente. Assim, se em Roma era, tradicionalmente, permitida a manutenção dos credos religiosos, ou a ausência destes, pelos povos dominados<sup>87</sup>, o Cristianismo, dada a relutância dos seus membros em aceitar a submissão a César<sup>88</sup>, só com Constantino I e Licínio se tornou permitido, pelo *Édito de Milão*, de 313, e com Teodósio I religião oficial do Império, pelo *Édito de Tessalónica*, em 380, e pelo *Édito de Constantinopla*, em 392<sup>89</sup>. Uma vez tornada religião oficial do Império, e para lá dele, o Cristianismo dominará, sobretudo através da Igreja Católica, a compleição do pensamento ético-filosófico e religioso de toda a civilização ocidental<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 61-62.

<sup>84</sup> Vide *idem*, p. 64-72.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 72-74.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>87</sup> Vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 95.

<sup>88</sup> Afirma, a este propósito, Rainer FORST: «(...) in den ersten drei Jahrhunderten unserer Zeitrechnung, in der sich das Christentum ausbreitete und die Kirche sich bildete und entwickelte, wurde sie im Römischen Reich im Unterscheid zu anderern Kulturen nicht geduldet: Ihr Ausschließlichkeitscharakter und ihre Weigerung, den Kaiser gottgleich zu verehren, war – in den Augen beider Seiten – mit der römischen Ordnung nicht vereinbar. So tauchen in der Patristik folgende Dimensionen des Zusammenhangs von Geduld und Duldsamkeit auf». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 55-56.

<sup>89</sup> Vide *idem*, p. 68-69. Vide ainda Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 23-24, e Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Aubier, Paris, 1955, vol. I, p. 65-92.

<sup>90</sup> Vide Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, cit., p. 15 ss.; A. J. AYER, “Sources of Intolerance”, in Susan MENDUS/David EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 83-100, p. 85-88; Otfried HÖFFE, “Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 60-76, p. 61-62; vide ainda Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 45-55.

Especificamente baseando-se na sua *verdade teológica*, a Igreja Católica estabeleceu, desde o seu início, múltiplas vias de perseguição daquilo que designou como *erro*, traduzindo possibilidades *outras* de crença e/ou organização religiosas, potenciada pelas sucessivas alianças estabelecidas com o poder secular. O que fica patente ainda na Roma Imperial, e daí se projectou através dos séculos. Pese embora o facto de a excomunhão, não a pena de morte, ser a sanção geralmente preconizada para os hereges, o que denota uma certa tendência para a tolerância. Foi assim que SANTO AGOSTINHO, ele próprio inicialmente maniqueu, e assim contrário à pena de morte, assumindo portanto, teoricamente, à partida, uma posição tolerante, viria a opor-se a outros credos e a sustentar a submissão dos hereges, o que poderá ser ilustrado, por exemplo, pela sua interpretação da expressão *compelle intrare* da *parábola da ceia* (Lucas XIV, 23)<sup>91</sup>, séculos mais tarde comentada em sentido radicalmente diverso por Pierre BAYLE<sup>92</sup>. Mas também, exemplarmente, em S. TOMÁS DE AQUINO – admitindo a pena de morte apenas para os hereges, não já para os pagãos –, a tolerância surgia, ainda que limitada, e portanto na medida em que proporcionasse algum bem ou prevenisse algum sério mal, uma vez que o *pluralismo* se apresentaria como um desvio relativamente à *verdade*, susceptível de induzir em equívocos e efectivos *erros*<sup>93</sup>.

<sup>91</sup>Vide Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, cit., p. 15-16; Arnold ANGENENDT, *Toleranz und Gewalt. Das Christentum zwischen Bibel und Schwert*, Aschendorff, Münster, 2007, p. 236-239. Vide Otfried HÖFFE, “*Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne*”, cit., p. 62-63; D. A. CARSON, *The Intolerance of Tolerance*, cit., p. 54-55. Vide ainda, sobre o tratamento de infiéis e hereges em Santo Agostinho, Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, cit., vol. I, 91-92, 93.

<sup>92</sup>Pierre BAYLE, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ: "Contrain-les d'entrer" ou Traité de la tolérance universelle* (Rotterdam, 1686), Frisch & Böhm, Rotterdam, 1713, Tomo I e II, Elibron Classics, Adamant, Chestnut Hill, Massachusetts, 2005. O Autor publicou pela primeira vez a obra em referência, em 1686, sob o pseudónimo Sieur Jean FOX DE BRUGGS, como se da tradução de um tratado inglês se tratasse, e com seguinte título completo: *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Chri[s]t 'Contrain [s]-les d'entrer'; où l'on prouve par plusieurs raisons démonstratives qu'il n'y a rien de plus abominable que de faire des conversions par la contrainte, et où l'on réfute tous les sophismes des convertisseurs à contrainte, et l'Apologie que S. Augustin a faite des persécutions*. – Vide as referências essenciais presentes no «*Preface*» de Raymond KLIBALINSY, in John LOCKE, *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration* (1689), citado na edição bilingue latim/inglês, tradução inglesa e introdução de J. W. GOUGH, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. vii-xliv, p. xii. Vide ainda, sobre a diferente interpretação desta passagem bíblica por SANTO AGOSTINHO e por Pierre BAYLE, Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, Flammarion, Paris, 1999, p. 87-94.

<sup>93</sup>Vide, especificamente, as palavras de S. TOMÁS DE AQUINO, in *Summa Theologica* (1265-1273), II-IIa, citado na tradução bilíngue latim/castelhano, da Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959, tomo VII, *Quaestio* 10 – «*De infidelitate in communi*» –, a. 8 – «*Utrum infideles compellendi sint ad fidem*», p. 374-377: «(...) infidelium quidam sunt qui nunquam susceperunt fidem, sicut gentiles et Iudae. Et tales nullo modo sunt ad fidem compellendi, ut ipsi credant: quia credere voluntatis est. (...)

Alii vero sunt infideles qui quandoque fidem susceperunt e team profitentur: sicut haeretici vel quicumque apostatae. Et tales sunt etiam corporaliter compellendi ut impellant quod promiserunt et teneat quod semel susceperunt». – *Idem*, p. 375. Vide ainda *ibidem*, a. 9 – «*Utrum cum infidelibus possit communicari*», p. 377-379; a. 10 – «*Utrum infideles possint habere praelationem seu dominium supra*



Com o que a perspectivização pré-moderna da categoria tolerância evoluiu de uma assumidamente ética avocada *virtude* a uma expressa ou implicitamente afirmada religiosa facultativa *atitude*. Categoria assim, também, *dependente* de heterónoma racionalidade e arbitrárias consequências. Numa indefinição racional que só com a Modernidade – a partir da basilar distinção entre o *religioso* e o *laical* – viria a dissipar-se.

## 2.1.2. A decisiva autonomização racional moderna da *virtude* tolerância

### 2.1.2.1. Entre *tolerância religiosa* e *tolerância civil*

A redimensionação da *subjectividade humana*, e, concomitantemente, da relação com a *diferença*, viria a materializar-se na transição para a Modernidade – pese embora as diferenças geográfico-culturais determinantes da imposição de *monismo* ou da admissão já de *pluralismo* religioso, estabelecendo-se este progressivamente no centro e norte da Europa, em consequência da Reforma, desde o precursor ERASMUS a LUTHER e CAUVIN<sup>94</sup>, mas não já no sul, mercê da Contra-Reforma e da Inquisição<sup>95</sup> –, em

---

*fideles*», p. 380-383; a. 11 – «*Utrum infidelium ritus sint tolerandi*», p. 383-385. Vide ainda *Quaestio* 11 – «*Da haeresi*» –, a. 3 – «*Utrum haeretici sint tolerandi*», p. 407-409: «*Si tamen totaliter eradicentur per mortem haeretici, non est etiam contra mandatum Domini (...)*». – *Idem* p. 409. Vide, analisando também especificamente a questão em texto, Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, *cit.*, p. 20-22; Trudy D. CONWAY, «*From Tolerance to Hospitality...*», *cit.*, p. 3; Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, *cit.*, vol. I, p. 104-105, 112-114, 120-123; Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 222-224; Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, *cit.*, p. 71-73; Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 75-80; Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 70-96; D. A. CARSON, *The Intolerance of Tolerance*, *cit.*, p. 55; Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, *cit.*, p. 45-49; Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „*Toleranz*“, *cit.*, p. 457-459.

<sup>94</sup>Vide, essencialmente, Desiderius ERASMUS ROTERODAMUS, (Gerrit GERRITZSOON), *Stultitiae Laus* (1509, Basileae, 1511), J. J. Thurneisen, Basileae, 1780; Martinus LUTHER, *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, Witebergae, 1517, disponível em [http://la.wikisource.org/wiki/Disputatio\\_pro\\_declaratione\\_virtutis\\_indulgentiarum](http://la.wikisource.org/wiki/Disputatio_pro_declaratione_virtutis_indulgentiarum) (acedido em 08/10/2012); Jean CAUVIN, *Institutio Christianae Religionis* (Thomas Platter & Balthasar Lasius, Basileae, 1536), Oliua Roberti Stephani, Genevae, 1559. Vide também, especificamente situando o problema da *tolerância religiosa*, Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, *cit.*, vol. I, respectivamente p. 133-149, 161-176, 273-275 e 282-287, e Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „*Toleranz*“, *cit.*, p. 472-481.

<sup>95</sup>«(...) in the theme of toleration we are dealing with two very different worlds: that of northern Europe and the Atlantic, where plurality of belief had slowly and painfully come to be widely accepted

resultado da erupção do *multiculturalismo*, efectivado enquanto realidade histórica no grande ciclo daquela, *idade do mérito democrático* («*Le mérite démocratique*»), na designação de FERRY. E isto numa alteração da percepção da *ética* centrada na acentuação da desvinculação da acção humana face a determinações *heterónomas* (desde logo a partir da representação do homem e da construção da ideia de liberdade em ROUSSEAU), substituindo-se a *transcendência* pela *imanência*, a *heteronomia* pela *autonomia*<sup>96</sup>... –, patenteando-se, concomitantemente, em múltiplas tentativas de racionalização do contacto com a *diferença*, efeito da expansão e consequente contacto com *novos mundos*<sup>97</sup>. Para o que terá concorrido, em primeiro lugar, e ainda que paradoxalmente, a própria religião, núcleo essencial de potenciação da *intolerância*<sup>98</sup> – exemplarmente patente na desagregação da *Respublica Christiana* e na posterior afirmação do princípio «*cujus regio ejus religio*»<sup>99</sup> –, que conduziria, num contexto de contacto intercivilizacional, à *tolerância*<sup>100</sup>. E, em segundo lugar, a «razão de Estado»,

---

since the middle of the sixteenth century; and that of the Mediterranean, where plurality also existed but had never been officially accepted». – Henry KAMEN, “*Inquisition, Tolerance and Liberty in Eighteenth-Century Spain*”, in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 250-258, p. 251. *Vide idem*, p. 256. *Vide* ainda Joachim WHALEY, “*A Tolerant Society? Religious Toleration in the Holy Roman Empire*”, *ibidem*, p. 175-195; Nicholas DAVIDSON, “*Toleration in Enlightenment Italy*”, *ibidem*, p. 230-249; Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 108-118; SCHREINER/Gerhard BESIER, “*Toleranz*”, *cit.*, p. 481-483.

<sup>96</sup>«Du point de vue d’une histoire de la subjectivité, c’est l’émergence, avec Rousseau, d’une nouvelle représentation de l’homme qui a modifié de fond en comble les données du problème éthique (...).

(...)

C’est dire qu’il lui faut, là comme ailleurs, “fonder la transcendance dans l’immanence” chercher dans le sujet lui-même, et non plus dans un ordre extérieur, les moyens – les “raisons” – d’une limitation qui doit maintenant se penser comme *autolimitation*, comme *autonomie*. (...) On comprendra dans ces conditions que, là où l’éthique des Anciens partait d’une réflexion sur la *finalité* naturelle de l’homme, celle des Modernes commence par une théorie de la “bonne volonté”, de la volonté libre et autonome». – Luc FERRY, *Homo Aestheticus...*, *cit.*, p. 336 (2. «*Le mérite démocratique*», p. 336-341). «(...) la notion de mérite n’a de sens que dans une optique moderne. Si l’on y réfléchit suffisamment, on verra e effet qu’elle suppose toujours l’idée de liberté comme pouvoir de résister à la nature en nous, *donc comme faculté d’agir de façon désintéressée*». – *Idem*, p. 338.

<sup>97</sup>*Vide* João Maria ANDRÉ, “*Pluralidade de crenças e diferença de culturas: o ecumenismo do século XV e a educação intercultural na actualidade*”, in João Maria ANDRÉ, *Diálogo intercultural, utopia e mestiçagens em tempos de globalização*, Ariadne, Coimbra, 2005, p. 13-64, p. 17-18 e n. 5, e Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, *cit.*, p. 74-91.

<sup>98</sup>*Vide*, exemplarmente, Guy SAUPIN, *Naissance de la tolérance en Europe aux temps modernes: XVIe-XVIIIe siècle*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 1998, especialmente p. 11-32.

<sup>99</sup>*Vide* Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “*La filosofía de la tolerancia*”, in Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 265-373, especialmente p. 269-275. *Vide* ainda R. CABRAL, “*Tolerância*”, in *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, *cit.*, vol. V, p. 182; Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 172-180.

<sup>100</sup>Neste sentido, afirma Diogo PIRES AURÉLIO que «(...) a religião, ao mesmo tempo que era o cimento de cada uma das comunidades, continha em si o imperativo da mútua segregação. (...) A economia, porém, vai ditar as suas leis e impor ajustamentos doutrinários de toda a ordem. De um lado e do

susceptível também de corroborar a este nível as mais díspares posições, e assim também a própria intolerância, acabando por se mostrar historicamente potenciadora da tolerância, ditando a progressiva separação entre a Igreja e o Estado<sup>101</sup>, tendo a Reforma conferido igualmente neste campo um progresso decisivo à categoria *tolerância*<sup>102</sup>, embora a *neutralização política da religião* – e assim a sua *privatização* – não tenha originariamente implicado a *neutralização religiosa da política*<sup>103</sup>. Não obstante, sobretudo após a *Paz de Vestfália*<sup>104</sup>, a determinação da *natureza privada da consciência* apontaria não tanto – ao contrário do que tantas vezes afirmado – para o surgimento de uma *nova virtude*, mas para uma *recompreensão* – sobretudo *procedimental e pragmática* – de uma *virtude* clássica – ainda que tendo historicamente assumido outras designações –: a *tolerância*<sup>105</sup>.

---

outro». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 98-99. Vide ainda Giorgio SPINI, “Secularization and Tolerance”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 9-12; Perry SCHMIDT-LEUKEL, “Ist das Christentum notwendig intolerant?”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, cit., p. 177-213, p. 205 ss..

<sup>101</sup> «A razão de Estado, sempre suspeita de cumplicidade, ora com o ateísmo, ora com o arbítrio de tiranos absolutistas ou de burocracias ditatoriais, foi historicamente a primeira instância a que se acolheu o tolerantismo e, por algumas décadas, o seu garante efectivo em vários países da Europa». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 97. Vide também Arnold ANGENENDT, *Toleranz und Gewalt...*, cit., p. 42-45; Guy SAUPIN, *Naissance de la tolérance en Europe aux temps modernes...*, cit., p. 172-179.

<sup>102</sup> Vide Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, cit., p. 24-49; Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 153-172.

<sup>103</sup> Note-se, quanto a este ponto, a síntese de Arnold ANGENENDT: «Für die Fragestellung nach Gewalt und Toleranz hat die Trennung von Religion und Staat eine kaum zu überschätzende Bedeutung: Erst dadurch verliert der Staat seine Sakralität, so daß Religionsvergehen nicht länger obrigkeitlich verfolgt werden müssen, wie umgekehrt Staatsvergehen nicht sofort auch die Religion berühren. Vielmehr verhält sich der Staat religionsneutral und schützt die jeweilige Religion im Rahmen der allgemeinen Menschen- und Toleranz-Rechte». – Arnold ANGENENDT, *Toleranz und Gewalt...*, cit., p. 44-45. E, por outro lado, a afirmação exemplar de Christian STARCK: «El tiempo posterior a la separación de la fe a consecuencia de la Reforma no fue el periodo de la tolerancia, sino el de las guerras de religión. Pero fue el tiempo, en el que el concepto moral de tolerancia alcanzó significado jurídico, para lograr nuevamente la paz, y proteger a los hombres de la persecución». – Christian STARCK, *Prologo*, in Maria J. Roca FERNANDÉZ, *La tolerancia en el derecho*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 19-21, p. 19. Vide ainda Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, cit., vol. I, p. 282-296.

<sup>104</sup> Vide os Tratados de Münster e de Osnabrück, de 1648, in *Acta Pacis Westphalicae*. Hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften in Verbindung mit der Vereinigung zur Erforschung der Neueren Geschichte e.V. durch Konrad REPGEN, Münster 1998, Serie III Abteilung B: *Verhandlungsakten* – Band 1: *Die Friedensverträge mit Frankreich und Schweden. 1: Urkunden*. Bearb. von Antje OSCHMANN, p. 3-36 e 97-159, disponível em <http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/index.html> (acedido em 06/08/2012).

<sup>105</sup> Em sentido diverso, afirma Jonathan SACKS: «In the aftermath of the European wars of religion in the the sixteenth and seventeenth centuries a doctrine was born which laid the foundations for the modern nation-state. It was called *toleration*. Essentially, it privatized conscience. It allowed that people might belong to a civil and political order without necessarily subscribing to the beliefs of the majority». – Jonathan SACKS, *The Dignity of Difference: How to Avoid the Clash of Civilizations*, Continuum, London, New York (2002), 2003, p. 199 (11. «A Covenant of Hope», p. 192-209. Note-se ainda a distinção de Ghislain WATERLOT, entre *tolerância original* e *tolerância moderna*, vendo aquela

Permanecendo ainda em todas estas orientações a essencialidade da *hierarquia* nas relações de tolerância, mais ou menos patente em sucessivamente objectivadas tentativas institucionais de estabelecimento da *tolerância religiosa*<sup>106</sup>, constituem contributos imprescindíveis, porém insuficientes, dados os constantes avanços e recuos, para a sua efectivação, o precursor *Édit de Nantes*, de 13 de Abril de 1598, de Henrique IV – revogado por Luís XIV em 16 de Outubro de 1685, pelo *Édit de Fontainebleau*<sup>107</sup> –, o *Act Concerning Religion of the Government of Maryland from the Year 1649*<sup>108</sup>, o *Toleration Act of 1689 from the King of England*<sup>109</sup>, *Das Toleranz-Patent Kaiser Joseph II*, de 1781<sup>110</sup>, o *Bill of Rights*, de 1789 – nomeadamente a Primeira Emenda à

---

como como a atitude de prudência ou condescendência, de último recurso, e esta como corolário da liberdade: «By original tolerance we mean the attitude that consists of putting up with, or not preventing, that which should not by law take place. It is motivated by prudence or condescension with regard to human failings. It is a sort of last resource. (...)»

By modern tolerance, we mean the form of tolerance that has developed in modern times (...). To tolerate is to consent to the idea that in the name of freedom, in principle recognized by all, other men think and act according to principles that we do not share or with which we do not agree. In other words, tolerance is the corollary of freedom». – Ghislain WATERLOT, “*Human Rights and the Fate of Tolerance*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, cit., p. 53-70, p. 53. O tema foi desenvolvido por Ghislain WATERLOT na sua tese de doutoramento, intitulada *Tolérance et modernité: généalogie et destin d’un concept*, Université Charles de Gaulle, Lille, 1996.

<sup>106</sup>«(...) historicamente, en Europa [esa] libertad de conciencia comenzó siendo libertad religiosa y, aún antes, sólo tolerancia también en materia religiosa. La razón es muy sencilla: durante siglos la única cultura europea fue casi exclusivamente una cultura religiosa, concretamente cristiana, y sólo en ese ámbito resultaba concebible hablar de tolerancia o de libertad». – Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “*La filosofía de la tolerancia*”, cit., p. 268. «Die klassische europäische Idee der Toleranz ist ein Kind der Glaubenskriege». – Rüdiger BUBNER, “*Die Dialektik der Toleranz*”, in Rüdiger BUBNER, *Drei Studien zur politischen Philosophie*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1999, p. 47-62 («*Zur Dialektik der Toleranz*»); também in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, cit., p. 45-59 (versão citada), p. 45.

<sup>107</sup>«(...) Luís XIV revogou o Édito de Nantes invocando a segurança do Estado, precisamente o mesmo argumento que servira a Henrique IV no momento da sua promulgação». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 103. Vide ainda Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/Luis Prieto SANCHÍS, “*La filosofía de la tolerancia*”, cit., p. 294-295; Marisa LINTON, “*Citizenship and Religious Toleration in France*”, in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, cit., p. 157-174, p. 157-161. Vide *Édit de Nantes (13 avril 1598)*, Archives Nationales, AN J.943 n.º 2 (AE II 763), disponível em [http://elec.enc.sorbonne.fr/editsdepacification/edit\\_12](http://elec.enc.sorbonne.fr/editsdepacification/edit_12) (acedido em 06/12/2011); *Transcription selon l’édition critique publiée par l’École des Chartes sous la direction de Bernard Barbiche*, disponível em [http://www.henri-iv.culture.fr/#/fr/uc/02\\_00\\_00/L%27%C3%A9dit%20de%20Nantes](http://www.henri-iv.culture.fr/#/fr/uc/02_00_00/L%27%C3%A9dit%20de%20Nantes) (acedido em 06/12/2011); *Édit de Fontainebleau (18 octobre 1865)*, Archives nationales, musée de l’Histoire de France, AEII 887, supplément du Trésor des Chartes, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/revoc-edit-nantes.asp> (acedido em 06/12/2011). Vide Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, cit., vol. II, p. 120-130.

<sup>108</sup>Vide *Maryland Toleration Act. An Act Concerning Toleration, 21 September 1649*, disponível em [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/maryland\\_toleration.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/maryland_toleration.asp) (acedido em 14/02/2012).

<sup>109</sup>Vide *Toleration Act of 1689 from the King of England*, disponível em <http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=46304> (acedido em 14/02/2012).

<sup>110</sup>Vide in *Handbuch der k.k. Gesetze, 1780-1784, Toleranz der geduldeten Religionen*, p. 421 ss., disponível em <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=hvb&datum=1784&page=1090&size=45>

Constituição dos Estados Unidos da América<sup>111</sup> –, e o artigo X da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789<sup>112</sup>. Pretendendo, todavia, esta última já suplantar institucionalmente a referência à *religião*, por um lado, e, por outro, a proposição *hierárquica* subjacente ao termo *tolerância* – certificada pela posição assumida por Rabaut SAINT-ÉTIENNE<sup>113</sup> –, através da consagração, todavia meramente *formal*, dos princípios da *igualdade* e da *liberdade*, mormente através dos artigos I, II, IV, X e XI, posto que estabelecendo a *liberdade*, a *propriedade*, a *segurança* e a *resistência à opressão* como *direitos naturais imprescritíveis* (artigos I, II), e especificando autonomamente a *liberdade de expressão*, incluindo a nível religioso, embora, evidentemente, dentro dos *limites legais*, conforme preceituado no artigo X: «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur

---

(acedido em 29/10/2012); vide ainda Heinrich SCHMIDINGER (Hrsg.), *Wege zur Toleranz. Geschichte einer europäischen Idee in Quellen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2002, p. 252-261.

<sup>111</sup>Vide *Bill of Rights*, 1789, disponível em [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html) (acedido em 14/02/2012). Veja-se o texto da primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances». – *United States Constitution*, disponível em [http://ratify.constitutioncenter.org/constitution/details\\_explanation.php?link=120&const=08\\_amd\\_01](http://ratify.constitutioncenter.org/constitution/details_explanation.php?link=120&const=08_amd_01) (acedido em 06/04/2012). Sobre a influência do pensamento de LOCKE na consideração do problema da tolerância nos Estados Unidos da América, e da concomitante referência e interpretação constitucional da liberdade religiosa, vide David A. J. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1986, 5. «*The Primacy of Religious Toleration*», p. 103-164, especialmente p. 111.

<sup>112</sup>Vide *Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen*, Paris – 26/08/1789, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp> (acedido em 28/09/2011). Vide ainda Jónatas MACHADO, “*A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 65-134, p. 65-66. Vide também Mário REIS MARQUES, *Introdução ao Direito I* (Figueira da Foz, 1992), 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 205-213; Mário REIS MARQUES, “*Direitos fundamentais e afirmação de identidades*”, in *Economia e Sociologia*, n.º 80, Évora, 2005, p. 157-169, p. 158-163; Marisa LINTON, “*Citizenship and Religious Toleration in France*”, *cit.*, p. 172.

<sup>113</sup>«Naturalmente, o uso do conceito de tolerância não foi indiferente a esta polissemia; o que leva a que hoje se pergunte – na linha do que já Rabaut Saint-Étienne afirmou, na Assembleia Nacional francesa (22 de Agosto de 1789), quando propôs que o termo fosse retirado da Declaração dos Direitos do Homem, por ser uma palavra injusta, por designar “des Citoyens dignes de pitié, comme des coupables auxquels on pardonne” – se ele pode exprimir ideais não passivos e reconhecer relações de alteridade e de diferença tecidas num plano de reciprocidade igualitária». – Fernando CATROGA, “*Secularização e laicidade...*”, *cit.*, p. 62, e *ibidem*, n. 31. Vide ainda Julie Saada-Gendron, *La Tolérance*, *cit.*, p. 163-164, e também Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, *cit.*, p. 66, e *ibidem*, n. 77, e p. 67. Vide ainda Mauro MALDONATO, “*As origens e a evolução do conceito de tolerância*”, in *Seminário Internacional Cultura e (In)tolerância*, SESC Vila Mariana, São Paulo, Novembro de 2003, p. 7, disponível em [http://www.sescsp.org.br/sesc/conferencias\\_new/subindex.cfm?Referencia=162&ParamEnd=5](http://www.sescsp.org.br/sesc/conferencias_new/subindex.cfm?Referencia=162&ParamEnd=5) (acedido em 30/04/07).

manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi»<sup>114</sup>. Tudo a manifestar já uma reivindicação do *reconhecimento do direito à igualdade*<sup>115</sup>.

O *iter* de conformação racional *moderna* da categoria *tolerância*, num movimento de progressiva desvinculação face ao elemento *religioso*, estender-se-ia, portanto, longamente, desde as embrionárias referências de índole religiosa, presentes, por exemplo, na *Oratio de hominis dignitate*, de Giovanni Pico DELLA MIRANDOLA (1486)<sup>116</sup>, e no *De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*, de Thomas MORUS (1516)<sup>117</sup>, até às essenciais tentativas de autonomização presentes no *Commentaire Philosophique*, de Pierre BAYLE (1688)<sup>118</sup> e, fundamentalmente, na *Epistola de Tolerantia*, de John LOCKE (1689)<sup>119</sup> – mas também, conquanto mais lateralmente, ao *Entretien d'un Philosophe Chrétien et d'un Philosophe Chinois sur l'Existence et la Nature de Dieu*, de Nicolas MALEBRANCHE (1708)<sup>120</sup> –, no *Traité sur la Tolérance*, de VOLTAIRE (1763)<sup>121</sup>, e no *On Liberty*, de John STUART MILL (1859)<sup>122</sup>. Tendendo a *paz filosófica* cogitada em PICO DELLA MIRANDOLA já a uma *paz perpétua* – conceito recolhido de Nicolau de CUSA –, em sentido ético-antropológico, «(...) já que ela será o coroamento final de uma realização do homem na sua unidade (...)»<sup>123</sup> –

<sup>114</sup>Vide *Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen*, cit..

<sup>115</sup>Vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 61. Vide ainda, sobre a relevância da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* para a compreensão *moderna* da tolerância, Ghislain WATERLOT, "Human Rights and the Fate of Tolerance", cit., p. 53-60.

<sup>116</sup>Giovanni Pico DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, Roma, 1486, citado na tradução portuguesa (edição bilingue) *Discurso sobre a dignidade do homem*, tradução de Maria de Lurdes Sirgado GANHO, Edições 70, Lisboa, 1989.

<sup>117</sup>Thomas MORUS, *De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*, Dirk Martens, Leuven, 1516, sobretudo *Liber II*, «*De religionibus Utopiensium*». Vide ainda Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, cit., vol. I, p. 150-157; Gregorio Peces-Barba MARTINEZ/ Luis Prieto SANCHIS, "La filosofía de la tolerancia", cit., p. 319-322; Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 49-55.

<sup>118</sup>Pierre BAYLE, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ: "Contrain-les d'entrer" ou Traité de la tolérance universelle*, cit..

<sup>119</sup>John LOCKE, *Epistola de tolerantia* [Ad clarissimum virum T.A.R.P.T.O.L.A. scripta à P.A.P.I.O.L.A. Goudæ, apud Justum ab Hoeve. MDCLXXXIX] (London, 1689) – as citações *infra* mobilizadas são apresentadas a partir da edição bilingue latim/inglês *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration*, cit..

<sup>120</sup>Nicolas MALEBRANCHE, *Entretien d'un Philosophe Chrétien et d'un Philosophe Chinois sur l'Existence et la Nature de Dieu* (1708), citado na tradução portuguesa *Diálogo de um filósofo cristão e de um filósofo chinês sobre a existência e a natureza de Deus*, tradução de Artur MORÃO, Edições 70, Lisboa, 1990.

<sup>121</sup>VOLTAIRE (François Marie Arouet), *Traité sur la tolérance*, Paris (1763), Flammarion, Paris, 1989.

<sup>122</sup>John Stuart MILL, *On Liberty*, John W. Parker and Son, West Strand, London, 1859 (2<sup>nd</sup>. Ed.).

<sup>123</sup>João Maria ANDRÉ, "As utopias do Renascimento e o renascer das utopias", in *Diálogo intercultural, utopia e mestiçagens em tempos de globalização*, cit., p. 65-100, p. 86. Vide *idem*, p. 84-89. Vide, ainda sobre a referida orientação de PICO DELLA MIRANDOLA, Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, cit., vol. I, p. 131-132.

note-se que, na leitura de João Maria ANDRÉ, em *De pace fidei*, Nicolau DE CUSA, para além de construir um *filosofia da religião* ou das *religiões*, busca sobretudo os respectivos pressupostos filosóficos, a sua fundamentação racional<sup>124</sup>, com vista a uma harmonização, uma concórdia, não já com base num conceito *negativo* de tolerância, e, portanto, para «(...) conseguir uma fundamentação filosófica do imperativo da paz, o Cardeal alemão mobiliza argumentos que, em vez de traduzirem um conceito passivo e resignado de tolerância, implicam antes um reconhecimento do valor positivo da diferença (...)»<sup>125</sup>. E surgindo, diferentemente, MALEBRANCHE, em crítica a SPINOZA, a explorar a similitude do pensamento deste com o de CONFÚCIO, tendo por objectivo afirmar a origem divina da fundamentação da ciência, procurando assim harmonizar filosofia e religião, e o diálogo entre Ocidente e Oriente<sup>126</sup>. Por outro lado, imprescindível à progressiva transição para o Iluminismo demonstrou ainda ser a concepção relativista de Pierre BAYLE, a possibilitar a relativização de uma *verdade* tida

<sup>124</sup>«(...) a conclusão o afirma expressamente: “Conclui-se, assim, no céu da razão a concórdia das religiões, tal como foi relatado”. Significa isto que o objectivo de Nicolau de Cusa foi procurar no céu da razão (ou seja, em sede filosófica), mais do que em qualquer outra instância, a fundamentação para uma convivência pacífica entre os crentes de diversas religiões». – João Maria ANDRÉ, “*Pluralidade de crenças e diferença de culturas...*”, *cit.*, p. 29. Para uma apreciação da obra em referência, centrando-se em três pontos assumidos como cruciais, «(...) a dimensão epistemológico-hermenêutica, a dimensão antropológica e a dimensão ético-política. (...)» (*idem*, p. 25), *vide idem*, p. 25 ss. *Vide* Nicolau DE CUSA, *De pace fidei* (1453), in Nicolai DE CUSA, *Opera omnia*, iussu et auctoritate Academiae Litterarum Heidelbergensis ad codicum fidem edita, ediderunt commentariisque illustraverunt Raymundus Klibansky et Hildebrandus Bascour, O. S. B., Felicis Meiner, Hamburgi, vol. VII, 1970, p. 1-63, sobretudo a partir do capítulo IV, em que primeiro o Verbo e, a partir do capítulo X, Pedro se apresentam como inteclocutores num diálogo inter-religioso, conforme esclarece João Maria ANDRÉ na *Introdução* da sua tradução desta obra, *A paz da fé*, Minerva Coimbra, Coimbra, 2002, p. 7-17, especialmente p. 11-15. Afirma Nicolau DE CUSA, no epílogo, que as maiores diferenças entre religiões se contram mais nos ritos do que no culto a um só Deus: «Quibus examinatis omnem diversitatem in ritibus potius compertum est fuisse quam in unius Dei cultura, quem ab initio omnes praesupposuisse semper et in omnibus culturis coluisse (...)». – *Idem*, p. 62. Concluindo, porém, no sentido da confluência das religiões: «Conclusa est igitur in caelo rationis concordia religionum modo quo praemittitur. Et mandat est per Regem regum et sapientes redeant et ad unitatem veri cultus nationes inducant, et quod administratorii spiritus illos ducant et eis assistant et deinde cum plena omnium potestate in Iherusalem quasi ad centrum commune confluent et omnium nominibus unam fidem acceptent et super ipsa perpetuam pacem firment, ut in pace creator, omnium laudetur in saecula benedictus. AMEN». – *Vide idem*, p. 62-63. *Vide* ainda Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, *cit.*, vol. I, p. 127-130, e Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „*Toleranz*“, *cit.*, p. 459-461.

<sup>125</sup>João Maria ANDRÉ, “*Pluralidade de crenças e diferença de culturas...*”, *cit.*, p. 29. Mas o autor adverte: «Importa, no entanto, ter em conta que, ao sublinhar o valor positivo da diferença, não estamos senão a focar um dos aspectos que nos permite equacionar o problema da diversidade de perspectivas em que a fé se concretiza, mas não ainda a responder satisfatoriamente ao aparente impasse em que nos coloca, sem cair num relativismo gnosiológico e também, consequentemente, axiológico». – *Idem*, p. 30.

<sup>126</sup>Nicolas MALEBRANCHE, *Diálogo de um filósofo cristão e de um filósofo chinês sobre a existência e a natureza de Deus*, *cit.*.

por absoluta face aos *erros* que se lhe opõem, pese embora a sua convicção cristã<sup>127</sup>. Porém, conforme reconhecido pelo próprio autor, um tal relativismo, levado ao extremo, seria susceptível de conduzir à ausência de referentes<sup>128</sup>. Assim, do seu comentário à parábola «*Constrain-les d’entrer...*», do *Evangelho de S. Lucas* (Lucas 14, 23)<sup>129</sup>, resulta precisamente que da Bíblia não poderia dimanar um comportamento intolerante – o que, todavia, na prática decorreu da interpretação literal do verbo *contraindre*<sup>130</sup>... Não obstante, em tal posição encontrava-se já latente a ideia de *reconhecimento recíproco*, essencial à actual compreensão da noção de tolerância<sup>131</sup>... Postulando uma autonomização da tolerância face à religião, e assimilando correspondentemente uma justificação racional a partir da consciência<sup>132</sup>. O próprio VOLTAIRE, aliás, concluirá pela tolerância de Cristo a partir daquela parábola<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> «O autor do *Commentaire Philosophique* é, obviamente, um cristão. Mas reconhece que os dogmas que para si são absolutamente evidentes não o são para todos os outros. Nessa medida, nenhuma doutrina se poderá erigir em tribunal sobre as restantes, porque em nenhuma delas Deus depositou sinais universalmente irrefutáveis». – Diogo Pires AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 37. Vide ainda Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, cit., p. 236-241. Vide ainda Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 77-78; Gianluca MORI, “*Pierre Bayle, the Rights of the Conscience, the “Remedy” of Toleration*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 45-60, sobretudo p. 46-47.

<sup>128</sup> Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, cit., p. 168.

<sup>129</sup> Vide *Evangelho Segundo S. Lucas*, 14, 23.

<sup>130</sup> «Je ne chercherai pas même pourquoi Jésus-Christ s’est servi de cette expression *contraindre*; ni à quel légitime sens on la doit réduire; ni s’il y a des mystères sous l’écorce de ce mot: je me contente de réfuter le sens littéral que lui donnent les persécuteurs.

Je m’appuie, pour le réfuter invinciblement, sur ce principe de la lumière naturelle, QUE TOUT SENS LITTÉRAL QUI CONTIENT L’OBLIGATION DE FAIRE DES CRIMES, EST FAUX». – Pierre BAYLE, *Commentaire Philosophique...*, cit., Tomo I, p. 136. Vide Diogo Pires AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 82-83.

<sup>131</sup> Ponto que HABERMAS destaca, vendo em BAYLE, neste sentido, um precursor de KANT: «Pierre Bayle erfindet immer neue Beispiele, um seine intoleranten Opponenten dazu anzuhalten, die Perspektive des Anderen einzunehmen und die eigenen Maßstäbe auch auf die Gegenspieler anzuwenden (...). (...) Bayle praktiziert, in dieser Hinsicht ein Vorläufer Kants, die *gegenseitige* Perspektivenübernahme und drängt auf die *Verallgemeinerung* der «Ideen» (...).» – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 259-260.

<sup>132</sup> Transição que Fernando CATROGA reconhece também já em BAYLE: «Transversal a estes momentos fortes do debate sobre o ideal de tolerância, foi o paulatino deslocamento de uma problemática predominantemente teológica para uma outra de cariz mais civil e secular. (...)

(...) E quando pensadores como Bayle desligaram a justificação da tolerância e da sociabilidade dos argumentos teológicos, situando-a no interior da consciência – incluindo a consciência errônea, mas virtuosa –, ficou potenciada a existência de um corte entre a esfera religiosa e a legitimação da ordem social, e postulada uma moral de cariz racional e autónoma de qualquer fundo transcendente». – Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 86-87. Vide ainda Gianluca MORI, “*Pierre Bayle, the Rights of the Conscience, the “Remedy” of Toleration*”, cit., p. 58-59, apontando fragilidades à tentativa de fundamentação (subjectiva) da tolerância no princípio da liberdade de consciência e nos direitos da “consciência errante” encetada por BAYLE: «(...) the evolution of Bayle’s thought on the question of toleration and the rights of the conscience manifests the difficulty of basing tolerance on a purely moral standpoint. If toleration is to be considered as an eternal, objective value, it is surpassed by the pretensions of religious ideologies that through their alleged divine inspiration believe themselves capable of ignoring moral principles. On the other hand, the failure of Bayle’s attempt to build a tolerance founded on the principle of conscience and the rights of the “erring conscience” marks all the weakness of a subjective



É, porém, sobretudo a partir da definição de John LOCKE, na sua *Epistola de Tolerantia*<sup>134</sup> – e subsequente polémica com Jonas PROAST<sup>135</sup> –, que a autonomização racional da tolerância enquanto específica *virtude moderna* se expressa mais nitidamente: mantendo ainda aqui a respectiva origem religiosa e perspectivando-a como meio de compreensão e resolução de conflitos religiosos, e mesmo como característica fundamental de *religião autêntica*, baseando-se no pluralismo religioso e na autonomia da vontade dos sujeitos, LOCKE confirma-a especificamente como *exigência racional*, com base num *juízo prudencial*, e visando o *bem público*, pressupondo uma análise dos efeitos negativos da intolerância e dos efeitos positivos da tolerância, e assim oferecendo uma solução *política* para o problema daquela primeira<sup>136</sup>. Não operando a tolerância, todavia, quanto aos que excluíssem da sua vida a dimensão teísta<sup>137</sup>. Insistindo na distinção entre Igreja e Estado, LOCKE define aquela

---

foundation for tolerance itself». – *Idem*, p. 58-59. Vide ainda Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 97-100. E, ainda quanto à relação entre a religião e a autonomização do conceito de tolerância no Iluminismo, vide Arnold ANGENENDT, *Toleranz und Gewalt...*, cit., p. 59-70.

<sup>133</sup>VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, cit., XIV. «Si la tolérance a été enseignée par Jésus-Christ», p. 101-107.

<sup>134</sup>John LOCKE, *Epistola de tolerantia*, cit.. Vide John LOCKE, *An Essay Concerning Toleration*, 1667-1668 (vide J. R. MILTON/Philip MILTON (Eds.), *John Locke: An Essay Concerning Toleration, and Other Writings on Law and Politics 1667-1683*, Clarendon, Oxford, 2006, especialmente p. 11-53 e p. 269 ss.); John LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1689, 6.<sup>th</sup> Reprint, London, 1714; e John LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, London, 1690, 27.<sup>th</sup> Ed., London, 1836, p. 504-505, § 4. (Book IV, Chapter 16. «Of the Degrees of Assent», p. 501-510). Vide também Thomas BALDWIN, «Toleration and the Right to Freedom», in John HORTON, Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration...*, cit., p. 36-52, especialmente p. 36-37; Vide Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 205-223; Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 72-75.

<sup>135</sup>Vide a sequência da polémica, designadamente as três outras *Letters for Toleration*, de John LOCKE, a última das quais inacabada, in *The Works of John Locke*, London, 1823, reprinted by Scientia Verlag Aalen, 1963, London, vol. VI. Vide ainda, quanto a este confronto, por todos, Richard VERNON, *The Career of Toleration: John Locke, Jonas Proast, and After*, McGill Queen's University Press, Montreal, 1997, p. 1-15 («Introduction»), p. 3-4.

<sup>136</sup>Vide desde logo o início da *Epistola de tolerantia*, que LOCKE dirigiu a um interlocutor privilegiado, Philip VAN LIMBORCH: «Since you ask my opinion about mutual toleration among Christians, I reply briefly that I regard it as the chief distinguishing mark of a true church». – John LOCKE, *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration*, cit., p. 58. Vide *ibidem*, p. 58-65, e, no respectivo «Preface», de Raymond KLIBALINSKY, cit., p. viii-ix. Reportamo-nos ainda à seguinte reflexão de Trudy D. CONWAY: «With Locke, tolerance emerges as the distinctly modern virtue. Locke's concern is narrowly focused on the construction of a conceptual framework through which the specific problem of religious conflict can be both understood and resolved. (...) Articulating a consequentialist argument, Locke reviews the negative effects of intolerance and the positive effects of tolerance, setting up a political solution to the problem of intolerance». – Trudy D. CONWAY, «From Tolerance to Hospitality...», cit., p. 3-4. Vide ainda Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 87-88; Jonathan I. ISRAEL, «Spinosa, Locke and the Enlightenment Battle for Toleration», in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Eds.), *Toleration in Enlightenment Europe*, cit., p. 102-113, especialmente p. 103-104. Vide ainda Karl-Heinz LADEUR/Ino AUGSBERG, *Toleranz – Religion – Recht*, cit., p. 21-24, especialmente p. 23.

<sup>137</sup>Vejamos as palavras do próprio Autor: «(...) qui numen esse negant, nullo modo tolerandi sunt. (...) nullum sibi religionis nomine vindicare potest tolerantiae privilegium, qui omnem funditus tollit per atheismum religionem». («(...) those who deny the existence of the Deity are not to be tolerated

como uma associação voluntária visando o bem-estar espiritual dos seus membros e este como uma associação não-voluntária concernente aos assuntos temporais, civis e ao bem-comum, pelo que nem uma nem outra estariam em posição de impor conformidade na crença e prática religiosas<sup>138</sup>. Para o que mobiliza argumentos específicos, tais como a afirmação da irracionalidade da imposição, do cepticismo quanto à noção de salvação – a aconselhar aos governantes a prática tolerante quanto à fé (apesar de excluir a possibilidade de ateísmo) –, e do pragmatismo e auto-interesse dos governantes – a apontar a tolerância como única forma de garantir a estabilidade<sup>139</sup>.

---

at all. (...) a man who by his atheism undermines and destroys all religion cannot in the name of religion claim the privilege of toleration for himself»). – John LOCKE, *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration*, cit., p. 134-135. «The gist of Locke's argument is clear. While variation in belief is not immoral and should be tolerated, those who hold no theistic beliefs (i. e. atheists), should not be tolerated because they are immoral. Ironically, Locke failed to recognize that intolerance was only an issue for those who believed in a deity and not for those who rejected theism». – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, in *Društvena istraživanja: Journal of General Social Issues*, vol. 7, n. 6 (38), December 1998, p. 907-922, p. 912. Vide ainda Henry KAMEN, *O amanhecer da tolerância*, cit., p. 233-236; Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 83-84. Vide também, estabelecendo um paralelo entre a posição de LOCKE e a de BAYLE, quanto à relevância da dimensão teísta e, não obstante, simultânea pretensão universalizante da tolerância, David A. J. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, cit., p. 95 («*The Scope of Universal Toleration*», p. 95-102): «The natural consequence of the argument for an inalienable right to conscience is universal toleration. Locke and Bayle draw this conclusion, with two notable qualifications to the scope of such toleration. First, they exclude Catholics and atheists from such toleration. Second, they deny that such toleration includes conscientiously motivated immoral acts. The first exclusion may be inconsistent with respect for conscience; the second limitation is not». Vide ainda, sobre a relação entre a exigência de tolerância e o direito natural, Patrick RILEY, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, vol. 10 de Enrico PATTARO (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, p. 47-64 (4. «*Consent and Natural Law in Locke's Philosophy*»), especialmente p. 54, 57, referindo-se não apenas à *Epistola de tolerantia* mas também à *Third Letter for Toleration* (vide J. R. MILTON/Philip MILTON (Eds.), *John Locke: An Essay Concerning Toleration*, cit., p. 31). Vide John LOCKE, *A Third Letter for Toleration*, London, 1692, in *The Works of John Locke*, cit., vol. VI, p. 139-546.

<sup>138</sup>«Respublica mihi videtur societas hominum solummodo ad Bona civilia conservanda promovendaque constituta». («The commonwealth seems to me to be a society of men constituted only for preserving and advancing their civil goods»). – John LOCKE, *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration*, cit., p. 64-65.

«Ecclesia mihi videtur societas libera hominum sponte sua coeuntium, ut Deum publice colante o modo quem credunt numini acceptum fore ad salutem animarum.

Dico esse *societatem liberam et voluntariam*. Nemo nascitur alicujus ecclesiae membrum (...)). («A church seems to me to be a free society of men, joining together of their own accord for the public worship of God in such manner as they believe will be acceptable to the Deity for the salvation of their souls.

I say it is a *free and voluntary society*. Nobody is born a member of any church (...)). – *Idem*, p. 70-71. Vide *ibidem*, p. 64-77.

«(...) ipsa ecclesia a republica rebusque civilibus prorsus sejuncta est et separata». («(...) the church itself is absolutely separate and distinct from the commonwealth and civil affairs»). – *Idem*, p. 84-85.

<sup>139</sup>Vide Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “*La filosofía de la tolerancia*”, cit., p. 349-365.

Note-se, exemplarmente, que, na destrição entre tolerância e intolerância em LOCKE, na sua ponderação crítica da *leitura* da *Carta sobre a tolerância*, Catriona MCKINNON conclui, quanto à posição face ao carácter *voluntário* da fé, à *inviabilidade* da coerção e à *irracionalidade* atribuída à intolerância, que esta *irracionalidade* acaba por, por antonomásia, absorver tudo o que de *errado* LOCKE atribui à intolerância, esquecendo a *imoralidade*.<sup>140</sup> O que, não poderemos deixar de afirmar – implicando assim um afastamento não apenas face a Catriona MCKINNON mas também a Susan MENDUS e Jeremy WALDRON<sup>141</sup>, por exemplo –, entendemos não poderá ser apontado a LOCKE, pois que, à época, a argumentação plausível seria efectivamente a apresentada, pois só no contexto espaço-temporal será possível compreender o sentido e o alcance daquela *irracionalidade*. Distintamente, na leitura de Diogo PIRES AURÉLIO, LOCKE inserir-se-ia hoje, ainda que não plenamente, no modelo *multiculturalista* de tolerância, «(...) em que a tolerância se traduz, ao menos tendencialmente, no reconhecimento de igual direito a todas as comunidades», apesar de excluir expressamente os católicos, enquanto SPINOZA se incluiria, embora também imperfeitamente, num outro modelo,

<sup>140</sup>Vide, neste sentido, Catriona MCKINNON, *Toleration: A Critical Introduction*, cit., p. 7-13. «(...) as many commentators have noted, the argument from rationality seems to miss the mark with respect to what is wrong with intolerance. According to this argument, intolerance is wrong because it is irrational; but this fails to register the harm that intolerance visits upon the oppressed. Surely intolerance is wrong because it is in some way immoral, rather than just in virtue of being a failure of practical reasoning on the part of the oppressors?». – *Idem*, p. 10. «Para LOCKE «(...) a intolerância é irracional, primeiro, porque o Estado não tem por função converter pessoas ou cuidar de almas; segundo, porque a igreja não tem legitimidade para aplicar sanções e penas que saiam do foro espiritual; terceiro, porque as sanções são ineficazes neste domínio, visto não se poder garantir senão o mero cumprimento dos rituais, nunca a conversão interior dos perseguidos.

Voltaire (...) vai radicalizar esta argumentação, formulando-a pela positiva: a razão, não apenas requer a tolerância, como também ela própria é tolerância. O operador de uma tal identificação reside no sintagma «apanágio da humanidade». A tolerância é o «apanágio da humanidade», humanidade esta que, aos olhos de Voltaire, se define pela razão. A tolerância, portanto, é apanágio da razão». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 88. Ainda no sentido de que a tolerância, em LOCKE, não é já um puro ideal religioso nem um favor do soberano, mas um dever do Estado para com os seus cidadãos, e, assim, um *princípio político*, afirma David HEYD: «In John Locke's *Letter*, toleration is no longer conceived as either a purely religious ideal for the preservation of the unity of the Christian community or a personal favor granted by the sovereign. It has now become a duty of the *state* toward its citizens, a state whose function is strictly separated from the function of the church. Tolerance became political in the strict sense by being transformed into a universal principle, applied to (almost) all citizens of a polity and exercised not as a matter of personal favor but as a duty, not as a personal discretion of the power of the ruler but as a constitutional principle of the law». – David HEYD, *“Is Toleration a Political Virtue?”*, cit., p. 174.

<sup>141</sup>Vide Susan MENDUS, “*Locke: Toleration, Morality and Rationality*”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *John Locke: A Letter Concerning Toleration in Focus*, Routledge, London, New York, 1991, p. 149 e J. WALDRON, “*Locke: Toleration and the Rationality of Persecution*”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *John Locke: A Letter Concerning Toleration in Focus*, cit., p. 111, citados por Catriona MCKINNON in *Toleration: A Critical Introduction*, cit., p. 9-10, e n. 29 a 33, p. 176.

aquele «(...) em que a tolerância se traduz no reconhecimento de igual dignidade a todos os indivíduos»<sup>142</sup>, ambos apenas compreensíveis no contexto liberal<sup>143</sup>.

Afastando-se da questão da *crença religiosa*, nuclear em LOCKE, para se aproximar da pressuposição de uma noção estritamente *liberal* de liberdade – a *liberdade negativa* –, em John Stuart MILL, especialmente no seu *On Liberty*<sup>144</sup>, a possibilidade da intolerância sobrevirá já finalisticamente legitimada, de acordo com uma *supra-infra* ordenação cultural<sup>145</sup>, reconhecendo-se à *tolerância religiosa* muitas reservas<sup>146</sup>, ainda que tomando a tolerância como um mecanismo *contra a* tirania da maioria<sup>147</sup>. Tendo já anteriormente ROUSSEAU, no seu *Du Contrat Social*, também

<sup>142</sup>Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 130-132. Vide Baruch SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*, Hamburgi: Henricum Künrath, 1670, exemplarmente Cap. XX. «*Ostenditur, in Libera Republica unicuique et sentire, quae velit, et quae sentiat dicere licere*», p. 225-233.

<sup>143</sup>Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 132, citando Paul RICOEUR, “*Tolérance, intolérance intolérable*”, cit.. Vide ainda Jonathan I. ISRAEL, in “*Spinosa, Locke and the Enlightenment Battle for Toleration*”, cit., p. 105-111; Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 79-86.

<sup>144</sup>Vide, neste sentido, Catriona MCKINNON, *Toleration: A Critical Introduction*, cit., p. 10. STUART MILL aponta imediatamente as orientações fundamentais do seu pensamento ao enunciar o objecto do seu *On Liberty*: «The subject of this Essay is not the so-called liberty of the Will, so unfortunately opposed to the misnamed doctrine of Philosophical Necessity; but Civil, or Social Liberty: the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual». – John Stuart MILL, *On Liberty*, cit., p. 7 (I. «*Introductory*», p. 7-30). E, ainda: «The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of the public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant». – *Idem*, p. 21-22. Sobre o conceito de *harm* e da sua relação com a prática tolerante, problematizando a relevância da objectividade da determinação moral fundamentante face à subjectividade da determinação do sentido de *dano (harm)*, vide John HORTON, “*Toleration, Morality and Harm*”, in John HORTON, Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration...*, cit., p. 113-135, especialmente p. 129-133.

<sup>145</sup>Neste sentido, destaca ZLOMISLIĆ a perspectivação de MILL face aos que designa por *bárbaros*: «John Stuart Mill also develops a puzzling attitude towards tolerance. (...) Mill argues that “... Despotism is a legitimate mode of government in dealing with barbarians, provided the end may be their improvement...” In this instance, tolerance towards the barbarian does not apply. The other is already described as a “barbarian” who must be improved by becoming “a good European” perhaps». – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, cit., p. 912 (citando John Stuart MILL, *On Liberty*, edited by David Spitz, New York: W. W. Norton, 1975, p. 11 – p. 23 na edição citada *supra*).

<sup>146</sup>«In the minds of almost all religious persons, even in the most tolerant countries, the duty of toleration is admitted with tacit reserves». – John Stuart MILL, *On Liberty*, cit., p. 19. Vide *idem*, p. 122 ss. (III. «*Of Individuality, as One of the Elements of Well-being*», p. 100-133). Sobre intolerância religiosa, vide *idem*, p. 51 ss. (II. «*Of the Liberty of Thought and Discussion*», p. 31-99).

<sup>147</sup>«The will of people, moreover, practically means the will of the most numerous or the most active *part* of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority; the people, consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this as against any other abuse of power. (...) in political speculations ‘the tyranny of the majority’ is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard». *Idem*, p. 12-13.

distintamente de LOCKE, distinguindo uma *religião civil*, inspirada na sacralização do *contrato social*, e, recusando em geral a intolerância, propalado uma *tolerância religiosa* resultante da distinção estrita entre o público e o privado, e incluindo neste a religião, embora não rejeitando ainda a exclusão dos ateus e admitindo a excomunhão como sanção da Igreja<sup>148</sup>. Ponto este em que se tinham também já exemplarmente manifestado decisivos os desenvolvimentos de precursão *moderna* presentes em Francisco SUÁREZ e Hugo de GROOT. Assim, Francisco SUÁREZ, pese embora a permanência da condenação expressa da *heresia* – exposta, desde logo no Livro I do *De Legibus* (1612)<sup>149</sup> –, ensaiou passos fundamentais para a progressiva autonomização racional da *lei humana* face à *lei divina*, incluindo na perspectivação do *jus gentium* como *lei humana*, com uma embrionária abertura a uma eventual *tolerância*, posto que ainda não assumidamente do ponto de vista religioso – o que se torna patente,

<sup>148</sup>Ouçamos o próprio ROUSSEAU: «Il y a donc une profession de foi purement civile, dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de Religion, mais comme sentiments de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle». – Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762, p. 355. (Chapitre VIII. «De la Religion civile», p. 329-359). «Les dogmes de la Religion civil doivent être simples, en petit nombre, énoncés avec précision, sans explication ni commentaires». – *Idem*, p. 356. «Ceux qui distinguent l'intolérance civile et l'intolérance théologique se trompent à mon avis. Ceux deux intolérances sont inséparables». – *Idem*, p. 357. Vide Fernando CATROGA, *Entre deuses e céсарes...*, *cit.*, p. 95-144, especialmente p. 106-119, 120-127, e “A religião civil do Estado-Nação”, in *Revista de História das Ideias*, vol. 26, 2005, p. 503-581, especialmente p. 504-524; Patrick RILEY, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, vol. 10 de Enrico PATTARO (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, *cit.*, p. 193-194 (11. «The Legal Philosophy of Jean-Jacques Rousseau», p. 177-195).

<sup>149</sup>«Haeretici enim huius temporis docent iustos a iugo legis exemptos esse, et non loquuntur de lege tantum humana, ut aliqui putant; sed simpliciter de lege, ut ex eorum fundamentis manifeste colligitur». – Francisco SUAREZ, *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore: In decem libros distributus*, Didacus Gomez de Loureyro, Conimbrica, 1612, *Liber I – De natura legis in communi: de eiusque causis, et effectibus*, p. 6-97, Caput XVIII: «An viatores omnes legi subiecti sunt, et illa obligantur», § 2. «Haeretici iustos omnes eximunt a lege», p. 82. «Veritas autem catholica est, omnes homines viatores esse subiectos legi, ita ut teneantur illi parere, eiusque rei fiant apud Deum, si illam voluntarie non servent». – *Idem*, § 3. «Omnes homines viatores subiectos esse legi fides docet», p. 82. Vide ainda Mendo CASTRO HENRIQUES, “Francisco Suárez. Apresentação ao leitor do século XXI”, in Francisco SUÁREZ, *De Legibus. Livro I. Da Lei em Geral*, tradução portuguesa de Gonçalo MOITA, Luís CERQUEIRA, apresentação de Mendo Castro HENRIQUES, Tribuna da História, Lisboa, 2004, p. 10-56, p. 17-20 e Francisco SUÁREZ, *De Legibus. Livro I. Da Lei em Geral*, *cit.*, p. 379-386 (Capítulo XVIII: «Se Todos os que Caminham por este Mundo estão Sujeitos à Lei e são Obrigados por Ela»). Vide a seriação das conclusões patentes no *De Legibus* proposta por António GARCÍA Y GARCÍA: «1) The law of nations contains norms which are not present in *ius naturale* nor in *ius civile* (...). 2) The law of nations is a *universal law* in its sphere of application (*commune omnibus gentibus*) (...). 3) The law of nations is a *human law* (...). 4) The *ius gentium* is a *positive law* (...). 5) The *ius gentium* is a *voluntary law* (...). 6) On account of its positive character, the law of nations is also a *customary law* (...). 7) Its basis is the *consent of nations* (...)». – António GARCÍA Y GARCÍA, “The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of Human Rights”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 25-35, especialmente p. 28-32. Vide ainda Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 130-151.

sobretudo, nos Livros II<sup>150</sup> e III<sup>151</sup> daquela obra –, só muito mais tarde oficialmente admitida pela Igreja Católica<sup>152</sup>. Diversamente, quanto aos pressupostos, porém não tanto já quanto aos resultados, Hugo de GROOT – para além da reflexão de *De iure belli ac pacis* (1625), mormente nos dois primeiros capítulos do Livro I<sup>153</sup> – estabelece uma posição *tolerante* quanto à coexistência das diferentes convicções cristãs, desde logo em *De veritate religionis Christianae* (1627), na recondução dos elementos essenciais do Cristianismo a um núcleo comum<sup>154</sup> – posição tolerante esta corroborada ainda,

<sup>150</sup>«(...) nam Paulus 2. Thessal. 4, inter praecepta a se tradita ponit, ut nemo circumveniat fratrem suum, et subdit. Quoniam vindex est Deus de his omnibus. Debet ergo verbum, licere, late sumi, et in ordine ad humanum iudicium, prout licere dicitur, quod impune sit, et quod usu toleratur, quod perinde est ac permitti». – Francisco SUÁREZ, *Tractatus De Legibus...*, cit., *Liber II – De lege aeterna et naturali ac iure gentium*, p. 98-194, Caput XX: «Corollaria ex superiori doctrina, et quomodo ius gentium, et iustum sit, et mutabile», p. 191-194, §4. «Objectio. L. Causae. Glossa. Mattienz. L. Item si praetio», p. 192-193, p. 193 («2. Thes. 4»). Vide ainda idem, *Liber IV – De lege positiva Canonica*, p. 360-454, Caput XVI: «Utrum lex canonica obliget fideles priusquam ab eis acceptetur», p. 438-442, § 9. «3. Conclus.», p. 441: «Lex canonica, si per consuetudinem toleratam non acceptatur, tandem non obligat, etiam si fortasse in principio culpabilitier fuerit non observata». Vide ainda Mendo CASTRO HENRIQUES, “Francisco Suárez. Apresentação ao leitor do século XXI”, cit., p. 24-28.

<sup>151</sup>O Livro III do *De Legibus* considera especificamente a *lei humana*, autonomizando-a da *lei natural* e da *lei eterna*: «Distinximus in primo libro temporalem legem in naturalem et positivam, et ideo postquam de aeterna lege, et temporali naturali dictum est, dicendum sequitur de positiva. Hanc vero ibidem subdistinximus in divinam et humanam, inter quas divina quidem nobilior est et dignior (...). Ideoque prius de lege humana, quam de divina tractamus». – Francisco SUÁREZ, *Tractatus De Legibus...*, cit., *Liber III – De lege positiva humana secundum se, et prout in pura hominis natura spectari potest, quae lex etiam civilis dicitur*, p. 195-360, p. 196. Vide ainda Mendo CASTRO HENRIQUES, “Francisco Suárez. Apresentação ao leitor do século XXI”, cit., p. 28-33.

<sup>152</sup>A tolerância só viria a ser oficialmente assumida pela Igreja Católica já na segunda metade do Século XX, com o Concílio Vaticano Segundo, sendo exemplares as declarações *Nostra Aetate* – sobre a Igreja e as religiões não-cristãs – e *Dignitatis Humanae* – sobre a liberdade religiosa – e o decreto *Unitatis Redintegratio* – sobre o ecumenismo. «A conversão oficial da Igreja Católica à tolerância chegará, (...) pelo Concílio Vaticano Segundo, altura em que surgem vários documentos, em particular a *Declaração sobre a liberdade religiosa* (1965), que consagram, finalmente, o valor inalienável da liberdade individual em matéria religiosa e os direitos da «consciência errante». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 84. Vide as declarações *Nostra Aetate* e *Dignitatis Humanae* e o decreto *Unitatis Redintegratio*, disponíveis, respectivamente, em [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vatii\\_decl\\_19651028\\_nostra-aetate\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decl_19651028_nostra-aetate_po.html); [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vatii\\_decl\\_19651207\\_dignitatis-humanae\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html); [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vatii\\_decree\\_19641121\\_unitatis-redintegratio\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decree_19641121_unitatis-redintegratio_po.html) (accedidos em 28-09-2011); vide Jean IMBERT, “Toleration and Law...”, cit., p. 21-22; Otfried HÖFFE, „Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne“, cit., p. 63-66; Perry SCHMIDT-LEUKEL, “Ist das Christentum notwendig intolerant?”, cit., p. 187.

<sup>153</sup>Hugo VAN GROOT, *De iure belli ac pacis*, S. Claudij & Hominis Siluestris, Paris, 1625, *Liber I*, Cap. I «Vid Bellum, quid Jus?», p. 1-15. Vide Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003, p. 384-397; Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 151-165.

<sup>154</sup>«XXVI. Qualis autem ea sit felicitas, et quomodo comparetur, possunt quidem homines conjecturis indagare; sed, si quid ejus rei a Deo patefactum est, id pro verissimo et certissimo haberi debet: quod cum Christiana religio supra alias se nobis afferre polliceatur (...).» – Hugo VAN GROOT, *De veritate religionis Christianae*, Leiden, 1627 (versão latina de *Bewijs van de ware Godsdienst*, Rotterdam, 1622), *Liber Primus*, XXVI. Vide Daniel GARBER/Michael AYERS (Ed.), *The Cambridge*

exemplarmente, no seu comentário à *parábola do trigo e do joio*, do *Evangelho de S. Mateus* (Mateus, 13, 24-43)<sup>155</sup>. Haverá ainda outros contributos, imprescindíveis, a considerar, como o de Christian THOMASIVS – nomeadamente o seu diálogo entre *Orthodoxus* e *Christianus*, em *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen?* (1697)<sup>156</sup>, e a distinção entre direito e moral, *rectius*, entre *justum*, *honestum* e *decorum*, em *Fundamenta juris naturae ac gentium* (1705)<sup>157</sup>; e, ainda anteriormente, o de Samuel PUFENDORF, com *De habitu religionis Christianiae ad vitam civilem* (1687), postulando também a separação entre Igreja e Estado<sup>158-159</sup>. Fundamental foi também, por outro lado, e mais especificamente, a obra *Nathan, der Weise*, de Gotthold Ephraim LESSING (1779), em que dialogam representantes das três Religiões do Livro, sublinhando a existência de um fundo comum, assente no amor, com intuito de estabelecer uma fraternidade universal, em último termo com intenção laicizante<sup>160</sup>. E, assim,

---

*History of Seventeenth-Century Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, vol. 2, p. 1432-1433, e Charles LARMORE, “Scepticism”, in Daniel GARBER/Michael AYERS (Ed.), *The Cambridge History of Seventeenth-Century Philosophy*, cit., p. 1145 ss., p. 1163; vide ainda Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “La filosofía de la tolerancia”, cit., p. 311-316, especialmente p. 312; Patrick RILEY, *The Philosophers’ Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, vol. 10 de Enrico PATTARO (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, cit., p. 12-13 (2. «The Legal Philosophy of Hugo Grotius», p. 11-23).

<sup>155</sup>Vide *Evangelho Segundo S. Mateus*, 13, 24-43, in *Bíblia*, cit., e Hugo VAN GROOT, *Opera Omnia Theologica, Operum Theologicorum, Tomus Secundus, contiens Annotationes in Quatuor Evangelia et Acta Apostolorum* (Amsterdão: Heredes Joannis Blaeu, 1679), E. & J. R. Thurnisios, Basileia, 1732, «Annotationes in Evangelium Secundum Mathæum», p. 3-290, p. 141-143. Vide ainda Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “La filosofía de la tolerancia”, cit., p. 314-315.

<sup>156</sup>Christian THOMASIVS, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen?*, Elect. Brandenb., Halle, 1697. Vide ainda Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ/ Luis Prieto SANCHÍS, “La filosofía de la tolerancia”, cit., p. 346-349.

<sup>157</sup>Christian THOMASIVS, *Fundamenta juris naturae ac gentium* (1705), Elect. Brandenb., Halle, 1718, p. 7, § XII, 277. Recuperando a distinção entre *honestum*, *decorum* e *justum* para o problema da tolerância, colocando o acento tónico no *decorum*, enquanto domínio do compromisso político, vide Paolo COMANDUCCI, “Some Comments on Toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 187-192, p. 191-192. Ainda sobre aquela distinção, Mário Reis MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 135-137.

<sup>158</sup>Samuel PUFENDORF, *De habitu religionis Christianiae ad vitam civilem* (1687), *Editio quarta prioribus emendatior*, Breae, Sumptibus Philippi Gothofredi Saurmanni, Bibliop. 1706. Vide também Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, cit., p. 397-405, e Mário Reis MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, cit., p. 128-131; Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p.182-196.

<sup>159</sup>Para uma consideração comparativa do contributo dos diversos autores citados, vide Jean IMBERT, “Toleration and Law: Historical Aspects”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 13-24.

<sup>160</sup>Vide Gotthold Ephraim LESSING, *Nathan, der Weise*, 1779 (Leipzig, Wartigs Verlag (Ernst Hoppe), s/d). Referindo-se à peça de LESSING, especificamente quanto a este ponto, afirma Fernando CATROGA: «Pondo em diálogo três representantes da religião do Livro, em vez do desejo de todos alcançarem a (sua) Verdade absoluta, o pensador alemão sublinhou a existência de um fundo comum: a circunstância de todos eles perfilharem religiões do amor filialmente transmitidas. Com isso, deu voz aos sonhos iluministas (e maçónicos) de fraternidade universal (inclusive das diversidades religiosas, nacionais ou sociais), sem ter do universalismo uma ideia excessivamente holística e abstracta». – Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 78. Estabelecendo um paralelo diacrónico entre

testemunhando também uma transição progressiva de *tolerância religiosa* para o que viria mais tarde a concretizar-se como *liberdade de religião e de crença*<sup>161</sup>.

Determinante do ponto de vista da matriz racional fundamentante da categoria tolerância, a progressiva laicização moderna conducente de um *paradigma de tolerância religiosa* a um *paradigma de tolerância civil* haveria de determinar a respectiva dessubstancialização e específica fixação formal-procedimentalmente justificada<sup>162</sup>.

### **2.1.2.2. Autonomização racional da categoria tolerância enquanto determinação moral e consequente liberal procedimentalização**

A assunção da categoria tolerância na legitimação do projecto político da Modernidade<sup>163</sup> viria a manifestar-se sobretudo no reconhecimento da liberdade, enquanto *direito natural*, nas suas plurais compreensões, especificamente na construção kantiana de *moral*, como direito inato à *pessoa*, de razão autónoma porque legisladora de si própria – e, assim, distinta das heterónomas determinações da religião, não obstante a esta inevitavelmente conduzindo<sup>164</sup> –, que implicou o esbater progressivo do

Cristianismo e Judaísmo, e entre Cristianismo e Islamismo, vide Arnold ANGENENDT, *Toleranz und Gewalt...*, cit., p. 486-513, e p. 257-262, respectivamente. Vide ainda Avishai MARGALIT, “The Ring: On Religious Pluralism”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 147-157; Reyes MATE, “The Nathan of Lessing and the Nathan of Rosenzweig”, *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 334-352.

<sup>161</sup>Vide José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 383.

<sup>162</sup>Neste sentido, ouçamos de novo Fernando CATROGA: «Moderna é, igualmente, a defesa da tolerância radicada em imperativos de índole moral». – Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 77.

<sup>163</sup>Vai neste sentido afirmação de Otfried HÖFFE: «Die Toleranz gehört vor allem (...) zum legitimatorischen Kern des politischen Projekts der Moderne (...)». – Otfried HÖFFE, „*Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne*“, cit., p. 71.

<sup>164</sup>«Die Moral, so fern sie auf dem Begriff des Menschen, als eines freien, eben darum aber auch sich selbst durch seine Vernunft an unbedingte Gesetze bindenden Wesens, gegründet ist, bedarf weder der Idee eines andern Wesens über ihm, um seine Pflicht zu erkennen, noch einer andern Triebfeder als des Gesetzes selbst, um sie zu beobachten. (...) Sie bedarf also zum Behuf ihrer selbst (...) keineswegs der Religion, sondern, vermöge der reinen praktischen Vernunft, ist sie sich selbst genug». – Immanuel KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (1793/1794), in Wilhelm WEISCHDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982, Band VIII, p. 645-879, BA III, IV, V, p. 649 (»Vorrede zur ersten Auflage«, p. 649-658). Vide também *idem*, BA VI, VII, VIII, p. 650-651. Vide ainda Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 100-105, p. 101-102.



fundamento da tolerância na caridade ou racionalidade de *seres superiores*, estabelecendo tal fundamento numa *liberdade racional* resultante da *igual* dignidade humana<sup>165</sup>, *rectius*, na *razão*, compreendendo o *dever de* tolerar e o *direito a* ser tolerado, tal como já sustentado por VOLTAIRE<sup>166</sup>.

Tomando também por base uma construção de *tolerância religiosa*, estabelecendo pontos essenciais na sua filosofia da religião para a fundamentação da tolerância<sup>167</sup>, KANT, apontando uma compreensão da Pessoa como *fim em si mesma*<sup>168</sup>, e do direito como *compossibilitação dos arbítrios*, postula o desígnio da *paz perpétua*,

<sup>165</sup>Vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 39-40, e ainda António ULISSES CORTÊS, “O princípio da dignidade humana em Kant”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p.601-631, especialmente p. 606-608.

<sup>166</sup>VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, cit., exemplarmente, VI. «*Si l' intolérance est de droit naturel et de droit humain*», p. 59-60. Vide ainda, quanto a este ponto, Diogo PIRES AURÉLIO, segundo o qual «Voltaire detém-se unicamente na implicação da tolerância recíproca, deduzida a partir do reconhecimento das limitações da opinião individual. Mas há, logicamente, uma outra conclusão possível, qual seja a da equivalência das opiniões e do concomitante relativismo. E este, tanto pode servir – e tem, efectivamente, servido – para sustentar posições tolerantes, como para sustentar posições intolerantes». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 89.

<sup>167</sup>Seriam cinco esses pontos essenciais, no entender de Matthias MAHLMANN («Man kann (...) fünf Kernaspekte der Religionsphilosophie Kants festhalten, die für die Grundlagen religiöser Toleranz wichtig sind (...): 1) argumentos fortes contra a possibilidade de uma determinação teórica final de certeza quanto a questões religiosas («Erstens starke theoretische Argumente gegen die Möglichkeit eine letzten theoretischen Gewissheit in religiösen Fragen»); 2) crítica contundente a leis religiosas tornadas históricas («Zweitens eine scharfe Kritik historisch gewordener Religionsgesetze»); 3) a procura da reconstrução da religião como moralidade vivida («Drittens den Versuch, Religion positiv als gelebte Moralität zu rekonstruieren, dadurch zu humanisieren und individualisieren sowie die Perspektiven eines gemeinsamen Anliegens der Religionen aufzuzeigen»); 4) a demonstração de que a religião se prende com o foro internodos indivíduos («Viertens, der Aufweis, dass für die Beurteilung von Religionen nicht die äußere, statutarisch bestimmte Erscheinung, sondern die konkrete innere Haltung und das entsprechende Verhalten von Individuen entscheidend ist»); 5) o desenvolvimento de uma ética da autonomia, solidariedade e dignidade humana, fundamental base para a tolerância religiosa («Fünffens die Entwicklung einer Ethik der Autonomie, Solidarität und Menschenwürde, die – was immer man von ihrer kantischen Herleitung halten mag – jedenfalls den materialen Gehalt einer solchen Ethik auf den Begriff gebracht hat, der eine zentrale Grundlage religiöser Toleranz ist»). – Matthias MAHLMANN, “*Religiöse Toleranz und praktische Vernunft*”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 1-19, p. 15. Veja-se, nas palavras do próprio Kant, a referência da liberdade religiosa, a sobrepor-se à *mera tolerância*: «Ein Fürst, der es seiner nicht unwürdig findet, zu sagen: daß er es für Pflicht halte, in Religionsdingen den Menschen nichts vorzuschreiben, sondern ihnen darin volle Freiheit zu lassen, der also selbst den hochmütigen Namen der Toleranz von sich ablehnt: ist selbst aufgeklärt (...)». – Immanuel KANT, “*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*”, 1783, in *Berlinische Monatsschrift*, Zwölftes Stück. December, 1784; também in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band XI, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, p. 53-61 (versão citada), A 492, p. 60.

<sup>168</sup>Vide a respectiva enunciação por KANT: «Wenn es denn also ein oberstes praktisches Prinzip, und, in Ansehung des menschlichen Willens, einen kategorischen Imperativ geben soll, so muß es ein solchers sein, das aus der Vorstellung dessen, was notwendig für jedermann Zweck ist, weil es Zweck an sich selbst ist, ein objektives Prinzip des Willens ausmacht, mithin zum allgemeinen praktischen Gesetz dienen kann. Der Grund dieses Prinzip ist: die vernünftige Natur existiert als Zweck an sich selbst. (...) Der praktische Imperative wird also folgender sein: Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest». – Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Johann Friedrich Hartknoch, Riga, 1785-1786), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974 (versão citada), BA 65-66, p. 60-61.

ainda que de cariz *cosmopolita*, possibilitando uma leitura da Pessoa e da sua dignidade que contribui singularmente nesta sede para a construção da intersubjectividade, pese embora a respectiva leitura individualista construída pelo contexto da Modernidade<sup>169</sup>. Com o aqui compulsado *respeito da dignidade da pessoa*, decorrente da tradição estóica e, depois, cristã, a postular o *reconhecimento* do outro como semelhante, e, assim, o respeito pela sua singularidade individual – e inscrevendo-se o *princípio de beneficência*, cujo conteúdo consistiria em fazer o *maior bem* possível ou então o *menor mal* possível, na tradição utilitarista anglo-saxónica<sup>170</sup>. Para Diogo PIRES AURÉLIO, a compreensão kantiana da Pessoa traduz o desaparecimento, em KANT, da categoria *hierarquia* na caracterização da exigência de tolerância. E isto ao constatar que a *faculdade do juízo* assenta num *sentido comunitário* comumente dito *sensu comum*, um modo de representação *do outro* e orientada *ao outro*<sup>171</sup>.

Se na problemática da *razão prática*, sede da moralidade kantiana e, concomitantemente, do respectivo tratamento da acção humana, encontramos o imperativo categórico da moral como expressão de um dever moral, e na formalidade daquela moral, aí poderá ver-se, em último termo, o problema do fundamento e da prática de tolerância, enquanto expressão daquele imperativo: «Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa ser sempre considerada como princípio de razão universal». Não obstante, Diogo PIRES AURÉLIO vai mais longe, procurando numa *modalidade racional intermédia*, entre o *entendimento* e a *razão*, com KANT, e, assim, por referência à *faculdade do juízo*<sup>172</sup> – conjugada ainda com a perspectiva kantiana

<sup>169</sup>Vide Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Johann Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1795), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band XI, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, p. 191-251 (versão citada), B 63, 64/A 62, 63a B 65, 66/A 64, 65, p. 225-227. Vide a síntese de Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., p. 249-270, especialmente p. 266-268; e ainda, sobre a relação entre o princípio da dignidade humana, o imperativo categórico e a legalidade em KANT, no contexto do *legalismo*, António ULISSES CORTÊS, “O princípio da dignidade humana em Kant”, cit., p. 624-630.

<sup>170</sup>Neste sentido, Jean-Pierre CHANGEAUX, “O debate ético numa sociedade pluralista”, introdução a Jean-Pierre CHANGEAUX (Dir.), *Uma mesma ética para todos?*, cit., p. 13-44, p. 43, em referência a Anne FAGOT-LARGEAULT, “Bref historique du concept de consentement”, in Jean-Pierre GHRANASSIA, *Le consentement éclairé et recherche clinique*, Flammarion, Paris, 1994, p. 5-7.

<sup>171</sup>Vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 128-130.

<sup>172</sup>Sobre a natureza e o sentido desta *faculdade do juízo*, como *subjektives Prinzip (Maxime) der Urteilskraft*, afirma KANT: «Dieser transzendente Begriff einer Zweckmäßigkeit der Natur ist nun weder ein Naturbegriff, noch ein Freiheitsbegriff, weil er gar nichts dem Objekte (der Natur) beilegt, sondern nur die einzige Art, wie wir der Reflexion über die Gegenstände der Natur in Absicht auf eine durchgängig zusammenhängende Erfahrung verfahren müssen, vorstellt, folglich ein subjektives Prinzip (Maxime) der Urteilskraft (...)». – Immanuel KANT, *Kritik der Urteilskraft* (Libau, Berlin, 1790), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band X, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974 (versão citada), § V, B XXXIV/A XXXII, p. 93.

sobre a *paz perpétua*<sup>173</sup> –, concluindo que o *sentido comum*, compreendido como condição de possibilidade da existência de consensos e acordos, de base subjectiva e sem vinculação racional, conduz a uma percepção da tolerância como *disponibilidade para partilhar*, mas não já, como tradicionalmente, o *bem*, e sim o *justo*<sup>174</sup>. Procurando assim nesta faculdade intermédia noções de *comunidade* e de *alteridade* que só se compreenderão se projectadas no domínio da *acção* – em sentido kantiano, da *razão prática* – enquanto substrato – produção de *juízos* acerca do *outro* – para uma actuação *ética* orientada pelo *imperativo categórico*. O que não poderá excluir uma referência essencial para a compreensão da *virtude* em KANT, determinado ao nível da *razão pura prática* através do *imperativo categórico da ética*: «O princípio supremo da doutrina da virtude é o seguinte: age de acordo com uma máxima dos fins tal que assumi-los possa ser para cada um uma lei universal»<sup>175</sup>. *Imperativo* cuja concretização implica o reconhecimento da *tolerância* («*Verträglichkeit*») como uma das *virtudes da convivência social* (*virtutes homileticae*)<sup>176</sup>. Sentido este de *virtude* também distinto –

<sup>173</sup>«(...) há que ter também em conta a perspectiva de Kant sobre a «paz perpétua» exigida pela razão, a qual a natureza impede através das resistências nacionais – *língua e religião*, diversidades causadoras de ódios recíprocos e guerras – e, ao mesmo tempo, estimula mediante a percepção das vantagens do comércio, dos contratos e dos simples contactos internacionais». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 130.

<sup>174</sup>«O sentido comum surge-nos, assim, como condição de possibilidade para a existência de consensos e acordos, mais ou menos estáveis e mais ou menos vastos, mas sempre na base de uma subjectividade e de juízos racionalmente não vinculativos. É neste «sentido» que a tolerância se deixa originalmente apreender como uma espécie de disponibilidade para partilhar, não tanto o bem – como se julgaria na definição tradicional da tolerância como condescendência – mas sim o justo». – *Idem*, p. 130.

<sup>175</sup>Vejamos a formulação original: «Das oberste Prinzip der Tugendlehre ist: handle nach einer Maxime der Zwecke, die zu haben für jedermann ein allgemeines Gesetz sein kann. – Nach diesem Prinzip ist der Mensch sowohl sich selbst als andern Zweck und es ist nicht genug, daß er weder sich selbst noch andere bloß als Mittel zu brauchen befugt ist (dabei er doch gegen sie auch indifferent sein kann), sondern den Menschen überhaupt sich zum Zwecke zu machen ist an sich selbst des Menschen Pflicht.

Dieser Grundsatz der Tugendlehre verstatet, als ein kategorisch Imperativ, keinen Beweis, aber wohl eine Deduktion aus der reinen praktischen Vernunft». – Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797-1798), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977 (versão citada), Zweiter Teil. «*Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*», «*Einleitung*», IX. «*Was ist Tugendpflicht?*», p. 525-527, A 30, p. 526, e também já in Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cit., p. 51: «Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger, und zwar dieser: handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde». *Vide idem*, especialmente p. 41-51.

<sup>176</sup>Para lá dos *deveres para consigo próprio em geral* e dos *deveres de virtude para com os outros* – e nestes, muito concretamente o *dever de respeito*. *Vide ibidem*, p. 549 ss., 584 ss., especialmente, quanto ao *dever de respeito*, p. 585-586 (§ 25). «Es ist Pflicht, so wohl gegen sich selbst, als auch gegen andere, mit seinen sittlichen Vollkommenheiten unter einander Verkehr zu treiben (*officium commercii, sociabilitas*); sich nicht zu isolieren (*separatistam agere*); zwar sich einen unbeweglichen Mittelpunkt seiner Grundsätze zu machen, aber diesen um sich gezogenen Kreis doch auch als einen, der den Teil von einem allbefassenden, der weltbürgerlich Gesinnung, aus macht,

porém não alheado – do de *virtudes artificiais*, de HUME, este fazendo surgir a tolerância paralelamente à *justiça*, à *fidelidade* aos compromissos, à *lealdade* ao governo e à *castidade*, entre outras – embora não refira expressamente a tolerância no elenco dessas *virtudes artificiais*<sup>177</sup> –, numa perspectiva utilitarista, valorada à luz dos objectivos, originariamente de índole *religiosa*, porém de determinação fundamentalmente *política*, e de que são também tributárias múltiplas compreensões da dita *tolerância liberal*.

Autonomização esta cujo posicionamento face à *phronesis* aristotélica se torna patente na consideração kantiana da *prudência* ao nível dos *imperativos hipotéticos reais*, e, assim, segundo um «*princípio assertoricamente prático*», e portanto referidos a imperativos de *prudência*, de determinação à *felicidade*, distintos quer dos *imperativos hipotéticos possíveis*, referidos a um «*princípio problemáticamente prático*», e assim imperativos de *habilidade*, quer da consideração do *imperativo categórico* da lei moral, e assim imperativo de *moralidade*, segundo um «*princípio apoditicamente prático*», como valor em si mesmo<sup>178</sup>. Operando KANT na *Crítica da Faculdade do Juízo* uma

---

anzusehen; nicht eben um das Weltbeste als Zweck zu befördern, sondern nur die wechselseitige, die indirekt dahin führt, die Annehmlichkeit in derselben, die Verträglichkeit, die wechselseitige Liebe und Achtung (Leutseligkeit und Wohlständigkeit, humanitas aethetica, et decorum) zu kultivieren, und so der Tugend die Grazien beizugesellen; welches zu bewerkstelligen selbst Tugendpflicht ist». – *Idem*, p. 613 («Zusatz. Von den Umgangstugenden (virtutes homileticae)», § 48, p. 613-614).

<sup>177</sup>«For toleration to work maximally well it must become, through experience and social learning, second nature – what Hume calls an artificial virtue (one of only four or five such, along with justice, allegiance to government, fidelity to promises, and on some readings, chastity). (...)

Though Hume never says so explicitly, his argument for toleration can be reconstructed along exactly the same lines. Seeing toleration as a learned and artificial virtue fits perfectly with Hume's claim that toleration is a "paradoxical principle and salutary practice". – Andrew SABL, "The Last Artificial Virtue: Hume on Toleration and Its Lessons", in *Political Theory*, vol. 37, n. 4, August 2009, p. 511-538, p. 512. Sobre as *virtudes artificiais*, vide DAVID HUME, *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects* (1739-1740), London, 1817, vol. II, Book III («Of Morals»), Part II-III, p. 180-353. A citação, especificamente sobre tolerância, é de David HUME, *The History of England from the Invasion of Julius Caesar to the Revolution in 1688* (1754-1762), Liberty Fund, Indianapolis, 1983, 5:130, obra em que o Autor desenvolve expressamente o tema. Vide Andrew SABL, "The Last Artificial Virtue...", *cit.*, p. 514-515.

<sup>178</sup>Neste sentido, vide Pierre AUBENQUE, "La Prudencia en Kant", Apêndice 3. de Pierre AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles*, *cit.*, p. 212-240, p. 214-217, especialmente p. 216 (inicialmente publicado como "La prudencia chez Kant", in *Revue de Métaphysique et de Morale*, LXXX, 1975, p. 156-182), estabelecendo uma ligação entre a *Crítica da Razão Prática* e a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* quanto ao tratamento da *moral* e da *prudência*. Vide ainda Immanuel KANT, *Kritik der praktischen Vernunft* (Johann Friedrich Hartknoch, Riga, 1788), in Wilhelm WEISCHDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, § 8. Lehrsatz IV, Anmerkung II, A 60-61, p. 146: «Das gerade Widerspiel des Prinzip der Sittlichkeit ist: wenn das der eigenen Glückseligkeit zum Bestimmungsgrunde des Willens gemacht wird, wozu (...) alles überhaupt gezähly werden muß, was den Bestimmungsgrund, der zum Gesetze dienen soll, irgend worin anders, als in der gesetzebenden Form der Maxime setzt». «(...) um den Unterschied der Imperativen, unter problematischer, assertorischem und apodiktischen Bestimmungsgrunde, zu tun». – *Idem*, «Vorrede», p. 107-119, A 19-20, p. 116, nota. Vide ainda *idem*, § 1, A 35-37, p. 125-127; A 127-159, p. 191-212 («Von

alteração de sistematização, substituindo a mencionada tripartição dos *imperativos* por uma bipartição, em *proposições* e *princípios práticos*. Deixando a *prudência* de se situar numa posição intermédia, entre a *habilidade* e a *moralidade*, para se posicionar como um caso particular de *habilidade* (*Geschicklichkeit*), afastando-se mais, assim, da *objectividade da lei moral*<sup>179</sup>. *Prudência* esta que, assim, mais do que seguir o sentido estóico, de assimilação como *virtude ética*, no sentido aristotélico – sentido este de influência fundamental no pensamento ocidental –, parece assimilar o sentido aristotélico de *phronesis*, tal como Pierre AUBENQUE interpreta a respectiva evolução, no sentido já *supra* elucidado, de *virtude intelectual* (*dianoética*), como *hábito* (*hexis-ἕξις*) prático referido à *sophia*<sup>180</sup>. Porém, dada a sua orientação à *felicidade*, o

---

*die Triebfedern der reinen praktischen Vernunft*»); Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cit., BA 6-7, p. 21-22. «Die Vorstellung eines objektiven Prinzips, sofern es für einen Willen nötigend ist, heißt ein Gebot (der Vernunft) und die Formel des Gebot heißt Imperativ». – *Idem*, BA 37, p. 41. «Allen Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch, oder kategorisch. Jene stellen die praktische Notwendigkeit eine möglichen Handlung als Mittel, zu etwas anderem, was man will (oder noch möglich ist, daß man es wolle, zu gelangen, vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte.

(...)

Der Imperativ sagt also nur, daß die Handlung zu irgend einer möglichen oder wirklichen Absicht gut sei. Im ersten Fall ist er ein problematisch, im zweiten assertorisch-praktisches Prinzip. Der kategorische Imperativ, der die Handlung ohne Beziehung auf irgend eine Absicht, d. i. auch ohne irgend einen andern Zweck für sich als objektiv notwendig erklärt, gilt als ein apodiktisch (praktisches) Prinzip». – *Idem*, BA 38-40, p. 43-44. *Vide*, desde logo, em sede da explicitação da diferença entre *dedução empírica* e *dedução transcendental*, a referência à paradoxalidade da categoria *felicidade*: «Es gibt (...) usurpiert Begriffe, wie etwa Glück, Schicksal, die zwar mit fast allgemeiner Nachsicht herumlaufen, aber doch bisweilen durch die Frage: quid iuris, in Anspruch genommen werden, da man alsdann wegen der Deduktion derselben in nicht geringe Verlegenheit gerät, indem man keinen deutlichen Rechtsgrund weder aus der Erfahrung, noch der Vernunft anführen kann, dadurch die Befugnis seines Gebrauchs deutlich würde». – Immanuel KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (Johann Friedrich Hartnoch, Riga, 1781), in Wilhelm WEISCHDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band III, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, I. »*Transzendente Elementarlehre*«, Zweiter Teil. »*Die transzendente Logik*«, Erstes Buch. »*Die Analytik der Begriffe*«, 2. Hauptstück. »*Von der Deduktion der reinen Verstandesbegriffe*«, I. Abschnitt, §13. »*Von den Prinzipien einer transzendentalen Deduktion überhaupt*«, 125-131, B 117/A 84, p. 125-126. E, por outro lado, a determinação da *felicidade* como objectivo da *teoria da prudência* («*die Lehre der Klugheit*»): «Praktisch ist alles, was durch Freiheit möglich ist. (...) in der Lehre der Klugheit die Vereinigung aller Zwecke, die uns von unseren Neigungen aufgegeben sind, in den einigen, die Glückseligkeit, und die Zusammenstimmung der Mittel, um dazu zu gelangen, das ganze Geschäft der Vernunft ausmacht (...)». – *Idem*, in Wilhelm WEISCHDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band IV, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, II. »*Transzendente Methodenlehre*«, 2. Hauptstück. »*Der Kanon der reinen Vernunft*«, I. Abschnitt. »*Von dem letzten Zwecke des reinen Gebrauchs unserer Vernunft*«, p. 671-676, A 800/B 828, p. 673. «(...) el imperativo de la prudencia sigue siendo un imperativo hipotético, una regla que no tiene sentido más que para una voluntad heterónoma y, por lo tanto, incapaz de satisfacer los requisitos previamente definidos de la moralidad». – Pierre AUBENQUE, «*La Prudencia en Kant*», cit., p. 217.

<sup>179</sup>*Idem*, p. 219. *Vide idem*, p. 224-226. *Vide* ainda KANT, Immanuel, *Kritik der Urteilskraft*, cit., desde logo «*Einleitung*», § I-III, p. 78-87.

<sup>180</sup>Pierre AUBENQUE, «*La Prudencia en Kant*», cit., p. 220. *Vide idem*, p. 220-223. *Vide* ainda Enrico BERTI, «*The Reception of Aristotle's Intellectual Virtues*», cit., p. 349.

afastamento face à lei moral poderá justificar o tratamento diferenciado, o distanciamento face à categoria tolerância, cuja determinação formalizante em *A Paz Perpétua* surge por via do *imperativo categórico de moralidade*<sup>181</sup>.

Assentando os respectivos pressupostos nas *modernas* noções de *liberdade* e de *igualdade*, e consumada especificamente na construção racional essencialmente postulada pelo eixo LOCKE/KANT, a *autonomização moderna da virtude da tolerância*<sup>182</sup> – com a correspondentemente progressiva transição de uma originariamente teorizada *tolerância religiosa* para uma racionalmente postulada *tolerância política* –, no contexto de uma *societas* contratualmente constituída, determinada como categoria *formal*, e assim abstraindo do respectivo *conteúdo* – pese embora não de imediato da originariamente ínsita *hierarquia* –, viria a projectá-la decisivamente como *virtude procedimental*, convertendo-se numa sua mobilização com os mais diversos *fundamentos substantivos*. E culminando na própria independência face ao – ou mesmo na intencional abstracção do – *conteúdo*, na medida em que uma tal *virtude* admitirá potencialmente qualquer dimensão substancial, e assim uma configuração variável à luz dos fundamentos e objectivos da respectiva convocação. O que o Liberalismo viria a projectar no futuro como enquadramento da *diferença*, identificada como *minoritária*, à margem de uma *normalidade* institucionalizada e repercutida como *maioritária*.

Determinações todas estas actualmente espelhadas, por um lado, na perspectivacão do problema da tolerância *em si*, e da específica relevância prática de que se reveste em geral, em contexto de *pluralismo(s)*, e, por outro lado, e no que aqui especificamente se assume nuclearmente como objecto e objectivo, na admissibilidade e contornos da respectiva repercussão jurídica – desde os mais *universais* liberalismos aos mais *particulares* comunitarismos.

---

<sup>181</sup>Vide Pierre AUBENQUE, “*La Prudencia en Kant*”, *cit.*, p. 228-229, 234-237.

<sup>182</sup>Vide Martin FITZPATRICK, “*Toleration and the Enlightenment Movement*”, in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, *cit.*, p. 23-68.

## 2.2. Desagregação de referentes e (re)conceitualização da categoria tolerância: pós-modernidade(?) – a categoria tolerância num horizonte de pluralismo radical

Posta em crise a matriz racional *moderna* estruturante da civilização ocidental, desde logo em NIETZSCHE – e aí tocando o pólo do *irracionalismo* –, a *genealogia da moral* e, com esta, a noção de *hierarquia* e a dicotomia *bem/mal* voltam a dominar a intersubjectividade<sup>183</sup>. Esta conduzida agora pela *fragmentação* da subjectividade – espelhando-se também, como afirma Diogo PIRES AURÉLIO, dada a tendência «*perspectivista*» de NIETZSCHE, numa abertura à tolerância, dada a aí sempre presente luta contra o *poder* e a projecção individualista<sup>184</sup>. E vindo em Michel FOUCAULT, na terceira fase, da *ética*, depois do *poder* – noção esta *imane*nte de *poder*, patente na dicotomia *poder/resistência* e na respectiva possibilidade de *inversão*<sup>185</sup> –, a manifestar-se afinal num *culto ético-existencial*, na *estética* – sem repercussão no direito –, outra

<sup>183</sup>Vide Friedrich NIETZSCHE, *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, C. G. Naumann, Leipzig, 1886, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, vol. VI<sub>2</sub>, p. 3-255, especialmente sobre a relação entre a oposição entre *bem* e *mal* e entre *moral dos senhores* e *moral dos escravos*, «*Neuntes Hauptstück: „Was ist vornehm?“*», p. 215-250, § 260, p. 218-222; Friedrich NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, C. G. Naumann, Leipzig, 1886-1887, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, vol. VI<sub>2</sub>, p. 259-430, remetendo logo no Prefácio para os *supra* mencionados aforismos, entre outros, e especificamente intitulando o primeiro ensaio «*„Gut und Böse“*», „*Gut und Schlecht*“, *idem*, p. 269-303. Vide ainda Friedrich NIETZSCHE, *Götzen Dämmerung oder Wie Man mit dem Hammer philosophirt*, C. G. Naumann, Leipzig, 1888, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, vol. VI<sub>3</sub>, p. 51-157: «Diese kleine Schrift is eine grosse Kriegserklärung; und was das Aushorchen von Götzen anbetrifft, so sind es dies Mal keine Zeitgötzen, sondern ewige Götzen, and die hier mit dem Hammer wie mit einer Stimmgabel gerührt wird, – es giebt überhaupt keine älteren, keine überzeugteren, keine aufgeblaseneren Götzen...». – *Idem*, p. 52 («*Vorwort*»). Vide ainda Jon SIMONS, *Foucault and the Political*, Routledge, London, New York, 1995, p. 18 ss., especialmente p. 20.

<sup>184</sup>Vejam os concretos termos da afirmação de Diogo PIRES AURÉLIO: «O estilo habitualmente aforístico e de natureza «*perspectivista*» do pensamento de Nietzsche resistem, no entanto, a uma classificação demasiado rígida, nesta como em outras matérias. Se a tolerância, enquanto tal, é justamente apontada como um valor que se forjou na luta de minorias contra o poder e, nessa medida, como um recurso historicamente ditado pela «*impotência*», não faltam, em contrapartida, na obra do autor, manifestações de um individualismo só pensável num horizonte de tolerância». – Vide Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 57, n. 1. Vide *idem*, p. 54-55.

<sup>185</sup>Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, Gallimard, Paris, 1976, vol. I – *La volonté de savoir*, p. 130-137; vide também François EWALD, *Foucault, la norme et le droit*, Gallimard, Paris, 1980, citado na tradução portuguesa *Foucault, a norma e o Direito*, tradução de António Fernando CASCAIS, Vega, Lisboa, 1993, p. 11-12. Vide ainda Alan HUNT/Gary WICKHAM, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, London, Chicago, 1994, p. 14-22; Colin GORDON (Ed.), *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972-1977. Michel Foucault*, Harvester Press, Worcester, 1980, p. 134-145 (7. “*Power and Strategies*”).

projecção da relação *ética* (experiência individualizada)/*moral* (moral *codificada*, qualquer que seja), recuperando a dicotomia *êthos/ethos*, diferentemente da ética kantiana<sup>186</sup>. Numa desagregação progressiva conducente à perda dos referentes historicamente densificadores da identidade cultural, potenciada por um *ciclo* dito de *pós-modernidade*<sup>187</sup> – *idade da ética da autenticidade* («*L'éthique de l'authenticité*»), segundo FERRY –, recusando o *pensamento do sistema* (macroscopicamente considerado), e desembocando numa dispersão essencialmente substancial-significativa, mas também semântica e semiótica, oferecendo múltiplas orientações, em algumas das quais podendo conduzir à *hospitalidade* – esta assumida como *caminho*, na construção de FERRY –, por via da *tolerância* e do respeito pelo *Outro* na sua *alteridade*, não anulando embora as duas épocas anteriores, e, especificamente, os princípios da *excelência* e do *mérito*<sup>188</sup>. Suscitando-se diversíssimas problematizações no quadro das subsequentes invocações da *igualdade* como *atenção à diferença*, e assim com

<sup>186</sup>Sobre esta assimilação em FOUCAULT, vide José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de "passagem" nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – STVDIA IVRIDICA*, 59, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 172-181. Vide ainda, sobre a dicotomia *êthos/éthos*, na sua origem aristotélica, José Manuel AROSO LINHARES, “*O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos...*”, *cit.*, p. 65-66, e *ibidem* n. 10-14. Ainda sobre a distinção entre a recuperação da *particularidade* do *ethos* – de inspiração hegeliana – face à universalidade do *êthos* – de inspiração kantiana –, afirmam DOUZINAS e WARRINGTON: «Against the rigorism of Kantian universalism, Hegel insisted that civil society, with its pluralistic network of institutions, organisations, practices, professions, etc. which develop their own *êthos*, is the domains of individuality, human freedom and happiness». – Costas DOUZINAS/Ronnie WARRINGTON, *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law*, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead, 1994, p. 192 (5. «*Textual authority and the other*», p. 186-210).

<sup>187</sup>Ciclo que se compreende mais como *continuação* do que como *ruptura*, assumindo da «(...) relação modernidade/pós-modernidade uma compreensão constitutiva (se não prescritiva). Uma compreensão capaz de celebrar na segunda – contra diagnósticos de *ruptura* que no-la apresentam como uma *transmodernidade* ou mesmo como uma *antimodernidade* – a *continuação* explícita da primeira sem deixar simultaneamente de garantir (e de «legitimar») a sua *autonomia*, esta por sua vez menos sustentada como uma *determinação histórico-estruturante* do que defendida como uma irreduzível *emancipação intencional*, quando não «estatutária». – José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de "passagem" nos limites da juridicidade...*, *cit.*, p. 221.

<sup>188</sup>Uma *ética da autenticidade* assim sintetizada por Luc FERRY : «(...) nous assistons, depuis une période récente, à une mutation liée à la formidable montée de l'individualisme démocratique. (...) Si l'on voulait en dresser la fiche signalétique, le mot clef ne serait plus l'excellence, encore moins le mérite, mais sans nul doute l'*authenticité*». – Luc FERRY, *Homo Aestheticus...*, *cit.*, p. 341 (3. «*L'authenticité contemporaine*», p. 341-346). «L'éthique de l'authenticité compense le narcissisme du «*be yourself*» par un surcroît de *tolérance* et de respect de *l'Autre*. L'«*altérité*» est de nos jours la valeur sûre entre toutes, le mot d'ordre incontournable et incontestable. Il est significatif à cet égard que le discours déclaratif des droits de l'homme qui, à l'origine, il ne faut pas l'oublier, était l'expression la plus achevée de l'universalisme «géométrique» des révolutionnaires, devienne aujourd'hui synonyme de «droit à la différence». – *Idem*, p. 342. «Ce qui est inédit dans l'ère contemporaine, c'est le fait que les trois âges de l'éthique, qui paraissent pourtant antithétiques, ne s'annulent pas les uns les autres: l'exigence d'*authenticité* n'implique pas un retrait total et définitif des principes d'excellence ou de mérite». – *Idem*, p. 345.



consideração das *minorias* e do respectivo espaço de afirmação. E projectando-se múltiplas orientações de ruptura crítica superadora do formalismo *liberal* – quando não mesmo de negação da Modernidade –, recusando a respectiva fundamentação, formulação e consequências.

A *exigência de tolerância*, sobrevivendo amiúde nos *discursos* críticos da Modernidade, adeptos da *pluralidade* – *rectius*, do *pluralismo*, enquanto objectivo de dispersão e desagregação, e dele partes integrantes, emerge muitas vezes como *pedra filosofal*, aparentemente resposta *necessária* e *suficiente* aos múltiplos problemas decorrentes da globalização e respectivos encontros – e confrontos – culturais. Assimilada assim na crista dos *diferendos discursivos* da *pós-modernidade*, a *tolerância* – continente susceptível de tomar qualquer conteúdo... – abriga os mais díspares significados, passíveis dos mais ensurdecadores *ruídos* na comunicação intercultural. Tomada como pilar – e como escape – de múltiplos *cepticismos*, bem como, simultaneamente, *relativismos*, a tolerância seria, potencialmente, a solução de todas as questões suscitadas pelo *pluralismo*... ou, mais verosimilmente, uma sua possível origem, ou, pelo menos, factor de proliferação. Desenhando-se assim um cenário de desagregação cujas ramificações se apresentam incontáveis, acondicionando-se aqui experiências exemplificantes das tendências de *continuação*, de *ruptura*, ou de *superação* da Modernidade que o termo *pós-moderno* se propôs *performativa* e *semioticamente* expressar<sup>189</sup> – sobrevivendo, assim, o próprio *multiculturalismo* como consequência da *crise da Modernidade*<sup>190</sup>. Sem qualquer garantia de *substancialização* correspondente, apenas a *certeza* da *incerteza* da ausência de referenciação estabilizante.

<sup>189</sup>Vide a perspectivização crítica da *transição* para a Modernidade e desta para a dita Pós-modernidade, de Wolfgang WELSCH, in *Unsere postmoderne Moderne*, VCH, Acta Humaniora, Weinheim, 1987, sobretudo III. «*Neuzeit – Moderne – Postmoderne*», p. 65-85: «Die moderne Philosophie hat sich über die Selbstkritik ihres Sprößlings, derer Wissenschaft, von Obsessionsresten ihres Neuzeit-Projekts befreit und ist dadurch postmodern geworden». – *Idem*, p. 80. Concluindo criticamente por uma „*transversale Vernunft*“: «Diese Vernunftform darf für exemplarisch „postmodern“ in einem Sinn gelten, der nicht mehr gegen der Moderne auszuspielen ist, sonder deren Motive aufnimmt und fortführt. Diese Vernunftform – die Vernunftform „unserer postmodernen Moderne“ – ist spezifisch auf die genewärtige Grundsituation bezogen (...)». – *Idem*, p. 315 (XI. «*Transversale Vernunft*», 295-318). Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade...*, *cit.*, sobretudo 213 ss., especialmente 265-287 (1.2), e, especificamente sobre a *transição* aqui referenciada, e a discussão da *pluralidade* nela pressuposta, p. 275-287.

<sup>190</sup>«Le multiculturalisme est un des enfants de la crise de la modernité». – Andrea SEMPRINI, *Le Multiculturalisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 117.

Tudo o que, revertendo ao específico contexto da juridicidade, permitirá perguntar, com Bruno ROMANO: poderá o *pós-moderno* determinar a *dessubstancialização* do sujeito jurídico ao ponto de o transformar num elemento de situação, de um “acontecer”, numa relação em que o discurso não mais representa do que as tensões de um *jogo de linguagem*<sup>191</sup>? A *dessubstancialização* do *sujeito*, fruto da desagregação de referentes, pondo em causa a possibilidade da própria intersubjectividade, reverteu, num dos extremos, para um individualismo radical, e, no outro, para uma alteridade radical. No contexto *pós-moderno*, o direito desempenharia apenas uma função de homogeneização da multiplicidade dos *jogos de linguagem*, permanecendo ordenado ao domínio do tipo de discurso que pertence ao *absoluto* do *produzir*, de que seria uma emanação funcional<sup>192</sup>. Assim, no sentido assumido por Bruno ROMANO, o direito, *rectius*, o *sistema-direito*, no seio das sociedades complexas dos nossos dias, constituirá um *terceiro* face à substancialidade da controvérsia e das suas partes, como *terceiro* relativamente ao *discurso* daquelas<sup>193</sup>. E isto afastando a acentuação *sistémica* (luhmaniana) subjacente aos termos, para conferir àquela *tercialidade* uma substancialização de sentido material autónomo ao direito, enquanto critério de valoração da prática – e das concomitantes controvérsias intersubjectivas<sup>194</sup>.

<sup>191</sup>Veja-se a *noção* de *pós-moderno* na leitura de Bruno ROMANO, partindo dos significados dos termos “sujeito” e “acontecer” de NIETZSCHE, de “linguagem” de LACAN, de “discurso” de LYOTARD, e de “jogos de linguagem” de WIITGENSTEIN: «L’*‘accadere’* costituisce il postmoderno come coappartenersi della desostanzializzazione dell’uomo-soggetto e della riduzione della verità nei giuochi linguistici». – Bruno ROMANO, “Relazione e diritto nel postmoderno. Una discussione iniziale”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXV, 1988, p. 735-747, p. 737, remetendo para Bruno ROMANO, *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del “Sistema di Universale Dipendenza” con Heidegger e Lacan. Lezioni 1986-87*, Bulzoni, Roma, 1987, p. 37 ss.. Vide ainda Bruno ROMANO, “Relazione e diritto nel postmoderno...”, *cit.*, p. 735-737. «Il postmoderno si definisce, rispetto al moderno, perché diviene consapevole che l’assolutezza della produzione si raggiunge con l’afermarsi dell’indifferenza sia per la ricerca della verità e sia per il darsi dell’uomo come soggetto, autore dell’orientamento dell’esistenza; entrambe queste dimensioni ostacolano l’assoluto ‘accadere’ della produzione, ne sono un limite». – *Idem*, p. 738. «Nel postmoderno, l’*‘accadere’* accade secondo lo sviluppo dell’insieme del linguaggio contenente i dati e le informazioni, prodotti dall’assolutezza della produzione ed ambientati nel tempo che ad essa appartiene. Questo tempo è quanto residua, nel passaggio dal moderno al postmoderno, del temporalizzarsi dell’uomo moderno, che interpreta se-stesso come libero perché liberato da quanto è ancora sottratto alla totalità della produzione». – *Idem*, p. 740.

<sup>192</sup>«(...) il diritto può svolgere solo un compito di omogeneizzazione della molteplicità dei giuochi linguistici – propri delle varie regioni del produrre – alla principalità del conservare ed accrescere ‘il sistema di universale dipendenza’, ove produzione e linguaggio si sovrappongono l’un l’altro, costituendo la civiltà postmoderna. Il diritto rimane ordinato al dominio del genere di discorso che appartiene all’assolutezza del produrre, ne è una emanazione funzionale». – *Idem*, p. 744. Vide ainda Bruno ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni Editore, Roma, 1998, p. 121 -130.

<sup>193</sup>*Idem*, p. 278-279.

<sup>194</sup>«Il terzo del diritto, omogeneo alla trasformazione del sistema diritto nella società complessa, si costruisce progressivamente come *terzo-costatativo della ragione osservativa*, come luogo del

O que em Bruno ROMANO se manifestará na razão jurídica como *ortonomia* do direito, explicitada enquanto *intenção recta*<sup>195</sup>. Como *terceiro*, o direito – o *terceiro do direito* – só o é na unidade de três *figuras de tercialidade (tercialidade jurídica)* – «*il terzo legislatore, il terzo giurisdizione ed il terzo polizia*», respectivamente a *legislação*, o *juízo* e a *actividade de polícia* –, traduzindo-se em três concomitantes *formas de justiça* – a *justiça-numeração*, a *justiça-reconhecimento* e a *justiça-função*. Com a *justiça-reconhecimento* a traduzir-se na decisão concreta, em que os sujeitos da controvérsia são tidos na sua *unicidade*<sup>196</sup>. Sendo os três elementos iniciais do direito – *relacionalidade (relazionalità)*, *pretensão (pretesa)* e *trialidade do reconhecimento constitutivo (trialità del riconoscimento costitutivo)* – concretizados na constituição *trial* da relação jurídica<sup>197</sup>. Um reconhecimento assim constitutivo da relação jurídica que pressupõe um *terceiro-outro*, delimitador e árbitro das pretensões subjectivas das partes na controvérsia<sup>198</sup>.

---

funzionamento del sistema diritto nell'indifferenza quanto a la qualificazione dei soggetti, asserviti al continuarsi della vita dei sistemi, che la ragione giuridica, fattasi ragione osservativa, garantisce operando secondo il modello della logica immunitaria dei sistemi biologici». – *Idem*, p. 53.

<sup>195</sup>*Vide idem*, p. 147-153. «La struttura del diritto è presentata da Bruno Romano come ortonomia, oltre le categorie dell'auto ed etero-nomia». – Alessandro ARGIROFFI, «Una Filosofia del diritto secondo Bruno Romano», in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n.º 3, 2003, p. 581-590 (recensão do livro de Bruno ROMANO, *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002), p. 389.

<sup>196</sup>Bruno ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, *cit.*, p. 261-262 e 283-284. «Si possono ora considerare tre forme di giustizia:

a) la *giustizia-numerazione* è centrata nell'anello del reale, temporalmente del *passato*, ovvero del 'terzo legislatore' (...);

b) la *giustizia-riconoscimento* è centrata nell'anello del simbolico, del 'terzo giurisdizione', volto al *futuro* della qualità della relazione tra gli uomini, riconosciuti nella loro unicità, soggetti di diritto nella decisione della loro controversia;

c) la *giustizia-funzione* è centrata nell'anello dell'immaginario, del 'terzo polizia', operante nel *presente* della concretizzazione, ora e qui, del diritto, come sistema immunitario dei sistemi sociali.

L'unità di queste tre forme di giustizia si dà nella pienezza esistenziale del diritto come ortonomia della relazione jurídica e, quindi, nell'ortonomia del giudizio jurídico, nel suo essere una dimensão exclusiva dei soggetti parlanti nella relazione comunicativa, concretizzata come relação de reconhecimento». – *Idem*, p. 264 (itálicos do autor).

<sup>197</sup>«Ciascun singolo è soggetto nel/del diritto, perché è soggetto parlante del/nel linguaggio-discorso, tessuto dalla parola-ipotesi, che (...) è nella relazionalità triale del riconoscimento costitutivo, ove si danno la relazione comunicativa e la relazione jurídica». – Bruno ROMANO, *Sull'ortonomia del diritto. Nove tesi su riconoscimento e diritto*, Bulzoni Editore, Roma, 1996, p. 9. «Trovare nel diritto, secondo i tre elementi, a) della relazionalità, b) della pretesa e c) della trialità della relação de reconhecimento costitutivo, è aver compiuto il passaggio dal 'pensiero desiderio' al 'pensiero pretesa' ed essere nella relação de reconhecimento, oltre il rapportarsi alle cose ed ai semplici viventi». – *Idem*, p. 11-12. «Il riconoscimento nella dualità è prodotto dai soggetti, può essere *autonomo* od *eteronomo*, secondo, rispettivamente, il suo essere voluto e posto, oppure il suo essere subito; il riconoscimento nella trialità è trovato, è l'inizio non disponibile della soggettività, è *ortonomo*». – *Idem*, p. 64.

<sup>198</sup>«La relação de reconhecimento, in quanto relação jurídica fondamentale, è una relação triale, posta nell'opera del terzo-Altro, che garantisce l'esercizio della pretesa jurídica quanto al superamento della condição ove un soggetto dell'ipotizzare è posto nella costrizione a ripetere una ipotesi di un altro, di una entità singola o collettiva, privata o pubblica». – *Idem*, p. 41.

Por outro lado, e ainda no seio de uma conformação arquitecturalmente *pós-moderna* da intersubjectividade, a actual recuperação da *phronesis*, não já no seu sentido *tradicional*, aliado à *sophia*, assimilado pelo Iluminismo, mas antes à *aisthesis*, conforme recuperada em Wolfgang WELSCH, entretece uma acentuação da dimensão individual, em aproximação ao juízo estético de KANT na terceira *Crítica*, e em oposição ao *comunitarismo*, recuperando-se assim, por influência de LYOTARD, o pensamento aristotélico, mormente do Livro VI da *Ética a Nicómaco*<sup>199</sup>. E, noutras experiências, como a de MACINTYRE, rejeitando a própria Modernidade<sup>200</sup>, a fundamentação da prática, que compreende como *experiência narrativa*, busca-se ainda na análise das virtudes aristotélicas<sup>201</sup>, reflectidas através de S. AGOSTINHO e de S. TOMÁS<sup>202</sup>. Vindo também a crítica à Modernidade de DOUZINAS e WARRINGTON postular uma *outra justiça*<sup>203</sup>, rejeitando a referência a um símile ou a um critério geral orientador – que poria em causa a irrepetibilidade da situação concreta –, assimilando nesse sentido a *estética*, partindo da terceira crítica de KANT, no que concerne o *juízo*

<sup>199</sup>Vide Wolfgang WELSCH, “*Ästhetik und Anästhetik*”, in WELSCH, Wolfgang/PRIES, Christine (Hrsg.), *Ästhetik und Widerstreit: Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard*, Weinheim, 1991, Wolfgang WELSCH, *Ästhetisches Denken*, Stuttgart, 1990, e Wolfgang WELSCH, *Unsere postmoderne Moderne*, cit., aqui considerado na reconstituição da sua relação com LYOTARD e da(s) concomitante(s) perspectiva(s) de *pós-modernidade*, apresentada por José Manuel AROSO LINHARES, in *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade...*, cit., p. 221-287, e *ibidem*, n. 19, p. 224-226, n. 68, 69, p. 249-252.

<sup>200</sup>Sobre as razões e consequências do dito *fracasso* do projecto da Modernidade, na tese de MACINTYRE, vide Alasdair MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1981, 3<sup>rd</sup> Ed., Bristol Classical Press, London, 2007, sobretudo p. 51-61 (5. «*Why the Enlightenment Project Had to Fail*») e 62-78 (6. «*Some Consequences of the Failure of the Enlightenment Project*»): «Within the Aristotelian tradition (...). Within this tradition moral and evaluative statements can be called true or false in precisely the way in which all other factual statements can be so called. But once the notion of essential human purposes or functions disappears from morality, it begins to appear implausible to treat moral judgments as factual statements». – *Idem*, p. 59. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade...*, cit., n. 335, p. 724-726, e n. 338, p. 726-727.

<sup>201</sup>«(...) from the standpoint of an ongoing way of life informed by and expressed through Aristotelian concepts it is possible to understand what the predicament of moral modernity is and why the culture of moral modernity lacks the resources to proceed further with its own moral enquiries (...).» – Alasdair MACINTYRE, *After Virtue...*, cit., p. viii («*Prologue to the Third Edition – After Virtue after a quarter of century*», p. vii-xiv).

<sup>202</sup>Sobretudo já em *Whose Justice? Which Rationality?*, conforme atesta o prólogo à terceira edição de *After Virtue*: «When I wrote *After Virtue*, I was already an Aristotelian, but not yet a Thomist (...).» – *Idem*, p. viii. Vide Alasdair MACINTYRE, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1988, p. 146-163 (IX. «*The Augustinian Alternative*») e p. 183-208 (XI. «*Aquinas on Practical Rationality and Justice*»).

<sup>203</sup>«If modernity is an era of a profound “moral catastrophe”, modern law, both as an institution and as the theoretical solution to the weakening of authority and of the social bond, has been the field where the abandonment of ethics has been carried out in its most radical form». – Costas DOUZINAS/Ronnie WARRINGTON, *Justice Miscarried...*, cit., p. 150 (4. «*Another Justice*», p. 132-185).

*reflexivo*, na ausência de referência ao universal, antes se tratando de uma consideração individual do individual, e assim verificando no direito *violência*, na determinação geral de um critério e na necessidade de *decisão*<sup>204</sup>. Propondo que o reconhecimento da significação da *exigência ética* do *outro*, na sua irreduzível *alteridade*, não se reduza a *mera tolerância* e *valores humanísticos*<sup>205</sup>. Contexto este em que inúmeras possibilidades se perfilam, mormente de confrontação do ideário pressuposto à Modernidade contratualmente racionalizada do artefacto *societas* já com a *recuperação*, já com a *reinvenção*, da pré-moderna *communitas*, opondo-se assim às opções *liberais* as alternativas *comunitaristas*. E estas postulando – ao contrário da generalidade daquelas – um conteúdo material específico à categoria *tolerância*, e a concomitante assunção como *virtude*, envolvendo-se assim numa ligação a um sentido de *communitas* em que, dada a sua dimensão materialmente densificante da atenção à *alteridade* única e irrepetível do *outro*, tal *tolerância* se aproxima das – quando não acaba mesmo absorvida pelas – dimensões de *reconhecimento* e/ou mesmo de *hospitalidade*, desviantes do domínio mais restrito em que se desenvolve a *tolerância*, convertendo-a em *algo outro*, com fundamentos, requisitos e características distintos. Numa conjugação de possibilidades em que nos espaços-*intervalos* abertos entre os extremos referidos se desvelam múltiplas opções. E de cuja análise urge concluir quanto à tangibilidade e sentido(s) da tolerância enquanto *categoria de inteligibilidade*, na sua configuração *moderna* – sem esquecer porém a sua herança *pré-moderna* –, agora projectada em contexto dito *pós-moderno* – e, assim, por entre a actualmente incontrolável dispersão de *discursos*: do *pluralismo* à *globalização*, do *multiculturalismo* à *transculturalidade*... *Categoria de inteligibilidade* aquela que, se indubitavelmente determinante na conformação da delimitação da subjectividade e

---

<sup>204</sup>O que se ilustra nas seguintes afirmações de *Justice Miscarried*: «Aesthetic judgments make a claim to universality, but their law is unknown, indeed non-existent; it is active in its application and yet always still to come and be formalised. The appeal to the universal makes a promise of community, of a *sensus communis*, and that appeal differentiates aesthetic judgments from contingent or idiosyncratic preferences and tastes». – *Idem*, p. 181. «There is violence in law: the violence of turning the other to an instance of interpretation but also the physical violence that follows every verdict and judgment. Postmodern jurisprudence has to keep disrupting the law in the name of justice and to keep reminding the law of its inescapable violence». – *Idem*, p. 185. «Justice miscarries when it denies the other». – *Idem*, p. 309 (8. «*The most perfect beauty in its most perfect state. Sir Joshua Reynolds and an aesthetic of the spirit of the laws*», p. 265-309).

<sup>205</sup>«(...) a philosophy that proposes to recognise the significance of the ethical demand and humanistic values, crucial though these are, or some abstract, do-good conception of ethics and justice». – *Idem*, p. 186.

intersubjectividade *ética*, se manifestará já postulando diversíssimas controvérsias quanto à sua admissibilidade e configuração – material e formalmente – *jurídica*.

**2.2.1. A actualidade da categoria tolerância, entre modernidade e pós-modernidade: pluralismo e pós-globalização, multiculturalismo e transculturalidade...**

**2.2.1.1. A tolerância em cenário de pluralismo e (pós-) globalização**

O radical *pluralismo* afirmado no contemporâneo contexto cultural humano, a já tantas vezes reconhecida ausência de referentes materialmente agregadores da intersubjectividade humana, espelha a crescente redução do domínio da valoração material, alargando-se progressivamente a afirmação individualista de direitos e liberdades nas relações intersubjectivas, numa teia crescentemente complexa de opções e sentidos que poderão potencialmente coexistir pacificamente desde que procedimentalmente compossibilitados num grau mínimo de delimitação. Sentido em que, concretamente, no que à reflexão aqui intentada respeita, num cenário de *pluralismo*, o direito haveria de demitir-se, em último termo, de compromissos e valorações axiológicas susceptíveis de influir na orientação subjectiva dos sujeitos. Tudo o que poderá implicar o empobrecimento, quando não mesmo a aniquilação, da dimensão especificamente normativa que ao direito se demonstra histórico-culturalmente inerente enquanto dimensão selectivamente valoradora e reguladora da *praxis* intersubjectiva<sup>206</sup>. E, se o direito deve abster-se de normativamente valorar e, conseqüentemente, regular os domínios em que o desenvolvimento da subjectividade do *eu* se não imiscua na subjectividade do *outro*, ainda que as fronteiras sejam aqui ténues, circunstanciais e sempre revisíveis, em virtude da progressiva maior aceleração da vida quotidiana, a que o direito é compelido a responder normativamente, não obstante as

---

<sup>206</sup>Paul BLOOM, “Toward a Theory of Moral Development”, in John BROCKMAN (ed.), *The Next Fifty Years...*, cit., p. 74 ss., citado na tradução portuguesa “Em direcção a uma teoria do desenvolvimento moral”, in John BROCKMAN (ed.), *Os próximos 50 anos...*, cit., p. 83-91, p. 89-90.

dificuldades de valoração e ponderação de soluções, tal limite permite simultaneamente manter a integridade da sua tarefa prática.

Concomitantemente, o *indiferentismo* e a *intolerância* resultantes de um *niilista* cenário de *pluralismo radical*<sup>207</sup>, mesmo quando não confundidos com *racismo* ou com *xenofobia*, muito aquém de uma intersubjectividade assente no *respeito* se posicionam. Efectivamente, o ponto de partida puramente *formal* enunciante da igualdade de valor de todas as culturas, à luz dos padrões europeus/ocidentais, tornou possíveis duas posições extremas, o *diálogo intercultural* e o *diferencialismo*. E este último susceptível de compreensões por sua vez também opostas, consoante assumido enquanto clausura cultural ou enquanto conjugação da preservação da *diferença* (embora simultaneamente também da *indiferença*), possibilitando o irromper da *tolerância*<sup>208</sup>. Assim, *tolerância* não se confunde com *indiferentismo*. Pelo que convocamos de novo Diogo Pires AURÉLIO, agora ao estabelecer uma gradação entre *conhecimento*, *compreensão* e *reconhecimento do outro*, e a tolerância como *um fio de nada* a implicar este último, e este último a implicar uma eventual *inversão* da relação, e, assim, uma efectiva *intersubjectividade*, com o tolerado a assumir eventualmente a qualidade de tolerante, e assim reciprocamente<sup>209</sup>.

As múltiplas denotações actuais do *reconhecimento* projectam-no numa panóplia de possibilidades, desde o *reconhecimento e afirmação da diferença* (de raças, minorias, sexos...) – tendo neste sentido dado origem a outras tantas *teorias críticas* – ao *reconhecimento* como determinação epistemológico-empírica de identificação, passando pelo *reconhecimento* como conferência ou garantia de um certo estado-*status*, conjunto de características que compõem uma determinada condição. Por sua vez, a *tolerância*, perspectivada como *meio-termo*, entre a *intolerância* – enquanto recusa de tolerar o que deveria ser tolerado, e, assim, tentativa deliberada de eliminar condutas desaprovadas por meios coercitivos – e a *indulgência* – a *tolerância* do que não deveria

<sup>207</sup>Vide agora, para uma densificação-síntese da noção de *pluralismo*, mormente de *pluralismo de valor*, Peter LASSMAN, *Pluralism*, Polity Press, Cambridge, Malden, 2011, desde logo o Capítulo 1. «*Pluralism*», p. 1-27.

<sup>208</sup>«(...) a igualdade entre indivíduos não está inscrita na ordem do ser, mas sim na ordem do dever ser. Na ordem do ser existe a diferença. Enquanto a igualdade é puramente ideal e formal, a diferença é “material”». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 69.

<sup>209</sup>«(...) uma integração tolerante do diverso continua a não ser possível senão por uma ausência, um fio de nada, mesmo que esta ausência já não possa agora configurar-se como se fosse um abismo em cuja voragem se dissolveria, não só o particular, como também o individual». – *Idem*, p. 124. *Vide idem*, p. 127-128.

ser *tolerado* –, não sucumbirá à *indiferença* – passividade, recusa de emitir um juízo de valor sobre algo que deveria ser seu objecto, distinta da tolerância, que implica retracção activa<sup>210</sup>.

Excluindo-se, assim, por actualmente inverosímil, a hipótese de *desconhecimento* da existência da *diferença* – do *diferente* –, constituindo efectivamente o contexto de *pluralismo* a principal *fonte* da tolerância<sup>211</sup> – abrindo-se ainda aqui distintas configurações de pluralismo, originando diversos tipos de *tolerância*, desde logo o pluralismo típico da *teoria democrática liberal tradicional* e o pluralismo decorrente das diferentes *afirmações de consciência e cultura de grupo*, aquele originando a tolerância enquanto admissibilidade das características individuais e de conflitos interpessoais e este a tolerância enquanto celebração das especificidades de grupo<sup>212</sup> –, cumprirá considerar que, se o *indiferentismo* implica, *per se*, uma tomada de

<sup>210</sup>Neste sentido, vide John HORTON, “Toleration”, in David MILLER (Ed.), *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought*, Blackwell, Oxford (1987), 1993, p. 521-523, p. 521. «From the perspective of those who value it, toleration can be seen as a mean between intolerance, the refusal to tolerate what should be tolerated, and indulgence, the toleration of that which should not be tolerated, without succumbing to indifference, the refusal to judge that which should be judged». – *Ibidem*. Vide ainda Claus WEIß, “Toleranz als Verfassungsprinzip. Zur Frage der Selbstverwirklichung des Menschen in der Demokratie”, in *Gewerkschaftlich Monatshefte*, Ausgabe 02/1971, p. 65-72, disponível em <http://library.fes.de/gmh/main/pdf-files/gmh/1971/1971-02-a-065.pdf> (acedido em 22/12/2011), p. 65-66.

<sup>211</sup>«The source of genuine issues of toleration is pluralism, understood as the coexistence within the same society of a plurality of groups and cultures with unequal social standing». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, *cit.*, p. 86. É assim que também WALZER aponta o *pluralismo liberal* como *mera* prática de tolerância: «From the standpoint of the liberal state, particularity is a matter of individual choice, and pluralism nothing more than toleration». – Michael WALZER, “Pluralism: A Political Perspective”, in Will KYMLICKA (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995, p. 139-154, p. 147. Partindo do ponto de vista religioso, confrontando *pluralismo* e *tolerância*, e concomitantemente afirmando como *exigência* desta uma *ética do reconhecimento*, vide Jürgen WERBICK, “Toleranz und Pluralismus. Reflexionen zu einem problematischen Wechselverhältnis”, in Ingo BROER/Richard SCHLUETER (Hrsg.), *Christentum und Toleranz*, p. 107-121, especialmente p. 118-121: «Toleranz dürfte sich [aber] nicht erschöpfen in [diesem] Arrangement auf der Vertragsgrundlage (...). Sie müßte einer *Ethik der Anerkennung* verpflichtet sein und damit rechnen (...)». – *Idem*, p. 119. Ainda no sentido de que o pluralismo constitui *condição necessária* da tolerância, Otfried HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, C. H. BECK, München, 1999, p. 203-208 (7.3. «Gerechtigkeitssinn und Toleranz», p. 199-208): «Zeitgenössische Gesellschaften zeichnen sich durch ein Neben- und Gegeneinander vor verschiedenen Optionen aus. Deren Anerkennung als gleichberechtigt verlangt nach einer spezifischen Art von Gerechtigkeitssinn, nach *Toleranz*. Ihre Anwendungsbedingung, der Pluralismus, hat in der im Westen vorherrschenden Form viele Eltern (...)». – *Idem*, p. 203.

<sup>212</sup>Recuperamos aqui a sistematização de Robert Paul WOLFF: «(...) there are two distinct theories of pluralism, the first emerging from traditional liberal democratic theory and the second from a social-psychological analysis of the group basis of personality and culture. With each is associated a different notion of tolerance. In the first instance, tolerance is equated with the acceptance of individual idiosyncrasy and interpersonal conflict; in the second instance, tolerance is interpreted as the celebration of primary group diversity». – Robert Paul WOLFF, “Beyond Tolerance”, in Robert Paul WOLFF/Barrington MOORE/Herbert MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance* (Beacon Press, Boston, 1965), Jonathan Cape, London, 1969, p. 9-61, p. 31.



consciência da existência da *diferença*<sup>213</sup>, esta última poderá suscitar múltiplas reacções outras, para além desse *indifferentismo*: a *rejeição da diferença*, num dos extremos, e a *aceitação da diferença*, no outro – sem prejuízo de todas as gradações intermédias conformáveis<sup>214</sup>. Naquele primeiro horizonte, de *negação da diferença*, duas grandes linhas, por sua vez, se perfilam: a da *intolerância* – enquanto tomada de consciência da diferença com discordância e reacção negativa (com ou sem violência); e a da *indiferença* ou *indifferentismo* – enquanto alheamento face à diferença. No segundo horizonte de referência, a pressupor o *reconhecimento da diferença*, apresenta-se, por um lado, e em gradação crescente de *reconhecimento*, a *tolerância* – enquanto tomada de consciência da diferença com discordância e sem reacção; e, por outro lado, a *aceitação* – enquanto tomada de consciência da diferença com concordância e até apologia. Posicionando-se, assim, a tolerância entre a) a *rejeição da diferença* – em que se distinguirá ainda a') a *intolerância*, enquanto tomada de consciência da diferença com discordância e reacção negativa (com ou sem violência), e a'') a *indiferença* ou *indifferentismo*, enquanto desconsideração da relevância da diferença – e b) o *reconhecimento da diferença* – de que várias possibilidades decorrem, nomeadamente b') a *tolerância*, enquanto tomada de consciência da diferença com discordância e sem reacção, e b'') a *aceitação*, como tomada de consciência da diferença com concordância e até apologia. O que suscitará, num processo de gradação crescente, em certo ponto, a pergunta pela pertinência de mais do que um mero *suportar*, ainda quando não pareça possível uma totalmente positiva recepção da *diferença*, assim apresentando o problema da tolerância com o que poderá dizer-se, com Mathias KAUFMANN, o *verso da aceitação* («*Die Rückseite der Akzeptanz*»)<sup>215</sup>. Gradação esta a partir da qual que se procurará aqui

<sup>213</sup>Neste sentido, vide Michael WALZER: «We might usefully distinguish what I will call *simple recognition* from the more complex forms of *recognition as this or that*. Simple recognition is today a moral requirement: we have to acknowledge that every person we meet is at least a potential recipient of honor and admiration, a competitor, even a threat». – Michael WALZER, *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*, Martin Robertson, Oxford, 1983, Blackwell, Oxford, Cambridge, 1994, p. 258 (11. «*Recognition*», p. 249-280).

<sup>214</sup>Neste sentido, afirma HABERMAS quanto à distinção entre tolerância e indiferença: «Toleranz ist nicht Gleichgültigkeit, den Indifferenz gegenüber fremden Überzeugungen und Praktiken oder gar die Wertschätzung des Anderen und seiner Andersheit würden Toleranz gegenstandslos machen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 265. «(...) Toleranz ist nur erforderlich und möglich, wenn die Beteiligten ihre Ablehnung auf eine *vernünftigerweise* fortbestehende Nicht-Übereinstimmung stützen». – *Idem*, p. 318 (10. «*Kulturelle Gleichbehandlung – und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus*», p. 279-323).

<sup>215</sup>«(...) man muss von allen Angehörigen der Minderheit wie der Mehrheit die Bereitschaft fordern, die Mitglieder anderer Minderheiten und der Mehrheitskultur nicht nur notgedrungen zu dulden, sondern zu respektieren, wenn ihnen schon eine emphatische Begrüßung der verschiedenen

a determinação de um sentido de relevância normativamente substancial para a categoria *tolerância*.

Por sua vez, a ubíqua figura da *globalização*, enquanto termo económico – originariamente tido por determinante, porém não necessária nem suficientemente designativo –, sociológico ou até mesmo jurídico, tomada a sociedade global como *horizontal* em sentido não apenas espacial mas também temporal<sup>216</sup>, e nestes ainda com múltiplas denotações e efeitos – desde logo na sua *enunciação* – *ilocucionários* e *perlocucionários*, devastadores para a compreensão do equilíbrio assente na diversidade cultural, hoje objecto de múltiplos estudos e alvo de outras tantas críticas, constitui já uma *categoria de inteligibilidade* fundamental de descrição e construção histórica nas mais diversas disciplinas, com as mais díspares condensações substanciais. E hoje em completa revisão, posto que se desvelando já um cenário de *pós-globalização* – dizendo-o com CAZDYN e SZEMAN<sup>217</sup> (ou de «*ressaca da mundialização*», dizendo-o com Eduardo LOURENÇO<sup>218</sup>) –, premente perante o drama dos *despojos*, materiais e humanos, daquela *globalização* – «*the waste of globalization*» –, num planeta *repleto* – «*the “new fullness of the planet”*», agora nas palavras de BAUMAN<sup>219</sup>.

---

Besonderheiten nicht möglich erscheint. Dies könnte man als die *Rückseite der Akzeptanz* bezeichnen». – Matthias KAUFMANN, “*Toleranz ohne Indifferenz – Integration und die Rückseite der Akzeptanz*“, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 36-48, p. 48.

<sup>216</sup>Seguimos de perto a formulação de Mário REIS MARQUES: «(...) se a espacialidade da modernidade societária é definida pelas fronteiras do Estado-nação, a globalização oferece como confirm a globalidade. O mundo torna-se uma realidade finita. (...) A globalidade, quebrando as divisões binárias, conduz a uma concepção de espaço contínuo e uniforme. (...)»

Mas, para além da horizontalidade espacial, a sociedade global caracteriza-se pela horizontalidade temporal. A instantaneidade propiciada pela interacção dos novos meios tecnológicos deixa de ser um meio para se tornar num sistema de vida. A extensão geográfica é superada pela distância temporal. A ideia de globalização expressa já de si, implicitamente, uma permanente instantaneidade que agora, libertando-se «da fractura entre presente e futuro longínquo», reflui ao presente, ao presente da “quase-imediação”. – Mário REIS MARQUES, “*A hipertrofia do presente no direito da era da globalização*”, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 121-132, p. 127. Vide ainda António AVELÁS NUNES, “*Neoliberalismo, capitalismo e democracia*”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLV, 2003, p. 17-74.

<sup>217</sup>Vide Eric CAZDYN/Imre SZEMAN, *After Globalization*, Wiley-Blackwell, Oxford, Malden, 2011, p. 5-9, 225 ss..

<sup>218</sup>Eduardo LOURENÇO, “*A cultura na era da mundialização*” e “*A ressaca da mundialização*”, in *O esplendor do caos*, cit., respectivamente p. 13-24 e 25-29.

<sup>219</sup>Vide Zygmunt BAUMAN, *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Polity/Blackwell, Cambridge, Malden, 2004: «(...) the new fullness of the planet means, essentially, an acute crisis of the human waste disposal industry». – *Idem*, p. 6 («*Introduction*», p. 1-8). «The planet, however, is now full. That means, among other things, that typically modern processes such as order-building and economic progress take place everywhere and so everywhere ‘human waste’ is produced and turned out in ever rising quantities – this time, however, in the absence of ‘natural’ refuse tips suitable for its storage and potential recycling». – *Idem*, p. 69 (3. «*To each waste its dumping site – Or the waste of globalization*», p. 63-93). Vide *ibidem*, p. 70-71. Vide ainda BAUMAN, já anteriormente, referindo-se à *globalização* não

À designação *globalização* prefere DERRIDA a designação *mundialização* («*mondialisation*»), mobilizando da língua francesa a referência a *mundo* («*monde*»)<sup>220</sup>, pretendendo aproximar assim o significante do significado, numa recuperação da “*différance*”, enquanto tensão *diferença-deferência*, irreduzível a qualquer ontologia<sup>221</sup>.

---

como uma construção voluntária, e, assim, não sendo sobre «(...) what we all, or at least the most resourceful and enterprising among us, wish or hope to do (...)», mas sobre «(...) what is happening to us all». – Zigmunt BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge, Oxford, New York, 1998, p. 60.

<sup>220</sup>«(...) globalization, or what I prefer to refer to in French, for reasons I give elsewhere, as *mondialisation* (...)». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, in Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, p. 85-136, p. 121 (a língua francesa foi a do texto original, revisto pelo próprio DERRIDA, e traduzido para inglês por Pascale-Anne BRAULT e Michael NAAS – vide *ibidem*, p. 85, em rodapé), remetendo para Jacques DERRIDA, *L’université sans condition*, Galilée, Paris, 2001, quanto à distinção proposta pelo Autor entre *globalização* (*globalization*, *Globalisierung*) e *mundialização* (*mondialisation*), visando manter a referência ao vocábulo *mundo* (*monde*, *world*, *Welt*, *mundus*) e a diferença face a *globo* (*globe*) e *cosmos*. – Vide Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 191, n. 19 da p. 121. E, vendo o *cosmopolitismo* como um acesso à *cidadania mundial*, e a *cidadania* como simultânea limitação ao Estado, e este como destruidor de si próprio, numa lógica auto-imunitária, recuperando a dupla significação de *pharmakon*: «You spoke of “cosmopolitanism” – a formidable question, to be sure. Progress of cosmopolitanism, yes. We can celebrate it, as we do any access to citizenship, in this case, to world citizenship. But citizenship is also a limit, that of the nation-state; and we have already expressed our reservations with regard to the world state. (...) the state is both self-protecting and self-destroying, at once remedy and poison. The *pharmakon* is another name, an old name, for this autoimmunitary logic». – *Idem*, p. 123-124. Sobre o vocábulo *pharmakon* e respectiva significação, vide Jacques DERRIDA, “*La pharmacie de Platon*”, in *La dissémination*, Seuil, Paris, 1972, p. 77-213, em que o vocábulo *pharmakon* desempenha, de certo modo, um papel análogo ao desempenhado pelo termo *supplément* na análise de ROUSSEAU. – Vide *idem*, p. 118 e 119, n. 40. «Le roi, le père de la parole, a ainsi affirmé son autorité sur le père de l’écriture. (...)»

Pour que l’écriture produise, comme il le dit, l’effet ‘inverse’ de celui qu’on pouvait en attendre, pour que ce *pharmakon* se révèle, à l’usage, nuisible, il faut bien que son efficace, sa puissance, sa *dynamis* soit ambiguë. [...] Or cette ambiguïté, Platon, par la bouche du roi, veut la maîtriser, en dominer la définition dans l’opposition simple et tranchée: du bien et du mal, du dedans et du dehors, du vrai et du faux, de l’essence et de l’apparence. (...) Le *pharmakon* produit le jeu de l’apparence à la faveur duquel il se fait passer pour la vérité, etc.». – *Idem*, p. 127-128. Vide ainda o nosso *Entre o centro e a periferia...*, *cit.*, Parte I, 2.2.3., p. 39-50, especialmente p. 43-50.

<sup>221</sup>Sobre a proposta de DERRIDA de “*desconstrução*” da prioridade que o pensamento ocidental atribuiu à expressão oral relativamente à escrita, considerando esta última como uma representação imperfeita daquela, vide o que ficou dito em *Entre o centro e a periferia...*, *cit.*, Parte II, 3.2.2.3.1., p. 121-127. «Si par hypothèse nous tenons pour absolument rigoureuse l’opposition de la parole à la langue, la *différance* sera non seulement le jeu des différences dans la langue mais le rapport de la parole à la langue (...)». – *Idem*, p. 16. O privilégio ético e metafísico conferido à voz por ROUSSEAU e SAUSSURE é tomado como ponto de partida: a escrita surge com uma inferioridade e exterioridade relativamente à expressão oral. – Vide, entre outros, Jacques DERRIDA, “*Le cercle linguistique de Genève*”, in *Marges de la Philosophie*, *cit.*, p. 179-184, e Jacques DERRIDA, *De la grammatologie*, Minuit, Paris, 1967, p. 16-18, 23 («On pressent donc déjà que le phonocentrisme se confond avec la détermination historique du sens de l’être en générale comme *présence* (...). Le logocentrisme serait donc solidaire de la détermination de l’être de l’étant comme *présence*»), 65-95 (versando sobre a relação de “*différance*” entre a linguagem oral e a escrita), 145-156, 203-234 (2. «ce dangereux supplément...»), 429 e 441-445. Vide ainda Jacques DERRIDA, “*Le supplément de copule*”, in *Marges de la Philosophie*, *cit.*, p. 209-246, e, especificamente à relação comunicação oral/comunicação escrita, presença/ausência, “*Signature événement contexte*”, *ibidem*, p. 369-381. Quanto à posição assumida por NIETZSCHE, mantendo a hierarquia entre a linguagem oral e a escrita, vide “*Le supplément de copule*”, *ibidem*, p. 212-214, e Jacques DERRIDA, *De la grammatologie*, *cit.*, p. 16-17.

*Globalização-mundialização* esta concentrada originariamente num contexto espaço-temporalmente europeu, e cujas inúmeras periodizações ilustram a respectiva actual significação, sintetizando-se essencialmente na expansão da cultura europeia ocidental à escala planetária, com consequências directas e indirectas, mediatas e imediatas, para a conformação da vivência (que não apenas da *convivência*) nos cinco continentes. Tudo a conduzir à urgência de uma reflexão crítica sobre o *eurocentrismo* – e bem assim sobre o *anti-eurocentrismo*<sup>222</sup> –, dos pontos de vista epistemológico e hermenêutico, antropológico e ético-político<sup>223-224</sup>.

---

<sup>222</sup>«Beyond the alternative programs of Eurocentrism and anti-Eurocentrism, which Derrida declares both unforgettable and exhausted, he points to a third way. This way does not involve the European Community as it exists but the memory of a European promise that is yet to be fulfilled: democracy and emancipation for all. This means, for Derrida as it does for Habermas, that the Enlightenment is not dead. However, in order to be effective against terrorism, Derrida demands an endless updating of the Enlightenment agenda: for we need to work “on the Enlightenment of this time, this time that is ours – today”». – Giovanna BORRADORI, “Deconstructing Terrorism”, in Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror...*, cit., p. 137-172, p. 140, citando Jacques DERRIDA, “The Other Heading: Reflections on Today’s Europe”, tradução de Pascale-Anne BRAULT e Michael B. NAAS (Indiana University Press, 1992), p. 79.

<sup>223</sup>João Maria ANDRÉ, “Pluralidade de crenças e diferença de culturas...”, cit., p. 44-53.

<sup>224</sup>Das múltiplas periodizações a que a *globalização* tem sido sujeita, destaca-se aqui, pela susceptibilidade de orientar uma sua compreensão e construção *críticas*, desde logo a proposta por SLOTERDIJK, apresentando uma divisão histórica em três fases: a primeira, a «globalização cosmo-urânica, ou morfológica, ou ontomorfológica», assente na cosmologia da Antiguidade Oriental, mormente grega, considerando o «(...) ser pelas figuras esféricas.»; a segunda, a «globalização terrestre», com uma duração aproximada de quinhentos anos, «(...) realizada praticamente pelas descobertas marítimas cristão-capitalistas e implantada politicamente pelo colonialismo dos Estados-nação da velha Europa (...); e a terceira, actual, a «globalização electrónica». – Vide Peter SLOTERDIJK, *Im Weltinnenraum des Kapitals – Für eine philosophische Theorie der Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, citado na tradução portuguesa *Palácio de Cristal – para uma teoria filosófica da globalização*, tradução de Manuel RESENDE, Relógio D’Água, Lisboa, 2008, p. 18-19. «Assim sendo, os três grandes estádios da globalização distinguem-se em primeiro lugar pelos meios simbólicos e técnicos que mobilizam (...)». – *Idem*, p. 19. «A globalização está saturada no sentido moral do termo, desde que as vítimas dos factores divulgaram a todo o mundo as consequências desses feitos – tal assinala o cerne da situação pós-unilateral, pós-imperial, pós-colonial. Também está saturada no sentido técnico, desde que os transportes rápidos e os *media* ultra-rápidos superaram o lento intercâmbio mundial da época das viagens marítimas (...). Está ainda saturada no sentido sistémico, desde que os portadores da incursão no espaço aberto são forçados a entender que todas as iniciativas estão sujeitas ao princípio da interacção e que, na sua maioria, após um certo tempo de elaboração as ofensivas regressam às fontes por um acoplamento retroactivo». – *Idem*, p. 20-21. Em sentido *crítico* ainda próximo, para Boaventura de SOUSA SANTOS, ao lado de uma *globalização hegemónica*, e por reacção a esta, uma *globalização contra-hegemónica* se afirma fundamental, postulando uma *globalização* partindo *de baixo*, fruto de uma *epistemologia do sul* cujo objectivo se traduz na superação da estruturação supra-infra-ordenada herdada do *colonialismo*, num *pós-colonialismo* pautado por uma *emancipação crítica*. Neste sentido, vide Boaventura de SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo: para uma nova cultura política (Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, volume IV)*, Afrontamento, Porto, 2006, sobretudo p. 182-203, e Boaventura de SOUSA SANTOS/César A. RODRIGUEZ-GARAVITO, “Law, Politics, and the Subalterns in Counter-Hegemonic Globalisation”, in Boaventura de SOUSA SANTOS, César A. RODRIGUEZ-GARAVITO (Ed.), *Law and Globalization From Below*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005, p. 1-26, e Boaventura de SOUSA SANTOS, “Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality”, *ibidem*, p. 29-63. Por outro lado, Thomas L. FRIEDMAN periodiza também a

No movimento de *globalização*, gerador de um *homo communicans*<sup>225</sup> e uma *Telépolis*<sup>226</sup>, é o próprio significado de “*européu*” posto em causa<sup>227</sup>, verificada, além da multiplicidade resultante da imigração de extra-europeus, uma *miscelânea* própria da livre circulação de europeus das mais diversas origens e culturas por todo o continente<sup>228</sup> – não se identificando, efectivamente, a Europa, como disse RATZINGER,

---

«globalização» em três etapas, todavia de organização cronológica diversa da de SLOTERDIJK: a primeira coincidindo com as descobertas marítimas, iniciada no século XV, protagonizada pelos Estados («*Globalization 1.0*»); a segunda localizada entre 1800 e 2000, respeitante ao relacionamento internacional de empresas («*Globalization 2.0*»); e a terceira, fase em que «o mundo se torna plano», destacando-se a interacção individual à escala planetária («*Globalization 3.0*»). – Vide Thomas L. FRIEDMAN, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2005, p. 9-12. Vide *ibidem*, a conclusão, «“11/9” versus “9/11”», p. 607 ss.. Vide ainda a periodização enunciada por António AVELÁS NUNES, situando a *primeira onda de mundialização e de globalização* na colonização, a partir do século XV, a *segunda onda de globalização* no último quartel do século XIX, com a corrida às colónias na *segunda revolução industrial*, e na situação actual a *terceira onda de globalização*. – Vide António AVELÁS NUNES, *Neoliberalismo e direitos humanos*, cit., p. 77-90, especialmente p. 77-81.

<sup>225</sup> Este o sentido convocado por João Maria ANDRÉ: «Dir-se-ia que, se ao “homo aestheticus” do Renascimento deu lugar o “homo mechanicus” do Iluminismo e este ao “homo oeconomicus” da revolução Industrial Século XIX, então hoje, com a progressiva transformação do mundo numa aldeia global através do desenvolvimento das novas técnicas de comunicação (telefone, rádio, televisão, telecópia e Internet) estaríamos já num período de transição desses “homo oeconomicus” para o “homo communicans”». – João Maria ANDRÉ, “*Pluralidade de crenças e diferença de culturas...*”, cit., p. 53-54. «Este homem comunicante é um homem sem interior, feito apenas de transparência e de superfície, feito de ligações, cuja pele não é a memória densa de tristezas e alegrias, afectos e paixões desejos ou tragédias, mas a superfície em que se cruzam os circuitos digitais onde as mensagens circulam à velocidade da luz». – João Maria ANDRÉ, “*As utopias do Renascimento e o renascer das utopias*”, cit., p. 93.

<sup>226</sup> «À cidade desenhada na “utopia da comunicação” poderia chamar-se *Telépolis* e ela tem vindo a ser descrita por muitos autores contemporâneos, não propriamente como utopia, mas como uma realidade que já começou». – *Idem*, p. 94, citando Javier ECHEVERRIA, *Telépolis*, Ediciones Destino, Barcelona, 1994, p. 19.

<sup>227</sup> Vide a reflexão fundamental de HABERMAS, in Jürgen HABERMAS, *Der gespaltene Westen: kleine politische Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, sobretudo a entrevista publicada a p. 52-58 (4. «*Gegenmacht Kerneuropa? Nachfragen*»), e *ibidem*, p. 68-82 (6. «*Ist die Herausbildung einer europäischen Identität nötig, und ist sie möglich?*»): «Eine politische Identität der Bürger, ohne die Europa keine Handlungsfähigkeiten gewinnen kann, bildet sich nur in einem transnationalen öffentlichen Raum. Diese Bewusstseinsbildung entzieht sich dem elitären Zugriff von oben und lässt sich nicht wie der Verkehr von Waren und Kapital im gemeinsamen Wirtschafts- und Währungsraum durch administrative Entscheidungen herstellen». – *Idem*, p. 82. Vide ainda Seyla BENHABIB, “*Who are ‘We’? Dilemmas of Citizenship in Contemporary Europe*”, in Seyla BENHABIB, , Princeton University Press, Princeton, 2002, p. 147-177.

<sup>228</sup> Veja-se o diagnóstico elaborado por Michael WALZER, já em 1997, em Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 48-51 (3. «*Complicated Cases*», p. 37-51). Vide ainda, considerando as implicações das diversas raízes culturais europeias no princípio da laicidade do Estado, Silvio FERRARI, “*The New Wine and the Old Cask. Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 75-89; e, especificamente sobre o *modelo cooperativo* e o *modelo separatista* na que concerne as relações entre as Igrejas e o Estado, reconhecendo a natureza da diversidade cultural subjacente ao termo “*européu*”, Iván C. IBÁN, “*Religious Tolerance and Freedom in Continental Europe*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 90-107, especialmente p. 93 ss.: «There is no such thing as a pure European; Europe’s greatness lies, in effect, in its assimilation of different cultures». – *Idem*, p. 98. Pondo o problema da tolerância religiosa na Europa a partir do tratamento diferenciado das religiões pelos diversos Estados, Charalambos PAPASTATHIS, “*Tolerance and Law in Countries with and*

com as suas fronteiras territoriais<sup>229</sup>. Tal como afirmado por Ulrich BECK e Edgar GRANDE, o *Império* constituído pela União Europeia assegura internamente o respectivo *poder* – muitas vezes externamente visto como *ténue* – não através da *força* («*Gewalt*»), mas de um *tabu de força* («*Gewalttabu*»), numa abstenção de uso da força em nome de uma integração assente em regras jurídicas e cooperação<sup>230</sup>. E procurando, neste último sentido, no direito a possibilidade de conformação futura da Europa como potência mundial, equiparável aos, e aliada dos, Estados Unidos da América. Rejeitando assim quer um *cenário de desintegração europeia* («*Das Zerfallsszenario*») quer um *cenário de estagnação* («*Das Stagnationsszenario*»), propalando um *cenário de cosmopolitização* («*Das Kosmopolitisierungsszenario*»), através da abertura, da constitucionalização dos princípios fundamentais, e não apenas da «*harmonização*» e da anulação das diferenças nacionais, antes do seu *reconhecimento*. Uma Europa que não se feche na sua integridade e identidade, numa arrogância de superioridade insusceptível de deixar espaço ao diálogo, nem se demonize a si própria, antes encontrando um equilíbrio histórico-cultural, uma *cultura de ambivalência dividida* («*Kultur der geteilten Ambivalenz*») que um *constitucionalismo reflexivo* poderia fomentar<sup>231</sup>. Com dois diferentes modelos de *cosmopolitização* da Europa: um modelo assente num

---

*Established Church*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 108-113; Niyazi ÖKTEM, “*Tolerance and Law*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 114-123, este último abordando diversas posições no seio do Islamismo face ao Estado de Direito e ao problema da tolerância: «During the last few decades, in the context of tolerance, religion has gained back its importance in the political, cultural and social fields, for good or ill, all around the world. This transformation whose signs can be seen on the front covers of magazines and in debates of parliaments, can be summarized as “the return of the sacred”.

The causes of this transformation are to be found outside the world of religions. Those heterogeneous causes include the end of Marxism, the political utilization of Islamic fundamentalism, the resurfacing of the idea of the nation with an accompanying reappraisal of religion as an element defining identity, the appearance of the churches on the political scene since the collapse of the communist regimes in Eastern Europe and finally the prospect of confrontation between civilizations (in Huntington’s terms)». – *Idem*, p. 118.

<sup>229</sup>«(...) Europa só é um conceito geográfico de maneira totalmente secundária: a Europa não é um continente claramente compreensível em termos geográficos; é, pelo contrário, um conceito cultural e histórico». – Joseph RATZINGER, *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, Edizioni San Paolo, Milano, 2004, citado na tradução portuguesa *Europa. Os seus fundamentos hoje e amanhã*, tradução de António Maia da ROCHA, Paulus, Apelação, 2005, p. 11.

<sup>230</sup>Vide Ulrich BECK/Edgar GRANDE, *Das kosmopolitische Europa. Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, p. 100-114. «In der Vergangenheit wurden Imperien durch Gewalt begründet und aufrechterhalten, vor allem durch militärische Gewalt (...). Das Europäische Empire bildet die große Ausnahme: Es konstruierte sich nicht durch Schwert und Feuer, sondern durch Feder und Tinte; und es basiert im Kern nicht auf militärischer Unterwerfung, sondern auf dem Konsens und der Kooperation der Staaten. Die Integration des Empires Europa erfolgt primär über das *Recht*; durch die freiwillige Vereinbarung, Anerkennung und Anwendung europäischen Rechts». – *Idem*, p. 105.

<sup>231</sup>*Idem*, p. 338-344, 392-393. Vide ainda Ulrich BECK, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, p. 10 (*Einleitung*: «*Warum des kosmopolitische Blick »kosmopolitisch« ist*», p. 7-25).

*princípio de integração cosmopolita* da Europa<sup>232</sup> e outro num *princípio da integração diferenciada*<sup>233</sup>. O que, não solucionando definitivamente, poderia atenuar alguns dos dilemas da Europa cosmopolita: o da *universalidade*, o da *integração*, o da *insegurança*, o das *fronteiras*, o dos *estrangeiros*<sup>234</sup>... Visando, assim, superar a dicotomia entre conflitos acerca da *desigualdade* e conflitos acerca do *reconhecimento da diferença*<sup>235</sup>.

Distinguindo *globalização* de *cosmopolitização*<sup>236</sup>, assume, pragmaticamente, Ulrich BECK a necessidade de um *realismo cosmopolita*, perante o esbatimento das tradicionais *fronteiras*. Esta *perspectivação cosmopolita*, não pretendendo reduzir-se ao estabelecimento de laços de irmandade universal entre os povos, ou ao surgimento de uma *república mundial*<sup>237</sup>, ou a uma *perspectiva global flutuante*, ou a uma *xenofilia*, ou a um *suplemento* que venha reposicionar o *nacionalismo* e o *provincialismo*, uma vez que a ideia de *direitos humanos* necessita, nesta abordagem, de uma base *nacional*, antes significa que, num mundo de crises e perigos globais provocados pela civilização,

<sup>232</sup>Ulrich BECK/Edgar GRANDE, *Das kosmopolitische Europa...*, cit., p. 360-361.

<sup>233</sup>*Idem*, p. 361-371. A questão da Europa *inclusiva* estava já problematizada em Ulrich BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, 2007, sobretudo VII. «Europa als Antwort auf Globalisierung», p. 259-265. «(...) um eine *exklusives* Europa, also um den Bau der Festung Europa? Oder (...) um ein *inklusives* Europa, das sich als politischer Dompteur wirtschaftlicher Globalisierung begreift, diese aktiv politisch gestaltet. (...) Ohne Europa gibt es keine Antwort auf Globalisierung». – *Idem*, p. 261.

<sup>234</sup>Ulrich BECK/Edgar GRANDE, *Das kosmopolitische Europa...*, cit., p. 385-391.

<sup>235</sup>*Vide idem*, p. 280-284. Na *perspectivação cosmopolita* («*der kosmopolitische Blick*»), reconhece Ulrich BECK cinco princípios: 1) o *princípio da experiência de crise na sociedade mundial* – e o respectivo sentimento de “comunidade civilizacional de destino” («(...) das Prinzip der *weltgesellschaftlichen Kriesenerfahrung*« (...) und der daraus resultierenden »zivilisatorischen Schicksalsgemeinschaft« (...)); 2) o princípio do *reconhecimento das diferenças cosmopolitas* – e o concomitante *conflito cosmopolita de carácter* e a (limitada) curiosidade acerca das diferenças de cultura e identidade («(...) das Prinzip der *Anerkennung weltgesellschaftlicher Differenzen* und der daraus folgende *weltgesellschaftliche Konfliktcharakter* sowie die (begrenzte) Neugierde für die Andersheit der Anderen (...)); 3) o *princípio da empatia cosmopolita* e da atenção às perspectivas *dos outros* – e a respectiva permutabilidade das situações, como *oportunidade* e/ou como *ameaça* («das Prinzip der *kosmopolitischen Empathie* und des *Perspektivenwechsels* und damit die virtuellen Austauschbarkeit der Lagen (als Chance und als Bedrohung) (...)); 4) o *princípio da impossibilidade de viver numa sociedade mundial sem fronteiras* – e a decorrente necessidade de reconstruir fronteiras («(...) das Prinzip der *Unlebbarkeit einer grenzenlosen Weltgesellschaft* und der daraus entstehende Drang, neu-alte Grenzen und Mauern zu ziehen und zu fixieren (...)); 5) o *princípio da miscelânea cultural* («(...) das *Melange-Prinzip*, das heißt: lokale, nationale, ethnische, religiöse und kosmopolitische Kulturen und Traditionen durchdringen, verbinden, mischen sich (...)). – Ulrich BECK, *Der kosmopolitische Blick...*, cit., p. 16. «Was also meint »kosmopolitischer Blick«? Weltsinn, Grenzenlosigkeitssinn. Ein alltäglicher, ein historisch wacher, ein reflexiver Blick, ein dialogischer Blick für Ambivalenzen in Milieu verschwimmender Unterscheidungen und kultureller Widersprüche». – *Idem*, p. 10.

<sup>236</sup>«Globalismus vertritt die Idee des Weltmarkts (...).

*Kosmopolitisierung* muß demgegenüber als *multidimensionaler* Prozeß entschlüsselt werden (...). – *Idem*, p. 18.

<sup>237</sup>Diversamente, propondo, no sentido do estabelecimento de uma *justiça global*, tutelada, *subsidiariamente*, por uma *república federal mundial* (*Subsidiäre und föderale Weltrepublik*), vide Otfried HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, cit., toda a *Zweiter Teil* – «*Subsidiäre und föderale Weltrepublik*», e especialmente p. 422-426 (16.1 «*Eine komplexe Weltordnung*»).

as tradicionais diferenças perdem a sua validade, tornando-se assim necessário *um novo realismo cosmopolita* («(...) es bedarf eines neuen, kosmopolitischen Realismus (...)») para sobreviver<sup>238</sup>. E, assim, uma Europa que não se reduza às suas raízes culturais e religiosas, e que vá além da *paz perpétua* kantiana, abrindo-se à diversidade sem esquecer aquelas raízes – numa *cosmopolitização interna* da Europa («eine innere Kosmopolitisierung Europas»)<sup>239</sup>.

Uma *nova figura* de Europa, que o próprio DERRIDA também desenha – enquanto *desconstrução* que mantém, paradoxalmente, a *ideia* de Europa iniciada com o *Iluminismo* –, ainda que sem certeza, no rescaldo da análise aos ataques de 11 de Setembro de 2001, e do fenómeno do *terrorismo* em geral<sup>240</sup>, esperando uma *democracia por-vir*<sup>241</sup>. Uma *democracia por-vir* assente numa *alteridade absoluta*, sem *hierarquia*, numa *fraternidade*<sup>242</sup> – como *amizade* incomensurável, ou mesmo *do incomensurável*, fraterna, sem exclusões, e sempre em *hiperbolização*<sup>243</sup>. E uma *nova*

<sup>238</sup> «Kosmopolitischer Blick meint: In einer Welt globaler Krisen und zivilisatorisch erzeugter Gefahren verlieren die alten Unterscheidungen von innen und außen, national und international, Wir und die Anderen ihre Verbindlichkeit, und es bedarf eines neuen, kosmopolitischen Realismus, um zu überleben». – Ulrich BECK, *Der kosmopolitische Blick... cit.*, p. 25.

<sup>239</sup> *Idem*, p. 249 (Zweiter Teil: *Konkretisierung, Ausblicke*, VI. «Kosmopolitische Europa: Realität und Utopie», p. 245-266). *Vide idem*, p. 262-266.

<sup>240</sup> *Vide* Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, *cit.*, p. 116-118: «I would like to hope that there will be, in “Europe” or in a certain modern tradition of Europe, at the cost of a deconstruction that is still finding its way, the possibility of another discourse and another politics, a way out of this double theologico-political program. “September 11” – whatever is ultimately put under this title – will thus have been at once a sign and a price to pay, a very high price, to be sure, without any possible redemption or salvation for the victims, but an important stage in the process». – *Idem*, p. 118.

<sup>241</sup> «“Democracy to come” does not mean a future democracy that will one day be “present”. Democracy will never exist in the present; is it not presentable, and it is not a regulative idea in the Kantian sense. But *there is the impossible*, whose promise democracy inscribes – a promise that risks and must always risk being perverted into a threat». – *Idem*, p. 120. *Vide* os desenvolvimentos acerca do conceito de *democracia por-vir*, in Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié, cit.*, p. 126-127 (especialmente 4. «L'ami revenant (au nom de la «démocratie»)», p. 93-129; 10. ««Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité»», p. 301-340): «Car la démocratie reste à venir, c'est là son essence en tant qu'elle reste: non seulement elle restera indéfiniment perfectible, donc toujours insuffisante et future mais, appartenant au temps de la promesse, elle restera toujours, en chacun de ses temps futurs, à venir: même quand il y a la démocratie, celle-ci n'existe jamais, elle n'est jamais présente, elle reste le thème d'un concept non présentable». – *Idem*, p. 339.

<sup>242</sup> «Il s'agirait donc de penser une altérité sans différence hiérarchique à la racine de la démocratie. (...) cette démocratie libérerait une certaine interprétation de l'égalité en la soustrayant au schème phallogocentrique de la fraternité». – *Idem*, p. 259 (9. ««En langue d'homme, la fraternité...»», p. 253-300). «Une démocratie à venir devrait donner à penser une égalité qui ne soit pas incompatible avec une certaine dissymétrie, avec l'hétérogénéité ou la singularité absolue, les exigeant même et y engageant depuis un lieu qui reste invisible mais qui m'oriente ici, de loin, sans doute au-delà du propos heideggerien». – *Idem*, p. 372 (“L'oreille de Heidegger. Philopolémologie (Geschlecht IV)”, *cit.*, p. 341-419 (2. «L'avoir, l'être et l'autre: Tendre l'oreille, accorder ce qu'on n'a pas», p. 367-390)).

<sup>243</sup> *Idem*, p. 264-265. «La fraternisation est toujours prise, comme l'amitié même, dans un processus vertigineux d'hyperbolisation». – *Idem*, p. 267. «(...) ce que nous relevons ici de la fraternité,



*figura* igualmente do *mundo*, numa transição em que o direito e as instituições jurídicas terão também um papel crucial, não obstante as reservas que DERRIDA lhes coloca<sup>244</sup>. Num contexto assim de globalização-*mundialização* em que a *diferença* prolifera em todos os níveis da subjectividade, recolocando o problema da tensão *tolerância/intolerância*<sup>245</sup>. E numa *democracia por-vir* para além dos limites do *cosmopolitismo*, orientando-se na linha de uma vida em conjunto em que a cidadania não seja meramente formal, mas substancialmente conformada<sup>246</sup>, em que os *direitos humanos* – *direitos históricos, não naturais* – se efectivem<sup>247</sup>. Embora perfilhando o *cosmopolitismo* e a *cidadania mundial*, DERRIDA entende que o *compromisso da justiça* não poderá ser plenamente cumprido nos limites do *direito* e do *cosmopolitismo*<sup>248</sup>.

A rápida *nivelação horizontal* promovida pela *dita* globalização provocou, em todas as direcções, as mais díspares reacções, desde o mais radical optimismo da criação de um mercado à escala planetária ao receio de desenraizamento cultural e

---

comme scheme dominant de l'amitié, transporte en celle-ci, comme dans toutes les valeurs sémantiques associées, sa déroutante hyperbole». – *Idem*, p. 268.

<sup>244</sup>«I do not wish to grant too great a privilege to the juridical sphere, to international law and its institutions, even if I believe more than ever in their importance». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 119.

<sup>245</sup>«BORRADORI: What is the relationship between globalization – or what you call *mondialisation* – and tolerance?»

DERRIDA: If the term and theme of tolerance have come back of late, it is perhaps to accompany what is called in a rather simplistic and confused fashion the “return of the religious”. (...) In tolerance, then: how old is that concept? Can one still ask the question, “What is tolerance?” as Voltaire did in the first sentence of his article on the subject in the *Philosophical Dictionary*? How would this article be written today? Who would write it, with and without Voltaire?». – Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 124-125, referindo-se a VOLTAIRE, “*Tolerance*”, in *The Philosophical Dictionary* (E. R. Dumont, 1991, 10: 100-112). Quanto à tradução de *tolérance*, acrescenta o tradutor, esclarecendo a opção, em inglês, por *tolerance* e não por *toleration*: «(...) *la tolérance* has been translated throughout as “tolerance” rather than “toleration”, this latter being the term used in the standard English translation of Voltaire, because while Derrida begins, like Voltaire, with the more restrictive notion of “religious toleration”, he invokes other registers of “tolerance” that “toleration” does not usually cover». – Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 192, n. 23 da p. 125.

<sup>246</sup>Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 130-131.

<sup>247</sup>«We must (*il faut*) more than ever stand on the side of human rights. *We need (il faut) human rights*. We are in need of them and they are in need, for there is always a lack, a shortfall, a falling short, an insufficiency; human rights are never sufficient. Which alone suffices to remind us that they are not natural. They have a history (...)». – *Idem*, p. 132.

<sup>248</sup>*Vide* Giovanna BORRADORI, “*Deconstructing Terrorism*”, *cit.*, p. 163. Sobre a compreensão da noção de direito em DERRIDA, e, assim, do contraponto *direito/justiça*, reflectindo especialmente sobre as implicações da identificação *moderna* do direito-legalidade, *vide* José Manuel AROSO LINHARES, “*Dekonstruktion als philosophische (gegenphilosophische) Reflexion über das Recht. Betrachtungen zu Derrida*”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 93, Heft 1, 2007, p. 39-66.

insegurança<sup>249</sup>, desde a possibilidade de democratização de um crescente número de países a uma desigualdade material crescente, e ao aumento do número de conflitos e mesmo do *terrorismo*. O que, analisado por DERRIDA e HABERMAS, tomando planos e opções distintos, todavia convergindo em algumas críticas e resultados – como a desigualdade e a ligação da globalização com o Iluminismo –, assumirá diferentes pressupostos, com o primeiro a ver na globalização quer um factor de modernização quer um seu resultado – numa *autoimmune crisis* –, quer uma ilusão retórica de *modernização*, e o segundo a reafirmar a possibilidade da *razão – acto comunicativo transparente não manipulativo* – como resposta aos desafios da *modernização*, com a possibilidade de uma *globalização* – economicamente inevitável – culturalmente *pacífica* a exigir, para desmistificar a *a-moralidade* do ocidente e a suposta espiritualidade do fundamentalismo religioso, uma auto-reflexão que o ocidente faça sobre si próprio<sup>250</sup>. O que, materializado no denominado «11 de Setembro», comporta consequências culturais, sociais e políticas sem precedentes, num *cosmopolitismo* de contornos cada vez mais díspares e mais difusos, e por isso em alguns momentos e leituras um *cosmopolitismo* de tipo kantiano, noutros não<sup>251</sup>... Num *cosmopolitismo* de sentido kantiano, na leitura de HABERMAS, com estruturas de nível supranacional, perante a manifesta insuficiência do Estado-Nação face ao *pluralismo* implicado na globalização, e concomitantes *riscos*<sup>252</sup>. A inevitabilidade (fáctica) do processo de

<sup>249</sup>Vide José Manuel AROSO LINHARES, “*Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as “alternativas” da tolerância procedimental e da hospitalidade ética*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 135-180, p. 153-156.

<sup>250</sup>«While for Habermas reason, understood as the possibility of transparent nonmanipulative communication, can cure the ills of modernization, fundamentalism and terrorism among them, for Derrida these destructive strains can be detected and named but not wholly controlled or conquered. Whereas for Habermas the pathological agents concern the speed at which modernization has imposed itself and the defensive reaction that it has elicited on the part of traditional ways of life, for Derrida the defensive reaction comes from modernity itself. Terrorism is for him the symptom of an autoimmune disorder that threatens the life of participatory democracy, the legal system that underwrites it, and the possibility of a sharp separation between the religious and the secular dimensions». – Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror...*, cit., p. 20 («*Introduction. Terrorism and the Legacy of the Enlightenment*»), p. 1-22).

<sup>251</sup>«Perhaps at a later point important developments will be traced back to September 11. But for now we do not know which of the many scenarios depicted today will actually hold in the future. The clever, albeit fragile, coalition against terrorism brought together by the U. S. government might, in the most favorable case, be able to advance the transition from classical international law to a cosmopolitan order». – Jürgen HABERMAS, in Giovanna BORRADORI, “*Fundamentalism and Terror. A Dialogue with Jürgen Habermas*”, in Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror...*, cit., p. 25-43 (também in Jürgen HABERMAS, *Der gespaltene Westen...*, cit., 1. «*Fundamentalismus und Terror*»), p. 11-31), p. 27.

<sup>252</sup>«Die Globalisierung des Verkehrs und der Kommunikation, der wirtschaftlichen Produktion und ihrer Finanzierung, des Technologie- und Waffentransfers, vor allem der ökologischen und der militärischen Risiken stellen uns vor Probleme, die innerhalb eines nationalstaatlichen Rahmens oder auf

crescendo *pluralismo*, de *coexistência* – e mesmo *convivência* – de um número também ele crescente de diversas “*formas de vida*”, remeteria, neste sentido, para um “*patriotismo constitucional*” (“*Verfassungspatriotismus*”), em alternativa ao decrescente *nacionalismo*<sup>253</sup>. E que, enquanto expressão de uma *constelação pós-nacional*, inspira também a *ideia de Europa* enquanto *aventura incabada*, no dizer de Zygmunt BAUMAN<sup>254</sup>, sintetizando assim o que vem de dizer-se.

O «11 de Setembro»<sup>255</sup>, designação *reificada*, como um *acontecimento em si* – um «*major event*», ou um *evento* – *évènement-Ereignis*, para o dizer desde logo com HEIDEGGER, depois, e também com este, com DERRIDA<sup>256</sup> – imprevisível,

---

dem bisher üblichen Wege der Vereinbarung zwischen souveränen Staaten nicht mehr gelöst werden können. Wenn nicht alles täuscht, wird die Aushöhlung der nationalstaatlichen Souveränität fortschreiten und einen Auf- und Ausbau politischer Handlungsfähigkeiten auf supranationaler Ebene nötig machen, den wir in seinen Anfängen schon beobachten». – Jürgen HABERMAS, “*Der europäische Nationalstaat – Zu Vergangenheit und Zukunft von Soveränität und Staatsbürgerschaft*”, capítulo 4 de Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 128-153, p. 129-130. Vide também, similarmente, Jürgen HABERMAS, “*The European Nation State – its Achievements and its Limitations*”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 2, June 1996, p. 125-137, especialmente p. 133-137.

<sup>253</sup>«Die politische Kultur eines Landes kristallisiert sich um die geltende Verfassung. Jede nationale Kultur bildet im Lichte der eigenen Geschichte für dieselben, auch in anderen republikanischen Verfassungen verkörperten Prinzipien – wie Volkssouveränität und Menschenrechte – eine jeweils andere Lesart aus. Auf der Grundlage dieser Interpretationen kann ein »Verfassungspatriotismus« an die Stelle des ursprünglichen Nationalismus treten. Ein solcher Verfassungspatriotismus erscheint manchen Beobachtern für den Zusammenhalt komplexer Gesellschaften als ein zu schwaches Band». – Jürgen HABERMAS, “*Der europäische Nationalstaat..*”, *cit.*, p. 143. Sobre a ordem cosmopolita proposta por KANT, vide sobretudo Immanuel KANT, *na determinação do direito cosmopolita (Das Weltbürgerrecht)*: «(...) Dieses Recht, so fern es auf die mögliche Vereinigung aller Völker, in Absicht auf gewisse allgemeine Gesetze ihres möglichen Verkehrs, geht, kann das weltbürgerliche (ius cosmopoliticum) genannt werden». – Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, *cit.*, Erster Teil. «*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*», II. Teil, «*Das öffentliche Recht*», 3. Abschnitt. «*Das Weltbürgerrecht*», §62, A 229, B 259, p. 475-477, p. 476. Vide também Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden...*, *cit.*. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito...*”, *cit.*, especialmente p. 135-151.

<sup>254</sup>Vide, assim, e por referência específica a HABERMAS, Zygmunt BAUMAN, *Europe: An Unfinished Adventure*, Polity Press, Cambridge, Malden, 2004, sobretudo p. 124-142.

<sup>255</sup>A pergunta proposta a Jürgen HABERMAS por Giovanna BORRADORI sintetiza o problema que ecoou por toda a primeira década do século XXI: «Do you consider what we now tend to call “September 11” an unprecedented event, one that radically alters the way we see ourselves?». – Giovanna BORRADORI, “*Fundamentalism and Terror...*”, *cit.*, p. 25. HABERMAS acentua a *singularidade* de tal acontecimento: «Perhaps September 11 could be called the first historic world event in the strictest sense: the impact, the explosion, the slow collapse – everything that was not Hollywood anymore but, rather, a gruesome reality, literally took place in front of the “universal eyewitness” of a global public». – *Idem*, p. 28.

<sup>256</sup>«BORRADORI: September 11 (*Le 11 septembre*) gave us the impression of being a *major event*, one of the most important historical events we will witness in our lifetime, specially for those of us who never lived through a world war. Do you agree?

DERRIDA: *Le 11 septembre*, as you say, or, since we have agreed to speak two languages, “September 11”. (...)

(...) we perhaps have no concept and no meaning available to us to name in any other way this “thing” that has just happened, this supposed “event”». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI,

impredizível, incompreensível –, ou, como também alvitra DERRIDA, o resultado (*calculável*) de um *processo auto-imunitário/processo de auto-imunização*<sup>257</sup>, cujos efeitos haverá ainda que interpretar, determinou uma entrada aterrorizada do *mundo ocidental* no séc. XXI<sup>258</sup>. O *mundo ocidental* – que nem todo o mundo *ocidentalizado* –, nas suas pretensamente confortáveis referências económico-sociais e histórico-culturais – em que a «história» deu lugar à «pós-história»<sup>259</sup> – ficou exposto a uma total reinterpretação, após tal *acontecimento*, numa radical *alteração de paradigma de inteligibilidade* – ou, mais pessimisticamente, na ausência total de estrutura-*paradigma* – em que o único pólo agregador essencial parece cifrar-se afinal no *medo*<sup>260</sup>... E com um redimensionamento das relações intersubjectivas e uma inevitável reperspectivação

---

“*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 85-86. DERRIDA volta, recorrentemente, nesta resposta, à expressão *major event*, utilizada sempre em inglês no original. – *Vide idem*, p. 186, n. 1 (da p. 85). «BORRADORI: You mean “event” in the Heideggerian sense?

DERRIDA: No doubt, but, curiously, to the extent that the thought of *Ereignis* in Heidegger would be turned not only toward the *appropriation* of the proper (*eigen*) but a certain *expropriation* that Heidegger himself names (*Enteignis*)». – *Idem*, p. 90. «Were we to accept this minimal definition of the event, minimal but double and paradoxical, could we affirm that “September 11” constituted an event without precedent? An unforeseeable event? A singular event through and through?

Nothing is less certain». – *Idem*, p. 91. *Vide*, sobre a noção de *Ereignis*, Martin HEIDEGGER, *Beiträge zur Philosophie. Vom Ereignis* (1936-1938), in Friedrich-Wilhelm von HERRMANN (Hrsg.) *Gesamtausgabe, III. Abteilung: Unveröffentlichte Abhandlungen*, Band 65, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, 1994, 2003, p. 7: «(...) wird das Seiende in seine *Beständigkeit* gerückt durch den *Untergang* der Gründer der Wahrheit des Seyns. Solches fordert das Seyn selbst. Es braucht die Untergehenden und hat, wo ein Seiendes erscheint, diese schon *er-eignet*, sich zu gewiesen. Das ist die Wesung des Seyns selbst, wir nennen sie das *Ereignis*». *Vide* ainda *ibidem*, p. 23-35, 73-78, 80-83, 84-87.

<sup>257</sup>Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 94.

<sup>258</sup>«(...) we can and, I believe, must (and this duty is at once philosophical and political) distinguish between the supposedly brute fact, the “impression”, and the interpretation». – *Idem*, p. 89. «One can thus condemn *unconditionally*, as I do here, the attack of September 11 without having to ignore the real or alleged conditions that made it possible». – *Idem*, p. 107. *Vide* ainda Wendy BROWN, *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 1-2 (1. «*Tolerance as a Discourse of Depoliticization*», p. 1-24): «How did tolerance become a beacon of multicultural justice and civic peace at the turn of the twenty-first century? (...)

(...) Tolerance surged back into use in the late twentieth century as multiculturalism became a central problematic of liberal democratic citizenship (...).» – *Idem*, p. 1-2. *Vide ibidem*, p. 6-7.

<sup>259</sup>«Se a palavra «história» designa a sucessão de fases do unilateralismo (...), então os cidadãos da Terra vivem hoje em dia num regime pós-histórico». – Peter SLOTERDIJK, *Palácio de Cristal*, *cit.*, p. 20. «Na intensa interacção dos acontecimentos vigente, as iniciativas singulares estão sujeitas à lei dos impedimentos recíprocos crescentes – até a soma de todas as empresas concomitantes se estabilizar numa geleia vibrante: é o que significa a expressão «civilização pós-histórica», correctamente entendida». – *Idem*, p. 21.

<sup>260</sup>É a partir desta categoria *medo* que Martha NUSSBAUM considera o problema da tolerância e intolerância religiosa. *Vide* Martha NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2012 – *vide* especialmente 2. «*Fear: A Narcissistic Emotion*», p. 20-58.

desse mesmo *mundo* e do *homem* nele susceptíveis de deitar afinal por terra os já muito abalados pilares essenciais da Modernidade e do Iluminismo<sup>261</sup> ...

### 2.2.1.2. A tolerância entre *multiculturalismo*, *transculturalidade* e *interculturalidade*

#### 2.2.1.2.1. O problema da *aculturalidade*

Clarificando o sentido do *paradigma* da Modernidade aqui pressuposto, a fim de analisar criticamente a abrangência da pretensão universalizante do padrão cultural e jurídico ocidental, apontamos o exemplarmente ilustrativo diagnóstico de Charles TAYLOR, na sua distinção de *duas Teorias da Modernidade*, uma *cultural* e outra *acultural* – com base numa noção de “*cultura*” susceptível de implicar uma

---

<sup>261</sup>Recuperamos o sentido do termo *paradigma* na ciência, no sentido considerado por Thomas KUHN. Vide Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago (1962), 1970, especialmente p. 10-51 e p. 208-210. No posfácio da edição de 1970 o autor reconsidera algumas posições e confirma outras, fruto de reflexão posterior e de interpelações suscitadas por leitores, vindo a assumir que acaba por utilizar o termo “paradigma” em dois sentidos diferentes: o sentido sociológico, em que ‘paradigma’ surge como *constelação* de convicções, valores, técnicas e outros partilhados pelos membros de uma comunidade, e o sentido exemplar, em que ‘paradigma’ surge como um tipo de elemento dessa *constelação*, como as concretas soluções enquanto modelos ou exemplos: «(...) I consider what occurs when paradigms are sought by examining the behavior of the members of a *previously determined* scientific community. That procedure quickly discloses that in much of the book the term ‘paradigm’ is used in two different senses. On the one hand, it stands for the entire constellation of beliefs, values techniques, and so on shared by the members of a given community. On the other, it denotes one sort of element in that constellation, the concrete puzzle-solutions which, employed as models or examples, can replace explicit rules as a basis for the solution of the remaining puzzles of normal science. The first sense of the term, call it the sociological, is the subject of Subsection 2, below; Subsection 3 is devoted to paradigms as exemplary past achievements.

Philosophically, at least, this second sense of ‘paradigm’ is the deeper of the two (...).» – *Idem*, p. 175. Mobilizando o mesmo sentido de *paradigma*, na consideração da *transição* da *modernidade* para a *pós-modernidade*, vide Hans BERTENS, *The Idea of the Postmodern*, Routledge, London and New York, 1995, p. 247-248: «As for the rest, one might call our period a period of transition if the helpfulness of such a label was not severely undercut by the fact that from one perspective or the other all periods are periods of transition. Let me therefore abuse Thomas Kuhn’s notion of scientific paradigms to be a little more precise. What we have been witnessing for some time now is the constitution of a new political paradigm, just as its predecessor based upon the principles of the Enlightenment. (...) After an overlong period in which Enlightenment universalist representationalism dominated the scene, and a brief, but turbulent period in which its opposite, radical anti-representationalism, captured the imagination, we now find ourselves in the difficult position of trying to honor the claims of both, of seeing the values of both representation and anti-representation, of both consensus and dissensus. Postmodern or radicalized modern – this is our fate: to reconcile the demands of rationality and those of the sublime, to negotiate a permanent crisis in the name of precarious stabilities».

*intraduzibilidade* entre culturas<sup>262</sup> –, cujos pressupostos e consequências se revelarão decisivos na compreensão liberal actual de “*justo*” (“*right*”) e de “*bem*” (“*good*”) e da relação desejável e/ou efectiva existente entre estes dois elementos da construção teórico-política liberal: (a) por um lado, uma teoria *acultural* da Modernidade, com a pretensão de que a evolução das sociedades se faz em termos de substituição de uma cultura por outra, ou, por outras palavras, de aperfeiçoamento, e, assim, *universalizável*; (b) por outro lado, uma teoria *cultural* da Modernidade, pela qual TAYLOR opta, numa percepção da Modernidade como uma construção cultural *entre outras*, e, por isso, *não universalizável*<sup>263-264</sup>.

Uma perspectivação puramente *acultural*, na categorização *supra* apresentada, se projectada na compreensão da evolução histórica ocidental, com os seus fenómenos modernos de *estatização*, *secularização* – e depois *secularismo*<sup>265</sup> –, *racionalização* – e

---

<sup>262</sup>«I want to distinguish – and start a debate – between two kinds of theory of modernity. I will call them “cultural” and “acultural” respectively. I’m leaning on a use of the word “culture” here which is analogous to the sense it often has in anthropology. I am evoking the picture of a plurality of human cultures, each of which has a language and a set of practices which defines specific understandings of personhood, social relations, states of mind/soul, goods and bads, virtues and vices, and the like. These languages are often mutually untranslatable». – Charles TAYLOR, “*Inwardness and the Culture of Modernity*”, in Axel HONNETH/Thomas MCCARTHY/Claus OFFE/Albrecht WELLMER (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 601-623, p. 601. Vide ainda Charles TAYLOR, “*Two Theories of Modernity*” (1993), in *The International Scope Review*, vol. 3, 2001, issue 5 (Summer), p. 1, disponível em [http://www.social-capitalfoundation.org/journal/volume%202001/issue&205/taylor\\_presentation.htm](http://www.social-capitalfoundation.org/journal/volume%202001/issue&205/taylor_presentation.htm) (acedido em 27/12/2006).

<sup>263</sup>«With this model in mind, a “cultural” theory of modernity is one that characterizes the transformations which have issued in the modern West mainly in terms of the rise of a new culture. The contemporary Atlantic world is seen as a culture (or group of cultures) among others, with its own specific understandings, e. g., of person, nature, the good, to be contrasted to all others, including its own predecessor civilization (with which it obviously also has a lot in common).

By contrast, an “acultural” theory of modernity is one that describes these transformations in terms of some culture-neutral operation. By this I mean an operation which is not defined in terms of the specific cultures which it carries us from and to, but is rather seen as of a type which any traditional culture could undergo.

(...)

Modernity in this kind of theory is defined by a rational or social operation which is culture-neutral». – Charles TAYLOR, “*Inwardness and the Culture of Modernity*”, *cit.*, p. 601-602. «Indeed, since a cultural theory supposes the point of view in which we see our own culture as one among others, and this at best is a recent acquisition in our civilization, it is not surprising that the first accounts of revolutionary change were acultural». – Charles TAYLOR, “*Two Theories of Modernity*”, *cit.*, p. 6. Vide também, *ipsis verbis*, já em Charles TAYLOR, “*Inwardness and the Culture of Modernity*”, *cit.*, p. 604.

<sup>264</sup>E projectando-se a partir da própria vivência religiosa, mormente das historicamente diferentes dinâmicas do processo de *secularização*, exemplarmente distinto nos Estados Unidos da América e na Europa. Vide, neste sentido, Charles TAYLOR, *A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2007, p. 505-535 (14. «*Religion Today*»).

<sup>265</sup>Vide Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, *cit.*, p. 48-50.

depois *racionalismo*<sup>266</sup> –, manifestamente redutora, implicaria, *per se*, a recondução de todas as culturas a um padrão uniformizado, e, mais gravemente, a distorção na abordagem de *outras* culturas suas contemporâneas. Ao passo que, em contraponto, a perspectiva *cultural* da Modernidade permitiria a identidade e autonomia, por um lado, e o verdadeiro diálogo *intercultural*, por outro.

Numa *leitura* paralela, embora não convocando Charles TAYLOR, Wendy BROWN postula o carácter *cultural* do liberalismo, e, assim, a sua específica determinação substancialmente fundadora, afastando a possibilidade da respectiva universalização *per se*<sup>267</sup>. Por outro lado, e agora ainda partindo daquela distinção de TAYLOR, tomando a Modernidade como *facto*, e divergindo de TAYLOR ao enveredar por uma *universalização* a partir do contexto ocidental, propõe HABERMAS várias possibilidades da sua interpretação – reconhecendo, ao lado de uma *Modernidade de sentido ocidental*, a possibilidade de «*Modernidades alternativas*» («*alternative Moderne*»), nas culturas *não ocidentais*, e de acordo com os padrões culturais destas, não obstante implicando em qualquer dos casos *secularização e pluralismo*<sup>268</sup>.

A multiplicidade inumerável de subjectividades, conduzindo à designação *multiculturalismo* como consequência da necessidade de pacificação da intersubjectividade, numa combinação de *diferenciação* com a exigência de

---

<sup>266</sup>«(...) I think Western modernity is in part based on an original moral outlook. This is not to say that our account of it in terms of our “coming to see” certain things is wholly wrong. On the contrary: post-17th century natural science has a validity, and the accompanying technology and efficacy, that we have established. And all societies are sooner or later forced to acquire this efficacy, or be dominated by others (and hence have it imposed on them anyway). But it would be quite wrong to think that we can make do with an acultural theory alone». – Charles TAYLOR, “*Two Theories of Modernity*”, *cit.*, p. 7-8.

<sup>267</sup>«Liberalism presumes to convert culture’s collectively binding powers, its shared and public qualities, to individual and privately lived choices. Liberalism, in other words, presumes culture and politics to be fused unless culture is conquered – politically neutered – by the universal, hence noncultural, principles of liberalism». – Wendy BROWN, *Regulating Aversion...*, *cit.*, p. 21. «But liberalism *is* cultural. This is not simply to say that liberalism promotes a certain culture – say, of individualism or entrepreneurship – though certainly these are truisms. (...) Liberalism is not only itself a cultural form, it also is striated with nonliberal culture wherever it is institutionalized and practiced». – *Idem*, p. 22-23. *Vide ibidem*, p. 21-24.

<sup>268</sup>«Die Globalisierung von Märkten, Medien und anderen Netzwerken lässt heute keiner Nation mehr aussichtsreiche Option für den Ausstieg aus der kapitalistischen Modernisierung. Auch nicht-westliche Kulturen können sich in der Folge einer auch von ihrer Seite aktiv betriebenen, aber unzureichend gestalteten Modernisierung den Herausforderungen der Säkularisierung und des weltanschaulichen Pluralismus nicht entziehen. Nur auf Pfaden eine jeweils »alternativen Moderne« werden sie ihre kulturelle Eigenart gegen die vom Westen geprägte kapitalistische Weltkultur behauptet können. Das bedeutet aber, dass sie der *von außen* eindringenden nivellierenden Gewalt aus eigenen kulturellen Ressourcen nur begegnen können, wenn sich auch in diesen Ländern das religiöse Bewusstsein einer Modernisierung *von innen* öffnet». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 323, remetendo para Charles TAYLOR, “*Two Theories of Modernity*”, in *Public Culture*, vol. 11, n. 1, 1999, p. 153-174.

*reconhecimento*<sup>269</sup>, leva Charles TAYLOR a concluir pela atribuição ao *não reconhecimento* ou *reconhecimento incorrecto* a configuração de uma forma de *agressão*<sup>270</sup>. Neste sentido, a preocupação moderna pela identidade e pelo reconhecimento terá resultado da conjugação de duas mudanças históricas. Por um lado, o desaparecimento das hierarquias sociais, com a substituição do conceito pré-moderno de *honra* pelo conceito moderno de *dignidade* – fruto da abolição das classes sociais e da instauração de regimes democráticos<sup>271</sup> – e o conseqüente desenvolvimento da noção de *autenticidade*<sup>272</sup>: a novidade da *autenticidade* em ROUSSEAU, depois em HEGEL, com o desenvolvimento da noção de *reconhecimento*<sup>273</sup>; por outro lado, o desenvolvimento da noção moderna de *identidade*, com a conseqüente *política da diferença*<sup>274</sup>.

---

<sup>269</sup>«A number of strands in contemporary politics turn on the need, sometimes the demand, for *recognition*. The need, it can be argued, is one of the driving forces behind nationalist movements in politics. And the demand comes to the fore in a number of ways in today's politics, on behalf of minority or "subaltern" groups, in some forms of feminism and in what is today called the politics of "multiculturalism"».

The demand for recognition in these latter cases is given urgency by the supposed links between recognition and identity, where this latter term designates something like a person's understanding of who they are, of their fundamental defining characteristics as a human being». – Charles TAYLOR, "*The Politics of Recognition*", in Charles TAYLOR (et al.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994 (edited and introduced by Amy GUTMANN), p. 25-73, p. 25.

<sup>270</sup>«Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being». – *Idem*, p. 25.

<sup>271</sup>«We can distinguish two changes that together have made the modern preoccupation with identity and recognition inevitable. The first is the collapse of social hierarchies, which used to be the basis of honor. I am using *honor* in the ancien régime sense in which it is intrinsically linked to inequalities. (...)

As against this notion of honor, we have the modern notion of dignity, now used in a universalist and egalitarian sense, where we talk of the inherent "dignity of human beings", or of citizen dignity». – *Idem*, p. 26-27.

<sup>272</sup>«Democracy has ushered in a politics of equal recognition, which has taken various forms over the years, and has now returned in the form of demands for the equal status of cultures and of genders.

But the importance of recognition has been modified and intensified by the new understanding of individual identity that emerges at the end of the eighteenth century. We might speak of an *individualized* identity, one that is particular to me, and that I discover in myself. This notion arises along with an ideal, that of being true to myself and my own particular way of being. Following Lionel Trilling's usage in his brilliant study, I will speak of this as the ideal of "authenticity"». – *Idem*, p. 27-28, referindo-se a Lionel TRILLING, *Sincerity and Authenticity*, Norton, New York, 1969. «The ideal of authenticity becomes crucial owing to a development that occurs after Rousseau, which I associate with the name of Herder – (...) as its major early articulator, rather than his originator. Herder put forward the idea that each of us has an original way of being human: each person has his or her own "measure"». – Charles TAYLOR, "*The Politics of Recognition*", *cit.*, p. 30, citando, em nota, Johann Gottlob HERDER, *Ideen*, cap. 7, sec. 1, in *Herders Saemtliche Werke*, Ed. Bernard Suphan, Berlin: Weidmann, 1877-1913, 13:291: «Jeder Mensch hat ein eigenes Maass, gleichsam eine eigne Stimmung aller seiner sinnlichen Gefuehle zu einander».

<sup>273</sup>Charles TAYLOR, "*The Politics of Recognition*", *cit.*, p. 35-36, por referência a Jean Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Garnier-Flammarion, Paris, 1971, e Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Phanomenologie des Geistes*, 1807, Kap. 4.

<sup>274</sup>Charles TAYLOR, "*The Politics of Recognition*", *cit.*, p. 38.



Quanto àquela primeira mudança, a *identidade* e o *reconhecimento* constituiriam categorias não monológicas, ao contrário do assumido pelo racionalismo, mas dialógicas<sup>275</sup>. Por outro lado, o reconhecimento igualitário, próprio de um contexto democrático, vem manifestar-se como reconhecimento da *identidade* e da *autenticidade*<sup>276</sup>, nas distintas *esferas (de reconhecimento) íntima e pública*<sup>277</sup>. Reconduzindo-se a um *reconhecimento universal* assente na *igual dignidade*<sup>278</sup> (centrando-se os modelos da política de igual dignidade em ROUSSEAU – *reconhecimento* – e KANT – *dignidade*<sup>279</sup>). Quanto à segunda mudança, na *política da diferença*, o *reconhecimento* assenta num princípio de igualdade universal, implicando a denúncia da discriminação<sup>280</sup>. Reunindo-se em KANT a *dignidade da pessoa* como *potencial humano universal*, e bem assim, para TAYLOR, a *identidade da pessoa* na *política da diferença*<sup>281</sup>.

A percepção liberal da igualdade, projectada no princípio do respeito igual pela dignidade das pessoas, não percepcionando a diferença, desconsiderou-a, e esta, remetendo a um particularismo, corre o risco de descurar a igualdade, podendo violar o princípio da não-discriminação<sup>282</sup>. O liberalismo, na sua pretensa universalidade,

---

<sup>275</sup> «In order to understand the close connection between identity and recognition, we have to take into account a crucial feature of the human condition that has been rendered almost invisible by the overwhelming monological bent of mainstream modern philosophy

This crucial feature of human life is its fundamentally *dialogical* character». – *Idem*, p. 32. «My own identity crucially depends on my dialogical relations with others». – *Idem*, p. 34.

<sup>276</sup> *Idem*, p. 36-37.

<sup>277</sup> «And so the discourse of recognition has become familiar to us, on two levels: First, in the intimate sphere, where we understand the formation of identity and the self as taking place in a continuing dialogue and struggle with significant others. And then in the public sphere, where a politics of equal recognition has come to play a bigger and bigger role». – *Idem*, p. 37.

<sup>278</sup> «With the move from honor to dignity has come a politics of universalism, emphasizing the equal dignity of all citizens, and the content of this politics has been the equalization of rights and entitlements». – *Idem*, p. 37.

<sup>279</sup> «The politics of equal dignity has emerged in Western civilization in two ways, which we could associate with the names of two standard-bearers, Rousseau and Kant. This doesn't mean that all instances of each have been influenced by these masters (though that is arguably true for the Rousseauian branch), just that Rousseau and Kant are prominent early exponents of the two models». – *Idem*, p. 44.

<sup>280</sup> «With the politics of equal dignity, what is established is meant to be universally the same, an identical basket of rights and immunities; with the politics of difference, what we are asked to recognize is the unique identity of this individual or group, their distinctness from everyone else». – *Idem*, p. 38.

<sup>281</sup> «The politics of equal dignity is based on the idea that all humans are equally worthy of respect. (...) For Kant, whose use of the term *dignity* was one of the earliest influential evocations of this idea, what commanded respect in us was our status as rational agents, capable of directing our lives through principles. Something like this has been the basis for our intuitions of equal dignity ever since, though the detailed definition of it may have changed». – *Idem*, p. 41, referindo Immanuel KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1785).

<sup>282</sup> «These two modes of politics, then, both based on the notion of equal respect, come into conflict. For one, the principle of equal respect requires that we treat people in a difference-blind fashion. The fundamental intuition that humans command this respect focuses on what is the same in all. For the

obliterou muitas vezes o seu carácter especificamente cultural, o que TAYLOR não subscreve. Daí a sua distinção – assente no *tipo de reconhecimento* – entre *liberalismo procedimental/processual*<sup>283</sup> e *liberalismo não procedimental*<sup>284</sup>. O primeiro, com inspiração em DWORKIN, a definir a sociedade liberal como não se comprometendo com opções “substantivas”, encetando um esforço procedimental/processual de tratamento com igual respeito<sup>285</sup>; e o segundo, inspirado no *modelo* do Quebeque, a definir a sociedade liberal como comprometida com essas opções “substantivas”, de *vida boa*, e concomitantemente encetando um esforço de respeito pela *diferença*, garantindo os direitos fundamentais<sup>286</sup>. Classificação esta que WALZER renomeia ao comentar a

---

other, we have to recognize and even foster particularity. The reproach the first makes to the second is just that it violates the principle of nondiscrimination. The reproach the second makes to the first is that it negates identity by forcing people into a homogeneous mold that is untrue to them». – Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, *cit.*, p. 43.

<sup>283</sup>Acompanhamos aqui de perto a formulação apresentada por AROSO LINHARES: «(...) um certo *liberalismo processual* (Taylor) ou *liberalismo 1* (Walzer): uma “tradição” (ou sistema de argumentos) que, ao pretender levar a sério a exigência de “neutralidade” – entre as “diversas (e muitas vezes conflituantes) concepções de *vida boa* existentes na sociedade pluralista” –, acaba por confundir racionalidade e “neutralidade cultural”, igualdade humana e cidadania (e esta como “identidade universal englobante”)...». – José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial. O “pormenor” do Direito na “ideia” da Europa das Nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista*”, in *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, n. 1, 2006 (Separata de *A organización territorial dos estados e a integración europea*), p. 17-67, p. 42-43, citando Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, *cit.*, na tradução portuguesa “*A política de reconhecimento*”, in Charles TAYLOR (et al.), *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, tradução de Marta Machado, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, p. 45-94, p. 76-78, 81-82, e Michael WALZER, “*Comment*”, in Charles TAYLOR (et al.), *Multiculturalism...*, *cit.*, na tradução portuguesa “*Comentário*”, *ibidem*, p. 117-121, p. 117-118.

<sup>284</sup>«Sendo certo que o outro pólo nos conduz às possibilidades de um *liberalismo não procedimental* (Taylor) ou *liberalismo 2* (Walzer): a uma interpretação da exigência do reconhecimento universal (do “tratamento igual” e do “igual respeito”) que, pressupondo a defesa permanente de certos direitos – que diz “fundamentais” e que distingue das (meras) “imunidades” e outros “pressupostos de tratamento uniforme” –, não deixa no entanto de constitutivamente se preocupar com as especificidades da nação ou das nações (em sentido étnico-cultural) a que se dirige». – José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...*”, *cit.*, p. 44, citando Charles TAYLOR, “*A política de reconhecimento*”, *cit.*, p. 78-82, e Michael WALZER, “*Comentário*”, *cit.*, p. 117-119.

<sup>285</sup>«Dworkin makes a distinction between two kinds of moral commitment. We all have views about the ends of life, about what constitutes a good life, which we and others ought to strive for. But we also acknowledge a commitment to deal fairly and equally with each other, regardless of how we conceive our ends. We might call this latter commitment “procedural”, while commitments concerning the ends of life are “substantive”. Dworkin claims that a liberal society is one that as a society adopts no particular substantive view about the ends of life. The society is, rather, united around a strong procedural commitment to treat people with equal respect». – Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, *cit.*, p. 56.

<sup>286</sup>«Quebeckers, therefore, and those who give similar importance to this kind of collective goal, tend to opt for a rather different model of a liberal society. On their view, a society can be organized around a definition of the good life, without this being seen as a depreciation of those who do not personally share this definition. (...) According to this conception, a liberal society singles itself out as such by the way in which it treats minorities, including those who do not share public definitions of the good, and above all by the rights it accords to all of its members». – *Idem*, p. 59. TAYLOR oferece

posição de TAYLOR, referindo-se ao primeiro como *Liberalismo 1*<sup>287</sup> e ao segundo como *Liberalismo 2*<sup>288</sup>. Para concluir que, sendo o *Liberalismo 2* optativo, uma das suas opções é o *Liberalismo 1*<sup>289</sup>.

Se, no limite, o carácter *humano* do homem resulta prejudicado em nome da submissão a uma matriz cultural que o tolhe enquanto ser racional e autodeterminado, o diálogo ficará comprometido, havendo um longo caminho a percorrer, no amplo espaço que medeia entre o início da *diferença* e aquele limite, e muitas respostas localizadas poderão surgir a partir do eixo *tolerância/respeito* pela *diferença/reconhecimento recíproco/tradução*. Num mundo cada vez mais complexo, mais globalizado, o respeito por si próprio poderá constituir uma fronteira, em ambos os sentidos, *negativo* e *positivo*. A implicar, em cada civilização, diferentes conteúdos, não sobreponíveis. Obstando mesmo a equívoca pretensão de sobreposição a qualquer diálogo.

---

exemplos referentes ao Quebec, baseando-se em medidas legislativas concretas, partindo da *Carta dos Direitos do Canadá*, de 1982. Vide *idem*, p. 52-56. Vide também, referindo-se a este exemplo, Matthias KAUFMANN, “*Toleranz ohne Indifferenz – Integration und die Rückseite der Akzeptanz*“, *cit.*, p. 41-42.

<sup>287</sup> «(...) I not only admire the historical and philosophical style of Charles Taylor’s essay, I am entirely in agreement with the views that he presents. (...)»

My question is about the two kinds of liberalism that Taylor has described and that I shall redescribe, abbreviating his account. (1) The first kind of liberalism (“Liberalism 1”) is committed in the strongest possible way to individual rights and, almost as a deduction from this, to a rigorously neutral state, that is, a state without cultural or religious projects or, indeed, any sort of collective goals beyond the personal freedom and the physical security, welfare, and safety of its citizens». – Michael WALZER, “*Comment*”, in Charles TAYLOR (et al.), *Multiculturalism...*, *cit.*, p. 99-103, p. 99.

<sup>288</sup> «(2) The second kind of liberalism (“Liberalism 2”) allows for a state committed to the survival and flourishing of a particular nation, culture, or religion, or of a (limited) set of nations, cultures, and religions – so long as the basic rights of citizens who have different commitments or no such commitments at all are protected». – *Idem*, p. 99.

<sup>289</sup> «Taylor prefers the second of these liberalisms, though he does not defend this preference at length in his essay. It is important to notice that Liberalism 2 is permissive, not determinate: liberals of the second kind, Taylor writes, “are willing to weigh the importance of certain forms of uniform treatment [in accordance with a strong theory of rights] against the importance of cultural survival, and opt *sometimes* [my emphasis] in favor of the latter”. This obviously means that liberals of the second kind will opt sometimes in favour of liberalism of the first kind. Liberalism 2 is optional, and one of the options is Liberalism 1.

This sounds right to me». – *Idem*, p. 99-100. Vide ainda Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, *cit.*, p. 56, 60-61, e Charles TAYLOR, “*Two Theories of Modernity*”, *cit.*.

### 2.2.1.2.2. O problema da *interculturalidade* e a diluição *transcultural*

Projectada para lá das fronteiras da Modernidade, a perspectiva *cultural* continua a reflectir-se na *interculturalidade*, não obstante a progressiva diluição de fronteiras que a globalização também comporta. Porém, se conduzir a um processo de *transculturalidade*, correrá o risco de implicar a própria diluição da diversidade cultural... com o multiculturalismo e o diálogo intercultural a serem assim dissolvidos numa unificação de determinação maioritariamente económica – que a própria vaga de globalização transporta –, longe de permitir uma experiência de intercâmbio e, até certo ponto, de *mestiçagem*, implicando antes a uniformização atípica, *rectius*, a perda de identidade cultural. O problema da *diferença*, como núcleo do multiculturalismo, e a tomada de posição quanto às nossas raízes culturais, implicará uma tomada de consciência da *mestiçagem* – e, assim, de reconhecer múltiplas influências histórico-culturais, desde as heranças celta, árabe, greco-romana e hebraico-cristã, tal como o movimento das descobertas, da expansão ultramarina e da colonização, e, posteriormente, a emigração para a Europa e para a América do Sul e do Norte, as consequências dos diversos momentos da guerra colonial, e o mais actual movimento dos refugiados provenientes do leste europeu<sup>290</sup>. Bem como de que a esta *mestiçagem* se contrapõem crescentes movimentos de *racismo* (não apenas de base biológica, mas sobretudo de base sociocultural) e *fundamentalismo*<sup>291</sup>. Porém, nunca reconduzindo a uma *reductio ad unum* determinada por uma determinação de *transculturalidade* em que o transversal unificador se sobreponha ao individual específico.

Evidentemente que a *transculturalidade* admitirá uma multiplicidade de sentidos, e a que vem de se criticar não se confundirá com aquela que, com WELSCH, procura, para lá da *interculturalidade* e da *multiculturalidade*, não se reconduzir a uma miscigenação inevitavelmente conducente a uma *uniformização* globalizante, antes espelhar-se como *nova diversidade* – a partir da tomada de consciência de uma *transculturalidade interna* –, acentuando um *particularismo* que, não negando os

---

<sup>290</sup>Neste sentido, vide João Maria ANDRÉ, “*Pluralidade de crenças e diferença de culturas...*”, *cit.*, p. 19-20.

<sup>291</sup>*Idem*, p. 21-22.

enriquecimentos das intercomunicações na complexidade do mundo actual, reafirme a *singularidade*...<sup>292</sup>. Não sendo, também, já propriamente de *transculturalidade* que nos fala SANDKÜHLER, antes de uma tentativa de delinear uma concepção de *cultura*, através de uma perspetivação epistemológica, estabelecendo condições que permitam, uma vez reconhecida a diversidade cultural e a incomensurabilidade de certas especificidades culturais – ao nível macroscópico, da sociedade, e ao nível microscópico, dos indivíduos –, a compreensão e a acção *transcultural*<sup>293</sup>. E isto partindo de uma análise epistemológica do *pluralismo*, enquanto *perspectivismo*<sup>294</sup>, determinando um *relativismo* que proporcionaria um auto-reconhecimento, a pressupor por sua vez o reconhecimento do *Outro*, e, assim, do pluralismo de culturas e da responsabilidade nessa *cosmopolis* cultural<sup>295</sup>.

*Multiculturalismo, interculturalidade e transculturalidade*, não se confundindo, portanto, entre si, implicarão, alternativamente, elementos de comunicação de conteúdos entre esferas culturais susceptíveis de provocar sobreposições materiais entre si, e mesmo substancialmente justapostas às anteriores opções individualizadoras de

---

<sup>292</sup>Wolfgang WELSCH, “*Transculturality: The Puzzling Form of Cultures Today*”, in Michael FEATHERSTONE/Scott LASH (Ed.), *Spaces of Culture: City, Nation, World*, Sage, London, 1999, p. 194-213. «(...) does transculturality really mean uniformization? Not at all. It is, rather, intrinsically linked with the production of diversity». – *Idem*, p. 203. «(...) the individuals’ discovery and acceptance of their transcultural constitution is a condition for coming to terms with societal transculturality. Hatred directed towards foreigners is (as has been shown particularly from the psychoanalytic side) basically projected hatred of oneself. (...) It is precisely when we no longer deny, but rather perceive, our inner transculturality, that we will become capable of dealing with outer transculturality». – *Idem*, p. 201.

<sup>293</sup>«The question I pursue is: What are the epistemic conditions necessary for the success of *transculturality*, that is, the recognition of the diversity of cultures as well as the coexistence of apparently incommensurable cultures at both the macro-level of society and the micro-level of individuals. I will not explicitly address transculturality proper; rather, my intention is to sketch a conception of culture by way of an epistemological perspective through which transcultural understanding and action is possible». – Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, in Hans-Jörg SANDKÜHLER/Hong-Bin LIM (Ed.), *Transculturality: Epistemology, Ethics and Politics*, Peter Lang, Frankfurt, 2004, p. 79-100, disponível em <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/Pluralism-Cultures%20of%20Knowledge.pdf> (acedido em 05/01/2010), p. 83.

<sup>294</sup>«My perspective on the problem of pluralism is that of epistemology. By ‘pluralism’ I understand a particular epistemic *Habitus* (habit): from the perspective of this *Habitus*, it is more rational to assume a heterogeneity and diversity of the real than to assume the monistic homogeneity and uniformity of a world ruled by *one* substance». – *Idem*, p. 84. *Vide ibidem*, p. 83-84. E tal pluralismo epistemológico enquanto *perspectivismo*, conjunto de *perspectivas da realidade*: «Epistemological pluralism is a *perspectivism*. It stems from the historical relativity of world-images, of religions, of artistic forms and of scientific knowledge; they all have the function of *perspectives* on reality». – *Idem*, p. 84. «Factual pluralism is perceived as relativism, and this means it is perceived as the loss of a universally amenable public rationality». – *Idem*, p. 85.

<sup>295</sup>«When one understands what free epistemic activity objectifies, one also understands oneself as a cultural being. This self-understanding implies the recognition of the Other’s otherness, that is to say, the pluralism of cultures; it is simultaneously the precondition for my acceptance of responsibility for my world-designs, i. e, for my action in the cosmopolis of culture». – *Idem*, p. 90.

cada cultura. O que será susceptível de conduzir a uma diluição cultural recíproca, no sentido da perda de referentes essenciais numa crescente globalização de comportamentos, potencializada também pelo crescente fluxo populacional temporário à escala mundial, conformador de sociedades complexas, multiculturais. Se o *multiculturalismo* permitirá, numa das suas significações, a coexistência incomunicante de várias culturas, a *interculturalidade* abre caminho para um diálogo entre culturas, sem sobreposição necessária, ao passo que a *transculturalidade* busca o(s) elemento(s) comum(ns) existentes, ou a existir por força e como consequência da necessidade de diálogo<sup>296</sup>. A manutenção da integridade cultural-civilizacional passa, porém, pelo reconhecimento da e pelo respeito pela *diferença*, não pela sua aglutinação – o que permitirá distinguir *sentidos negativos* e *sentidos positivos* ao próprio *multiculturalismo*<sup>297</sup>. Interstício em que, entre *modernidade* e *pós-modernidade*, a categoria *tolerância* se apresenta susceptível de assumir renovadamente relevância normativamente prática.

---

<sup>296</sup>O que, exemplarmente, e ainda em cenário anterior ao «11 de Setembro», ficou espelhado no confronto entre a potencial universalização presente no diagnóstico de Francis FUKUYAMA – *The End of History and the Last Man* – e o multiculturalismo cultural e religioso determinante do perpetuar dos conflitos intercivilizacionais que, em resposta, Samuel HUNTINGTON espelha no seu *The Clash of Civilizations*. Vide Francis FUKUYAMA, *The End of History and The Last Man*, Free Press, New York, 1992, e Samuel HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and The remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996.

<sup>297</sup>Naquele primeiro sentido, negativo, de *multiculturalismo*, vejamos, exemplarmente, a posição crítica de Slavoj ŽIŽEK: «(...) o multiculturalismo é uma forma de racismo denegada, invertida, auto-referencial, um «racismo com distância»: respeita a identidade do Outro, concebendo-o como uma comunidade «autêntica» fechada sobre si mesma, em relação à qual o adepto do multiculturalismo mantém, pelo seu lado, uma distância que torna possível a sua posição universal privilegiada.

(...) o respeito do multiculturalismo pela especificidade do Outro é precisamente a forma adoptada pela afirmação da sua própria superioridade». – Slavoj ŽIŽEK, *Elogio da intolerância*, cit., p. 72-73 («A tolerância repressiva do multiculturalismo», p. 71-79). E, pretendendo assumir o *multiculturalismo* em sentido positivo, afirma Bjarne MELKEVIK, por referência à *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*, da UNESCO: «(...) nos sociétés contemporaines sont prises dans les turbulences des différentes formes de multiculturalisme. (...) le fait démocratique devient, à l'égard d'un paradigme de la modernité juridique, sa propre "culture" et la transcendance de tout fait "culturel"! Bref, il englobe en soi la possibilité d'un dialogue interculturel, multiculturel et pluriculturel où les voix, en tolérance, ne peuvent que retentir de toute part». – Bjarne MELKEVIK, *Tolérance et modernité juridique*, Presses de l'Université Laval, Laval, Québec, 2006, p. 74-75 (5. «Multiculturalisme, droit et tolérance», p. 67-75).

### 2.2.2. Projecção exemplar: *tolerância* e legitimação do *discurso* dos *direitos humanos*, entre *moralidade* e *juridicidade*

Dependendo o diálogo intercivilizacional de um efectivo *princípio da audição*, de escuta, de espera, pelo outro, de *abertura ao outro*, para lá da *tolerância* e dos respectivos *limites*, o domínio que nesse diálogo se reserva ao direito poderá resultar muito mais reduzido do que supostamente se esperaria. E, ainda nesse domínio, no que ao direito respeita, poderá, não obstante, a *tolerância*, numa releitura da sua perspectivação substancial, constituir uma categoria de inteligibilidade operacionalmente útil... Diálogo intercivilizacional aquele tanto mais relevante do ponto de vista do problema da tolerância quanto mais permanente o debate referente aos *direitos humanos*. Debate em que múltiplos *discursos* se articulam, perfilando-se, ao lado das vozes mais radicalmente *universalistas*, as *relativistas*. Assim, por exemplo, entre nós, Sara GUERREIRO assume uma perspectiva *universalista* dos *direitos humanos* – como núcleo duro de direitos de que decorrem todos os outros<sup>298</sup> –, enquanto VIEIRA DE ANDRADE envereda por uma perspectiva de pendor mais *relativista*, reconhecendo a vocação universalista dos documentos internacionais referentes aos direitos humanos, porém salvaguardando o seu carácter contextualizadamente espaço-temporal, e, assim, o respeito pelas diferenças civilizacionais, rejeitando uma “elasticidade infinita” dos direitos humanos, mas postulando um *núcleo duro* comum de valoração mínima universal<sup>299</sup>. Sentido relativista que também Patrícia JERÓNIMO segue, ao postular que

---

<sup>298</sup>«Pela nossa parte aderimos a uma visão tendencialmente universalista dos direitos do homem, assente na universalidade do espírito humano.

Embora admitamos diferenças na consagração e aplicação dos direitos nas várias partes do mundo, consideramos que um determinado grupo de direitos não admitem hoje mais de uma leitura. É o grupo de direitos do qual decorrem todos os outros. Aqueles mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, e sem os quais os indivíduos perdem a qualidade de homens». – Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, cit., p. 64, referindo-se ao seu artigo “*Reflexões sobre os Direitos do Homem, o Património Comum da Humanidade e a Humanidade*”, in *Revista Estratégica*, Vol. XIII, 2002, p. 22 e ss., e a Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, p. 95.

<sup>299</sup>«Referindo-se esta perspectiva internacionalista a um determinado momento histórico, tem de ser sensível às diferenças culturais e de civilização, que determinam modos diversos de compreensão e realização dos direitos. Daí que seja no plano “regional” que os direitos internacionais encontrem protecção mais eficaz.

Mas, tal não implica no plano mundial uma elasticidade infinita dos direitos humanos, que, bem vistas as coisas, destruiria a sua razão de ser. Há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à *dignidade* e ao valor da *pessoa humana* e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens. E, esses direitos (pelo

os *direitos humanos*, com o sentido histórico cuja construção filosófica lhes confere, apenas farão sentido no mundo ocidental<sup>300</sup>. A necessidade de estabelecimento de um *mínimo denominador comum*, um *núcleo duro* de valoração mínima universal, comum a todos os homens em todos os lugares, ainda que historicamente inteligido, poderá relevar-se problemática para a densificação das diferenças culturais e civilizacionais. Concordamos, assim, com VIEIRA DE ANDRADE, ao fixar o *mínimo denominador comum* na *dignidade* e valor da *pessoa* humana, intrínsecos à condição de homem – concentrando-nos, porém, na plasticidade de significado civilizacional destes mesmos termos, o que torna móvel o posicionamento e o conteúdo desse núcleo considerado essencial<sup>301</sup>.

Assim, desaparecida a *dimensão de absoluto* nas culturas pluralistas, posicionam-se as diferentes opções culturais coexistentes numa sociedade em igualdade de circunstâncias, muitas vezes competindo por um lugar preponderante<sup>302</sup>. O que se verifica institucionalmente consagrado em múltiplos mecanismos internacionais, visando a assimilação do *pluralismo cultural*, como é o caso da *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*<sup>303</sup>. A própria institucionalização da *Declaração Universal*

---

menos, esses) devem ser considerados “património espiritual comum da humanidade” e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial». – José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 37. *Vide idem*, p. 31-35.

<sup>300</sup>«A nossa simpatia vai toda para o entendimento relativista. Não acreditamos em universais pré-fixados. (...) Os Direitos Humanos – pelo seu sustento jusfilosófico como pelas suas traduções normativas – só têm verdadeiro sentido para o Ocidente. Fora dos domínios ocidentais a dignidade ínsita na natureza humana ganha formas diferentes de expressão – não significa necessariamente a igualdade de todos os homens, nem importa necessariamente o reconhecimento aos indivíduos de direitos subjectivos oponíveis ao poder e aos outros; passa, muitas vezes, por coisas como a honra e o sentimento de pertença à comunidade, traduz-se, muitas vezes, em gestos de generosidade e em deveres perante o grupo.

Estas outras formas de enquadrar a existência humana no mundo explicam-se culturalmente. Tal como os Direitos do Homem. Merecem, por isso, o nosso inteiro respeito». – Patrícia JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à escala das Civilizações*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 259-260.

<sup>301</sup>Ainda no sentido do carácter *ocidental* dos *direitos humanos*, e, assim, criticando a *discursiva* pretensão da respectiva *universalidade*, e concomitante *banalização*, *vide*, exemplarmente, Guy HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1987 (Ed. revisée 1993), especialmente p. 41-45 e 119-124.

<sup>302</sup>Neste sentido, *vide* Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, *cit.*, p. 93.

<sup>303</sup>SANDKÜHLER acentua determinantemente a *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural*, mormente o respectivo artigo 4.º, que consagra os direitos humanos como garantes da diversidade cultural, reforçando, assim, o sentido *relacional* de *cultura*: «Article 4 (“Human rights as guarantees of cultural diversity”) stresses: “The defence of cultural diversity is an ethical imperative, inseparable from respect for human dignity. It implies a commitment to human rights and fundamental freedoms, in particular the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples. No one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope”. The *Universal Declaration* certainly deserves all support; yet it contains non-explicit premises. The open question remains: “About *what* and about *whom* are we speaking, when we speak of



dos Direitos do Homem, de 1948<sup>304</sup> – depois complementada pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*<sup>305</sup> e pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*<sup>306</sup>, ambos de 1966 – veio, em substituição da moderna *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, reposicionar a questão dos direitos humanos, à luz dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, estabelecendo uma nova geração dos mesmos<sup>307</sup>. Vindo porém aquela *Declaração* – no anseio de afirmar positivamente a liberdade e igualdade materiais – a reconhecer expressamente a tolerância apenas no n.º 2 do seu artigo 26.º, especificamente referente à educação («A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz») <sup>308</sup>. Afirmando os princípios da igualdade e da liberdade, em geral, desde logo nos respectivos artigos 1.º, 2.º e 7.º, e, em especial, designadamente, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião e de opinião e de expressão, respectivamente nos artigos 18.º e 19.º.

Face à expressão universalista da *Declaração* de 1948 e das especificações que se lhe seguiram, novas declarações, regionais, de especialização face aos parâmetros da

---

‘culture’?»). – Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, *cit.*, p. 80. «‘Culture’ is a relational concept; it implies the difference and the multitude of cultures (...)». – *Idem*, p. 82. *Vide idem*, p. 80-82. *Vide Universal Declaration on Cultural Diversity* – 2/11/2001, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13179&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (acedido em 15/04/2009), com tradução portuguesa: *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf> (acedido em 15/04/2009).

<sup>304</sup>*The Universal Declaration of Human Rights* – 10/12/1948, disponível em <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (acedido em 06/01/2010), citada na versão portuguesa *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> (acedido em 06/01/2010).

<sup>305</sup>*International Covenant on Civil and Political Rights* – 16/12/1966, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (acedido em 13/02/2012), citado na versão portuguesa *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html> (acedido em 13/02/2012).

<sup>306</sup>*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* – 16/12/1966, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm> (acedido em 13/02/2012), citado na versão portuguesa *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/cidh-dudh-psocial.html> (acedido em 13/02/2012), com expressa referência à tolerância no domínio da educação, no seu artigo 13.º/1.

<sup>307</sup>*Vide* Mário REIS MARQUES, *Introdução ao Direito I*, *cit.*, p. 217-224; Mário REIS MARQUES, “*Direitos fundamentais e afirmação de identidades*”, *cit.*, p. 163-166. *Vide* ainda Ghislain WATERLOT, “*Human Rights and the Fate of Tolerance*”, *cit.*, p. 60-65.

<sup>308</sup>*Vide Declaração Universal dos Direitos do Homem*, *cit.*.

referida declaração, se perfilaram. É o caso, por um lado, da *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, de 1981<sup>309</sup>, em que, nos artigos 28.º e 29.º, referentes a deveres para com os outros, surge expressamente a categoria *tolerância*<sup>310-311</sup>. É também o caso, por outro lado, da *Carta Árabe de Direitos Humanos*, de 1994, na versão revista de 2004, adoptada pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes<sup>312</sup> – depois de uma *Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos*, adoptada pelo Conselho Islâmico em 1981<sup>313</sup>, e da *Declaração do Cairo de Direitos Humanos no Islão*, adoptada pela Organização da Conferência Islâmica em 1990<sup>314</sup>. Estas, adaptando embora o ideário dos direitos humanos ao Islão, encontram-se expressamente vinculadas a especificações impostas pela *Sharia*<sup>315</sup>, e, apesar do avanço da *Carta* de 2004 – em que tal submissão surge já muito diluída<sup>316</sup> –, em alguns casos afastam-se da enunciação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, nomeadamente quanto

<sup>309</sup>Vide *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*, adoptada em Nairobi em 26 de Junho de 1981, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html> (acedido em 14/03/2012).

<sup>310</sup>Consagra o mencionado artigo 28.º: «Cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos». E o artigo 29.º: «O indivíduo tem ainda o dever:

(...)

7. De velar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, num espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade».

<sup>311</sup>Vide, sobre a significação atribuída aos artigos 27.º a 29.º desta *Carta*, Maria José Morais PIRES, “*Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*”, in *Boletim de documentação e direito comparado*, n.ºs 79/80, 1999, p. 334-350, disponível em <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7980-b.pdf> (acedido em 14/03/2012), remetendo para Jean MATRINGE, *Tradition et modernité dans la Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

<sup>312</sup>Vide “*Arab Charter on Human Rights 2004*”, tradução inglesa de Mohammed AMIN AL-MIDANI e Mathilde CABANETTES, in *Boston University International Law Journal*, vol. 24, Fall 2006, n. 2, p. 147-164, disponível em [http://www.acihl.org/res/Arab\\_Charter\\_on\\_Human\\_Rights\\_2004.pdf](http://www.acihl.org/res/Arab_Charter_on_Human_Rights_2004.pdf) e em <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume24n2/documents/147-164.pdf> (acedido em 14/02/2012).

<sup>313</sup>Disponível em tradução inglesa em <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html> (acedido em 14/02/2012).

<sup>314</sup>Disponível em tradução inglesa em <http://www.arabhumanrights.org/publications/regional/islamic/cairo-declaration-islam-93e.pdf> (acedido em 14/02/2012).

<sup>315</sup>Vide Silvio FERRARI, “*The New Wine and the Old Cask. Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe*”, *cit.*, p. 80-81.

<sup>316</sup>Surgem nesta *Carta* apenas duas referências expressas à *Sharia*, embora continuem a existir algumas referências genéricas a «lei». No Preâmbulo da referida *Carta* refere-se: «Pursuant to the eternal principles of brotherhood, equality and tolerance among all human beings which were firmly established by the Islamic Shari’a and other divinely-revealed religions». – “*Arab Charter on Human Rights 2004*”, *cit.*, p. 150. A outra referência à *Sharia* encontra-se no n.º 3 do artigo 3.º, enquanto fundamento de de discriminação positiva em relação às mulheres. – *Vide idem*, p. 151.

aos direitos das mulheres<sup>317</sup>, à vida humana<sup>318</sup>, à liberdade religiosa<sup>319</sup> e ao sionismo<sup>320</sup>. Tudo resultando em questões de fundamentação e legitimação da *tolerância*<sup>321</sup>.

Múltiplas tentativas de construção doutrinal de *recuperação* – e, *maxime*, de *recompreensão* – do ideário da Carta das Nações Unidas<sup>322</sup> e de substancialização do significante *dignidade humana* se sucedem – mercê da constante fragmentação individualizante da subjectividade, neste sentido *pós-moderna*<sup>323</sup> –, em múltiplas

---

<sup>317</sup> «Article 3

3. Men and women are equal in human dignity, in rights and in duties, within the framework of the positive discrimination established in favor of women by Islamic Shari'a and other divine laws, legislation and international instruments. Consequently, each State Party to the present Charter shall undertake all necessary measures to guarantee the effective equality between men and women». – *Idem*, p. 151.

<sup>318</sup> «Article 5

1. Every human being has an inherent right to life.
2. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

Article 6

The death penalty shall be inflicted only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime. Such a penalty can only be carried out pursuant to a final judgment rendered by a competent court. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence.

Article 7

1. The death penalty shall not be inflicted on a person under 18 years of age, unless otherwise provided by the law in force at the time of the commission of the crime.
2. The death penalty shall not be carried out on a pregnant woman prior to her delivery or on a nursing mother within two years from the date on which she gave birth. In any case, the interests of the infant shall prevail». – *Idem*, p. 152.

<sup>319</sup> «Article 30

1. Every person shall have the right to freedom of thought, belief and religion, which may be subject only to such limitations as are prescribed by law». – *Idem*, p. 156.

<sup>320</sup> «Article 2

(...) 3. All forms of racism, zionism, occupation and foreign domination pose a challenge to human dignity and constitute a fundamental obstacle to the realization of the basic rights of peoples. There is a need to condemn and endeavour to eliminate all such practices». – *Idem*, p. 151.

<sup>321</sup> Sobre as múltiplas orientações de interpretação da *Sharia* e respectivas compreensões do do direito e legitimação da tolerância, vide BERNARD BOTIVEAU, “*Tolerance and Law: From Islamic Culture to Islamist Ideology*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 61-74; Francesco Margiotta BROGLIO, “*Tolerance and the Law*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 252-265, p. 255; Ali MÉRAD, “*Ética e diversidade cultural: uma abordagem islâmica*”, in Jean-Pierre CHANGEAUX (Dir.), *Uma mesma ética para todos?*, cit., p. 159-172.

<sup>322</sup> *Charter of the United Nations* – 26/06/1945, disponível em <http://www.un.org/en/documents/charter/> (acedido em 14/03/2012), citada na versão portuguesa *Carta das Nações Unidas*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html> (acedido em 14/03/2012), com referência expressa à tolerância no respectivo preâmbulo.

<sup>323</sup> Vide, neste sentido, a síntese apresentada por Mário REIS MARQUES: «Perpassa pela Declaração de 1948 uma ideia unitária de homem como unidade abstracta, cuja indeterminação em termos histórico-culturais contribui para a absorção da diversidade no seio de uma ideia universalista do ser humano. Ora, é justamente esta humanidade abstracta desprovida de conteúdo específico que é posta em causa pelo irromper de reivindicações identitárias, isto é, pelo retorno impetuoso das diferenças construídas sobre dados existenciais e ontológicos. Referimo-nos, por exemplo, às minorias étnicas, linguísticas, tribais, religiosas, sexuais, etc.

(...)

Declarações espacial e/ou substancialmente especiais, tais como a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*<sup>324</sup>, a *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*<sup>325</sup>, e ainda a *Declaração sobre Raça e Preconceitos Raciais*<sup>326</sup> ou a *Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou Convicção*<sup>327</sup>, a *Convenção sobre os Direitos da Criança* – esta referindo duas vezes a tolerância, no preâmbulo e no artigo 29.º, referente à educação<sup>328</sup> –, a *Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*<sup>329</sup>, a *Declaração sobre os Direitos dos*

---

Este movimento, fundado sobre os direitos fundamentais, recobre-se das tendências pós-modernas da valorização da complexidade, da flexibilidade e da diversidade». – Mário REIS MARQUES, “*Direitos fundamentais e afirmação de identidades*”, cit., p. 164-165.

<sup>324</sup>*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* – 21/12/1965, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm> (acedido em 14/03/2012), com versão portuguesa: *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-eliminacao-discrimina-racial.html> (acedido em 14/03/2012).

<sup>325</sup>*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* – 04/11/1950, disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION\\_ENG\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf) (acedido em 06/12/2010), citada na versão portuguesa *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf) (acedido em 06/12/2010).

<sup>326</sup>*Declaration on Race and Racial Prejudice* – 27/11/1978, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=12027&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=-471.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12027&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html) (acedido em 15/04/2009), com versão portuguesa: *Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais*, disponível em [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_2/IIIPAG3\\_2\\_9.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm) (acedido em 15/04/2009).

<sup>327</sup>*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief* – 25/11/1981, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/religion.htm> (acedido em 06/01/2010), com versão portuguesa: *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou convicção*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/outraspubPDF/VOLUME%20I.PDF> (acedido em 06/01/2010), p. 141-144.

<sup>328</sup>*Convention on the Rights of the Child* – 20/11/1989, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>, citada na tradução portuguesa *Convenção sobre os Direitos da Criança*, disponível em [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) (acedido em 14/03/2012):

«Artigo 29.º

1. Os Estados Partes acordam em que a educação da criança deve destinar-se a:

(...)

d) Preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena (...).»

<sup>329</sup>*Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* – 18/12/1992, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/minorities.htm> (acedido em 14/03/2012); com tradução portuguesa: *Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, disponível em [http://www.acidi.gov.pt/\\_cfn/4d026c148fe00/live/Declara%C3%A7%C3%A3o+Sobre+os+Direitos+das+Minorias+](http://www.acidi.gov.pt/_cfn/4d026c148fe00/live/Declara%C3%A7%C3%A3o+Sobre+os+Direitos+das+Minorias+) (acedido em 14/03/2012).

*Povos Indígenas*<sup>330</sup>, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*<sup>331</sup>, e ainda a *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*<sup>332</sup>. O próprio direito comunitário derivado consagra, em alguns dos seus mecanismos, expressamente, a categoria *tolerância* – porém, sem a classificar dogmaticamente –, nomeadamente como objectivo a atingir pela sociedade, concretamente no que tange o igual tratamento entre pessoas, independentemente da origem racial ou étnica<sup>333</sup>.

Desenvolvimentos que, quanto especificamente à categoria em análise, culminaram na *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*, já em 1995, com específicas projecções internacionais de intuito conformador juridicamente projectante<sup>334</sup>. E assim porquanto definindo, desde logo no artigo 1.º, a tolerância como «(...) respeito, aceitação e apreciação da rica diversidade das culturas do nosso mundo, das nossas formas de expressão e dos modos de ser humano (...)», «(...) harmonia na diferença (...)», assente no «(...) conhecimento, abertura, comunicação e liberdade de pensamento de consciência e de crença (...)», projecta um amplíssimo leque de significações para o termo *tolerância*. Tão amplo que susceptível de admitir a *aceitação*

<sup>330</sup>Vide *Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* – 13/09/2007, disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf) (acedido em 14/03/2012), citada na tradução portuguesa: *Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf) (acedido em 14/03/2012):

«Artigo 15.º

(...)

2. Os Estados adoptarão medidas eficazes, em consulta e cooperação com os povos indígenas interessados, para combater o preconceito e eliminar a discriminação, e para promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e todos os demais setores da sociedade».

<sup>331</sup>*The Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2000/C 364/01) – 7/12/2000, in *Official Journal of the European Communities*, 18/12/2000, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (acedido em 06/01/2010), citado na tradução portuguesa *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 18-12-2000, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf) (acedido em 06/01/2010).

<sup>332</sup>*Universal Declaration on Cultural Diversity*, cit..

<sup>333</sup>Vide, exemplarmente, a Directiva 2000/43/EC, estabelecendo o princípio do igual tratamento entre pessoas, independentemente da origem racial ou étnica: «(12) To ensure the development of democratic and tolerant societies which allow the participation of all persons irrespective of racial or ethnic origin, specific action in the field of discrimination based on racial or ethnic origin should go beyond access to employed and self-employed activities and cover areas such as education, social protection including social security and healthcare, social advantages and access to and supply of goods and services». – *Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML> (acedido em 08/11/2011). Vide a reflexão acerca desta Directiva in Dulce LOPES/Lucinda Dias da SILVA, “*Xadrez policromo: a directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não-discriminação em razão da raça e origem étnica*”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica, Lisboa, 2002, p. 393-437.

<sup>334</sup>Vide *Declaration of Principles on Tolerance*, cit..

como expressão de tolerância, deixando de lado a divergência que a convocação da tolerância efectivamente implica. O que apenas se compreenderá como objectivo a atingir a partir da tolerância, não como elemento constituinte da definição desta. Continuando ainda, por outro lado, com a respectiva qualificação não apenas enquanto «dever moral» mas também «exigência política e jurídica», «virtude» potenciadora da paz. E mais, para lá de «concessão», «condescendência» ou «indulgência», consagrando a tolerância como *atitude activa* assente no reconhecimento dos direitos humanos universais e das liberdades fundamentais dos *outros*<sup>335</sup>. Conferindo ainda à tolerância um conteúdo de responsabilidade sustentadora dos direitos humanos, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito, da rejeição do dogmatismo e do absolutismo e da afirmação das regras estabelecidas nos instrumentos internacionais reguladores dos direitos humanos. Num sentido normativamente positivo que exclui a tolerância da injustiça social, do abandono e do enfraquecimento das convicções pessoais, bem como a imposição destas aos outros<sup>336</sup>. E convocando para tais objectivos a contribuição dos Estados como essencial<sup>337</sup>. Afirmando também a premente necessidade da tolerância em tempos de globalização, em articulação com um nível primeiro de tolerância, desde logo, interpessoal, familiar e comunitário, como marcos socializadores e educacionais essenciais. Surgindo, porém, sempre associada a tolerância a categorias dela próximas, mas distintas – distinção essencial, aliás, à delimitação da categoria tolerância –, cuja significação remete a uma substancialização positiva daquela decorrente, como seja a

---

<sup>335</sup>«Article 1 – Meaning of tolerance

1.1 Tolerance is respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world's cultures, our forms of expression and ways of being human. (...) Tolerance is harmony in difference. It is not only a moral duty, it is also a political and legal requirement. Tolerance, the virtue that makes peace possible, contributes to the replacement of the culture of war by a culture of peace.

1.2 Tolerance is not concession, condescension or indulgence. Tolerance is, above all, an active attitude prompted by recognition of the universal human rights and fundamental freedoms of others. In no circumstance can it be used to justify infringements of these fundamental values. Tolerance is to be exercised by individuals, groups and States». – *Idem*.

<sup>336</sup>«1.3 Tolerance is the responsibility that upholds human rights, pluralism (including cultural pluralism), democracy and the rule of law. It involves the rejection of dogmatism and absolutism and affirms the standards set out in international human rights instruments.

1.4 Consistent with respect for human rights, the practice of tolerance does not mean toleration of social injustice or the abandonment or weakening of one's convictions. (...) It also means that one's views are not to be imposed on others». – *Idem*.

<sup>337</sup>«Article 2 - State level

2.1 Tolerance at the State level requires just and impartial legislation, law enforcement and judicial and administrative process. It also requires that economic and social opportunities be made available to each person without any discrimination. Exclusion and marginalization can lead to frustration, hostility and fanaticism. (...)». – *Idem*.

solidariedade<sup>338</sup>. E apresentando mesmo como *imperativo urgente* a educação para a tolerância<sup>339</sup>. E em consequência do que o ano de 1995, o do quinquagésimo aniversário da UNESCO, foi declarado *Ano das Nações Unidas para a Tolerância*, e o dia 16 de Novembro, aniversário da constituição da UNESCO, *dia internacional para a tolerância*, pela assinatura, a 16 de Novembro de 1995, na 28.<sup>a</sup> Conferência Geral da UNESCO, da *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*, em Paris<sup>340</sup>, e pela Resolução 51/95 da *Assembleia-Geral das Nações Unidas*<sup>341</sup>.

Mobilizar o “*discurso*” dos direitos humanos como definição de uma *condição humana ideal*, determinada como *universal*, porém à luz dos critérios ocidentais, muitas vezes dos próprios operadores económicos, muito menos orientada pela e para a substância das condições da vida humana do que exactamente para a expansão económica, transformou tal *discurso* num *chavão* omnipresente nas construções sociológicas e filosóficas, não obstante a múltiplas vezes constatada indiferença face às características culturalmente específicas dos sujeitos em causa, e bem assim a tantas outras vezes patente ausência de conteúdo... Constituindo exemplo privilegiado da convocação dos direitos humanos estritamente determinada por motivos políticos, no diagnóstico de Boaventura de SOUSA SANTOS, a respectiva invocação por discursos tão díspares como o do *liberalismo universalizante*, por um lado, e o dos movimentos de luta pela *emancipação social*, por outro<sup>342</sup>... A transmutar o reconhecimento da

<sup>338</sup> «3.1 In the modern world, tolerance is more essential than ever before. (...)

3.2 Tolerance is necessary between individuals and at the family and community levels. (...). –

*Idem.*

<sup>339</sup> «Article 4 – Education

4.1 Education is the most effective means of preventing intolerance. The first step in tolerance education is to teach people what their shared rights and freedoms are, so that they may be respected, and to promote the will to protect those of others». – *Idem.*

<sup>340</sup> Vide Letizia GIANFORMAGGIO/Francesco MARGIOTTA BROGLIO, “*Guest Editors’ Preface*”, *cit.*, p. v (texto em itálico no original). «In order to generate public awareness, emphasize the dangers of intolerance and react with renewed commitment and action in support of tolerance promotion and education, we solemnly proclaim 16 November the annual International Day for Tolerance». – *Declaration of Principles on Tolerance, cit.*, artigo 6.

<sup>341</sup> Vide *Resolução 51/95 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, cit.*, especialmente o § 6: «Also invites Member States to observe the International Day for Tolerance annually on 16 November with appropriate activities directed towards both educational establishments and the wider public».

<sup>342</sup> Vide, por exemplo, Boaventura de SOUSA SANTOS, “*Towards a Multicultural Conception of Human Rights*”, in FEATHERSTONE, Michael/LASH, Scott (Ed.), *Spaces of Culture: City, Nation, World, cit.*, p. 214-229, p. 214-215, e também Boaventura de SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo...*, *cit.*, 13. «Para uma concepção multicultural dos direitos humanos», p. 401-435: «A forma como os direitos humanos se transformaram, nas duas últimas décadas, na linguagem da política progressista e em quase sinónimo de emancipação social causa alguma perplexidade. (...) É como se os direitos humanos fossem

dignidade humana numa afirmação *cosmopolita* de universalização reflectora da expansão cultural europeia. Ao que Boaventura de SOUSA SANTOS contrapõe um *cosmopolitismo subalterno e insurgente*, susceptível de exprimir a opressão e, concomitantemente, a emancipação sociocultural, a partir do equilíbrio entre *princípio da igualdade e princípio do reconhecimento da diferença*<sup>343</sup>. Numa concepção pós-imperial de direitos humanos<sup>344</sup> – uma *política contra-hegemónica de direitos humanos*<sup>345</sup> –, de pendor *intercultural*<sup>346</sup>, assente numa *relatividade* (que não *relativismo*) *cultural*<sup>347</sup>, abrindo caminho a um *diálogo intercultural*<sup>348</sup>.

---

invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos projectos emancipatórios. Poderão realmente os direitos humanos preencher tal vazio? A minha resposta é um sim muito condicional. Isto só será possível se for adoptada uma política de direitos humanos radicalmente diferente da liberal hegemónica, e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de lutas pela emancipação social». – *Idem*, p. 401.

<sup>343</sup>«Na modernidade ocidental, a ideia de cosmopolitismo está associada com as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteira territoriais ou culturais. (...) Esta tradição ideológica, que no passado esteve ao serviço da expansão europeia, colonialismo e imperialismo, gera hoje, no desenvolvimento do mesmo processo histórico, os localismos globalizados e os globalismos localizados.

O cosmopolitismo subalterno e insurgente, pelo contrário, refere-se à aspiração por parte dos grupos oprimidos de organizarem a sua resistência e consolidarem as suas coligações à mesma escala em que a opressão crescentemente ocorre, ou seja, à escala global». – *Idem*, p. 407. «(...) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica. Um – o princípio da igualdade – opera através de hierarquias entre unidades homogéneas (a hierarquia entre estratos socioeconómicos). O outro – o princípio da diferença – opera através da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas (a hierarquia entre etnias ou raças, entre sexos, entre religiões, entre orientações sexuais). Os dois princípios não se sobrepõem necessariamente e, por esse motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais. Daí que uma política emancipatória de direitos humanos deva saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente». – *Idem*, p. 413. «(...) Boaventura de Sousa Santos has hypothesized that globalization may be utilized in communal localities to redefine local cultures. He has also hypothesized alternatively, that local communities may globalize their cultures (...). The first process is localization of globalization, and the second process is globalization of locality». – Gad BARZILAI, “*Cultural Identities*”, in David S. CLARK (ed.), *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2007, disponível em [http://faculty.washington.edu/gbarzil/pubs/06\\_CulturalIdentities\\_prepub.pdf](http://faculty.washington.edu/gbarzil/pubs/06_CulturalIdentities_prepub.pdf) (acedido em 25/10/2010), p. 4-5, referindo-se, sobretudo, a Boaventura de SOUSA SANTOS, *Towards a New Commonsense: Law, Science, and Politics in Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995, e Gad BARZILAI, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*. University of Michigan Press, Ann Arbor, 2003.

<sup>344</sup>«(...) as origens conturbadas dos direitos humanos, enquanto «monumento da cultura ocidental», não podem ser vistas da perspectiva da dominação imperial que eles justificaram; devem sê-lo também a partir do seu carácter compósito original enquanto artefactos culturais. (...)

A questão que hoje se coloca é de saber se será possível a construção de uma concepção pós-imperial de direitos humanos. Trata-se de inquirir se o vocabulário ou o guião dos direitos humanos se encontra de tal forma carregado de sentidos hegemónicos que exclui a possibilidade de sentidos contra-hegemónicos. Embora completamente consciente das barreiras quase inultrapassáveis, eu respondo positivamente a esta questão básica». – Boaventura de SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo...*, *cit.*, p. 422-423.

<sup>345</sup>*Idem*, p. 412-414.

<sup>346</sup>«A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstracto, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma



Postulando especificamente uma distinção entre a moralidade e a juridicidade em matéria de *direitos humanos*, faz Michael PERRY, por sua vez, exemplarmente corresponder aquela à principal base fundamentante e garante desta. O conteúdo de uma tal *moralidade*, a que assenta no *International Bill of Human Rights* – o conjunto da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, do *Pacto de Direitos Cívicos e Políticos* e do *Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* –, sintetizar-se-ia em duas afirmações conexas: (1) a de que todo o ser humano (nascido) tem igual dignidade inerente; (2) a de que esta igual dignidade inerente goza de força normativa<sup>349</sup>. Com o que a moralidade dos direitos humanos traduziria a inerência da dignidade e a inviolabilidade de todo o ser humano<sup>350</sup>. PERRY fundamenta, então, numa *moralidade* assim gizada, os direitos humanos, vendo-os mesmo – tal como os direitos em geral – de uma perspectiva bifronte: enquanto *conceitos morais* e enquanto *conceitos*

---

forma de globalização hegemónica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemónica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como interculturais». – *Idem*, p. 409. Sobre os conceitos de *localismo globalizado*, *globalização hegemónica*, *cosmopolitismo insurgente* e *globalização contra-hegemónica*, vide o capítulo citado, *passim*.

<sup>347</sup> «Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, ou seja, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Em minha opinião, o único facto transcultural é a relatividade de todas as culturas». – *Idem*, p. 410. *Vide idem*, p. 412.

<sup>348</sup> «(...) todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. Torna-se, por isso, importante identificar preocupações isomórficas entre diferentes culturas. Designações, conceitos e *Weltanschauungen* diferentes podem transmitir preocupações ou aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis». – *Idem*, p. 413. *Vide idem*, p. 413-414.

<sup>349</sup> «The law of human rights is one thing, the morality of human rights, another. By “the morality of human rights” I mean, the morality that, according to the International Bill of Human Rights, is the principal ground of – the principal warrant for – the law of human rights. The morality of human rights is not the only ground of the law of human rights, but it is, according to the International Bill of Human Rights, the principal ground (...).» – Michael PERRY, “*Human Rights as Morality, Human Rights as Law*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIV, 2008, p. 369-422, p. 373. *Vide idem*, p. 377. Vejamos então o conteúdo da primeira das afirmações referidas em texto: «According to the International Bill of Human Rights, then – and also according to the constitution of many liberal democracies – the morality of human rights consists of two connected claims, the first of which is: Each and every (born) human being has equal inherent dignity». – *Idem*, p. 374-375. Quanto ao requisito do nascimento, PERRY não faz, à partida, distinção entre a dignidade do nascido e o do nascituro, excepto quando está em discussão a questão do aborto: «(...) one who affirms that every born human being has inherent dignity has good reason to affirm as well that every unborn human being has inherent dignity (...).» – *Idem*, p. 375, n. 17, remetendo para Michael PERRY, *Toward a Theory of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. E, quanto ao conteúdo da segunda afirmação: «(...) the second claim: The inherent dignity of human beings has a normative force for us, in this sense: We should – every one of us – live our lives in accord with the fact that every human being has inherent dignity; we should respect – we have conclusive reason to respect – the inherent dignity of every human being». – Michael PERRY, “*Human Rights as Morality, Human Rights as Law*”, *cit.*, p. 376.

<sup>350</sup> «To affirm the morality of human rights is to affirm that every human being has inherent dignity and is inviolable». – *Idem*, p. 377.

*jurídicos*<sup>351</sup>. E *moralidade* que justificaria, no domínio dos *direitos* ditos *morais*, a proibição de um comportamento com base numa *moralidade verdadeira, correcta*<sup>352</sup>. O que assume aporelaticamente a noção de *moralidade*, não questionando nem a sua origem nem a sua fundamentação, bastando-se com a referência à existência de *razão conclusiva*<sup>353</sup> para a determinação da validade dos direitos, sem todavia determinar o horizonte de referência dessa conclusividade. E com a *universalidade* dos direitos humanos a reconduzir-se não já à questão da sua validade geograficamente universal – essa estaria assente no reconhecimento de igual dignidade a todo o ser humano... – mas ao seu objecto e âmbito de aplicação (que PERRY diz objectivo-«*scope*»)<sup>354</sup>... Além de os *direitos* serem inquestionavelmente qualificados como *morais* e *jurídicos*, como se tal classificação fosse inevitável e indubitável, não obstante seja de louvar a distinção, que apesar de ver na moralidade o fundamento do direito, implica ainda assim uma filtragem para a juridicidade<sup>355</sup>. Perante o questionamento da *índole* (verdadeira ou falsa) da *moralidade* dos direitos humanos<sup>356</sup>, reconduzida à verificação da veracidade das duas afirmações que constituem o conteúdo dessa *moralidade*, e já *supra* enunciadas – (1) a de que todo o ser humano (nascido) tem igual dignidade inerente («*the dignity claim*»); (2) a de que esta igual dignidade inerente goza de força normativa

<sup>351</sup> «When talking about rights, including human rights, either as legal or as moral concepts, to say that one has a “right” is to say that one has a justified claim». – *Idem*, p. 381.

<sup>352</sup> «To say “B has a legal right that A not do X to him” is to say “B has a justified claim that A’s doing X to him is legally forbidden”. (To say “B has a legal right that A do Y for him” is to say “B has a justified claim that A’s doing Y for him is legally required”). Similarly, to say “B has a moral right that A not do X to him” is to say “B has a justified claim that A’s doing X to him is morally wrong”. Morally “wrong”, that is, in the sense of morally forbidden – forbidden by true morality, correctly informed». – *Idem*, p. 381.

<sup>353</sup> *Vide*, por exemplo, a seguinte afirmação: «The morality of human rights holds that every human being has inherent dignity and is “inviolable”: not-to-be-violated. So we who affirm the morality of human rights, because we affirm it, should do what we can, all things considered – we have conclusive reason to do what we can, all things considered – to prevent human beings, including government officials, from doing things that violate human beings either explicitly or implicitly». – *Idem*, p. 377.

<sup>354</sup> «A right, whether moral or legal, is universal in scope if it specifies what A is not to do to any human being, or what A is to do for every human being. Most of the legal rights that constitute the international law of human rights are universal in scope. Most, but not all: Some of the legal rights that constitute the international law of human rights specify what A is not to do to some human beings – children, for example, or prisoners; and some specify what A is to do for some human beings – for example, impoverished human beings living in an affluent society». – *Idem*, p. 385-386.

<sup>355</sup> «It is implicit in the international law of human rights, therefore, that what makes a legal right a human right is not the right is universal in scope (...). What makes a legal right, even a legal right that is not universal in scope, a human right is that establishing and protecting the right as a legal right is a way of taking seriously the morality of human rights (...).» – *Idem*, p. 386.

<sup>356</sup> «The morality of human rights has become a truly global morality: and, relatedly, the language of human rights has become the moral lingua franca. Nonetheless, this fundamental question remains: Is the morality of human rights true?». – *Idem*, p. 387.

(«the *inviolability claim*»)<sup>357</sup> –, a questão centrar-se-ia, concomitantemente, em saber se todos os seres humanos são titulares de *dignidade inerente*, por um lado, e, por outro – assumindo que a resposta a esta primeira dimensão da questão seja positiva –, se essa *dignidade inerente* se impõe *erga omnes*, vinculando cada ser humano a respeitar a *dignidade inerente* de todos os outros seres humanos. Embora perfilhando uma resposta religiosa para a validade das duas premissas *supra* referidas, e, assim, para a fundamentação material dos direitos humanos, PERRY admite outras possibilidades, frisando a relevância de, independentemente da fundamentação seleccionada, afirmar um direito internacional dos direitos humanos<sup>358</sup>. A resposta religiosa que propõe reuniria as bases fundamentais das três religiões monoteístas abraâmicas – Judaísmo, Cristianismo, Islamismo –, não obstante a possibilidade de não ser unanimemente aceite no seio dos seus seguidores<sup>359</sup>. Uma resposta assente no amor-*agape*, enquanto *modo de agir* e não apenas *modo de sentir*, que inibe o desprezo, a crueldade, a indiferença. Uma resposta de carácter *radicalmente inclusivo*, incompatível por isso com meras referências a *indiferença*, ou mesmo a *tolerância*<sup>360</sup>.

Compreendendo, por seu turno, os *direitos constitucionais* como *direitos humanos* positivados no seio de uma democracia cuja *face real* consistirá na decisão com base no princípio da maioria, e a *face ideal* na argumentação, enquanto discurso público, Robert ALEXY depreende os primeiros como *jurídicos* e os segundos com natureza *moral, universal, fundamental, abstracta e prioritária* face a quaisquer outras normas («Human rights are, first, moral, second, universal, third, fundamental and fourth, abstract rights, that, fifth, take priority over all other norms»)<sup>361</sup>. Sendo a

<sup>357</sup> *Idem*, p. 388.

<sup>358</sup> *Vide*, sobre a resposta de índole religiosa proposta por PERRY, *idem*, p. 388, e o apêndice ao texto presentemente citado, intitulado “Appendix – The Morality of Human Rights: A Religious Ground”, *ibidem*, p. 403-421, e ainda Michael PERRY, *Toward a Theory of Human Rights*, *cit.*. *Vide* ainda Michael PERRY, “Human Rights as Morality, Human Rights as Law”, *cit.*, p. 402.

<sup>359</sup> O que melhor se compreenderá seguindo a ilustração oferecida pelo autor, centrada numa personagem imaginária, Sara, em que congrega a sua proposta: «Although she is a Christian, Sarah is sufficiently familiar with Judaism and Islam to know that her religious response (...) is not one that just Christians (not all Christians, but many) affirm; many religious Jews and Muslims affirm it too. So, notwithstanding her Christian vocabulary and scriptural references, Sarah’s religious response is ecumenical as among the three great monotheistic faiths». – *Idem*, p. 404. «Every human being has inherent dignity, says Sarah, in the sense that every human being is a beloved child of God and a sister/brother to every other human being». – *Idem*. *Vide idem*, p. 407-408.

<sup>360</sup> «The “love” in Jesus’ counsel to “love one another” is not eros or philia, but agape». – *Idem*, p. 412. «The “one another” in Jesus’ counsel is radically inclusive (...). – *Idem*, p. 413. *Vide idem*, p. 414-415.

<sup>361</sup> «Constitutional Rights are rights that have been recorded in a constitution with the intention of transforming human rights into positive law – the intention, in other words, of positivizing human rights.

validade destes últimos, enquanto *direitos morais* – e, portanto, pertencentes exclusivamente à *dimensão ideal* do direito –, dependente da sua *justificabilidade*, na base da *teoria do discurso*, base igualmente da respectiva consagração como *direitos constitucionais*, representação da conjugação da *dimensão ideal* com a *dimensão real* do direito<sup>362</sup>.

Distingue-se ainda desta última a compreensão de HABERMAS, reconhecendo os *direitos humanos*, apesar do seu conteúdo *moral*, como tendo uma *forma* jurídica e, enquanto *direitos subjectivos*, como sendo *inerentemente* jurídicos – como uma *construção jurídica*, que não uma expressão de *verdades morais pré-supostas*<sup>363</sup>.

---

Human rights are, first, moral, second, universal, third, fundamental, and fourth, abstract rights, that, fifth, take priority over all other norms (...).» – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *IVR 24th World Congress’s Papers (Plenary Sessions)*, Beijing 15-20 September 2009 («Global Harmony and Rule of Law»), p. 257-274; também *in Ratio Juris*, vol. 23, n. 2, June 2010, p. 167-182 (versão citada), p. 178. Vide ainda, contrapondo a natureza dos direitos humanos como *direitos morais* em ALEXY à compreensão dos direitos humanos como especificamente jurídicos em HABERMAS, José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *Colóquio Internacional: Da virtude e fortuna da República ao republicanismo pós-nacional (Comemorações do Centenário da República Portuguesa)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 de Setembro de 2010, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, p. 515-561.

<sup>362</sup>«Rights exist if they are valid. The validity of human rights *qua* moral rights depends on their justifiability and on that alone. Thus, human rights exist if they are justifiable. Now, human rights are justifiable on the basis of discourse theory, for the practice of asserting, asking, and arguing presupposes freedom and equality, and the ideas of freedom and equality imply, together with further premises that can be well established, human rights. Human rights, therefore, are discursively necessary. (...) human rights as moral rights belong exclusively to the ideal dimension of law. Their transformation into constitutional rights, that is, into positive rights, represents the effort to connect the ideal with the real dimension». – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 178.

<sup>363</sup>Vide José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *cit.*, p. 515-516, citando Jürgen HABERMAS, «*Zur Legitimation durch Menschenrechte*», *in* Jürgen HABERMAS, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 170-192, p. 183, e Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 284-285. «Menschenrechte tragen ein Janusgesicht, das gleichzeitig der Moral und dem Recht zugewandt ist. Ungeachtet ihres moralischen Inhalts haben sie die Form juristischer Rechte. Sie beziehen sich *wie* moralische Normen auf alles, »was Menschenantlitz trägt«, aber, *als* juristische Normen schützen sie einzelne Personen nur insoweit, wie sie einer bestimmten Rechtsgemeinschaft angehören – in der Regel die Bürger eines Nationalstaates». – Jürgen HABERMAS, «*Zur Legitimation durch Menschenrechte*», *cit.*, p. 177. «(...) die Menschenrechte nicht als moralische Gegebenheiten *vorgefunden* werden. Sie sind vielmehr *Konstrukte*, denen gleichsam an der Stirn geschrieben steht, daß sie nicht wie moralische Rechte einen politisch unverbindlichen Status behalten dürfen. Als subjektive Rechte sind sie von Haus aus juristischer Natur und schon ihrem Begriffe nach auf eine Positivierung durch gesetzgebende Körperschaften angelegt». – *Idem*, p. 183. Para uma reconstrução da leitura de HABERMAS por ALEXY, criticando o posicionamento do discurso jurídico face ao discurso prático em geral e dos direitos fundamentais no seio de uma compreensão *procedimental* do direito, mormente exposta em Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, *cit.*, vide Robert ALEXY, “*Basic Rights and Democracy in Habermas’s Procedural Paradigm of the Law*”, *in* *Ratio Juris*, vol. 7, n. 2, July 1994, p. 227-238; Robert ALEXY, “*The Special Case Thesis*”, *in* *Ratio Juris*, vol. 12, n. 4, December 1999, p. 374-384, e também, já anteriormente, respectivamente criticando a proposta de HABERMAS e considerando especificamente o discurso jurídico como um *tipo especial* de discurso prático («*Die Sonderfallthese*»), Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen*

Direitos estes que assumem como sua “fonte” moral (*moralische “Quelle”*) a noção de *dignidade humana*, de sentido concretizado na *cidadania democrática*<sup>364</sup>. E direitos cuja possibilidade de universalização resultará não já de uma pretensão europeísta de universalização de valores historicamente estabilizados mas da necessidade de reconhecer e regular os desafios que outras culturas enfrentam no curso de *modernização*<sup>365</sup> – só que este, todavia, como recondução a uma evolução necessariamente simétrica à da Europa Ocidental<sup>366</sup>.

Diferentemente, também, Rainer FORST, na sua teoria *criticamente construtivista* (de sentido *criticamente emancipatório*) dos direitos humanos, encontra num *Princípio Geral de Justificação Recíproca* a forma de determinar a universalização dos direitos humanos, procurando assim obviar às pretensões histórico-culturais de predomínio ocidental quanto ao sentido e conteúdo dos mesmos. Reconhecendo no nuclearmente moral *direito à justificação (das Recht auf Rechtfertigung)* o *direito humano*

---

*Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978, 1983, p. 134-177 (A. II. « Habermas’ Konsensustheorie der Wahrheit»), e p. 263-272 (C. I. «Der juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses», p. 259-272, 2. «Die Sonderfallthese»). Desenvolvendo a consideração do sistema de direito à luz da razão prática, neste sentido, e assim reconhecendo-lhe uma dupla dimensão ideal e uma dupla dimensão real, vide Robert ALEXI, “*Idée et structure d’un système du droit rationnel*”, in “*Archives de Philosophie du Droit*”, Tome 33, 1988, p. 23-38. Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, *STVDIA IURIDICA* 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 402-405, e p. 403, n. 985.

<sup>364</sup> «(...) »Menschenwürde« kein nachträglich klassifizierenden Ausdruck, gewissermaßen eine Attrape ist (...), sonder der moralische »Quelle«, aus der sich die Gehalte aller Grundrechte speisen». – Jürgen HABERMAS, “*Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*”, in Jürgen HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011, p. 13-38, p. 16. Vide ainda a versão inglesa, “*The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*”, in *Metaphilosophy*, vol. 41, n. 4, July 2010, p. 464-480.

<sup>365</sup> Nas palavras de HABERMAS: «Westliche Intellektuelle sollten ihren Diskurs über ihre eigenen eurozentrischen Befangenheiten nicht mit den Debatten verwechseln, die andere mit ihnen führen. Gewiß, auch im interkulturellen Diskurs begegnen uns Argumente, die die Wortführer der anderen einer europäischen Vernunft- und Machtkritik entlehnt haben, um zu zeigen, daß die Geltung der Menschenrechte dem europäischen Entstehungszusammenhang trotz allem verhaftet bleibt. Aber jene Kritiker des Westens, die ihr Selbstbewußtsein aus eigenen Traditionen ziehen, verwerfen die Menschenrechte keineswegs in Bausch und Bogen. Denn heute sind andere Kulturen und Weltreligionen den Herausforderungen der gesellschaftlichen Moderne auf ähnliche Weise ausgesetzt wie seinerzeit Europa, als es die Menschenrechte und den demokratischen Verfassungsstaat in gewisser Weise erfunden hat». – Jürgen HABERMAS, «*Zur Legitimation durch Menschenrechte*», *cit.*, p. 181.

<sup>366</sup> «Como se o problema que gerou a resposta-*artefactus* dos «direitos do Homem» fosse nuclearmente o mesmo que é hoje enfrentado por outras práticas culturais (e relevasse apenas enquanto tal)... mas então também como se tais práticas só hoje estivessem em condições de enfrentar a etapa pós-convencional (consagrada pela modernidade europeia)!». – José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *cit.*, p. 551, n. 120, remetendo para Jürgen HABERMAS, «*Zur Legitimation durch Menschenrechte*», *cit.*, p. 191-192.

*fundamental*, fundamento dos concretos *direitos humanos*<sup>367</sup>, e assim *um direito moral* («*ein moralische Recht*») e *o direito fundamental* («*das grundlegende Recht*»), conferente da qualidade de *pessoa moral*<sup>368</sup>. Longe de uma *justiça global* cosmopolitamente traduzida num ilusório *mínimo comum de subjectividade universalizável*, a que FORST se opõe enquanto se posiciona criticamente quer face à *perspectiva estatista* – de determinação do ponto de partida *nacional* para a noção de *justiça internacional*, portanto em que os *princípios de justiça internacional* regulam as relações entre Estados – quer à face *perspectiva globalista* – aspirando a uma *justiça global*, portanto em que os *princípios de justiça global* regulam as relações entre todos os seres humanos no mundo, garantindo o seu bem-estar individual –, e bem assim ao facto de numa e noutra se posicionar uma ampla panóplia de orientações (encontrando-se, por exemplo, entre os estatistas quer liberais quer comunitaristas quer ainda nacionalistas, e mesmo combinações entre eles)<sup>369</sup>. Perspectivas entre as quais a discussão se centraria na determinação do mundo como um todo como um *contexto de*

<sup>367</sup>«Vor aller Einforderung konkreter Menschenrechte steht zumindest ein eingeklagtes Recht, nämlich das *Recht auf Rechtfertigung*». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007, p. 293.

<sup>368</sup>«(...) das *Recht auf Rechtfertigung*, das Recht, als moralische Person geachtet zu werden, die zumindest in dem Sinne autonom ist, dass sie nicht auf eine Weise behandelt werden darf, für die ihr nicht angemessene Gründe geliefert werden können. (...) Sofern Rechte als eine besondere Art reziprok und allgemein nicht bestreitbarer und einforderbarer Ansprüche verstanden werden, ist es angemessen, das Recht auf Rechtfertigung (a) ein moralisches Recht zu nennen und (b) das *grundlegende Recht*, denn es ist selbst kein spezifisches, intersubjektiv begründetes und anerkanntes Menschenrecht, sondern die Grundlage der Rechtfertigung konkreter Rechte selbst». – *Idem*, p. 300. *Vide idem*, p. 326-327. E, por outras palavras: «Eine moralische Begründung der Menschenrechte muss einen berechtigten Anspruch auf universale Geltung erheben und, so meine These, reflexiver Natur sein. »Reflexiv« bedeutet, dass die Idee der *Rechtfertigung* selbst in Bezug auf ihre normativen und praktischen Implikationen rekonstruiert wird». – Rainer FORST, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Suhrkamp, Berlin, 2011, p. 63 (2. «*Die Rechtfertigung der Menschenrechte und das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Eine reflexive Argumentation*», p. 53-92).

<sup>369</sup>«Dem Nachdenken über eine Konzeption von Gerechtigkeit, die die Grenzen von Einzelstaaten transzendiert, stellt sich an erster Stelle die Frage, ob diese Konzeption Prinzipien *internationaler* oder vielmehr *globaler* Gerechtigkeit enthalten sollte. Während nach der ersten Sichtweise staatlich organisierte politische Gemeinschaften die Hauptakteure der Gerechtigkeit (...) sind, sind es letzterer zufolge Einzelpersonen, ungeachtet ihrer politischen Mitgliedschaft, auf die die Gerechtigkeit konzentriert ist. In der einen Perspektive sollen Grundsätze internationaler Gerechtigkeit die Beziehungen zwischen Staaten auf faire Weise regulieren, in der anderen sollen Prinzipien globaler Gerechtigkeit die Verhältnisse zwischen allen Menschen auf der Welt regeln und ihr individuelles Wohlergehen sichern. Vertreter des ersten Ansatzes kann man als »Etatisten« bezeichnen, die des zweiten »Globalisten«. Diese Kennzeichnungen sind künstlich und vereinigen eine Reihe ganz unterschiedlicher Vorstellungen in sich. So findet man im ersten Lager liberale Theoretiker, die die Autonomie der Völker betonen, Kommunitaristen, die die Integrität kultureller Gemeinschaften hervorheben, Nationaliste, die den Vorrang nationaler Bindungen und Mitgliedschaften vertreten, und Souveränitätstheoretiker, die die Unabhängigkeit der Staaten verteidigen, und natürlich Mischformen solcher Ansätze». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, *cit.*, p. 357 (12. »*Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit*«, p. 357-380).

*justiça*, isto é, a questão de saber até que ponto o mundo constitui um contexto de conflitos que requeiram uma solução *de justiça*<sup>370</sup>. Mais longe vai, então, ao propor, alternativamente, numa *teoria crítica da justiça transnacional* – fundada no seu *princípio da justificação* –, dois níveis cruzados em outras tantas distintas perspectivas de realização da *justiça* a partir de um diagnóstico de *injustiça*, numa situação de *múltipla dominação* – por um lado os níveis *nacional* e *transnacional*, por outro o nível do *princípio de justiça transnacional fundamental (mínima)* e o de *justiça máxima*. Uma *teoria crítica da justiça transnacional*, assim, em cujo substrato *globalizado*, longe de se manifestar uma – não obstante aparentemente propalada – *interdependência globalizada*, se apresenta antes um *contexto de força e dominação* («*ein Kontext von Zwang und Beherrschung*»)<sup>371</sup> – apelando aqui ao *conceito de poder* de FOUCAULT<sup>372</sup> –, constituindo um *contexto global de injustiça*, manifestado numa *situação de múltipla dominação (eine Situation mehrfacher Beherrschung)*: com os distintos *contextos de justiça* – *local, nacional, internacional* e *global* – concatenados em função das *injustiças* pelos mesmos produzidas<sup>373</sup>. Constituindo especificamente a referida *situação de múltipla dominação* – e esta como expressão *ideológica* –, enquanto analítica das *relações de poder* – político e económico –, o ponto de partida desta – também *ideológica* – *teoria crítica*<sup>374</sup>. A qual, se partindo desta *nuance* neomarxista frankfurtiana de crítica, envereda por uma *teoria da justificação da justiça* – afastando-

<sup>370</sup> «Im Zentrum der Debatte zwischen Etatisten und Globalisten steht die Frage, in welchem Maße die Welt insgesamt als ein *Kontext der Gerechtigkeit* anzusehen ist: als ein Kontext sozialer Beziehungen, der durch sich widerstreitende Ansprüche gekennzeichnet ist, die nach einer Beurteilung im Lichte von Gerechtigkeitsprinzipien verlangen». – *Idem*, p. 357.

<sup>371</sup> «Eher liegt eine komplexes System teilweise erzwungener Kooperation und einseitiger Abhängigkeiten vor; in anderen Worten: ein *Kontext von Zwang und Beherrschung*». – *Idem*, p. 365.

<sup>372</sup> *Vide ibidem*, n. 30.

<sup>373</sup> «Soll also die Konstruktion von Prinzipien transnationaler Gerechtigkeit von einer Analyse des gegenwärtigen globalen Kontexts der *Ungerechtigkeit* ausgehen, so muss dieser Kontext als komplexes System von Macht und Herrschaft mit einer Vielzahl einflussreicher Akteure angesehen werden, von Regierung über internationale Institutionen, transnationale Unternehmen bis zu lokalen Eliten. Aus der Perspektive der Beherrschten wiederum stellt sich dies als eine Situation *mehrfacher Beherrschung* dar (...).» – *Idem*, p. 365-366. «Die verschiedenen Kontexte der Gerechtigkeit – lokal, national, international, global – sind durch die Arten von Ungerechtigkeit, die sie hervorrufen, verbunden, und an dieser Verknüpfung muss eine Theorie der Gerechtigkeit ansetzen». – *Idem*, p. 366. Sobre os *contextos de justiça*, *vide infra*, Parte II, 4.1..

<sup>374</sup> «Aus zwei Gründen sollte eine *kritische Theorie der Gerechtigkeit* mit dem »Faktum mehrfacher Beherrschung« beginnen, wie ich es nennen möchte. Erstens ist es notwendig, dass eine solche Theorie auf einer umfassenden Analyse von Phänomenen der Ungerechtigkeit und ihrer Wurzeln beruht. (...) *die Frage der Macht die erste Frage der Gerechtigkeit* ist. Sie erfordert eine Theorie, die nicht allein auf die im *Ergebnis* gerechte Verteilung von Gütern achtet, sondern auf die Gerechtigkeit der umfassenden *Grundstruktur* von Verhältnisse politischer und ökonomischer Macht, d. h. Verhältnissen politischer Herrschaft, der Produktion und der Distribution von Gütern». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, *cit.*, p. 367-368.

-se assim, tal como HABERMAS, da sua base frankfurtiana, porém, em sentido em princípio diverso do de HABERMAS, e, portanto, não no sentido de uma argumentativamente racional *situação ideal de discurso*<sup>375</sup>, mas de um *princípio de justificação* que configurará, em último termo – e, assim, afinal não tão distintamente de HABERMAS quanto seria à partida de esperar –, um argumentativo *direito à justificação, geral e recíproca*. Sendo, conseqüentemente, os critérios de validade-vigência (*Geltung*) também critérios para a justificação e legitimidade das *normas*<sup>376</sup>.

Um tal ponto de partida para a *construção dos princípios de justiça* permitiria uma *reconstrução* das várias dimensões-níveis da *justiça transnacional*, desde logo por se aplicar a vários aspectos da justiça na sua *qualidade justificatória* específica, e ainda por atingir uma visão integrada, compreensiva e complexa quanto aos contextos de *justiça nacional* e de *justiça global*. E isto na medida em que o *direito à justificação* constitui o núcleo de uma estrutura de base justificada quer nacional quer global, sem reduzir uma à outra. Pelo que um ponto de partida «*moral-cosmopolita*» permitirá a consideração de vários *contextos de justiça* como *contextos de justificação* e *autodeterminação, do local ao global*<sup>377</sup>. Assim, a perspectiva *transnacional* em análise pretende diferenciar-se da perspectiva *globalista*, por um lado, por considerar os *contextos* políticos particulares como *contextos de justiça*, com a sua legitimidade e o objectivo de construir *princípios de justiça* para o estabelecimento de relações *justas* entre *comunidades políticas autónomas*, e da perspectiva *estatista*, por outro lado, por

<sup>375</sup>Vide a caracterização da *situação ideal de discurso*, in Jürgen HABERMAS, “*Wahrheitstheorien*”, in Helmut FAHRENBACH (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Stuttgart, 1982, p. 211-265, especialmente 255-260: «Ideal nenne ich eine Sprechsituation, in der Kommunikationen nicht nur nicht durch äußere kontingente Einwirkungen, sondern auch nicht durch Zwänge behindert werden, die sich aus der Struktur der Kommunikation selbst ergeben». – *Idem*, p. 255.

<sup>376</sup>Vide Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., p. 368-369, e, especificamente sobre o posicionamento face a HABERMAS, p. 369, n. 38. «Die Forderung nach einer reziprok-allgemeinen Rechtfertigung aller gerechtigkeitsrelevanten gesellschaftlichen Institutionen und Beziehungen gründet auf dem Prinzip der Rechtfertigung, welches selbst »rekursiv« begründet wird: Da in einem Kontext der Gerechtigkeit der Anspruch erhoben wird, dass gesellschaftliche Normen, die Institutionen und Praktiken legitimieren, reziprok und allgemein gültig und bindend sind, müssen sie diesen Kriterien gemäß gerechtfertigt werden können. Die Kriterien der Geltung sind zugleich die Kriterien für die Rechtfertigung und die Legitimität dieser Normen». – *Idem*, p. 369.

<sup>377</sup>«Meine These ist, dass dieser Ausgangspunkt für die Konstruktion von Gerechtigkeitsprinzipien es erlaubt, die verschiedenen Dimensionen transnationaler Gerechtigkeit angemessen zu rekonstruieren (und falsche Annahmen zu dekonstruieren) (...). (...) das Recht auf Rechtfertigung bildet den Kern einer gerechtfertigten nationalen wie auch einer gerechtfertigten transnationalen Grundstruktur, ohne die eine auf die andere zu reduzieren. So gibt es *einen* »moralisch-kosmopolitischen« Ausgangspunkt, der eine angemessene Betrachtung der *verschiedenen* Kontexte der Gerechtigkeit als Kontexte der Rechtfertigung und der Selbstbestimmung erfordert, von lokalen bis zum globalen». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., p. 370-371.



assumir como ponto de partida um *direito individual universal* – o *direito à justificação* – e por considerar o *contexto global* como um *contexto de justiça essencial*<sup>378</sup>.

Apresentando como objectivo crucial a realização do *direito à justificação* dentro dos e entre os Estados, visando evitar o ciclo vicioso da dominação interna e externa, a *teoria da justiça transnacional* terá de ajustar distintos *contextos de justiça*. Desde logo, pretendendo determinar o *direito fundamental à justificação* como uma *ideia culturalmente neutra* («*kulturneutral*») em termos suficientes para constituir o fundamento da *teoria da justiça transnacional*<sup>379</sup>. *Direito à justificação* este a expandir-se de um nível de *justiça fundamental-mínima* («*fundamentale (minimale) Gerechtigkeit*») a um nível de *justiça máxima* («*maximale Gerechtigkeit*») – em que no primeiro se aspira a uma *estrutura-base de justificação* («*Grundstruktur der Rechtfertigung*»), de índole discursiva, e no segundo a uma *estrutura-base integralmente (subsistente) justificada* («*vollständig gerechtfertigte Grundstruktur*»), a primeira como condição da segunda: a primeira constituída pelos direitos básicos e instituições necessárias ao exercício do *direito à justificação política* – incluindo os direitos de liberdade pessoal, participação política, e o direito ao efectivo exercício daqueles direitos –; a segunda como resultado dos discursos justificatórios possibilitados pela primeira – incluindo a produção e distribuição económicas, o sistema jurídico, o sistema educativo, entre outros. Com o que o de início culturalmente neutro *direito à justificação* se transforma num argumento culturalmente marcado a favor da pluralidade e da autonomia<sup>380</sup>.

Conclui, portanto, FORST pela imbricação recíproca de um cenário de *justiça transnacional* que enquadre a *justiça interna*, e nesta aquela, a fim de obviar ao diagnóstico de *múltipla dominação, interna e externa* – e, assim, apelando a um *princípio de justiça transnacional fundamental-mínima* («*Prinzip fundamentaler*

<sup>378</sup>Vide *idem*, p. 371.

<sup>379</sup>«Ist die Idee eines Grundrechts auf Rechtfertigung hinreichend »kulturneutral«, um als Grundlage einer Theorie transnationaler Gerechtigkeit dienen zu können?». – *Idem*, p. 371. «(...) das abstrakte Rechtfertigungsrecht substantielle Bedingungen an eine gerechtfertigte Gesellschaftsstruktur, die in konkreter Form aus den nicht zurückweisbaren Ansprüchen der Bürger selbst bestehen – womit die Realisierung politischer Autonomie zum zentralen Ziel dieser Struktur wird». – *Idem*, p. 374.

<sup>380</sup>Vide *idem*, p. 374-375. «Fundamentale Gerechtigkeit zielt auf eine *Grundstruktur der Rechtfertigung* ab, maximale Gerechtigkeit auf eine *vollständig gerechtfertigte Grundstruktur*. Ersteres ist Voraussetzung von Letzterem». – *Idem*, p. 375. «Die kulturelle Neutralität des Ausgangspunktes des Rechtfertigungsrechtes vermittelt sich so mit einem kultursensitiven Argument für politische Pluralität und Autonomie». – *Idem*, p. 375.

*transnationaler Gerechtigkeit*)<sup>381</sup>. Sendo embora o objectivo final a construção do segundo nível, o estabelecimento de uma *estrutura-base transnacional integralmente* (subsistente) *justificada* («*vollständig gerechtfertigte transnationale Grundstruktur*»), de *justiça máxima* («*maximale Gerechtigkeit*») <sup>382</sup>.

Posições estas cuja determinação de uma *moral procedimental* se distinguirá da assimilação de uma *moral substantiva*, patente, exemplarmente, em Joseph RAZ, na determinação dos *direitos humanos* como *direitos morais* («*moral rights*») titulados por indivíduos – e, neste sentido de *bem* substantivamente relevante enquanto valor fundamentante de um sentido de direitos humanos que lhe confere a possibilidade de *universalização*<sup>383</sup>. Já, diferentemente, para SANDKÜHLER, o direito *relativiza* o *relativismo*<sup>384</sup>, o que significaria que o *pluralismo*, tal como o *relativismo*, deveriam ser ligados culturalmente a uma *ordem de liberdade* por um outro mecanismo que não a *ética*, sendo o mecanismo mais adequado de relativização do *relativismo* o direito, na medida em este seja que proclamado por um Estado Constitucional<sup>385</sup>. Assim, se a necessidade da existência de normas e sanções resulta da divergência no comportamento humano, o direito, tal como a solidariedade e a tolerância, resultaria de tal divergência, assentando essencialmente em dois sentidos de *desigualdade*: numa desigualdade não intencionada, que deve ser superada – e que o direito deverá

<sup>381</sup>«Um den Teufelskreis mehrfacher, interner und externer Beherrschung zu durchbrechen und politische Autonomie sowohl innerhalb von Einzelstaaten als auch im internationalen Rahmen zu etablieren, ist ein Prinzip *fundamentaler transnationaler Gerechtigkeit* gefordert. Diesem Prinzip zufolge haben die Mitglieder von mehrfach beherrschten Gesellschaften den berechtigten Anspruch auf die Ressourcen, die zur Errichtung einer (fundamental) gerechten demokratischen Ordnung in ihrem Staat notwendig sind (...)». – *Idem*, p. 377. *Vide idem*, p. 377-378.

<sup>382</sup>«Dies wäre allerdings nur ein Schritt hin zur Etablierung einer vollständig gerechtfertigten transnationalen Grundstruktur, d. h. maximaler Gerechtigkeit auf dieser Ebene». – *Idem*, p. 378. *Vide idem*, p. 378-380.

<sup>383</sup>Joseph RAZ, “*Human Rights Without Foundations*”, *Oxford Legal Studies*, 2007, p. 1-20, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=999874&rec=1&srcabs=391643](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999874&rec=1&srcabs=391643) (acedido em 07/01/2010), sobretudo p. 18 ss..

<sup>384</sup>«One way that can be seen as particularly rational is the law, with the crucial prerequisite that the law is correct, i. e. fair. Relativism becomes relativized by correct law. Epistemic relativism, being in principle only by the assumption of reality of the world out there, permits *de facto* that moral-political pluralism relativizes itself. (...)»

Pluralism and relativism are therefore not deficiencies that must be remedied, but the conditions under which a human order of freedom must be made possible – and can be made possible». – Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, *cit.*, p. 93.

<sup>385</sup>«*Pluralism, like relativism, must be acculturated to an order of freedom through some other than ethical means. The most important means of relativising relativism is law, as far as it is enacted by a constitutional state. In the words of Gustav Radbruch, “relativism requires the constitutional state.”. – Ibidem, citando Gustav RADBRUCH, “Der Relativismus in der Rechtsphilosophie”, in Winfried HASSEMER (Hrsg.), Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990.*

sancionar; e numa desigualdade livremente intencionada que deverá ser objecto de protecção – e que o direito deverá possibilitar. Constituindo, assim, o direito e o Estado os garantes do respeito pela diferença<sup>386</sup>. Na ausência de *uma* verdade absoluta, a articulação das diferentes *verdades* culturais ao nível dos direitos humanos exigiria uma certa universalização, sem suprimir o particular: a resposta para a atenção material a esse particular encontrar-se-ia na *negociação*, mecanismo já mobilizado na *Declaração de Direitos Humanos* e seus pactos adicionais. Com o que a construção de SANDKÜHLER, aparentando atender materialmente às diversidades culturais civilizacionais, acaba por oferecer uma solução meramente discursiva. O que, se, por um lado, se compreende e se pode efectivamente admitir como solução possível – senão a solução possível –, por outro lado, quanto à questão dos direitos humanos, deixa sem resposta a aparentemente afirmada perspectiva *relativista*, por oposição à *universalista*<sup>387</sup>.

Entre um *relativismo extremo* e um *universalismo irreductível*, a possibilidade de discernir um núcleo comum e uma ramificação diferenciada de direitos logrará a assimilação da concretização material da *igualdade*, no centro, e a densificação da *tolerância*, nas inumeráveis periferias sincrónica e diacronicamente apresentadas. O que será dizer que, em torno de um *núcleo* de *humanidade comum* – não obstante de evolução e conteúdo necessária e absolutamente variável, e sem se reduzir a um *comum* definido por um qualquer *cosmopolitismo* –, se desenvolverão múltiplas *periferias* de densificação particularizada de afirmações *positivas* de direitos – mas também, no seu verso, e ainda *positivamente*, de *deveres* – não partilháveis intercivilizacionalmente e, conseqüentemente, não universalizáveis.

---

<sup>386</sup>«Right, solidarity and tolerance have the same ground – the unintended inequality that should be overcome, and that freely intended inequality that should be protected. With regard to the unintended inequality, right has a coercive function; with regard to the willed inequality, it has an enabling function. In the interest of equality and justice, law and the state must therefore be bound to the respect for difference». – Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, *cit.*, p. 94.

<sup>387</sup>«The decisive question for law and jurisprudence today is whether despite the lack of universally recognized norms or moral behavior (i.e. of a value-consensus), measures can be formulated that legitimize right, law and state power from a *basic norm* that cannot be relativistically undermined and is not at someone’s disposal under conditions of pluralism. In the view of an epistemological pluralism, neither the idea of law – justice – nor the positive law can be ontologically understood as a ‘given’ objectivity through nature, reason or history. (...)». – *Idem*, p. 95. «The first of all fundamental rights is the right to the protection of human dignity. All other fundamental rights are derived from this one. (...)»

Precisely these minimum standards of human existence are of a universal sort. Pluralism and relativism may not put them into question». – *Idem*, p. 96.

Assim, perfilhando uma fundamentação material dos *direitos humanos* e o reconhecimento de um núcleo, ou patamar, *mínimo* de valores comuns – neste ponto aproximando-nos da compreensão de Mário REIS MARQUES<sup>388</sup> –, propomos, para lá daquele primeiro patamar mínimo, enquanto *mínimo comum de subjectividade universalizável*, uma multiplicidade periférica de substancializações não necessariamente concordantes, susceptíveis de, quando objecto de efectivos juízos discordantes fora do contexto em que se desenvolvem, lograrem por si próprias observância e protecção. De densidade variável, consoante os bens-direitos-pretensões em causa, e assim potenciando uma protecção em níveis diferenciados. Confrontamo-nos, pois, essencialmente, com uma intersubjectividade específica culturalmente subjacente à percepção de *direitos humanos*, aqui em causa, e, sobretudo, atentando na *alteridade do Outro*, que, de inspiração em DOUZINAS – e, com este, em LÉVINAS (e, neste, concretamente, divergindo das representações de ponto de partida *universalizante* dos *direitos humanos-direitos do homem*, perspectivado o *direito do homem*, a partir do pressuposto da *responsabilidade pelo outro* – e este enquanto *rostro*, na sua *alteridade* –, como o *direito do outro homem*<sup>389</sup>) –, no que aos direitos humanos respeita, faculte uma confrontação *inter-subjectiva* racionalmente erigida a partir de uma dimensão (neste sentido, *ética*) de *responsabilidade* susceptível de convocar para a respectiva fundamentação conteúdos de específica determinação cultural<sup>390</sup>.

<sup>388</sup> «(...) em vez de uma antropologia deve pressupor-se um conjunto de antropologias, um «processo de estratificação e de fragmentação fenomenológica», a existência de «ontologias regionais» a justificarem uma diversidade de direitos humanos situados, os da pessoa situada. É este pluralismo antropológico que explica a ausência de uma «rigorosa tipificação» dos direitos, embora exista um conjunto de valores que se foram acumulando e que constituem o «núcleo axiológico» sobre o qual assentam os direitos humanos.

Reconhece-se, igualmente, a ausência de contradições entre a ideia de universalidade (os direitos humanos não podem ser concebidos sem esta ideia) e o crescente particularismo dos direitos. (...)

A universalidade dos direitos humanos está na sua capacidade de oferecer um ponto de encontro às diversidades e de subsumir em si «uma pluralidade de pontos de vista particularistas». Da dialéctica entre o universal e o particular resulta uma referência e uma conjugação mútua dos dois pólos, sem que nenhum deles perca a sua identidade». – Mário REIS MARQUES, *Introdução ao Direito I, cit.*, p. 227. *Vide idem*, p. 227-242.

<sup>389</sup> *Vide* Emmanuel LEVINAS, “*Interdit de la représentation et ‘droits de l’homme’*”, in Emmanuel LEVINAS, *Altérité et transcendance*, Fata Morgana, Montpellier, 1995 (Le Livre de Poche, 2010), p. 127-135, especialmente p. 134: «(...) droit de l’homme – qui est originellement le droit de l’autre homme (...)»; e Emmanuel LEVINAS, “*Les droits de l’autre homme*”, *ibidem*, 149-153; Emmanuel LEVINAS, “*Droits de l’homme et bonne volonté*”, in Emmanuel LEVINAS, *Entre nous. Essais sur le penser à l’autre*, Grasset, Paris, 1991 (Le Livre de Poche, 2010), p. 215-219.

<sup>390</sup> Acompanhamos, assim, neste ponto, a proposta de Costas DOUZINAS, in *The End of Human Rights*, Hart, Oxford, Portland, 2000, especialmente 13. «*The Human Rights of the Other*», p. 343-369, especialmente p. 348-351 e 14. «*The End of Human Rights*», p. 371-380. *Vide* ainda os desenvolvimentos já propostos in Costas DOUZINAS/Ronnie WARRINGTON, *Justice miscarried...*, *cit.*, *supra*, 2.2., e,

Ao que haverá ainda a acrescentar a acentuação de uma fundamental índole efectivamente jurídica dos *direitos humanos*. Posto que as mais das construções, tal como as *supra* enunciadas, lhes conferem sobretudo o carácter de pretensões de índole política. Ora, admitir os *direitos humanos* como *direitos subjectivos*, efectivamente *jurídicos*, exigirá mais do que ver neles exigências de tutela (mormente *negativa...*) dos cidadãos face às potenciais agressões dos Estados, em projecção potencialmente universalizável. Exigirá determiná-los também histórico-culturalmente, e perspectivá-los a partir da específica intersubjectividade jurídica – aquela que faz corresponder à dimensão da afirmação de *direitos* a titularidade de (*correspectivos*) *deveres*, numa *comunitariamente* assimilada dialéctica entre *autonomia* e *responsabilidade*. O que aqui se declara convocando essencialmente CASTANHEIRA NEVES, ao afirmar a juridicidade dos *direitos humanos* – rejeitando, assim, a respectiva construção que os projecta em pretensões justificadas por reivindicações políticas –, exactamente por acentuação daquilo que tal nota de *juridicidade* lhes introduz de decisivamente diferenciador, o facto de, sendo de índole jurídica, implicarem, na consideração do *outro*, o contrapólo do *dever*. E, assim, uma efectiva *integração comunitária*, a pressupor e exigir uma dialéctica direitos/deveres, como condição essencial da respectiva identificação como *jurídicos*<sup>391</sup>.

Tudo o que, pressupondo, como questão prévia, a perspetivação da *diferença* à luz da categoria *tolerância* – cujos contornos e conteúdo aqui se questionam, na determinação da admissibilidade da *diferença* na intersubjectividade –, exigirá a imediata clarificação da índole desta e a respectiva relevância na delimitação formal e substancialmente relativa dos campos de *moralidade* e *juridicidade*.

---

especificamente, p. 80, e *ibidem* n. 183, p. 84, e *ibidem*, n. 200, p. 85, e *ibidem*, n. 201, e, *infra*, Parte III, 3.1.1.1., p. 479, n. 154; especificamente sobre a *ética* em LÉVINAS, e respectiva influência na construção da intersubjectividade e da conformação da tolerância, *vide infra*, Parte II, 3.2.1.

<sup>391</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “Uma reconstrução do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc> (acedido em 07/11/2012), p. 20-21, e também já António CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, in António AVELÁS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 9-82 (versão citada) (também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, 2007, p. 1-73), p. 42-51.

### **3. Determinação selectiva do sentido e fundamento normativos da categoria *tolerância* para uma sua (re)construção dialecticamente normativa e respectiva repercussão jurídica**

#### **3.1. Fundamentação normativamente concomitante da *tolerância* como categoria operativa: a *virtude ética*(?) da *tolerância***

Quer se considere a tolerância enquanto *virtude*, *moral* ou *ética*, quer enquanto *atitude prática*, urge compreender a sua pertinência, num contexto de pluralismo radical – ou em múltiplos contextos de pluralismo radical –, o que hodiernamente caracteriza o mundo, cada vez mais globalizado, cada vez mais fragmentado... Se o contexto da Modernidade carregou o abandono da *hierarquização* e a abertura ao diálogo com a *diferença*, a superação da sua *formalidade* conduziu, por sua vez, a uma recompreensão do contexto e da compleição da relação com essa *diferença*. Espelhando-se no redimensionamento da categoria *societas* face à sua sucessora *communitas* – e esta enquanto recuperada mas simultaneamente construída por demarcação da sua configuração pré-moderna. Tudo o que insta a uma tomada de posição quanto à (im)possibilidade de conferir à tolerância um sentido materialmente densificante, que determine os fundamentos e o sentido da decorrente actuação, ou seja, optar entre uma compreensão de tolerância materialmente determinada por um contexto *ético* e uma sua compreensão descontextualizada, formal e universalizante. Opção que, por sua vez, se reflectirá na conexão tolerância/direito, e, assim, na resposta à questão aqui essencial: a da necessidade, pertinência e título da mobilização da categoria tolerância na construção da juridicidade. Para o que assumirá relevo imprescindível a vertente que se assuma no binómio *justo/bem*, e neste como eixo essencial nas selecções da institucionalização jurídico-política da categoria tolerância e respectivo conteúdo. E assim permitindo uma contextualização da operatividade da tolerância, à luz de um horizonte materialmente referencial, rejeitando-se liminarmente a sua descontextualizadamente universalizante e projectantemente acrítica convocação como critério para a prática.

É maioritariamente recorrente a tese de que a tolerância constitui uma *virtude* de base religiosa – afirmando, em geral, a origem da tolerância em exigências como a

*misericórdia* e/ou a *caridade*<sup>392</sup>. RAZ convoca, por exemplo, na sua noção de tolerância, a posição de HACKER, segundo a qual a *misericórdia* é, por vezes, um caso especial de *tolerância*, admitindo poder tolerar-se a partir da *misericórdia*. Do que teremos aqui de discordar, posto que, se a tolerância assenta numa divergência substancial de base, não se confundirá com a alteridade espontânea que a *misericórdia* incorpora<sup>393</sup>. Embora distintamente, DERRIDA afirma também a origem e cariz religioso da tolerância, acentuando a dimensão da condescendência do superior, como *caridade*<sup>394</sup>. E Andrew FIALA, na tentativa de fundar a tolerância no *autoconhecimento* («*self-knowledge*») e na *sinceridade interna* («*inward sincerity*»), apresenta uma discussão da relação entre tolerância e religião, em que mobiliza o pensamento moderno, mormente DESCARTES, LOCKE, ROUSSEAU<sup>395</sup> e, já em transição, KIERKEGAARD, passando ainda, depois, por Ralph EMERSON, William JAMES<sup>396</sup>, mormente na sua conciliação em Josiah ROYCE<sup>397</sup>, e

<sup>392</sup>É essa, entre muitas outras, a percepção de David HEYD quanto à *origem da ideia moderna de tolerância*: «The two contexts in which the modern idea of toleration gradually emerged were religion and royal grace. In light of the question raised in this paper, it should be emphasized that neither of these is “political” in the strict sense of the concept». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 173. «A common feature of these two origins of the modern idea of toleration (...) is *caritas*. Charity or grace is the fundamental motive behind religious toleration as it is conceived by humanist Christian like Erasmus as well as by the merciful ruler». – *Idem*, p. 174.

<sup>393</sup>«As was pointed out to me by P. M. S. Hacker, mercy is sometimes a special case of toleration. One can tolerate out of mercy». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986 (Part IV, “*Freedom and Politics*”, 15. “*Freedom and Autonomy*”, p. 400-429), p. 402, n. 1.

<sup>394</sup>«Though I clearly prefer shows of tolerance to shows of intolerance, I nonetheless still have certain reservations about the word “tolerance” and the discourse it organizes. It is a discourse with religious roots; it is most often used on the side of those with power, always as a kind of condescending concession...». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 127.

«BORRADORI: You seem to understand tolerance as a form of charity...

DERRIDA: Indeed, tolerance is a form of Charity. A Christian charity, therefore, even if Jews and Muslims might seem to appropriate this language as well. Tolerance is always on the side of the “reason of the strongest”(...)». – *Idem*, p. 127.

<sup>395</sup>«The state does have the power, according to Rousseau, to exclude those who do not share the basic values of civility, which include religious tolerance. (...)

One can be, then, both religious and tolerant, especially when religion is conceived of as a religion either of reason, as in Descartes’ approach to God, or as a religion of the heart that emphasizes inward sincerity, as Rousseau does». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 87 (5. «*Modern Philosophy and Inward Sincerity: Religion, Existentialism and Pragmatism*», p. 82-103).

<sup>396</sup>*Vide idem*, p. 89-92.

<sup>397</sup>«Royce’s philosophy of loyalty is based upon the existential claim that to become an individual each of us must decide to become loyal to some cause. Royce links this to Kant’s idea of autonomy as the self giving the law to itself. But Royce, like Kierkegaard, focuses on the concrete emergence of existential commitment as we struggle to become a self by working to actualize our purposes and ideals». – *Idem*, p. 93. «Royce wants to emphasize the fact that individuals should be free to choose the object of loyalty. This idea of freely chosen loyalty is similar to the Lockean idea of sincerity of belief that is essential to the idea of tolerance. And it aims to found a community of tolerance». – *Idem*, p. 93. *Vide idem*, p. 92-96.

ainda Gabriel MARCEL<sup>398</sup>, na procura do sentido da *lealdade*, do *existencialismo* ao *pragmatismo*, e não obstante para concluir que a *sinceridade interna* essencial à tolerância não será necessariamente de base teológica<sup>399</sup>.

Diferentemente, para F. MARTINELL GIFRÉ a tolerância compreende um conteúdo moral, com um objecto propriamente ético, todavia não constituindo em si uma *virtude*, sendo antes resultado do exercício da virtude da *prudência*<sup>400</sup>. Seguindo-o, José Ramón TORRES RUIZ afirma que, necessitando cada virtude de um objecto, a tolerância não o poderá ser, dada a ausência do mesmo<sup>401</sup>. Procurando estabelecer antes uma analogia rigorosa entre a tolerância e a prudência, englobante quer da referência às finalidades da acção quer ao modo de os prosseguir: o tolerante, tal como o prudente, num primeiro momento constata o comportamento alheio e, através de um juízo de valor, reputa-o *extralimitado*, e num segundo momento subtrai-se à correlativa reacção<sup>402</sup>. Para TORRES RUIZ, é no momento do juízo de valor que se manifesta a originalidade do «princípio da tolerância», pois que é este o momento em que se revela a diferença entre esta e outras formas de transigência, uma vez que a transigência tolerante é justificada pelo argumento *ad vitanda maiora mala*, embora este não seja um argumento exclusivo da tolerância, mas efectivamente nela preponderante, e haja assim

<sup>398</sup>«For Marcel, tolerance is not itself a primary positive value. Rather, tolerance is a reaction to intolerance. Intolerance is linked to the tendency of human beliefs and institutions to become ossified by orthodoxy and conformity. Just as Kierkegaard criticized ‘Christendom’, Marcel critiques the dogmatism of ‘catholicism’». – *Idem*, p. 97.

<sup>399</sup>«My conclusion is that the sort of tolerance that focuses on inward sincerity need not be explicitly tied to any final decision about religious belief. The problem then is not whether one is a theist or an atheist but whether one really does possess inward sincerity». – *Idem*, p. 99.

<sup>400</sup>«En su acepción rigurosa la tolerancia asume un «contenido moral, tiene un *objeto propiamente ético* en cuanto hace relación a permitir un mal», éste ciertamente puede presentarse ya como error o falsedad – especulativo – ya como vicio o desorden – práctico –». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 48, Noviembre-Diciembre 1985, p. 105-134, p. 109, citando em nota (n. 8) F. MARTINELL GIFRÉ, “*Tolerancia I. Introducción (Ética)*”, *citado* (p. 540). «(...) la t. no es una virtud en sentido estricto, sino algo que surge en el ejercicio de la virtud de la prudencia; su existencia no se origina de unos pretendidos derechos del mal o del error: la verdad y el bien se mantienen como valores permanentes, aunque en la práctica se adopte una actitud flexible». – *Ibidem*.

<sup>401</sup>«(...) la tolerancia es una virtud ética?

En contra de esta opinión se manifiesta un amplio sector doctrinal, v. gr., Martinell Gifre, para el cual «la tolerancia no sería una virtud en sentido estricto, sino algo que surge de la virtud de la prudencia». En igual sentido nos pronunciamos también nosotros, entendiendo que esta transigencia no es propiamente una virtud, pues carece de un objeto específico y determinado». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 110. *Vide ibidem*, n. 12.

<sup>402</sup>«Conviene, no obstante, precisar su vínculo con la prudencia. (...)

La forma de operar del sujeto tolerante no es en todo diferente a la del prudente: en un primer momento conoce un acto ajeno y delibera respecto de su carácter extralimitado, en un segundo momento enjuicia cuál debe ser el proceder adecuado – si la transigencia o la intransigencia – y, finalmente, concluye con un mandato – de signo negativo – ordenando a la voluntad que se sustraiga de la réplica a que se tenía derecho». – *Idem*, p. 110.



de ser ponderadamente compreendido<sup>403</sup>. A tolerância será, assim, nesta compreensão, um «*princípio do agir social*», uma forma específica de juízo prudencial, enquanto modo de concretização prática – e justamente apreendida ao nível da *razão prática* – da *virtude da prudência*<sup>404</sup>.

Diversamente ainda, David HEYD sustenta que a tolerância, enquanto prática-*toleration*, não constituirá uma *virtude política*, não sendo aliás nem *virtude* – no sentido estrito em que ARISTÓTELES estabeleceu *as virtudes* – nem *política*, no sentido restrito em que pretende defini-la, enquanto *disposição de carácter* – embora de profunda relevância na política, enquanto instrumento de promoção de determinados «*political values*». E, assim, não uma virtude em sentido aristotélico – de cujo elenco se encontra, aliás, como vimos, ausente –, mas tomada em sentido mais amplo, como instrumento ao serviço de uma disposição psicológica, moral, ética ou política<sup>405</sup>. Compreendendo, de uma perspectiva preponderantemente filosófica e normativa, a complexidade da noção de *prática tolerante (toleration)* em três pilares, inter-relacionados e interdependentes: ser de ordem moral e não política; não constituir uma *virtude* em sentido estrito, antes uma *atitude* ou *modo de juízo*; não ser obrigatória mas *supererrogatória*<sup>406</sup>. A atitude tolerante estaria, assim, da perspectiva desta análise *perceptual*, assente numa valoração moral, conduzindo a que determinados

---

<sup>403</sup>«(...) la indulgencia que auspicia la tolerancia está motivada por la evitación de un mal mayor. Sin embargo, el argumento *ad vitanda maiora mala* no es un argumento específico y ajeno a los restantes juicios prudenciales». – *Idem*, p. 111.

<sup>404</sup>*Idem*, p. 111.

<sup>405</sup>«“Is toleration a political virtue?” The question sounds rhetorical. Toleration is usually considered the fundamental, even constitutive virtue of liberalism, and its characteristic playground is the political. What can it be other than a political virtue? (...) I will attempt to answer this allegedly rhetorical question in the negative and to argue that toleration is neither political nor a virtue, at least in the strict sense that I will try to elaborate». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 171. «The denial of the status of virtue to the concept of toleration should be qualified in two ways. First, the modern usage of the term “virtue” is wider than the Aristotelian. (...) Secondly, although toleration is not a virtue in the strict Aristotelian sense, of a character trait or a natural disposition, it is closely related to certain psychological disposition that may enhance or impede it». – *Idem*, p. 184. «(...) although I have taken pains to distinguish between toleration on the one hand and the respect for rights, peace, and co-existence on the other, it must be stressed that toleration is highly instrumental in promoting these specifically political values». – *Idem*, p. 189-190.

<sup>406</sup>«(...) my approach to the question will be basically philosophical (...). (...) From the point of view of legal theory or political science, my “distilled” concept of toleration will certainly appear artificial and abstract. (...)

The argument of this paper is threefold: toleration is a moral rather than a political concept; toleration is not a virtue in the narrow sense but rather an attitude or a mode of judgement; and toleration is not obligatory but supererogatory. These three claims are interrelated and interdependent». – *Idem*, p. 172. «After having proposed that toleration is neither political, nor a virtue in the strict sense of the terms, I turn now to a more positive analysis of its nature. I suggest that toleration be understood as a *supererogatory attitude*». – *Idem*, p. 185.

comportamentos, quando considerados de um ponto de vista impessoal, se apresentassem como errados, porém, já de um ponto de vista do juízo pessoal, se compreendessem como toleráveis – pontos de vista estes mutuamente exclusivos<sup>407</sup>. Confirmando-se a tolerância como atitude activa, e susceptível de gerar solidariedade social<sup>408</sup>. O que patenteia alguma afinidade com a proposta de Glen NEWEY de compreensão da tolerância como categoria *supererrogatória*, segundo a qual haverá que distinguir «*virtude em acto*» («*virtue in action*») de «*virtude de carácter*» («*virtue in character*»), considerando *ser tolerante* uma *característica de dupla predicção* («*a specific dual-predicable property*»)<sup>409</sup>. Admitindo, porém, a possibilidade de existirem *actos tolerantes* («*acts of toleration*») – e, portanto, a *virtude em acto* – praticados por agentes não tolerantes, e, assim, na ausência da *virtude de carácter*<sup>410</sup>. A fim de, sem deixar de convocar a sua necessária *justificação filosófica*, reconhecer na *tolerância*,

---

<sup>407</sup> «I suggest that toleration requires a shift from the impersonal judgment of actions to the personally based judgment of the agent. This shift is (...) of “perceptual” nature. (...) From the impersonal viewpoint, an act or a belief may look patently wrong, but from the personal it may be treated as understandable, tolerable, or forgivable due to the motive for its performance or the way it was adopted by the subject. The two perspectives are mutually exclusive. (...) the adoption of the one necessarily means the temporary suppression of the other». – *Idem*, p. 185-186, remetendo para David HEYD, «Introduction», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 10-17. A perspectivização *perceptual* da tolerância confirmaria ainda, neste sentido, a exclusão da sua classificação como *virtude*: «The perceptual analysis of toleration explains why toleration is not a virtue. The shift from the impersonal judgment that an act is wrong to the personal tolerant acceptance of the agent *despite* the act is not a matter of a general disposition or a character trait. It is an intentional choice freely made by an individual in a particular case. It is more of a decision than a predisposition». – David HEYD, «Is Toleration a Political Virtue?», *cit.*, p. 186.

<sup>408</sup> «(...) toleration is an *active* attitude, to be clearly distinguished from passive mind-sets like indifference, acquiescence, condonation, or resignation». – *Idem*, p. 186. «(...) toleration creates social solidarity, a sense of unity among people belonging to a common world even if they do not know each other personally». – *Idem*, p. 189.

<sup>409</sup> «(...) a specific dual-predicable property, namely that of *being tolerant*. (I reserve the term ‘tolerance’ for the virtue in action or character, emphasizing an agent-centred approach to the question)». – Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 103 (3. «Tolerance as a Virtue»).

<sup>410</sup> «(...) it is possible that an act can be tolerant even though it is not performed by a tolerant agent. Moreover, (...) there may be acts of toleration (...) which fail to display the virtue in action of tolerance. One way to explain this is by saying that the latter are not the acts of tolerant agents, that is, they fail to display virtue in character. (...) however, it is possible to preserve the distinction between acts which are merely acts of toleration and those which display the virtue of tolerance, while denying that tolerance in action can be displayed only by agents with the corresponding virtue in character». – *Idem*, p. 103. *Vide idem*, p. 113-114. Sucintamente, quanto à aceção de *virtude* neste contexto, afirma Glen NEWEY: «(...) my account stands, I believe, broadly in line with Aristotle’s *prohairesis* account of the nature of virtue, and in particular his arguments designed to show that virtues, since they involve choice, cannot be reduced to patterns of affect (...)». – Glen NEWEY, «Tolerance as a Virtue», in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Toleration, Identity and Difference*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 1999, p. 38-64, p. 60-61. *Vide* também Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 85-120 (3. *Tolerance as a Virtue*).

entre *monismo* e *pluralismo* de valor, por um lado, e *relativismo*, por outro, também uma *virtude política*<sup>411</sup>.

Problemas todos estes que, fundamentais à compreensão da tolerância, se diluem na sua percepção enquanto *virtude* ética ou moral<sup>412</sup> – de pendor *político*, ou, pelo menos, com relevância *política* –, e enquanto *atitude* prática<sup>413</sup>. No que se mostra útil a distinção anglo-saxónica entre *tolerance* e *toleration*, podendo fazer-se corresponder aquela à ideia de *virtude* e esta à de *atitude*, estremando assim também os campos de legitimação e actuação de cada uma.

Independentemente da conformação estruturante que se lhe possa atribuir – e a configuração enquanto *virtude* moral poderá ser uma opção viável... –, a tolerância constitui, substancialmente, uma atitude livre de não reacção face a um comportamento de que se discorda. E é nesse sentido, independentemente da base material fundamentante, que poderá ser, ou não, mobilizada para a construção jurídica – quer enquanto princípio de fundamentação, quer enquanto critério de decisão... A resposta implica, no entanto, uma compreensão da sua *natureza* originária – moral, religiosa,

---

<sup>411</sup>Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 124-138, 145-147 (4. «*Toleration and Political Justification*», p. 121-150) e p. 178-179 (5. «*The Politics of Toleration*», p. 151-190). «In each case we are faced with a gap between the philosophical arguments purporting to justify toleration and the forms of justification for toleration which can be provided politically». – *Idem*, p. 145. Ainda para uma classificação da tolerância como virtude política, afirma Robert Paul WOLFF: «(...) the virtue of the modern pluralist democracy which has emerged in contemporary America is TOLERANCE. Political tolerance is that state of mind and condition of society which enables a pluralist democracy to function well and to realize the idea of pluralism. For that reason, if we wish tolerance as a political virtue, we must study it not through a psychological or moral investigation of prejudice, but by means of an analysis of the theory and practice of democratic pluralism». – Robert Paul WOLFF, «*Beyond Tolerance*», cit., p. 12. Concluindo o Autor, porém, e de acordo com o contexto espaço-temporal em que se encontra, pela necessidade de ir *além* da tolerância: «Like all Great social theories, pluralism answered a genuine social need during a significant period of history. Now, however, new problems confront America, problems not of distributive justice but of the common good. (...) There is need for a new philosophy of the community, beyond pluralism and beyond tolerance». – *Idem*, p. 60-61.

<sup>412</sup>Neste sentido, é exemplar a posição, *infra* discutida, de Peter NICHOLSON, perspectivando a tolerância, em sentido amplo, como categoria *moral*, e, em sentido restrito, como *virtude*, e, assim, essencialmente um ideal moral insusceptível de ser axiologicamente neutra: «‘Toleration’ is part of our moral vocabulary. It is not only a moral concept in the sense that it is applicable to moral action, like for example ‘responsibility’, but also in the narrower sense that, like ‘courage’, it is a virtue. Toleration as a moral ideal cannot be value-neutral, and for this reason too it must be distinguished from the descriptive concept of toleration which can and should be value-neutral». – Peter NICHOLSON, «*Toleration as a Moral Ideal*», cit., p. 161. Vide *infra*, Parte II, 6.2.3.2.1.1. e 7.2.2..

<sup>413</sup>É esta a posição tomada, como *supra* se refere, por David HEYD, «*Is Toleration a Political Virtue?*», cit., p. 172. Vide ainda Bernard WILLIAMS, «*Toleration: An Impossible Virtue?*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 18-27, e Bernard WILLIAMS, «*Toleration, a Political or Moral Question?*», in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, cit., p. 35-48. Vide também Hans OBERDIEK, *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, cit., p. 9-22 (2. «*Puzzles and Paradoxes of Tolerance*»). E, distinguindo *virtude* e *prática* de tolerância, Stefan HUSTER, «*Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft*», in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 20-35, p. 21-22.

ética... E esta, não sendo pacificamente entendida, parece oscilar entre uma legitimação pelos efeitos, determinante finalística da *justificação* da categoria tolerância e *instrumentalizante* da consequente *prática tolerante*<sup>414</sup> – e, mesmo neste sentido, uma prática apesar de tudo necessária, não ultrapassada<sup>415</sup> –, e uma legitimidade materialmente axiológica, determinante substancial da categoria tolerância e *fundamentante* das razões que conduzem, numa situação concreta, à *prática tolerante* – e, neste sentido, não só não ultrapassada como crescentemente convocada. E isto porque as *razões da tolerância* não se resumem, tal como afirma BOBBIO, a questões de *método, prático-prudenciais*, de ordem política, exigindo antes uma determinação através de proposições axiológicas substantivas, especificamente uma *razão moral: o respeito pela pessoa do outro*<sup>416</sup>.

Quer assumida enquanto aceitabilidade da escolha em situação de incerteza (risco), no domínio da bioética – e das suas eventuais consequências nefastas<sup>417</sup> –, quer enquanto abertura ao outro e à novidade (generalização a partir da noção acima, não distinção), não haverá resposta para o problema da tolerância sem um confronto entre *ética de responsabilidade* – «*Verantwortungsethik*» –, *ética de convicção* – «*Gesinnungsethik*» – e *ética da responsabilidade pelo futuro* – «*Ethik der Fernverantwortung*»<sup>418-419</sup>. No plano desta última, no domínio da bioética, de que se

---

<sup>414</sup>Neste sentido, afirma Andrew SABL, sustentando-se na *lição* de HUME, e apesar da comum perspetivação normativa negativa das concepções consequencialistas de tolerância, uma noção desta a partir do respectivo sentido humeano, enquanto categoria de *segunda natureza, virtude artificial*: «Instrumental justifications for toleration are often seen as immoral and dangerous. (...) This seems “the wrong kind of defence” for toleration; the right kind would appeal to the intrinsic worth of individual autonomy. (...)»

In spite of these common criticisms, this essay will defend a sophisticated version of this allegedly immoral and unstable justification for toleration: one rooted in David Hume’s arguments regarding toleration, establishment, and religious “policy”. Admittedly, articulating this sophisticated view will require drawing out the implications of Hume’s views more systematically than he himself did: the account of toleration defended here will be thoroughly “Humean” but not precisely Hume’s». – Andrew SABL, “*The Last Artificial Virtue...*”, *cit.*, p. 512.

<sup>415</sup>«Toleration as policy, in its sophisticated forms, continues to address live questions, and a Humean approach continues to help us solve them – as dignity-, respect-, or rights-based arguments cannot». – *Idem*, p. 527.

<sup>416</sup>Norberto BOBBIO, *L’età dei diritti*, *cit.*, p. 235-252 («*Le ragioni della tolleranza*»), especialmente p. 238-243, referindo-se expressamente à gradação referida em texto, e admitindo que «(...) si può addurre a favore della tolleranza una ragione morale: il rispetto della persona altrui». – *Idem*, p. 242.

<sup>417</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 314-315.

<sup>418</sup>«Toleranz ermöglicht verantwortliches Handeln. Sie ermöglicht allerdings auch unverantwortliches Handeln. Deshalb muß das Toleranzprinzip durch das *Verantwortungsprinzip* ergänzt werden». – *Idem*, p. 316. Vide *ibidem*, p. 316-317, citando Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung...*, *cit.*, p. 36.

reconhece como exemplar a proposta de Hans JONAS, a *reciprocidade* está ausente, enquanto correspondência de direitos/deveres<sup>420</sup>. Neste sentido, a *ciência*, não sendo determinada pelos seus resultados, como a *técnica*, mas um fim em si mesma, será susceptível de ter um sentido *moralmente positivo*, não no seu progresso enquanto tal nem pelos seus resultados, mas na sua experimentação efectiva; já a *técnica*, orientada a resultados, suscitaria tanto resultados *moralizadores* como *des-moralizadores*<sup>421</sup>. Postulando assim uma perspectivação do futuro evidentemente diversa da proposta por Ernst BLOCH, e em crítica a esta última<sup>422</sup> – directamente a *Das Prinzip Hoffnung*<sup>423</sup>.

Se, nos planos religioso e moral, a tolerância, assumida quer enquanto virtude ética quer enquanto exigência prática, se traduz na capacidade de conviver com a *diferença* – ao nível das opções quanto à *forma de vida*, de que se discorda por princípio, não interferindo nas opções de que se diverge, ainda que reprovando-as em privado e lamentando os respectivos efeitos sociais gerados pela respectiva manutenção e proliferação –, quando transposta para o horizonte jurídico a perspectivação do problema alterar-se-á substancialmente: não se tratará já apenas de concordar ou discordar de uma prática, antes de assumir ainda que, quer do ponto de vista da criação legislativa, quer do da decisão judicial, o direito deve abrir no seu domínio de relevância normativa espaço para uma diferenciada reflexão acerca da *diferença*: seja de forma negativa, não estabelecendo previsões diferenciadoras específicas, e assim deixando em

<sup>419</sup>Vide, neste sentido, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 297. Ainda sobre o papel da tolerância quanto à liberdade de expressão no domínio da bioética, vide Carmen KAMINSKY, “*Toleranz als Strategie. Wie klug ist es, die Redefreiheit in der Bioethik zu beschränken?*”, in Dieter BIRNBACHER (Hrsg.), *Bioethik als Tabu?...*, cit., p. 53-65, p. 63-64.

<sup>420</sup>«La revendication d’être commence seulement avec l’être. Or c’est précisément à ce qui n’est pas encore que l’éthique cherchée a affaire et son principe de responsabilité doit être indépendant aussi bien de toute idée d’un droit que de celui d’une réciprocité (...)». – Hans JONAS, *Le Principe Responsabilité...*, cit., p. 64.

<sup>421</sup>«(...) la science – et la pensée cognitive en générale – peut sans doute avoir un effet moralisant sur ses agents (quoique curieusement elle ne le fasse pas toujours), mais elle ne le ferait pas par son progrès, ni généralement par ses résultats, mais par son exercice à chaque fois actuel (...); et le grand nombre n’en est pas affecté. Mais il est affecté par tout ce que la *technique* émet dans le monde, et pour cela en effet par son progrès, qui est un progrès des résultats. Or, de la complexité de ces résultats – les fruits destinés à la consommation humaine et à la formation de la condition humaine – on peut simplement dire que certains ont un effet moralisateur et d’autres un effet démoralisateur, ou également les deux et je ne sache pas comment on pourrait établir ici un bilan. Seule est certaine l’ambivalence lui-même». – *Idem*, p. 225.

<sup>422</sup>Vide *idem*, p. 11, 300-302.

<sup>423</sup>Ernst BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, Aufbau, Berlin, 1954–1959. Vide ainda, em crítica a BLOCH, ainda que postulando um outro sentido de “esperança”, como *possibilidade* para a Filosofia, *specialiter* a Filosofia do Direito, António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, STVDIA IVRIDICA, 72, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 143-145.

aberto a (im)possibilidade de relevância jurídica de questões-limite ou de fronteira (como as geradoras de *problemas de tolerância*); seja de forma positiva, estabelecendo normativamente o sentido, o conteúdo e os limites da admissibilidade da *diferença*. Naquele primeiro sentido, que se afigura talvez normativamente mais depauperado, arriscando sobretudo uma classificação formal, e recuperando talvez a experiência *liberal* do contexto anglo-saxónico – seja a do *Liberalismo 1*, de TAYLOR, no dizer de WALZER, seja a do *Liberalismo 2*, na mesma classificação, embora neste último mais atenuadamente, dada a menor relevância da neutralidade do Estado quanto aos fins<sup>424</sup> –; e neste segundo, talvez simultaneamente não menos arriscado, conjugando materialmente a diferença, sendo que a procura da definição normativamente positiva das *formas de vida* a tolerar apresenta os inevitáveis riscos da casuística: a ausência de completa previsão que garanta total assimilação dos casos a tolerar<sup>425</sup>.

Consideradas analiticamente as diferentes significações *discursivas* da categoria tolerância – religiosa, ética, moral, política... –, tendo sempre presente a relevância formal e materialmente compreensiva proposta na nivelção da *retórica materialista* de Peter GOODRICH, da *institucionalização*, do *intradiscurso* e do *interdiscurso* – mormente o papel crucial do *interdiscurso* para a definição do *intradiscurso*<sup>426</sup>, e mobilizando-o na sua relevância normativamente constitutiva –, haverá aqui que reconduzi-la ao seu mais reduto núcleo, não já *discursivo*, mas *normativo*. Postos em suspenso – conquanto apenas analiticamente – os *discursos externos* que a rodeiam, a tolerância resulta uma exigência de auto e hetero-avaliação, de auto e heteroconsideração, de auto e hetero-escrutínio, de mútua observação e crítica recíproca, de exteriorização do *eu* a partir do *outro*, de um *tu* que o *eu* continuamente afronta e com que continuamente se confronta. Um *tu* que não é apenas aquele que se

<sup>424</sup>Vide *supra*, 2.2.1.2.1., e *infra*, Parte II, 1.1.2.2..

<sup>425</sup>Neste sentido, vide François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?...*, *cit.*, p. 533-534, referindo-se a Michael WALZER, *Les deux universalismes*, in *Esprit*, décembre 1992, p. 115 e 129.

<sup>426</sup>Tomados aqui os termos no sentido determinante para Peter GOODRICH, definido-os na teoria do discurso, em geral, e na juridicidade, em particular, in Peter GOODRICH, *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, The Macmillan Press, London, 1987, 1990, p. 125-157 (6. «*Law as Social Discourse I. A Topology of Discourse*») e 158-204 (7. «*Law as Social Discourse II. Legal Discourse*»): «(...) the discursive formation is best defined in terms of three aspects or levels; those of its material basis, or *institutionalization*, its self-articulation or internal ordering, *intradiscourse*, and its relation to other discourses and discursive formations, its *interdiscourse*». – *Idem*, p. 144. Vide sobretudo *idem*, p. 144-151 e 169-184. E cuja inspiração fundamental reside em Michel PÊCHEUX, Michel FOUCAULT, Dominique LECOURT, Julia KRISTEVA e Christian METZ. Vide Peter GOODRICH, *Legal Discourse...*, *cit.*, p. 235, n. 48 da p. 144. Vide ainda *ibidem*, p. 210-212 (8. «*Conclusion: Legal Theory and Legal Practice*»), p. 205-212).

move, longinquamente, num outro cenário civilizacional – embora também o seja, e o tenha preferencialmente sido ao longo da história da exigência de tolerância –, mas um *tu* que, independentemente da situação geográfica, em cada momento surge perante o *eu*, observando-se mutuamente. É, assim, *relativizados, em relação*, que se encontram, e aí se desvela a intersubjectividade. Intersubjectividade que, no domínio jurídico, só o será se efectivamente houver algo *quod inter est*. A *interacção* apenas se revelará *jurídica* se e enquanto esse encontro se mantiver nos limites da *diferença*, isto é, enquanto a situação exija uma *interferência* exterior que regule as subjectividades envolvidas. Pois que a abertura ao *Outro*, além desse limite, será já ética, já moral, mas não já jurídica. O problema desta fronteira constitui a chave da definição de todas as outras que neste discurso têm vindo a ser identificadas.

A desejável estrutura democrática das actuais sociedades plurais postulará a essencialidade de um aí ínsito conceito de *tolerância*, potencialmente «*estrutura-tolerância*» («*structure-tolérance*») enquanto conceito *jurídico-político* – isto quanto ao significante, embora já não, para nós, como *infra* se verificará, quanto ao *significado* – o qual, tal como formulado por Yves Charles ZARCA<sup>427</sup>, se afirma por referência crítica quer à análise da *política de reconhecimento* elaborada por TAYLOR quer ao *liberalismo político* de RAWLS, comportando conjuntamente dois estratos basilares: o *mundo dilacerado* («*monde déchiré*») e o *reconhecimento sem reconciliação* («*reconnaissance sans réconciliation*»)<sup>428</sup>.

Por outro lado, porém, se se deslocar o centro gravitacional do problema da intersubjectividade nas hodiernas sociedades pluralistas e complexas da relação entre grupos, entre grupo e indivíduo ou entre este e aquele, para um outro, individualizado, *rectius*, subjectivizado, da relação de sujeito a sujeito, particularmente, a partir da tomada de consciência da sua *ipseidade* – identidade, que não *mesmidade* – e da sua relação com o *outro*, alterar-se-á o campo de discussão, passando-se a outro patamar: sem que se abandone a relevância intrínseca da dimensão de *divergência* no núcleo significativo da *tolerância* – etimológica, filosófica, ética e historicamente –, portanto, sem que se enverede por uma consideração da tolerância como *aceitação*, ou mesmo *reconhecimento positivo*, quando não integrativo, poderá encaminhar-se a reflexão para

<sup>427</sup> «La «structure-tolérance» est d’abord un concept juridique-politique». – Yves Charles ZARCA, *Difficile Tolérance*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 30.

<sup>428</sup> Sobre estes dois *estratos*, *vide idem*, p. 33-50. Sobre a demarcação face a TAYLOR e a Rawls, *vide idem*, sobretudo p. 41-50 e 85-96, respectivamente.

a possibilidade – *rectius*, para as *condições de possibilidade (transcendentais)* da exigência de tolerância e respectiva projecção jurídica.

Tudo o que exigirá, também desde já, um posicionamento possibilitante da discussão subsequente.

### **3.2. O sentido de juridicidade pressuposto na decorrente interrogação da (im)possibilidade da projecção jurídica da categoria tolerância – diálogo com a perspectivação *jurisprudencialista* de CASTANHEIRA NEVES: projecções de um sentido materialmente autónomo de juridicidade em contexto pluralista**

A *projecção jurídica da tolerância* manifestar-se-á quer na reflexão teórica acerca dos respectivos *pertinência* e *fundamento* enquanto virtude (*tolerance*), quer, decorrentemente, na decisão pela respectiva manifestação efectiva enquanto *prática de tolerância (toleration)*, mormente nas programações *políticas* retratadas nas actuações práticas que a convivência entre *diferentes* exige. Impor-se-á, portanto, uma reflexão axiológica acerca do *fundamento* da tolerância<sup>429</sup> – não esquecendo, todavia, que esta poderá assumir-se pelas mais nefastas razões, ainda que com os mais nobres objectivos... –, não podendo sem tal substrato afirmar-se uma normatividade materialmente sustentada. E exigindo, *afinal*, se da consideração do problema da admissibilidade da assimilação da categoria tolerância e do(s) respectivo(s) sentido(s) se trata, no limite, uma reflexão acerca do sentido da juridicidade em que se projecte e do papel que aí deva desempenhar<sup>430</sup>. O que nos seguintes capítulos se procurará, afinal,

<sup>429</sup>A questão colocar-se-á com extrema acuidade na medida em que uma juridificação da tolerância possa espelhar a *redução* do *núcleo comum* de valoração prática. Veja-se a afirmação de Antoine GARAPON: «What prevents religious tolerance from serving as a reference in our contemporary debates is that it speaks the language of morality and not that of the law, which has become the new grammar of democratic relationships. The juridical rises as common culture declines». – Antoine GARAPON, “*The Law and the New Language of Tolerance*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, *cit.*, p. 71-89, p. 86.

<sup>430</sup>Atente-se, desde já, na pergunta de Paulo MOTA PINTO: «Ora, será que a ideia de tolerância tem também uma projecção jurídica, e, mais especificamente jurídico-constitucional?». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 749. E bem assim – ainda que não completamente no sentido que os desenvolvimentos *infra* apresentados irão seguir – o início da resposta: «Um breve relance de olhos pelos fundamentos da nossa ordem constitucional e pelo seu catálogo de direitos fundamentais, bem como pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais (designadamente alemãs), logo mostram que se impõe uma resposta positiva à questão formulada – apesar



traçar, *entre os discursos*, definindo as aqui selectivamente assumidas linhas específicas daquele primeiro, enquanto *condição de possibilidade*, ele próprio, de uma consequente (re)construção *normativamente substancial* deste segundo.

Os actuais problemas decorrentes do pluralismo cultural e civilizacional, com o subjacente permanentemente estabelecido *diálogo* – ou, deverá talvez dizer-se, *confronto* – *intercivilizacional e intercomunitário*<sup>431</sup>, não poderá pacificar-se senão sob a égide do respeito pela *diferença*. Mas não num sentido meramente *formal*, podendo degenerar em *indiferença* ou mesmo em *alheamento*. Cumpre antes assumir esse respeito mútuo enquanto *reconhecimento*<sup>432</sup>, percorrendo a distância do *eu* ao *outro* e na mediação dessa distância buscar elementos materialmente congregantes que permitam estabelecer um diálogo material e efectivo. Será possível esse diálogo sem sobreposições, hierarquias, hegemonias? Para esta questão, para já, a resposta só poderá construir-se a partir do diálogo<sup>433</sup>... Não concebendo a vinculação social e jurídica nem por via estritamente contratual nem por imposição de qualquer entidade heterónoma, mas aceitando a construção de uma *comunidade complexa* – talvez mesmo uma *comunidade de comunidades* –, que congregue *diferenças* e crie a sua *identidade* a partir delas<sup>434</sup>... Sem esquecer, todavia, que o que está aqui em causa é a construção da

---

do referido “imperativo de tolerância” (*Toleranzgebot*) carecer também de ser precisado, no seu sentido, alcance e limites». – *Idem*, p. 750.

<sup>431</sup>Sobre o sentido deste *confronto*, enquanto *confronto de identidades (culturais)*, vide Gad BARZILAI: «Identities have been subjected to conflicts between state and communities, and among communities (...). The term “community” is preferred over “group” since the latter notion veils that when people are being bonded by collective identities they are significantly embedded in these identities and construct a communal culture». – Gad BARZILAI, “*Cultural Identities*”, *cit.*, p. 4.

<sup>432</sup>Vide, acerca do *reconhecimento*, enquanto fundamento da *dignidade ética da pessoa*, entroncando na linha de HEGEL, ainda que criticamente, entre outros, Hannah ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, citado na tradução portuguesa *A condição humana*, tradução de Roberto RAPOSO, Relógio d’Água, Lisboa, 2001; Emmanuel LÉVINAS, *Totalité et infini. Essai sur l’extériorité*, Martinus Nijhoff, La Haye (1961), 1971, e *Entre nous...*, *cit.*; Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung...*, *cit.*; Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, *cit.*; Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, erweiterter Ausgabe, 2003, e ainda António CASTANHEIRA NEVES, entre outros textos, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*”, in R. M. MOURA RAMOS, C. FERREIRA DE ALMEIDA, A. MARQUES DOS SANTOS, P. PAIS DE VASCONCELOS, L. LIMA PINHEIRO, M. Helena BRITO, D. MOURA VICENTE (Org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, vol. II, 2002, p. 837-871 (versão citada) (também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 9-41), p. 864-866, e “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, 9-43 (versão citada), especialmente p. 32 ss. (também in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 129-158). Vide *infra*, Parte II, 5..

<sup>433</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo...*, *cit.*, p. 401 ss..

<sup>434</sup>Exemplos de outras propostas *comunitaristas*, assentes numa construção comunitária politizada, são: a proposta de uma *ética de alteridade*, do *Critical Legal Scholar* Duncan KENNEDY – vide Duncan KENNEDY, “*Form and Substance in Private Law Adjudication*”, in *Harvard Law Review*, vol. 89,

juridicidade, e que um dos mais iminentes perigos das vertentes *comunitaristas* consiste precisamente em transformar o direito num discurso ético-político de consideração de *diferenças* com tendência a perder de vista a dimensão normativa, nas implicadas significações de *princípio*, mas também de *critério-medida*... O que determina a necessidade, a urgência mesmo, de reflexão, mesmo que sita na confluência de múltiplos *discursos* – ideológicos, políticos, económicos, tecnológicos... –, se desses discursos *externos* conteúdos houver a mobilizar para uma reflexão *interna*, *crítica*, *autocrítica*, do direito acerca de si próprio, mas sem se deixar dissolver neles. O direito só será resposta para o nosso tempo se o pensamento jurídico puder reflectir *metanormativamente* a *aceleração centrífuga* da prática, com uma relativa distância<sup>435</sup> –, logo, necessariamente em *ritmo* mais lento do que o daquela prática, a fim de, *normativamente*, poder projectar-se nela como factor de racionalização da intersubjectividade<sup>436</sup>. E só será verdadeiramente *projecto humano* se o homem se reconhecer nele, a si e aos outros, na sua *finitude*, mas também na sua *dignidade*...

---

1976, p. 1685-1778, p. 1717 ss. –, ou mesmo de Jack BALKIN – vide Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, *cit.*, p. 1164-1167, e também José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade...*, *cit.*, p. 679 ss., 714-715, e José Manuel AROSO LINHARES, “*O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos...*”, *cit.*, p. 130-131) –, ou ainda a construção de uma *responsive society*, sugerida por Amitai ETZIONI – vide Amitai ETZIONI, “*Liberals and Communitarians*”, in *Partisan Review*, 1990, 57 (2), p. 215-227, e in *A Responsive Society*, San Francisco, Oxford, 1991, p. 127-152, especialmente p. 146-148. Especificamente sobre a possibilidade e plausibilidade da referência a *comunidade de comunidades*, vide a nossa reflexão in “*Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre JACK BALKIN e CASTANHEIRA NEVES*”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, p. 175-209, essencialmente p. 206-207. Sentido este de que parece aproximar-se Gad BARZILAI, ao problematizar a heterogeneidade de valores numa *comunidade jurídica*: «Community is not essentially a construct of a sole unified social unit that echoes one cultural identity. Communal legal culture has often included intersectional practices that have articulated and constituted various identities. Intersectional identities in communities may have resulted in multifarious and even contradictory legal practices (...). Specific groups within a community may be deprived from their ability to practice their identities». – Gad BARZILAI, “*Cultural Identities*”, *cit.*, p. 5.

<sup>435</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, *cit.*, p. 146-147. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *O direito hoje e com que sentido*, Piaget, Lisboa, 2002 (também in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 43-72); “*O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136.º, 2006, n. 3940, p. 3-31, a ano 136.º, 2006, n.º 3942, p. 122-151, e também in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 199-318 (versão citada); “*Uma reflexão filosófica sobre o direito – ‘o deserto está a crescer...’ ou a recuperação da filosofia do direito?*”, in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 73-100; “*O Problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*”, in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 101-128; “*O direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139.º, n.º 3961, Março-Abril 2010, p. 202-221.

<sup>436</sup>Mário REIS MARQUES, “*O direito: a gestão da urgência ou uma normatividade com um tempo próprio?*”, *cit.*, p. 725-764.

correspondente de um *cimento* substancial-axiologicamente agregador de uma autêntica convivência humana. Assim, contra, por um lado, uma diluição do homem-*pessoa* no seio de uma qualquer *comunidade* política ou eticamente concebida, e, por outro lado, um *individualismo* que renuncie a qualquer vinculação comunitária – situações extremas ambas susceptíveis de conduzir à impossibilidade de aceder ao direito, ainda que ambas mobilizando como instrumento a lei... –, propõe-se agora uma *construção comunitária* que assuma uma específica reflexão acerca da *diferença*, e assente numa *responsabilização individual e comunitária* pelas respectivas condições de *coexistência* e *convivência*. Em suma, não uma *transcendentalização* de um certo sentido de *lei*, que a transforme em inacessível e incompreensível arbitrariedade e que mantenha o homem “às suas portas”<sup>437</sup>, mas antes uma afirmação material de *referentes de sentido* que confira um “verdadeiro acesso” ao direito, para a construção de um *projecto humano* comum... Enfim, uma tentativa de *agregação* na *desagregação* que só pode partir, seja qual for a origem cultural e civilizacional dos *sujeitos dialogantes*, de um material substrato historicamente construído, assente no *reconhecimento* do *outro* na sua *condição humana*<sup>438</sup>...

A proposta de CASTANHEIRA NEVES parte em busca de uma base substancial-axiológica comum que seja, afinal, mobilizável como elemento agregador da *semelhança* no seio da *diferença*, que não um mero estabelecimento de regras de diálogo em que o conteúdo nem fosse problematizado<sup>439</sup>. Assim, afastando esta última solução, que verdadeiramente constituiria uma *não-resposta*, aponta uma direcção, a de encontrar na *matriz religiosa* comum a possibilidade de diálogo<sup>440</sup> – matriz que, análoga

<sup>437</sup>Por referência a Franz KAFKA, “*Vor dem Gesetz*”, *cit.*. Vide o nosso “‘*Às portas da lei*’(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do Homem perante o Direito”, Porto, 2007, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 133-154, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/viewFile/996/817>.

<sup>438</sup>Vide José Manuel AROSO LINHARES, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Instituto da Conferência, Porto, 2007, especialmente p. 57-66, e José Manuel AROSO LINHARES, “*A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o ‘testemunho’ crítico de um ‘diferendo’?*”, in *Revista Lusófona de Humanidade e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 101-120, p. 114-120.

<sup>439</sup>«(...) há que reconhecer que a argumentação só será concludente em referência a um comum pressuponente e fundamentante para além dela (...), pois de contrário não se ultrapassa o nível procedimental que apenas pode conduzir, quando conduz, a posições contingentes e precárias, a que outras continuamente se seguirão no contínuo infinito do procedimento sem mais». – António CASTANHEIRA NEVES, “*O Problema da universalidade do direito...*”, *cit.*, p. 126.

<sup>440</sup>«Ora, há um comum invocável e um entendimento viável entre as civilizações culturais divergentes que considerámos quanto ao direito – a nossa civilização greco-romana, cristã e europeia, e a civilização muçulmana? Creio que sim, embora não estejamos numa evidência necessária, mas também

e exemplarmente, diz LÉVINAS, na sua proposta no plano ético, Sinai<sup>441</sup> ... E que em CASTANHEIRA NEVES se abre como possibilidade de diálogo sobre o próprio conteúdo do direito, reconhecendo ao sentido deste último, por esta via, e em último termo, um *constituens* religioso, posteriormente secularizado no nosso hemisfério cultural, e não noutros, mas passível de servir de plataforma comum a um *reconhecimento recíproco*<sup>442</sup>. Possibilidade esta que, postulando assim uma tal base substancial-

---

não perante um impossível por absurdo. Nada mais nada menos do que um fundo religioso de comum invocação, que permitirá uma convergência naquilo mesmo que é imediatamente diverso e nos legitima a ver na história, a história da *res gesta* que não decerto das *rei gestarum*, o *novum*, o grande superador em que há que pôr a esperança». – *Idem*, p. 127.

<sup>441</sup>«(...) un lieu qui serait *commun* à «notre spiritualité judéo-chrétienne». Ce lieu, le nommerons-nous Sinai (...).» – Jacques DERRIDA, “*Le mot d’accueil*”, in Jacques DERRIDA, *Adieu à Emmanuel Lévinas*, Galilée, Paris, 1997, p. 37-212, p. 115, remetendo para Emmanuel LEVINAS, sobretudo «*La Trace*», in Emmanuel LEVINAS, *Humanisme de l’autre homme*, Fata Morgana, Montpellier, 1972, p. 63, mas também Emmanuel LEVINAS, *À l’heure des nations*, Minuit, Paris, 1988. E, explicitando o aqui convocado sentido de *Sinai*: «Mais Sinai, aujourd’hui, c’est aussi, toujours quant à l’histoire singulière d’Israël, un nom de la modernité. Sinai, le Sinai: métonymie pour la frontière entre Israël et les autres nations, un front et une frontière entre guerre et paix, une provocation à penser le passage entre l’éthique, le messianique, l’eschatologique et le politique, à un moment de l’histoire de l’humanité et de l’État-Nation où la persécution de tous ces otages que sont l’étranger, l’immigré – avec ou sans papiers –, l’exilé, le réfugié, le sans-patrie, le sans-État, la personne ou la population déplacée (autant de notions à distinguer prudemment) semble, sur tous les continents, exposée à une cruauté sans précédent». – Jacques DERRIDA, “*Le mot d’accueil*”, *cit.*, p. 117-118. «(...) Lévinas oriente son interprétation vers l’équivalence de *trois concepts* – *fraternité, humanité, hospitalité* – qui déterminent une expérience de la Thora et des temps messianiques *avant même* ou hors du Sinai (...).» – *Idem*, p. 121. DERRIDA, alargando a base de referência, remete à *hospitalidade de Abraão*, albergando assim ainda a referência ao Islão: «Nous parlions à l’instant, citant Lévinas, d’une «spiritualité judéo-chrétienne». Il faudra bien un jour, d’abord pour y rappeler et entendre l’Islam, sinterroger patiemment sur bien des affinités, analogies, synonymes et homonymes, qu’elles répondent à des croisements de rencontre, parfois à l’insu des auteurs. (...) Hérité de Huysmans – que Lévinas évoque d’ailleurs très tôt, dès *De l’existence...*, «entre 1940 et 1945» – et à travers la tradition d’une certaine mystique chrétienne (Bloy, Foucauld, Claudel, auteur de *L’otage*, etc.) à laquelle Massignon reste fidèle, le mot-concept de «substitution» inspire à ce dernier toute une pensée de «l’hospitalité sacrée», une référence fondatrice à l’hospitalité d’Abraham (...).» – *Idem*, p. 128, citando Louis MASSIGNON, *L’hospitalité sacrée*, Nouvelle Cité, Paris, 1987.

<sup>442</sup>«(...) ao sentido do direito, tal como o compreendemos enquanto dimensão da nossa civilização, se reconhecerá (...) um *constituens* religioso, a que se acrescentou decerto uma reconstituição secularizada, sem todavia se poder ignorar que é isso mesmo, uma secularização dum sentido anterior e de outro nível (...). E então este nosso direito poderá ser entendido mesmo por aqueles que o não reconhecem, mas compreendem como capital a dimensão religiosa enquanto um outro horizonte de convocação em que encontra fundamento último o sentido de tudo, e que, por isso ou por aquelas dimensões constitutivas, ainda que muitas vezes esquecidas, não verão nele uma apenas expressão sacrílega que terá, totalmente e por todos os meios, de repudiar-se.

Só que esse possível verdadeiro encontro não será já para hoje. Mas a história também não termina hoje – ainda que não pareça esse fim também uma hipótese inteiramente excluível – e esperamos que na história a vir caminhemos, corajosos mas sem morte, ao encontro uns dos outros, e as civilizações entre si também». – António CASTANHEIRA NEVES, “*O problema da universalidade do direito...*”, *cit.*, p. 127-128. No mesmo sentido, secundando a perspetivação da pessoa em CASTANHEIRA NEVES, vide João LOUREIRO, “*Pessoa, dignidade e cristianismo*”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves...*, *cit.*, Volume I – *Filosofia, Teoria e Metodologia*, *cit.*, p. 669-723, especialmente p. 675-704. No sentido de que tal secularização é uma construção forçada, e recuperando,

-axiológica comum, como elemento agregador na *pluralidade*, aponta como direcção a oportunidade de diálogo – por referência às experiências greco-romana, cristã e europeia, por um lado, e muçulmana, por outro<sup>443</sup>.

Tudo o que remeterá, afinal, digamos, mais remotamente, à religião judaica, tudo reconduzindo originariamente a ABRAÃO – como confluência para uma *base teológica* como alicerce para o *respeito pela diferença*, para que também aponta, exemplarmente, Jonathan SACKS<sup>444</sup>, postulando, muito para além da *tolerância* – designadamente no respectivo sentido *moderno* –, na *dignidade da diferença* a possibilidade de convivência pacífica da humanidade, assente num dispositivo mais amplo do que a mera vinculação contratual, e, assim, numa verdadeira *aliança*<sup>445</sup>, partindo do respectivo sentido bíblico – uma *aliança de esperança* («*a covenant of hope*»)<sup>446</sup>. Opção esta a partir da qual talvez se torne possível uma progressiva substancialização do *reconhecimento* – com aquela base e, sobretudo, para lá dela, em

---

assim, as fundações judaico-cristãs do direito e do Estado, *vide* Jónatas MACHADO, *Estado Constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

<sup>443</sup>*Vide* António CASTANHEIRA NEVES, “O Problema da universalidade do direito...”, *cit.*, p. 127. No mesmo sentido, *vide* João GOUVEIA MONTEIRO, “A volta das ‘três religiões do livro’”, in Anselmo BORGES/João GOUVEIA MONTEIRO (Coord.), *As três religiões do livro*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 17-22.«(...) se a religiões não são o Absoluto, embora referidas a ele – deste modo se supera o relativismo, pois do que se trata é de perspectivismo: as diferentes religiões são perspectivas sobre e vivências do Absoluto (...).

Não se trata, portanto, de mera tolerância, que supõe ainda uma superioridade de quem tolera o outro considerado inferior». – Anselmo BORGES, *Religião e diálogo inter-religioso*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 108-109. Sentido este também já expresso por Anselmo BORGES, buscando na compreensão da religião como relação com o Absoluto e na base comum fundante da divindade no seio das religiões monoteístas abraâmicas, a possibilidade de diálogo inter-religioso, e expressamente acentuando a relatividade do *saber* e da *verdade*, remetendo a uma “tolerância positiva” que supere a “tolerância passiva”, in “*Secularização e tolerância*”, in *Revista de História das Ideias*, 2004, p. 129-146, especialmente p. 143-146. «No diálogo inter-religioso, não se trata, portanto, de mera tolerância religiosa, que pressupõe ainda uma superioridade de quem tolera o outro considerado inferior. É o próprio Mistério infinito que exige o diálogo para que os crentes se enriqueçam mutuamente num sempre a caminho do Mistério que se revela e ao mesmo tempo se oculta, e do qual o ser humano não pode apoderar-se nem dominar». – Anselmo BORGES, “*Desafios à Humanidade e ao Cristianismo*”, *cit.*, p. 14.

<sup>444</sup>«What makes Judaism significant in a global context is that it was the world’s first monotheism, giving rise to its own faith but also to the environment from which Christianity and Islam both emerged. Jews, Christians and Muslims disagree on many things, but they also agree on some, not least in tracing their descent, spiritual or biological, from Abraham. My argument has therefore been that by going back to the roots of biblical monotheism we may find, to our surprise, a theological basis for respect for difference, based not on relativism but on the concept of covenant». – Jonathan SACKS, *The Dignity of Difference...*, *cit.*, p. viii («*Preface to the Second Edition*», p. vii-viii).

<sup>445</sup>«(...) the concept of *covenant*. Initially a form of treaty between neighbouring powers in the ancient Near East, it became, in the Hebrew Bible, a – even the – central form of relationship, laden with religious and moral significance». – *Idem*, p. 202. «What makes covenant a concept for our time is that it affirms the dignity of difference». – *Idem*, p. 203.

<sup>446</sup>«A return to the seventeenth-century concept of toleration is not enough». – *Idem*, p. 200. «There is nothing relativist about the idea of the dignity of difference». – *Ibidem*.

referentes culturais especificamente *experimentados*. Apelando assim a uma *conformação cultural-substancialmente especificante* da *humanidade* que, por exemplo, a *intersubjectividade* subjacente a(os) *cosmopolitismo(s)*, na busca de um *mínimo comum de subjectividade universalizável*, não poderá contemplar<sup>447</sup>. Matriz religiosa aquela que, abrindo-se como possibilidade de diálogo sobre o próprio *conteúdo* do direito, como postula CASTANHEIRA NEVES, traduzirá também, respectivamente, a progressiva secularização no nosso hemisfério cultural. Assim, na busca de um conteúdo materialmente *autónomo* para o direito, partindo da sua secularização moderna e de uma sua progressiva autonomização-densificação material, afirma CASTANHEIRA NEVES que uma raiz religiosa remota não terá necessariamente de fazer perigar essa *autonomia*, antes parecendo pretender demonstrar que os vários conteúdos normativos de regulação social – da religião à ética – tocam, ao nível dos últimos fundamentos, o conteúdo do direito<sup>448</sup>.

Postula-se, assim, a partir de tais referências, um efectivo diálogo, portanto, não uma *conquista cultural* – convocando agora a expressão de Boaventura de SOUSA SANTOS<sup>449</sup>. Ou, de outro modo, convocando Orlando de CARVALHO: «(...) a experiência dos povos ocidentais ensina-nos que a Pessoa acede pelo conhecimento e pelo amor ao Ser que a transcende, que é resistência onde a pura matéria é irresistência, que, numa breve palavra, é «*o ser humano vivo que, pela sua estrutura físico-psíquica e pela sua capacidade de conhecimento e de amor, é o único verdadeiro centro de decisão e de imputação, de liberdade e de responsabilidade, na natureza e na história, assumindo-se*

<sup>447</sup>«This is not the cosmopolitanism of those who belong nowhere, but the deep human understanding that passes between people who, knowing how important their attachments are to them, understand how deeply someone else's different attachments matter to them also». – *Idem*, p. 201-202. Destacamos igualmente como exemplares as dúvidas deixadas por Danilo ZOLO quanto ao *cosmopolitismo jurídico*, num quadro internacional de *governance without government*, quer já em *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, 1995, Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 1995, *in fine*, p. 191-194, quer em *I Signori della Pace. Una Critica del Globalismo Giuridico*, Roma, 1998, p. 133-147, especialmente p. 134, na crítica específica à leitura *cosmopolita* de KANT: «(...) sostengo che manca una filosofia del diritto internazionale che sia capace di contrastare l'egemonia della tradizione di pensiero che risale all'etica metafisica de Kant e alle interpretazioni in senso cosmopolitico di *Zum ewigen Frieden*».

<sup>448</sup>António CASTANHEIRA NEVES, “O problema da universalidade do direito...”, *cit.*, p. 127-128; António CASTANHEIRA NEVES, *Pensar o direito num tempo de perplexidade*, *cit.*, p. 25-28.

<sup>449</sup>«Tendo em mente que o fechamento cultural é uma estratégia autodestrutiva, não vejo outra saída senão elevar as exigências do diálogo intercultural até um nível suficientemente alto para minimizar a possibilidade de conquista cultural, mas não tão alto que destrua a própria possibilidade do diálogo (caso em que se reverteria ao fechamento cultural e, a partir deste, à conquista cultural)». – Boaventura de SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo...*, *cit.*, p. 425.

como um projecto autónomo e transformante de si mesmo e do mundo»<sup>450</sup>. Com uma dignidade que é *tarefa permanente* («A dignidade da Pessoa é uma tarefa permanente»), também do direito<sup>451</sup>.

No incontáveis vezes enunciado diagnóstico de *crise* do hodierno contexto cultural humano, insusceptível de enunciação no singular, modela-se uma *pluralidade*, *rectius*, *pluralismo*, e mesmo *relativismo*, radicais, a já outras tantas vezes confirmada ausência de referentes materialmente agregadores da intersubjectividade humana, e os concomitantemente inúmeros problemas acarretados para a *praxis*. E isto se e na medida em que possam *ainda* ser tomados por efectivos problemas: a prática tem demonstrado que a redução do domínio da valoração material – tantas vezes mesmo moral... – e o constante alargamento do campo dos direitos e liberdades individuais se instalou hoje já claramente como *paradigma* nas relações intersubjectivas, numa teia crescentemente complexa de opções e sentidos susceptíveis de coexistência pacífica enquanto procedimentalmente compossibilitados num grau formal mínimo de delimitação. Comprometendo a possibilidade de intervenção materialmente positiva da disciplina jurídica, progressivamente remetida a uma *desontologização*, enquanto enquadramento formal-procedimental – *reductor da complexidade* – de conteúdos *alheios* – de distintos *subsistemas sociais*, para o dizer com LUHMANN –, reduzida a *discurso* ordenador materialmente neutro<sup>452</sup>. Com o que o direito haveria de demitir-se, em último termo, de

<sup>450</sup>Orlando de CARVALHO, “*Para uma teoria da pessoa humana...*”, *cit.*, p. 534-535. Vide *ibidem*, n. 25, remetendo, quanto à noção em texto citada, para a arguição da tese de CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995.

<sup>451</sup>«A dignidade da Pessoa é uma tarefa permanente». – ORLANDO DE CARVALHO, “*Para uma teoria da pessoa humana...*”, *cit.*, p. 544, n. 78. «(...) o direito da Pessoa é um direito peremptório, derivando da *dignitas humana*, que, no domínio das coisas criadas, é uma dignidade infinita. Não precisa de leis, não precisa de *rerum natura*, para se impor. O que não repristina nenhum direito natural, porque constitui um feixe de princípios axiológicos, de princípios cogentes do sistema jurídico, sem os quais este é radicalmente absurdo. (...)

Não são os direitos fundamentais que se têm de tomar a sério. É o ser humano, é a Pessoa, que se tem de tomar a sério». – *Idem*, p. 544-545. Note-se que a classificação “direito peremptório” surge aqui em sentido kantiano, por oposição a “direito provisório”. – *Vide idem*, p. 544, n. 73.

<sup>452</sup>Neste sentido, vide Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, citado na tradução inglesa *Social Systems*, tradução de John BEDNARZ, Jr., Dirk BAECKER, Stanford University Press, Stanford, 1995, p. 176-209; “*L’unité du système juridique*” (“*Die Einheit des Rechtssystems*”), in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, p. 163-188; “*Le droit comme système social*”, in *Droit et Société*, n.º 11-12, 1989, 53-66; *Das Recht der Gesellschaft*, *cit.*, 8. VII, p. 6-31, 38 ss., 195-204, 550 ss.; José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (B)*: “*O sistema jurídico como um ‘fim em si mesmo’ ou as ‘muralhas da indiferença’ da galáxia auto*”, *cit.*. Vide ainda Gunther TEUBNER, *Recht als Autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, citado na tradução portuguesa *O Direito como Sistema Autopoietico*, tradução de José Engrácia ANTUNES, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; Gunther TEUBNER, “*Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*”,

compromissos e valorações axiológicas susceptíveis de influir na orientação subjectiva. Sendo os sujeitos apenas configuráveis, nesta contextualização, como *indivíduos*, solipsisticamente ensimesmados nas suas células individualizadas de circunspecção, seja ela axiológica, e talvez mesmo moral ou religiosa, seja já social, económica, tecnológica, ou outra, mas seguramente, sempre, neste segundo sentido, finalisticamente delineada. Tendência esta convivente com outras, algumas causas daquela, como é o caso de orientações de heterodeterminação do direito – política, económica, tecnológico-social... Ponto – de *neomaterialização* do direito, com os vários *funcionalismos jurídicos materiais*, para o dizermos com CASTANHEIRA NEVES – em que a autonomia do direito ou não interessa, pura e simplesmente – inserindo-se o direito como instrumento e/ou como discurso de regulamentação entre outros igualmente possíveis (porém talvez não tão eficientes...) – ou resulta inevitavelmente de uma *neoformalização*, agora com um *funcionalismo jurídico formal* – tal como o considerado em LUHMANN<sup>453</sup>. Naquela primeira alternativa teremos conteúdos variados que o direito instrumentalmente assume em função de fins heteronomamente definidos, na segunda uma ausência de conteúdo em que o direito assume a função de estabilização face a outros subsistemas sociais, sem que se instrumentalize aos fins que estes prosseguem. O direito como conteúdo heteronomamente determinando, na primeira possibilidade – e portanto ausência de autonomia – e o direito como determinação formalmente autónoma, na segunda – e assim ausência de conteúdo... Ausência de autonomia essa que se manterá em orientações outras, porém, de construção materialmente cultural do direito. Assim, projectando o direito *como* cultura e a cultura *como* direito («*law as culture and culture as law*»), numa análise

---

in *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, vol. LXVIII/1, 1982, p. 13-59. Vide também Gunther TEUBNER, “*Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*”, in Richard RAWLINGS (Ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press, Oxford 1997, 149-176, citado na versão francesa “*Altera Pars Audiatur: Le Droit dans la Collision des Discours*”, in *Droit et Société*, n.º 35, 1997, p. 99-123; “*The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*”, in Kaarlo TUORI, Zenon BANKOWSKI, Jyrki UUSITALO (Ed.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1997, p. 119-140 (inicialmente publicado in *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443-1462). Destacamos, no quadro de uma viragem para um *direito social*, correspondente ao Estado-Providência, a crítica material directamente dirigida ao formalismo da construção luhmannina da Teoria do Direito como autopoética, cuja expressão exemplarmente encontramos em François EWALD, “*Le droit du droit*”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, 1986, p. 245-259.

<sup>453</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, in *Teoria do Direito...*, cit., p. 127-191 (p. 70-106, na versão A4).



*interdisciplinar*<sup>454</sup>, em dialéctica articulação prática<sup>455</sup>, demonstrada na recíproca construção e reconstrução semiótica, espelham-se experiências essencialmente incidíveis e interpenetrantes<sup>456</sup>, numa relação que implicará, no dizer de Naomi MEZEY, ausência de *autonomia* e de *auto-referencialidade* no direito<sup>457</sup>, porém não já indiferenciação entre cultura e direito<sup>458</sup>. As diversas articulações da consideração do direito *como* cultura – (1) o direito a determinar a cultura, (2) a cultura a determinar o direito, ou (3) o direito e a cultura em recíproca dialéctica – corporizariam, para Naomi MEZEY, perspetivações possíveis da relação entre cultura e direito, todas elas com elementos comuns entre si<sup>459</sup>. Propondo uma *interpretação cultural* do direito – inspirada em GEERTZ<sup>460</sup> – a partir da terceira possibilidade de perspetivação<sup>461</sup>, designando por «*slippage*» o *deslizamento* entre a produção de sentidos jurídicos e a sua

---

<sup>454</sup>Naomi MEZEY, “*Law as Culture*”, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 13, p. 35-67 (republicado em 2010 in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. Paper 317; disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1310&context=facpub> (acedido em 25/10/2010)), p. 35-36. «Law is simply one of the signifying practices that constitute culture and, despite its best efforts, it cannot be divorced from culture. Nor, for that matter, can culture be divorced from law». – *Idem*, p. 46.

<sup>455</sup>«(...) if one were to talk about the relationship between culture and law, it would certainly be right to say that it is always dynamic, interactive, and dialectical – law is both a producer of culture and an object of culture». – *Idem*, p. 46.

<sup>456</sup>«Law participates in the production of meanings within the shared semiotic system of a culture, but it is also a product of that culture and the practices that reproduce it». – *Idem*, p. 47.

<sup>457</sup>«A constitutive theory of law rejects law's claim to autonomy and its tendency toward self-referentiality. (...) Whether called constitutive theory or legal consciousness, this understanding of the mutual constructedness of local cultural practices and larger legal institutions provides a way of thinking about law as culture and culture as law. ». – *Idem*, p. 47.

<sup>458</sup>«While I agree that law and culture do not exist independently of each other, I disagree that their necessary interconnections make them indistinguishable from one another. (...)». – *Idem*, p. 47, referindo-se a Robert GORDON, *Critical Legal Histories*, in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 57 ss., p. 108.

<sup>459</sup>«Law as culture might be understood in a number of different ways. I want to suggest three possibilities. First, one might analyze the relationship between law and culture by articulating the unspoken power of law in the realm of culture. Second, one might think about the relationship by emphasizing the enduring power of culture over legal institutions and decision-making. Lastly, one might reject the distinctions suggested by a “relationship” between the two and seek to synthesize law and culture, by pointing to the ways in which they are one and the same. None of these understandings is wrong, and many of the examples that I give of each one could be recharacterized as belonging to the other two. Yet even though the distinctions are fragile, they enable us to appreciate what law as culture can mean». – Naomi MEZEY, “*Law as Culture*”, *cit.*, p. 48.

<sup>460</sup>*Idem*, p. 60-61, citando Clifford GEERTZ, *The Interpretation of Cultures* (Basic Books, New York, 1973), 2000, p. 3, 6-7.

<sup>461</sup>«I suggest a cultural interpretation of law that incorporates the third, synthetic view of law as culture elaborated above, and that is sympathetic to semiotic and ethnographic approaches». – Naomi MEZEY, “*Law as Culture*”, *cit.*, p. 58.

recepção cultural<sup>462</sup>. E a interdisciplinaridade a permitir ao contexto cultural relevância específica na interpretação do direito<sup>463</sup>.

O *problema do direito* hoje<sup>464</sup>, porém, implica, em nosso entender, distintamente, compreender a possibilidade de, como pretende o *Jurisprudencialismo*, concretamente a proposta de CASTANHEIRA NEVES, conferir ao direito uma *matriz fundamentante materialmente autónoma*, uma base comunitária e civilizacional, e, assim, culturalmente marcada, que o leve pressuposto como *possibilidade de resposta* a um *problema necessário*, o da *convivência humana no mundo* – que de imediato implica uma *condição ética* como pressuposto fundamentante –, afirmando substancialmente um sentido, um fundamento e um conteúdo específico materialmente autónomo de outras dimensões culturalmente normativas<sup>465</sup>. Partindo desta perspectivação *jurisprudencialista*, a conferência ao direito de um sentido autónomo exigirá uma valoração materialmente crítica das respectivas práticas, à luz de uma compreensão dos seus *fundamentos materiais*. Cujas assimilação haveremos agora ainda de conjugar com uma densificação material de um *princípio da tradução* – aqui compreendido na sequência do entendimento da respectiva projecção *ética* que lhe é conferida por de James BOYD WHITE<sup>466</sup>, e, assim, não um mero estabelecimento de

<sup>462</sup> «In the slippage between a law's aims and effects, you often see this collision of cultural and legal meanings. (...) Slippage is the term I give to the inconsistencies between the production of legal meaning and its cultural reception». – *Idem*, p. 58.

<sup>463</sup> *Idem*, p. 61-62.

<sup>464</sup> Vide António CASTANHEIRA NEVES, *O direito hoje e com que sentido?*, cit., p. 9-21.

<sup>465</sup> «(...) o direito é só uma resposta *possível* para um problema *necessário* – e daí as suas alternativas. Isto, porque o direito apenas surgirá, enquanto tal, se se verificarem certas condições e essas condições – ou algumas delas – não são de verificação necessária». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...*”, cit., p. 839. Vide A. CASTANHEIRA NEVES, *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, Coimbra/Lisboa, 1985/1986, e A. CASTANHEIRA NEVES, “*Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º, 1997-98, n.º 3883, p. 290-300, e n.º 3884, p. 322-329, e ano 131.º, 1998-99, n.º 3886, p. 8-14, também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, p. 1-44, e in *Digesta...*, vol. III, cit., p. 161-198. E, para uma síntese do sentido do pensamento jurisprudencialista, vide agora António CASTANHEIRA NEVES, “*O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito*”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, cit., p. 9-79.

<sup>466</sup> Veja-se a noção de *tradução* nas palavras do autor: «Translation as I am now defining it is thus the art of facing the impossible, of confronting unbridgeable discontinuities between texts, between languages, and between people. As such it has an ethical as well as an intellectual dimension. It recognizes the other – the composer of the original text – as a center of meaning apart from oneself. It requires one to discover both the value of the other’s language and the limits of one’s own. Good translation thus proceeds not by the motives of dominance or acquisition, but by respect». – James BOYD

condições formais de *diálogo* –, visando alcançar não uma compossibilitação formal-procedimental de procedimentos diversos com pressupostos contraditórios, mas uma assimilação substancialmente atingida à luz do princípio do respeito e da cooperação mútuas. Postulando-se agora como resposta quer às tentativas de universalização radical quer às antagónicas asserções de particularização radical.

O direito não se basta, assim, com ser a “gestão de uma urgência”<sup>467</sup> ... E nunca alcançará respostas cimentantes e duradouras se não procurar fundá-las – e aqui cumpre dizê-lo de novo com CASTANHEIRA NEVES – numa valoração *autónoma* que o transforme em dimensão específica irrenunciável da prática humana, e a mobilizar como referente essencial uma *autotranscendência de sentido* – ou mesmo *transcendentalidade prático-cultural* – que lhe permita responder, com o *movimento* adequado, à *velocidade* da prática<sup>468</sup>. Identificando os valores-*projectos* comunitariamente assumidos como

---

WHITE, *Justice as Translation*, University of Chicago Press, Chicago, London, 1990, p. 257 (12. «*Justice as Translation*», p. 257-269).

<sup>467</sup>Mário REIS MARQUES, “*O direito: a gestão da urgência ou uma normatividade com um tempo próprio?*”, *cit.*, p. 764, referindo-se a François OST, *O tempo do direito*, *cit.*, p. 359. Veja-se ainda OST: «Si l’on considère que le droit a vocation à instituer une société dans la confiance plutôt que de la gérer dans l’urgence, reste alors à s’interroger sur la forme temporelle qu’il devrait revêtir pour relever ce défi». – François Ost, “*L’accélération du temps juridique*”, in Philippe GERARD, Michel van de KERCHOVE, François OST (Ed.), *L’accélération du temps juridique*, Facultés Universitaires San Louis, Bruxelles 2000, p. 7-14, p. 13.

<sup>468</sup>Acentuamos aqui as palavras, essenciais, de CASTANHEIRA NEVES: «(...) também contra o radical positivismo, em que paradoxalmente o direito valeria sem validade, se terá de negar que seja ele, se um sentido específico continuar a ter, tão-só o resultado prescritivo de uma *voluntas* simplesmente orientada por finalismos de oportunidade ou mera expressão da contingência e dos desvinculados compromissos político-sociais. Antes terá de referir-se a uma auto-transcendência axiológico-normativa de transcendentalidade prático-cultural em que reconheça os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de constituição. Auto-transcendência de que assim o homem é responsável, mas sem que esteja no seu arbítrio, numa transcensão que a prática experiência histórica solicita e justifica – e como que numa histórica, histórico-cultural, aprendizagem de humanidade». – António CASTANHEIRA NEVES, “*O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*”, *cit.*, p. 11. «(...) a prática humano-cultural e de comunicativa coexistência, com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido (...), refere sempre nessa sua intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios que pertencem tanto ao *ethos* fundamental como ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época (...). E que assim, sem se lhes ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, se revelam em pressuposição intencional-problematicamente fundamentante e constitutiva perante as positivities normativas que se exprimam nessa cultura e nessa época – são valores e princípios pressupostos e metapositivos a essa mesma positividade, e assim numa *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentalidade prático-cultural*, de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio». – António CASTANHEIRA NEVES, *Pensar o direito num tempo de perplexidade*, in Augusto SILVA DIAS/João António RAPOSO/João LOPES ALVES/Luís DUARTE D’ALMEIDA/Paulo de SOUSA MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário*, *cit.*, p. 3-28, p. 17-18. Vide também António CASTANHEIRA NEVES, “*Uma reconstrução do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*”, *cit.*, p. 17-19. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, “*Justiça e Direito*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1975, p. 205-269, e

vectores essenciais à intersubjectividade que define a relevância jurídica, enquanto *construções práticas* simultaneamente orientadoras, e, neste sentido, *autotranscendentes*. E, mais do que isso, enquanto *intenções à validade*, em contínua construção e redensificação histórica, *condições de possibilidade* de um projecto de fundamentação axiologicamente normativa de uma *comunidade jurídica*, e, assim, *autotranscendentais*<sup>469</sup>.

Na proposta de CASTANHEIRA NEVES, o conjunto dos padrões culturais vigentes num determinado contexto espaço-temporal, construídos na *autodisponibilidade* comunitária, simultaneamente constituem: por um lado, a construção histórica – a manifestação da irreduzível dimensão de *historicidade constitutiva* que o direito pressupõe –, num primeiro nível, das valorações que, num segundo nível, hão-de manifestar-se juridicamente nos *princípios (normativos)* fundamentais, e, num terceiro nível, da assunção da crucial *aquisição axiológica* do homem como *pessoa*, e da reciprocidade do reconhecimento da *dignidade ética* de cada pessoa<sup>470</sup>; e, por outro lado, o horizonte de referência regulativamente projectante e materialmente densificante da autovinculação normativamente comunitária do direito. Inspiração privilegiada esta por que nos guiaremos, a partir dela assim postulando uma densificação axiológica que não implica o *regresso* a um *jusnaturalismo*, pois que coloca a sua base de sustentação ao nível das valorações socialmente agregadoras histórica e empiricamente construídas,

---

também in *Digesta...*, vol. I, *cit.*, p. 241-286. Sobre este assunto reflectimos também no nosso “*Do historicismo materialista à historicidade da sociedade aberta: poderá o Direito ser reflexo ou instrumento da História?*” (2004), in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, cit., Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, cit.*, p. 515-550.

<sup>469</sup>Vide também, neste sentido, o nosso “*From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)adequacy of the Movement of Law to the Velocity of Praxis*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, Tomo I, 2012, p. 91-103, p. 102-103.

<sup>470</sup>Sobre os três planos da *consciência jurídica geral*, vide António CASTANHEIRA NEVES, “*A Revolução e o Direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, 1975, p. 23-62, 157-186 e 321-416, e ano 36, 1976, p. 5-67, e também in *Digesta...*, vol. I, *cit.*, p. 51-239, p. 208-222; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 2ª Ed., Coimbra, 2006, p. 476 ss.; José Manuel AROSO LINHARES, *Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, Coimbra, 2001-2002, p. 4-9. Vide ainda, quanto ao conceito de *pessoa* como *aquisição axiológica*, entre outras reflexões de CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 71-79 (p. 40-43, na versão A4); e “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...*”, *cit.*, p. 863-871. Vide também, Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito, cit.*, p. 170-196, 480, 490-543, 570-579; José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...*”, *cit.*, p. 59-60, 64, e “*A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o ‘testemunho’ crítico de um ‘diferendo?’*”, *cit.*, p. 117. Vide ainda, como inspiração fundamental nesta construção do sentido de *Pessoa*, João Baptista MACHADO, “*Antropologia, existencialismo e direito*”, Separata da *Revista de Direito e Estudos Sociais*, vol. XIII, n.ºs 1-2, Coimbra, 1965.

e também recusando um estrito *consenso* societário (*overlapping consensus*)<sup>471</sup> ou uma determinação apenas *discursivo-procedimental*<sup>472</sup>, antes vendo naquelas valorações ideais regulativos, e, nessa medida, *autotranscendentais* – autênticas condições de possibilidade, mas na *autodisponibilidade* dos membros de uma comunidade histórico-concreta, portanto nem de pura contingência empírica, pois que se assumem como ideais vinculantes, nem de origem heterónoma, pois que de constituição e reconstituição histórica e humana.

O que aqui pretendemos afirmar quanto à fundamentação do direito é, então, a possibilidade, civilizacionalmente traçada, de identificar os valores-*projectos* comunitariamente assumidos como vectores essenciais à intersubjectividade que define a relevância jurídica – aquela em que algo *inter-est*, que justifica a *relativização* dos sujeitos intervenientes, que não aquela que se reporte às relações de *absoluto*, em que uma definição-*medida* da posição subjectiva relativa, sob a forma de *critério*, não possa objectivamente definir-se. E, assim, como se referiu, enquanto *intenções à validade*, em contínua construção e redensificação histórica, *condições de possibilidade* de pensar um *projecto* comunitário de *humanização do homem*, e, assim, *autotranscendentais*, que não *transcendentais intenções à justiça* que vejam nesta uma *justice demand* nunca completamente alcançável e de contornos *partisan* ideológicos. A *intenção à justiça* irá aqui de certo modo lado a lado com a apontada por Jack BALKIN, partindo embora este de uma *ideia de justiça global*, talvez mesmo *universal* e *intemporal*, que imperfeitamente se vai realizando em cada comunidade histórica. A qual, se compreendida em sentido estrito, diverge essencialmente da concepção *jurisprudencialista* de CASTANHEIRA NEVES, quer pela referência a um *ideal absoluto de justiça* quer pela sua definição como ideal *heterónimo – transcendente* – de fundamentação. E não será também por nós nem como *ideal absoluto* nem como *ideal heterónimo* considerada, antes quanto à *transcendentalidade* que lhe corresponde – de ver nessa *intenção à justiça* um *ideal-projecto* a prosseguir, como horizonte de

---

<sup>471</sup>Considerando aqui o *overlapping consensus* na construção fundamental do liberalismo político de RAWLS: «(...) to see how a well-ordered society can be unified and stable, we introduce another basic idea of political liberalism to go with the idea of a political conception of justice, namely, the idea of an overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrines». – John RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, Expanded Edition, 2005, p. 134. Vide especialmente p. 133-172.

<sup>472</sup>Postulado aqui exemplarmente na proposta de HABERMAS, mormente tal como exposta em Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, cit., IX. «Paradigmen des Rechts», III. «Krise des Rechtsstaats und prozeduralistisches Rechtsverständnis», p. 516-537.

referência essencial à configuração histórica do direito –, sentido em que também a oposição face à percepção de CASTANHEIRA NEVES não será completa, pois que também a *intenção à validade* que o *Jurisprudencialismo* propugna se assume como *condição de possibilidade* – e, por isso, *transcendental*, só que, agora explicitamente *autotranscendental* – da fundamentação, construção e realização prática do direito<sup>473</sup>. Será neste interstício que nos posicionaremos, entre uma possibilidade comunitária de construção de um sentido de direito e de justiça e a actual necessidade de diálogo intra e intercivilizacional e a delimitação do que sejam exactamente o *direito* e a *justiça*. Longe de certo modo da pretensamente também universal *justiça transcendente e transcendental* resultante daquilo que Jack BALKIN como tal designa a partir da sua *desconstrução “transcendental”*<sup>474</sup>, a presumir a por nós não corroborada existência de “*transcendent human values*”<sup>475</sup>. E a que será ainda, e consequentemente, indispensável uma dimensão *narrativa* fundamentadamente constitutiva, concedendo às comunidades em presença uma interconexão dialéctico-dialógica.

Se alguma *autonomia* pode ainda reconhecer-se hoje ao direito, ela residirá na possibilidade de reflectir criticamente a prática, procurando pontos de estabilidade no alucinantemente rápido fluxo dos acontecimentos. Esta será uma autonomia não apenas *formal*, nem também somente *material*, antes uma autonomia *relativa*, crítico-reflexiva, com uma palavra a dizer no conturbado presente e no incerto futuro<sup>476</sup>. Tendo como

<sup>473</sup>Consideremos de novo as palavras de António CASTANHEIRA NEVES«(...) a validade é a manifestação de um sentido normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual: o sentido fundamentante, argumentativamente invocável *pro* ou *contra*, que transcende os pontos de vista individuais de uma qualquer relação intersubjectiva (...) e os transcende pela referência e a assunção de uma unidade ou de um comum de sentido integrante (...). Um sentido normativo, numa palavra, que se imponha como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente os membros da relação». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...*”, *cit.*, p. 868-869.

<sup>474</sup>«If deconstructive practice is to be of any use to the question of justice, it must become a transcendental deconstruction. It must exchange the logic of the infinite for that of the indefinite. It must act in the service of human values that go beyond culture, convention, and law». – Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, *cit.*, p. 1183. Vide ainda Jack BALKIN, “*Deconstructive Practice and Legal Theory*”, in *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, n. 4, p. 743-786. Vide, com outros desenvolvimentos, o nosso *Entre o centro e a periferia...*, *cit.*, Parte II, 3.2.2.3, p. 109-132, especialmente 3.2.2.3.2., p. 128-132; Parte III, 4.3, p. 190-203; e Parte IV, 6.1., p. 249-especialmente p. 263-264, e 6.2., p. 267-277, especialmente p. 273-277.

<sup>475</sup>Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, *cit.*, p. 1149-1154, e n. 58. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos...*”, *cit.*, p. 95-98.

<sup>476</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*”, *cit.*, p. 10-14. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, “*O problema da universalidade do direito...*”, *cit.*, *passim*. Vide também AROSO LINHARES, “*A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito*”: um “*correlato*” da pretensão de autonomia?”, in António

horizonte último, apesar de todas as dimensões particulares em que seja chamado a intervir, o *reconhecimento recíproco* do homem como *Pessoa*. Ainda que a *dignidade humana* seja um significante com tantos significados(-conteúdos) quantas as experiências civilizacionais consideradas – posto que a genérica categoria da *dignidade humana* só fará sentido se substancialmente densificada consoante o contexto<sup>477</sup> –, só o *reconhecimento recíproco* dessa dignidade – compreendido como elemento constitutivo da *subjectividade* e da *intersubjectividade* jurídicas, e da respectiva efectivação – poderá constituir o sustentáculo de um *sentido materialmente autónomo do direito*<sup>478</sup>, o único que, não se demitindo de afirmar uma *validade* (e que não se baste com, teoricamente, afirmar que essa validade será aquela que, em cada comunidade histórico-concreta, for...) – e não esquecendo os contributos de outras dimensões práticas normativamente relevantes –, lhe confere a posição de indispensável instância simultaneamente *reguladora* e *crítica* da *praxis* social...

Este o pressuposto sustentador aqui determinante do sentido a assumir pela juridicidade como horizonte reflexivo. Um *sentido jurídico* e – sobretudo, no que aqui se discute – *do jurídico* assim materialmente construído à luz de uma perspectivação comunitária da *praxis*, autovinculante e autotranscendentalmente concebido, em contínua constituição dialéctico-dialógica. E por referência ao qual procurará aqui aferir-se da relevância jurídica da categoria sobre a qual aqui nos propusemos reflectir – a *tolerância*. E, assim, para lá de uma confrontação *modernidade/pós-modernidade*, por um lado, e *liberalismo/comunitarismo*, por outro – sem todavia, deixar de pressupor ambas estas tensões e de com elas selectivamente dialogar. Como *infra*, de imediato, se constatará.

---

AVELÁS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, cit., p. 391-429, p. 426-427.

<sup>477</sup> «(...) o princípio da dignidade (...) impõe-se como um verdadeiro *prius* axiomático, como um pressuposto irreduzível, indefinível e até indizível do sistema jurídico. Dada a abrangência, a indeterminação e potencial evolutivo que o caracterizam, ele perfila-se como a referência mais elevada deste sistema e o seu princípio mais universal». – Mário REIS MARQUES, “*A dignidade humana como prius axiomático*”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 541-566, p. 566.

<sup>478</sup> Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, cit., p. 869-870.





## PARTE II

**(IM)POSSIBILIDADE DE DELINEAMENTO DE UM SENTIDO MATERIAL-  
-NORMATIVAMENTE ESPECÍFICO À EXIGÊNCIA DE TOLERÂNCIA, DO  
PARADIGMA MODERNO-ILUMINISTA À SUA SUPERAÇÃO – DA(S) TEIA(S) DO  
CONFRONTO LIBERALISMO/COMUNITARISMO COMO TENSÃO  
SIMULTANEAMENTE CENTRÍPETA E CENTRÍFUGA DA SIGNIFICAÇÃO DA(S)  
POSSIBILIDADE(S) DA TOLERÂNCIA À ALTERNATIVA DE DIALÉCTICA  
(RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA  
TOLERÂNCIA...**

*Eu não sou eu nem sou o outro,  
Sou qualquer coisa de intermédio:  
Pilar da ponte de tédio  
Que vai de mim para o outro.*  
Mário de SÁ CARNEIRO\*

*«Toleration makes difference  
possible; difference makes toleration  
necessary».*

Michael WALZER\*\*

Conhecidos o *objecto*, o *contexto* e as *razões de ordem* constituintes da *hipótese* suscitante da presente investigação, e anunciada a concomitante *perspectiva* orientadora, segue a indagação do problema aqui essencial encetando a *experimentação*, precisamente sob a forma de pergunta: tratar-se-á, quanto à categoria *tolerância*, de uma virtude moral, ou ética, enquanto *exigência prática*, com repercussões – mesmo exigências normativamente constitutivas... – no domínio do direito, ou poderá conformar-se a *tolerância* – ou, pelo menos, *uma certa* tolerância... – como categoria especificamente jurídica? E, conclua-se por uma ou outra das alternativas, poderá associar-se a tal categoria um conteúdo axiológico-normativo fundamentadamente recolhido na *praxis*, para o direito?

Perguntar pela possibilidade de um *sentido jurídico autónomo, materialmente densificado*, de *tolerância* pressuporá uma tomada de posição perante um percurso desenhado entre múltiplas perspetivações e respeitantes construções da categoria *tolerância*, num espectro que se estende de um certo *formalismo* – enquanto perspectiva *procedimental* e, concomitantemente, *universal*, ou, pelo menos, pretensamente *universalizável*... – à *substancialização* cultural do seu sentido, forjando por si próprias um *pluralismo linguístico* impeditivo de uma caracterização unívoca de tal sentido, e assim fomentando a multiplicação *ad infinitum* de significações. Espectro cuja análise se impõe, em seleccionados exemplares *modelos de tolerância* – selecção cujo critério se consubstancia no grau de relevância fundamentante para a argumentação aqui empreendida –, como passo prévio fundamental na experimentação da(s) possibilidade(s) de um sentido *normativamente substancial* de tolerância. Compreensão que aqui se faz presente na que se nos afigura como a linha argumentativa privilegiadamente esclarecedora dos problemas que nos propomos enfrentar, e assim convocando de novo a tensão *liberalismo/comunitarismo*, substrato justificante da sistematização seguida na progressão: aquele a determinar uma construção *formal-neutral* de tolerância, este a substanciar a tolerância na *alteridade*, e, com isso, a passar muitas vezes mesmo além da tolerância. Com as orientações mais estritamente liberais – mormente com John RAWLS e Jürgen HABERMAS – percorrer-se-á o âmago do sentido político-jurídico da categoria *societas* e o conseqüente postulado da possibilidade de universalização da respectiva perspetivação do homem e do direito. O que será depois relativizado pelas *correções substancializantes* – e, neste sentido, críticas à procedimentalização estrita da categoria tolerância, submetendo-a a fundamentos e critérios materialmente construídos a partir de concepções éticas de *bem*, a apor à afirmação rawlsiana de *justo* ou à *situação ideal de discurso* habermasiana – operadas, ainda no quadro de liberalismo, exemplarmente, por Joseph RAZ, Andrew FIALA, Anna Elisabetta GALEOTTI, David FAGELSON e Ronald DWORKIN. Conduzindo-nos, depois, tais correções a opções outras, desde posições híbridas, de *liberalismo comunitarista* – como é o caso da proposta de Michael WALZER – a alternativas efectivas, desde a confrontação da tolerância com a *compaixão* – sendo aqui essencial o diálogo entre Amartya SEN e Martha NUSSBAUM – à substancialização *comunitarista* da tolerância – como acontece, ainda que assumindo *comunidade* em sentidos diferentes, em Karl-Otto APEL, Alasdair MACINTYRE, e, na abertura da tolerância à *alteridade*, Marko

ZLOMISLIĆ. Abertura esta que conduzirá outros autores à substituição da *tolerância* pela *hospitalidade*, como é o caso de Jacques DERRIDA, ou à consideração preferencial do *reconhecimento*, como faz Axel HONNETH. A que acrescerá ainda, a final, uma autonomização da consideração da *tolerância* enquanto *virtude moral da justiça* no seio de uma *teoria da justificação prática*, construída por Rainer FORST, em virtude de, embora originariamente inspirado pela categoria marxista neofrankfurtiana de *emancipação*, inspirando-se assim nos mesmos pressupostos que conduziram Axel HONNETH à enunciação do *reconhecimento* – e pressupondo, mais ou menos remotamente, a *crítica da tolerância pura* de Herbert MARCUSE –, conjugar decisivamente tal consideração com a estruturação discursiva, sobretudo inspirada em Jürgen HABERMAS, embora também em Karl-Otto APEL, para fixar o fundamento último da *tolerância* e do *reconhecimento* num discursivamente estabelecido *princípio da justificação*, e seu decorrente *direito à justificação*. Sem prejuízo do pontual recurso a construções do conceito de tolerância que, não se inserindo expressamente num dos *modelos* enunciados, demonstrem justificadamente ser de valia considerável no adensamento do sentido aqui procurado – será esse o caso, nomeadamente, dos contributos de José Ramón TORRES RUIZ, Ernesto GARZÓN VALDÉS e Thomas SCANLON.

Caminhos todos estes cruzando-se com múltiplos sentidos de *juridicidade*, e desta também muitas vezes justificadamente se afastando. E por entre cujas *premissas* e *condições de possibilidade* para a categoria tolerância se procurará dilucidar, e, concomitantemente, determinar, por diferenciação e/ou por adaptação covariante – e, assim por aproximação e distanciamento sucessivos face à teia aqui *supra* anunciada –, a demarcação de uma alternativa de dialéctica (re)construção *normativamente substancial* da categoria tolerância e a concomitante possibilidade de projecção especificamente jurídica. Por referência a uma percepção *jurisprudencialista* da juridicidade, o *supra* já referenciado *Jurisprudencialismo*, tal como proposto por CASTANHEIRA NEVES<sup>1</sup>, tomado aqui como horizonte de referência fundamentante e crítico, em diálogo com o qual se procurará expor e reflectir a hipótese *supra* enunciada.

---

\*Mário de SÁ CARNEIRO, 7, Lisboa, Fevereiro 1914, in Mário de SÁ CARNEIRO, *Indícios de Oiro*, Presença, Porto, 1937 (e agora in Fernando Cabral MARTINS (Ed.), *Mário de Sá Carneiro. Verso e prosa*, Assírio e Alvim, Lisboa, 2010, p. 63).

\*\*Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. xii.

<sup>1</sup>Vide *supra*, Parte I, 3.2..

**1. Projeções exemplares do *paradigma* moderno-iluminista da tolerância – da construção política de uma “*tolerância liberal*” às tentativas da sua superação: entre *neutralidade* e *tolerância* no núcleo da categoria *societas*...**

**1.1. Propostas modelarmente *procedimentais* da categoria *tolerância***

**1.1.1. O *consenso* como base de entendimento... e as suas possíveis consequências *desagregadoras* (John RAWLS)**

**1.1.1.1. A *tolerância* num contexto de *pluralismo razoável***

A experiência de consideração basilar da *tolerância* num quadro liberal de assunção da *societas* como matriz primordial da intersubjectividade, assente num *contrato*, projecta-se exemplarmente, mesmo paradigmaticamente, no *Liberalismo Político* de John RAWLS. Duma perspectiva rigorosamente *política* – conforme a define, numa opção pragmaticamente assente na consideração da essencialidade da determinação de um *sentido político de justiça*<sup>2</sup> –, em *Political Liberalism*, John RAWLS, numa evolução correctiva de acentuação política face a *A Theory of Justice*, ao restabelecer as bases da sua concepção política de justiça, não rejeita que haja doutrinas-convicções materiais por esta excluídas e que possam vir a influenciá-la, porém determinando que os valores políticos públicos – aqueles em que é possível reconhecer acordo recíproco entre cidadãos razoáveis conducente a um *consenso de sobreposição* (*overlapping consensus*) – têm eles próprios um conteúdo *justo* – ainda que este não seja coincidente com as subjectivas concepções de *bem* dos cidadãos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>«A purely procedural theory that contained no structural principles for a just social order would be one of no use in our world, where the political goal is to eliminate injustice and to guide change toward a fair basic structure. A conception of justice must specify the requisite structural principles and point to the overall direction of political action». – John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 285. Vide, para uma reflexão crítica, António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, cit., p. 69-92.

<sup>3</sup>Daí a seguinte enunciação da questão essencial: «(...) the problem of political liberalism is: How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines?». – John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. xviii («Introduction», p. xiii-xxxiv).

Surge o problema da tolerância, nesta proposta de *constitucionalismo liberal*, enquanto dimensão essencial de uma convivência pacífica entre cidadãos<sup>4</sup>, no seio de um *pluralismo razoável*, por oposição ao *pluralismo simples*<sup>5</sup>, enquadrado na sua *teoria política da justiça*<sup>6</sup> – elemento fundamental do seu *liberalismo político* –, como elemento essencial no âmbito de um *consenso de sobreposição*<sup>7</sup>. Respeitante a uma

<sup>4</sup>«(...) the success of liberal constitutionalism came as a discovery of a new social possibility: the possibility of a reasonably harmonious and stable pluralist society. Before the successful and peaceful practice of toleration in societies with liberal institutions there was no way of knowing of that possibility». – *Idem*, p. xxv. *Vide ainda idem*, p. 3-4.

<sup>5</sup>Distinguindo-se este *pluralismo razoável* do *pluralismo simples* – atinente à simples pluralidade de doutrinas e perspectivas – por exprimir uma articulação de *doutrinas abrangentes razoáveis* (*reasonable comprehensive doctrines*), não meros interesses de indivíduos ou de classes ou de pontos de vista, mas resultado de uma *razão prática livre* (*free practical reason*), conforme elucida o autor: «This fact of reasonable pluralism must be distinguished from the fact of pluralism as such. It is the fact that free institutions tend to generate not simply a variety of doctrines and views, as one might expect from people's various interests and their tendency to focus on narrow points of view. Rather, it is the fact that among the views that develop are a diversity of reasonable comprehensive doctrines. These are the doctrines that reasonable citizens affirm and that political liberalism must address. They are not simply the upshot of self- and class interests, or of peoples' understandable tendency to view the political world from a limited standpoint. Instead, they are in part the work of free practical reason within the framework of free institutions». – *Idem*, p. 36-37. *Vide ibidem*, p. xvi-xvii, 47-66.

<sup>6</sup>«Since the conflicts in the democratic tradition about the nature of toleration and the basis of cooperation for a footing of equality have been persistent, we may suppose they are deep. Therefore, to connect these conflicts with the familiar and basic, we look to the fundamental ideas implicit in the public political culture and seek to uncover how citizens themselves might, on due reflection, want to conceive of their society as a fair system of cooperation over time. Seen in this context, formulating idealized, which is to say abstract, conceptions of society and person connected with those fundamental ideas is essential to finding a reasonable political conception of justice». – *Idem*, p. 46. Já nas palavras de Drucilla CORNELL, a categoria tolerância aglutinaria, em RAWLS, a distinção entre *justo* e *bem*, ao ser posicionada como pilar essencial na construção política: «(...) Rawls and Habermas (...), their recent works diverge over whether Justice and the Good can be rigidly separated. For Rawls, the centrality of tolerance blurs the distinction. Tolerance is the basic political value upon which constitutional government is founded. Tolerance *recognizes* that certain areas of human engagement should be free from state intervention. Human beings must be free to pursue competing forms of life and divergent moral commitments. But these pursuits must not infringe on the basic rights and other forms of constitutional protections that are guaranteed to all citizens as a matter of law». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, *cit.*, p. 3.

<sup>7</sup>*Vide* John RAWLS, *Political Liberalism*, *cit.*, p. 144-154, especialmente p. 150-154. «(...) political liberalism looks for a political conception of justice that we hope can gain the support of an overlapping consensus of reasonable religious, philosophical, and moral doctrines in a society regulated by it». – *Idem*, p. 10. «Such a consensus consists of all the reasonable opposing religious, philosophical, and moral doctrines likely to persist over generations and to gain a sizable body of adherents in a more or less just constitutional regime, a regime in which the criterion of justice is that political conception itself». – *Idem*, p. 15. O termo e a ideia de *consenso de sobreposição*, já introduzido em *A Theory of Justice*, assume em *Political Liberalism* sentido diferente, tornando-se simultaneamente também mais explícito, consistente e efectivo em *Political Liberalism*, enquanto conjugação de convicções conducente a uma convivência politicamente pacífica numa sociedade democrática: «The idea of an overlapping consensus, or perhaps better the term, was introduced in *Theory*, pp. 387 ff., as a way to weaken the conditions for the reasonableness of civil disobedience in a nearly just democratic society. Here and later in these lectures I use it in a different sense and in a far wider context». – *Idem*, p. 15, n. 17. *Vide* ainda John RAWLS, *A Theory of Justice* (Harvard, Oxford 1971), Revised Edition, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 340 («(...) in a nearly just society there is a public acceptance of the same principles of justice. Fortunately this assumption is stronger than necessary. There can, in fact, be considerable differences in citizens' conceptions of justice provided that these conceptions lead to similar political judgments. And

concepção política da *justiça como equidade* em que a *reciprocidade* se apresenta como relação entre os cidadãos não confundível com vantagem mútua, e expressa na conjugação dos dois *princípios de justiça* – os princípios da *igualdade e da liberdade*<sup>8</sup> – e do *princípio da diferença*<sup>9</sup>. E a que corresponde uma noção *moral* de *pessoa*, partindo do sentido *vulgar* de pessoa como unidade de pensamento, deliberação e responsabilidade, adaptada à *concepção política da justiça*, e, assim, nesta compreensão, enquanto *concepção política da pessoa*<sup>10</sup> – conferindo a todas as pessoas, enquanto cidadãos livres e iguais, em contexto democrático, dois *poderes morais* de cooperação social: *sentido de justiça* (em termos de *cooperação social*) e capacidade de assumir uma racional *compreensão de bem*<sup>11</sup>.

---

this is possible, since different premises can yield the same conclusion. In this case there exists what we may refer to as overlapping rather than strict consensus»).

<sup>8</sup>«The two principles of justice (noted above) are as follows:

a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.

b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society». – John RAWLS, *Political Liberalism, cit.*, p. 5-6.

<sup>9</sup>«(...) the so-called principle of difference (...) says that the social and economic inequalities attached to offices and positions are to be adjusted so that, whatever the level of those inequalities, whether great or small, they are to the greatest benefit of the least advantaged members of society». – *Idem*, p. 6-7. «(...) the two principles of justice with the difference principle, with its implicit reference to equal division as a benchmark, formulate an idea of reciprocity between citizens.

(...) it is clear from these observations that the idea of reciprocity is not the idea of mutual advantage». – *Idem*, p. 17. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, *cit.*, p. 74.

<sup>10</sup>«It should be emphasized that a conception of the person, as I understand it here, is a normative conception, whether legal, political, or moral, or indeed also philosophical or religious, depending on the overall view to which it belongs. In the present case the conception of the person is a moral conception, one that begins from our everyday conception of persons as the basic units of thought, deliberation, and responsibility, and adapted to a political conception of justice and not to a comprehensive doctrine. It is in effect a political conception of the person, and given the aims of justice as fairness, a conception suitable for the basis of democratic citizenship». – John RAWLS, *Political Liberalism, cit.*, p.18, n. 20.

<sup>11</sup>«(...) since persons can be full participants in a fair system of social cooperation, we ascribe to them the two moral powers connected with the elements in the idea of social cooperation noted above: namely, a capacity for a sense of justice and a capacity for a conception of the good. A sense of justice is the capacity to understand, to apply, and to act from the public conception of justice which characterizes the fair terms of social cooperation. (...) The capacity for a conception of the good is the capacity to form, to revise, and rationally to pursue a conception of one's rational advantage or good». – *Idem*, p. 19. Vide *ibidem*, p. 19-35, 300, 369.

### 1.1.1.2. O problema da determinação de um *princípio da tolerância* como pressuposto do *consenso de sobreposição* numa *concepção política de justiça*

Emerge neste panorama o *princípio da tolerância* como fundamental para a *concepção política de justiça*, essencial ao estabelecimento do *consenso de sobreposição*<sup>12</sup>. Sem que seja em si próprio problematizado, para ser antes compreendido como um elemento deste *consenso*, invariavelmente ligado à sua origem religiosa, a expressar *doutrinas abrangentes razoáveis* («*reasonable comprehensive doctrines*»)<sup>13</sup> – as únicas compatíveis com uma justificação pública política da justiça como *equidade*, no sentido pretendido nesta construção<sup>14</sup>. Com o que os pressupostos e elementos de tal *princípio da tolerância* não são equacionados, mantendo-se esta na sua significação *moderna*, enquanto susceptível de evitação de conflitos. Constituindo, assim, uma *regra*, um *passo procedimental* na construção do *consenso de sobreposição*, e, assim, um seu requisito formal, deixando de fora da construção da *justiça política* as diferenças das doutrinas culturais abrangentes susceptíveis de gerar conflitos. Admitindo embora que uma «perspectiva inclusiva» de *razão pública* – aquela em que relevem os valores políticos assentes nas *doutrinas abrangentes* dos cidadãos (superando uma «perspectiva exclusiva» de *razão pública*, que precisamente exclua desta, em questões políticas fundamentais, *doutrinas abrangentes*) – é susceptível de facilitar a construção do *consenso de sobreposição*<sup>15</sup>.

<sup>12</sup>«We need to show how an overlapping consensus on a political conception of justice, or parts thereof, such as a principle of toleration, can first arise». – *Idem*, p. 65. *Vide* ainda, desenvolvendo o mesmo sentido, *idem*, p. 150. «To apply the principles of toleration to philosophy itself is to leave to citizens themselves to settle the questions of religion, philosophy, and morals in accordance with views they freely affirm». – *Idem*, p. 154.

<sup>13</sup>A expressão é a disponibilizada na tradução portuguesa de *Political Liberalism*, de João Sedas NUNES, com o título *O Liberalismo Político*, Editorial Presença, Lisboa, 1996.

<sup>14</sup>*Vide* John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, p. 186-194, sobretudo quanto à tolerância religiosa: «The state can favor no particular religion and no penalties or disabilities may be attached to any religious affiliation or lack thereof». – *Idem*, p. 186. *Vide* ainda John RAWLS, *Political Liberalism*, *cit.*, p. xxiii-xxviii: «(...) the historical origin of political liberalism (and of liberalism more generally) is the Reformation and its aftermath, with the long controversies over religious toleration in the sixteenth and seventeenth centuries. (...)

(...) political liberalism assumes the fact of reasonable pluralism as a pluralism of comprehensive doctrines, including both religious and nonreligious doctrines». – *Idem*, p. xxiv.

<sup>15</sup>«The question, then, is whether we should understand the ideal of public reason in accordance with the exclusive or the inclusive view. The answer turns on which view best encourages citizens to

Por outro lado, sendo essencial ao *liberalismo político* de RAWLS a *neutralidade* do Estado – afastando desde logo a objecção de que a prioridade do *justo* sobre o *bem* impediria essa neutralidade<sup>16</sup> –, tal *neutralidade* surge, porém, ainda assim, postulada não absolutamente como uma *neutralidade procedimental/processual*<sup>17</sup> – visto que os valores da justiça política são *substantivos*, não meramente *processuais* –, mas uma *neutralidade de objectivo*<sup>18</sup>, e, assim, também não *de efeito ou influência*<sup>19</sup>, e bem assim – postulando embora determinadas *virtudes morais*, tais como a *civilidade*, a *tolerância* e a *razoabilidade* – excluindo o *liberalismo perfeccionista*<sup>20</sup>. Sustentando, então, a categoria *tolerância* – sempre referenciada à sua origem religiosa – na autonomia

---

honor the ideal of public reason and secures its social conditions in the longer run in a well-ordered society. Accepting this, the inclusive view seems the correct one». – *Idem*, p. 247-248. *Vide idem*, p. 129.

<sup>16</sup>«Historically one common theme of liberal thought is that the state must not favor any comprehensive doctrines and their associated conception of the good. But it is equally a common theme of critics of liberalism that it fails to do this and is, in fact, arbitrarily biased in favor of one or another form of individualism. As I noted (...), the assertion of the priority of right may seem to leave justice as fairness (as a form of political liberalism) open to a similar objection». – *Idem*, p. 190.

<sup>17</sup>Neste sentido, a *neutralidade* poderia assumir diferentes sentidos, desde logo o *procedimental*, por referência a um procedimento susceptível de legitimação sem remissão para quaisquer *valores morais*, ou remetendo a *valores neutrais*: «Neutrality can be defined in quite different ways. One way is procedural, for example, by reference to a procedure that can be legitimated, or justified, without appealing to any moral values at all. Or if this seems possible, since showing something justified appears to involve an appeal to some values, a neutral procedure must be said to be one justified by an appeal to neutral values, that is, to values such as impartiality, consistency in application of general principles to all reasonably related cases (...), and equal opportunity for the contending parties to present their claims». – *Idem*, p. 191. A proposta de *justiça como equidade* não implicaria tal neutralidade procedimental de forma exclusiva, antes convocando valores substantivos, constitutivos do *consenso de sobreposição* no seio de um *pluralismo razoável*, e, neste sentido, a recondução a uma conformação *política* da justiça: «Justice as fairness is not procedurally neutral. Clearly its principles of justice are substantive and express far more than procedural values (...). As a political conception it aims to be the focus of an overlapping consensus. (...) It seeks common ground – or if one prefers, neutral ground – given the fact of pluralism. This common ground is the political conception itself as the focus of an overlapping consensus. But common ground, so defined, is not procedurally neutral ground». – *Idem*, p. 192.

<sup>18</sup>«A very different way of defining neutrality is in terms of the aims of basic institutions and public policy with respect to comprehensive doctrines and their associated conceptions of the good. Here neutrality of aim as opposed to neutrality of procedure means that those institutions and policies are neutral in the sense that they can be endorsed by citizens generally as within the scope of a public political conception». – *Idem*, p. 192.

<sup>19</sup> E isto no sentido de que a compreensão de *justiça como equidade* não se encontra comprometida com uma particular *doutrina abrangente*, convergindo antes no *consenso de sobreposição*: «(...) we may distinguish procedural neutrality from neutrality of aim; but the latter is not to be confused with neutrality of effect or influence. As a political conception for the basic structure justice as fairness as a whole tries to provide common ground as the focus of an overlapping consensus. It also hopes to satisfy neutrality of aim in the sense that basic institutions and public policy are not to be designed to favor any particular comprehensive doctrine». – *Idem*, p. 193-194.

<sup>20</sup>«Even though political liberalism seeks common ground and is neutral in aim, it is important to emphasize that it may still affirm the superiority of certain forms of moral character and encourage certain moral virtues. Thus, justice as fairness includes an account of certain political virtues – the virtues of fair social cooperation such as the virtues of civility and tolerance, of reasonableness and the sense of fairness (...). The crucial point is that admitting these virtues into a political conception does not lead to the perfectionist state of a comprehensive doctrine». – *Idem*, p. 194. *Vide idem*, p. 194-195.



individual do sujeito, em primeira instância, depois progressivamente densificada materialmente num *consenso de sobreposição* de índole *política*.

Uma tal construção, alvo de inúmeros comentários, suscita as mais diversas apreciações, de que aqui destacamos, desde logo, a de Will KYMLICKA, ao reconhecer *dois modelos* de compreensão do pluralismo e respectiva estruturação da tolerância, um modelo de tutela da *autonomia* e dos direitos individuais – o modelo dominante nas actuais democracias liberais –, o outro como modelo de direitos de *colectividade* ou *grupo*, e assim um modelo dito *hipercomunitário* – modelo de que seria exemplo de matriz o Império Otomano –, numa crítica essencialmente motivada pelo facto de RAWLS perspectivar exclusivamente naquele primeiro sentido a questão da tolerância – não obstante também o mais logrado, na perspectiva de KYMLICKA –, elidindo qualquer referência, mesmo que crítica, a este último, ainda que na evolução para o estrito *liberalismo político* pareça considerá-lo na redefinição da construção do *consenso de sobreposição*<sup>21</sup>. Para acentuar o que identifica como progressivo afastamento de RAWLS face à proposta de John Stuart MILL quanto à fundamentação “compreensiva” da prática tolerante na autonomia individual, enveredando por uma concepção “política” da pessoa enquanto livre e igual – ao que KYMLICKA apõe a continuação da fundamentação *compreensiva*, aliada ao reconhecimento das respectivas limitações fundacionais<sup>22</sup>.

<sup>21</sup>Tal distinção assenta aqui no grau de separação entre Estado e igreja(s): «(...) I want to consider a second model of toleration, which is based on group rights rather than individual liberty. In both models, religious communities are protected from oppression, but in very different ways. The Rawlsian model protects each religious community by separating church from state. (...) In the group-rights model, on the other hand, church and state are closely linked. (...) In the “millet system” of the Ottoman Empire, for example, Muslims, Christians, and Jews were all recognized as self-governing units (or “millets”) within the empire. (...)

My aim is not to defend this second model». – Will KYMLICKA, “Two Models of Pluralism and Tolerance”, in *Analyse & Kritik*, vol. 13, 1992, p. 33-56, também in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 81-105 (versão citada), p. 82. Vide *ibidem*, p. 82-87. Sentido em que KYMLICKA constrói dois sentidos de tolerância religiosa, um *liberal/individualista* e outro *hipercomunitário*: «I have described two models of religious tolerance: a liberal model based on individual liberty, and a hypercommunitarian model based on group rights. Both recognize the need for different religious communities to coexist, and hence are consistent with the fact of religious pluralism in modern societies. However, they disagree fundamentally on the role of individual freedom within religious communities». – *Idem*, p. 96-97. Vide ainda, acerca do posicionamento das minorias nos Estados Liberais, e da concomitante possibilidade e determinação da *tolerância*, Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, New York, (1995) 1996, 8. «*Toleration and Its Limits*», p. 152-172. Vide ainda, mais recentemente, os desenvolvimentos presentes em Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, desde logo na «*Introduction*» p. 3-26.

<sup>22</sup>Vide Will KYMLICKA, “Two Models of Pluralism and Tolerance”, cit., p. 87-92, 96-97, reconhecendo uma alteração de posicionamento em RAWLS, no sentido de progressivamente optar pela determinação *política* da pessoa e respectiva afirmação de autonomia, abdicando da afirmação inicial clássica no liberalismo da autonomia individual como valor. A que KYMLICKA opõe a necessidade de

Note-se que acaba por não se manifestar completamente lograda tal crítica a RAWLS, conforme demonstra Moshe HALBERTAL, em resposta a este artigo de KYMLICKA, apontando – nesse ponto mais próximo da *segunda fase* de RAWLS identificada por KYMLICKA – o carácter não necessário de uma ligação directa, que KYMLICKA pressupõe essencial, entre tolerância de indivíduos e possibilidade e valor de autonomia. Perfilhando HALBERTAL, porém, em direcção também diferente da de RAWLS, um fundamento *cogente* segundo o qual basear a liberdade individual na noção de autonomia poderia conduzir a uma imposição de uma particular percepção da *vida boa* a indivíduos que não assumam a autonomia como valor essencial – admitindo assim que a autonomia não poderá constituir só por si o fundamento da tolerância<sup>23</sup>.

De facto, uma sociedade democrática *bem-ordenada*, elemento essencial na concepção de RAWLS, pressuposta completa e fechada, pondo de parte as relações com as outras sociedades e a justiça entre os povos, manifestando um *pluralismo razoável*, acabará por ser problemática, pois, enquanto permite a formação do esquema explicativo da concepção política de justiça pretendido, deixa de fora múltiplas configurações sociais não susceptíveis de enquadrar tal modelo. Além de não ser oferecido um critério substancial de aferição da *razoabilidade* desse pluralismo, fazendo-o assentar, em último termo, numa articulação determinantemente procedimental: a aceitação da argumentação recíproca entre os cidadãos sobre questões susceptíveis de originar conflitos<sup>24</sup>. Corolário desta construção é a ideia de *posição*

---

manter os postulados (*princípios*) liberais, porém reconhecendo-lhes limites em certos domínios: «Rawls has consistently endorsed the liberal model, and his theory of justice precludes any system of group rights that limits freedom of conscience. But his justification for this preference has become increasingly obscure. In his earlier work, he seemed to defend the liberal model on the ground that people have a basic interest in their capacity to form and revise their conceptions of the good (...).

In his more recent writings, however, Rawls wants to avoid this autonomy argument (...). His solution is to abandon any form of liberalism that relies on a “comprehensive” ideal, such as autonomy, and rely instead on a “political” conception of the person as free and equal. But this strategy, I have argued, does not work. (...) A more appropriate response, I believe, is to continue to defend comprehensive liberalism, but to recognize that there are limits to our ability to implement and impose liberal principles on grounds that have not endorsed those principles». – *Idem*, p. 97.

<sup>23</sup>«Kymlicka’s main purpose is to establish a necessary connection between toleration of individuals and the possibility and value of autonomy. (...)

(...) I contend that toleration can be more successfully defended without appeal to the possibility of autonomy or to its value. I also attempt to defend an even more cogent argument that basing individual freedom on the notion of autonomy could lead to imposing a particular conception of the good life on individuals who do not perceive autonomy as valuable». – Moshe HALBERTAL, “*Autonomy, Toleration, and Group Rights: A Response to Will Kymlicka*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 106-113, p. 106-107. *Vide idem*, p. 112-113.

<sup>24</sup>Estabelecendo o critério de *razoabilidade* numa estrutura de dialógica reciprocidade: «Persons are reasonable in one basic aspect when, among equals say, they are ready to propose principles and standards as fair terms of cooperation and to abide by them willingly, given the assurance that others will

*original* («*original position*»), ponto de partida para a compreensão da construção da intersubjectividade, consubstanciada pelo «*véu de ignorância*» («*veil of ignorance*»), abstraindo das concretas circunstâncias das partes na construção das opções políticas conducentes à realização da *justiça como equidade*<sup>25</sup>. Constituindo assim uma noção de tolerância que, pese embora não abdique completamente de valorações materiais, postula no *consenso de sobreposição* a *razoabilidade* da não reacção, abrindo a possibilidade de determinação exclusivamente *política*, no sentido *supra* esclarecido, da conjugação de *diferentes*. O que, se tendo o mérito de deixar à decisão democrática a admissibilidade da tolerância, simultaneamente poderá, pelo menos, permitir deixar *de fora* valorações materiais comunitárias não sustentadas no *consenso de sobreposição*.

---

likewise do so». — John RAWLS, *Political Liberalism*, *cit.*, p. 49. O que decisivamente se distinguiria da ideia de *racionalidade*, neste sentido, enquanto determinação deliberativa individual de prossecução de fins: «The rational is, however, a distinct idea from the reasonable and applies to a single, unified agent (either an individual or corporate person) with the powers of judgment and deliberation in seeking ends and interests peculiarly its own». — *Idem*, p. 50. Vide ainda Charles W. COLLIER, “*A Legal Theory of Tolerance and Perspective*”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, vol. 84, n. 1, p. 59-86, p. 68-70, 71-74.

<sup>25</sup>«(...) we face a difficulty for any political conception of justice that uses the idea of contract, whether social or otherwise. The difficulty is this: we must find some point of view, removed from and not distorted by the particular features and circumstances of the all-encompassing background framework, from which a fair agreement between persons regarded as free and equal can be reached.

The original position, with the features I have called “the veil of ignorance”, is this point of view». — John RAWLS, *Political Liberalism*, *cit.*, p. 23. «(...) the original position is to be seen as a device of representation and hence any agreement reached by the parties must be regarded as both hypothetical and nonhistorical». — *Idem*, p. 24. Noções estas de *posição original* e *véu de ignorância* já anteriormente desenvolvidas em *A Theory of Justice*, *cit.*, especialmente p. 10-19, 118-123: «In justice as fairness the original position of equality corresponds to the state of nature in the traditional theory of the social contract. (...) The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensures that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances». — *Idem*, p. 11. «The idea of original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just. The aim is to use the notion of pure procedural justice as a basis of theory. Somehow we must nullify the effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage. Now in order to do this I assume that the parties are situated behind a veil of ignorance». — *Idem*, p. 118.

### 1.1.1.3. A tolerância como pilar fundamental na *utopia realista do Direito dos Povos*

Em *The Law of Peoples*, seguindo a ideia kantiana de *paz perpétua*<sup>26</sup> – visando, porém diferentemente do(s) *cosmopolitismo(s)*, não já o *bem-estar individual* mas a *justiça das sociedades*, e assim uma *concepção política contratual social liberal de justiça* («*a liberal social contract political conception of justice*»)<sup>27</sup> –, experimenta RAWLS, convocando a categoria tolerância como pilar essencial, uma *extensão* da construção da *concepção (liberal) política de justiça* e de *sociedade bem-ordenada* proposta em *A Theory of Justice* e desenvolvida em *Political Liberalism* através de um *Direito dos Povos* (como *utopia concreta*)<sup>28</sup>, cuja designação, apesar de aludindo ao sentido originário de *jus gentium*, se distingue deste último, posto que não se consubstanciando no *direito que todos os povos têm em comum*, antes postulando a convivência pacífica – e, assim, tolerante – entre povos de origens e convicções político-culturais distintas e nos termos da(s) diferença(s). E designando, portanto, o conjunto de *princípios políticos específicos reguladores das relações políticas entre*

<sup>26</sup>John RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 10 («*Introduction*», p. 3-10): «The basic idea is to follow Kant's lead as sketched by him in *Perpetual Peace* (1795) and his idea of *foedus pacificum*. I interpret this idea to mean that we are to begin with the social contract idea of the liberal political conception of a constitutionally democratic regime and then extend it by introducing a second original position at the second level, so to speak, in which the representatives of liberal peoples make an agreement with other liberal peoples». Vide também, afastando-se da ideia de dedução das ideias normativas fundamentais de *razoabilidade* (*reasonableness*), *respeitabilidade* (*decency*) e *racionalidade* (*rationality*) da razão prática kantiana, não obstante considerando-as de *razão prática*, *idem*, p. 86-88.

<sup>27</sup>Vide *idem*, p. 82-83 (§11. «*Comments on Procedure of the Law of Peoples*» – §11.1. «*The Place of Cosmopolitan Justice*»). Confrontando a perspectiva cosmopolita com o Direito dos Povos à luz do problema da distribuição: «The ultimate concern of a cosmopolitan view is the well-being of individuals and not the justice of societies. (...) Should we prefer the redistribution to the original distribution?»

The Law of Peoples is indifferent between the two distributions. The cosmopolitan view, on the other hand, is not indifferent. (...) What is important to the Law of Peoples is the justice and stability for the right reasons of liberal and decent societies, living as members of a Society of well-ordered Peoples». – *Idem*, p. 119-120 (§16. «*On Distributive Justice among Peoples*» – §16.3 «*Contrast with Cosmopolitan View*»).

<sup>28</sup>«By the “Law of Peoples” I mean a particular political conception of right and justice that applies to the principles and norms of international law and practice». – *Idem*, p. 3. Vide *idem*, p. 11-23 (§1. «*The Law of Peoples as Realistic Utopia*»). «(...) it is important to understand that the Law of Peoples is developed within political liberalism. This beginning point means that the Law of Peoples is an extension of a liberal conception of justice for a *domestic* regime to a *Society of Peoples*». – *Idem*, p. 55.

*povos*, pautadas por aquela noção de *justiça(-fairness)* e pela *tolerância*<sup>29</sup>, posto que com limites: nos *povos* aqui admitidos como *sujeitos* teria de ser efectivamente conferido aos respectivos membros um papel constitutivo nessa sociedade<sup>30</sup>. E, assim, não qualquer tipo de sociedade mas apenas as que possam dizer-se, nesta acepção, *bem-ordenadas* («*well-ordered societies*»), conforme se esclareceu, e que seriam, neste sentido específico e para os efeitos aqui pretendidos, os *povos liberais razoáveis* («*reasonable liberal peoples*»), ou *povos bem-ordenados* («*well-ordered peoples*»), mormente correspondendo a sociedades democráticas liberais, e outras sociedades cuja organização lhe sugere a classificação como *respeitáveis*, designando-as «*decent societies*»<sup>31</sup> – aquelas que, não sendo liberais, ou (ainda) não o sendo, postulem valores pelo menos similares aos vigentes nestas<sup>32</sup> –, e, assim, essencialmente, assumindo um sistema jurídico que respeite os *direitos humanos* e prossiga uma ideia comum de *justiça*<sup>33</sup>. A tolerância operando, assim, entre *sociedades liberais* e, exemplarmente,

<sup>29</sup>«Insofar as liberal conceptions require virtuous conduct of citizens, the necessary (political) virtues are those of political cooperation, such as the sense of fairness and tolerance and a willingness to meet others halfway». – *Idem*, p. 15.

<sup>30</sup>«The term “law of peoples” derives from the traditional *ius gentium*, and the phrase *ius gentium intra se* refers to what the laws of all peoples have in common. (...) I do not use the term “law of peoples” with this meaning, however, but rather to mean the particular political principles for regulating the mutual political relations between peoples (...)». – *Idem*, p. 3, n. 1.

<sup>31</sup>«I use the term “decent” to describe nonliberal societies whose basic institutions meet certain specified conditions of political right and justice (including the right of citizens to play a substantial role, say through associations and groups, in making political decisions) and lead their citizens to honor a reasonably just law for the Society of Peoples». – *Idem*, p. 3, n. 2. *Vide idem*, p. 59-64.

<sup>32</sup>RAWLS expõe uma classificação de 5 tipos de sociedades domésticas à luz da sua concepção de *justiça como equidade*, numa perspectiva de internacionalização: 1) *povos liberais razoáveis* («*reasonable liberal peoples*»); 2) *povos respeitáveis* («*decent peoples*»), entre os quais *povos hierarquicamente respeitáveis* («*decent hierarchical peoples*»); 3) *Estados marginais* («*outlaw states*»); 4) *sociedades desfavorecidas* («*societies burdened by unfavorable conditions*»); e 5) *absolutismos benevolentes* («*benevolent absolutisms*»): «In § 58 of *A Theory of Justice* I indicated how justice as fairness can be extended to international law (as I called it there) for the limited purpose of judging the aims and limits of just war. Here my discussion covers more ground. I propose considering five types of domestic societies. The first is *reasonable liberal peoples*; the second, *decent peoples* (...). The basic structure of one kind of decent people has what I call a “decent consultation hierarchy”, and these peoples I call “decent hierarchical peoples”. Other possible kinds of decent peoples I do not try to describe, but simply leave in reserve, allowing that there may be other decent peoples whose basic structure does not fit my description of a consultation hierarchy, but who are worthy of membership in a Society of Peoples. (Liberal peoples and decent peoples I refer to together as “well-ordered peoples”). There are, third, *outlaw states*, and, fourth, *societies burdened by unfavorable conditions*. Finally, fifth, we have societies that are *benevolent absolutisms*: they honor human rights; but, because their members are denied a meaningful role in making political decisions, they are not well-ordered». – *Idem*, p. 4, remetendo para John RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 331-335 (§58. «*The Justification of Conscientious Refusal*»). *Vide* ainda John RAWLS, *The Law of Peoples*, cit., p. 60-62.

<sup>33</sup>«I think of decency as a normative idea of the same kind as reasonableness, though weaker (that is, it covers less than reasonableness does). We give it meaning by how we use it». – *Idem*, p. 67. *Vide idem*, p. 67-70, 78-81.

*sociedades hierarquizadas respeitáveis* («*decent hierarchical societies*»)<sup>34</sup>. Não postulando, portanto, um Direito Internacional Público – nomeadamente em virtude da ausência da necessidade de vinculação institucional do Estado, centrando-se antes nas pessoas, sobretudo enquanto grupo(s), *rectius*, sociedades, sem perder a sua origem liberal-contratual<sup>35</sup>. Limitando a esta noção de *sociedade bem-ordenada* tais sociedades, e assim estabelecendo estas como as únicas susceptíveis de viver em ambiente de tolerância, esta então como pilar fundamental nesta *informal* organização alargada, de vinculação mais fraca do que a de uma comunidade internacional de Estados, porém com um potencial de confluência muito maior. E assim postulando um conjunto de valores essenciais sem os quais tal convivência não seria concretizável. Sem por isso deixar de considerar estar ainda numa margem de *pluralismo razoável* que, a este nível, pretende não implicar uma imposição de valores civilizacionalmente marcados, enquanto admitisse tal diversidade controlada<sup>36</sup>. Pelo que pressupondo tal *Direito dos Povos* um critério essencial de *reciprocidade*, pretendida sem preeminência político-cultural – e, assim, aliada a uma consubstanciação culturalmente contextualizada<sup>37</sup>.

<sup>34</sup>«(...) I take it as established that, if decent hierarchical societies honor the conditions specified (...), those societies would be regarded by liberal people, on reflection, as *bona fide* members of a reasonable Society of Peoples. That is what I mean by toleration». – *Idem*, p. 84. *Vide idem*, p. 62-81 (§ 8. «*Extension to Decent Hierarchical Peoples*», p. 62-70; § 9. «*Decent Consultation Hierarchy*», p. 71-81).

<sup>35</sup>«This account of the Law of Peoples conceives of liberal democratic peoples (and decent peoples) as the actors in the Society of Peoples, just as citizens are the actors in domestic society». – *Idem*, p. 23. «The term “peoples”, then, is meant to emphasize these singular features of peoples as distinct from states, as traditionally conceived, and to highlight their moral character and the reasonably just, or decent, nature of their regimes». – *Idem*, p. 27. «A difference between liberal peoples and states is that just liberal peoples limit their basic interests as required by the reasonable». – *Idem*, p. 29. *Vide* p. 23-30 (§2. «*Why Peoples and Not States?*»). A ausência de um Estado mundial não implicaria, ainda assim, a ausência de fronteiras, a determinar então pelos próprios *povos*. – *Vide idem*, p. 38-39.

<sup>36</sup>*Vide idem*, p. 11-12. «If a reasonable pluralism of comprehensive doctrines is a basic feature of a constitutional democracy with its free institutions, we may assume that there is an even greater diversity in the comprehensive doctrines affirmed among the members of the Society of Peoples with its many different cultures and traditions». – *Idem*, p. 40.

<sup>37</sup>«Looking at the Law of Peoples, we see that it does satisfy the criterion of reciprocity. It asks of other societies only what they reasonably grant without submitting to a position of inferiority or domination. Here it is crucial that the Law of Peoples does not require decent societies to abandon or modify their religious institutions and adopt liberal ones». – *Idem*, p. 121. *Vide idem*, p. 121-123 (§17. «*Public Reason and the Law of Peoples*»). «In developing the Law of Peoples I said that liberal societies ask how they are to conduct themselves toward other societies from the point of view of their *own* political conceptions. (...) To the objection that to proceed thus is ethnocentric or merely western, the reply is: no, not necessarily. Whether it is so turns on the *content* of the Law of Peoples that liberal societies embrace. The objectivity of that law surely depends not on its time, place, or culture of origin, but on whether it satisfies the criterion of reciprocity and belongs to the public reason of the Society of liberal and decent Peoples». – *Idem*, p. 121 (§17. «*Public Reason and the Law of Peoples*» – §17.1. «*Law of Peoples not Ethnocentric*»). *Vide idem*, p. 122-123 (§17.2. «*Toleration of Decent Peoples*»).

Com o que a tolerância estaria assim delimitada – com consequências determinantes no estabelecimento dos limites à tolerância dos *não liberais*<sup>38</sup> –, como pilar essencial e como limite ao acesso de sociedades à *Sociedade dos Povos* nestes termos formada<sup>39</sup>. Ponto em que, acrescentando a clarificação do papel aqui desempenhado pela *razão pública*, elemento essencial também a nível de cada sociedade em particular, estabelecendo a distinção entre as *doutrinas abrangentes razoáveis* («*reasonable comprehensive doctrines*») e os possíveis consensos políticos – postulando mesmo, neste segundo nível, uma *segunda posição original*<sup>40</sup> –, admite o valor substancial daquelas, porém deixando ao domínio das relações públicas reservado o possível consenso político<sup>41</sup>. Naquilo que teremos de reconhecer, de novo, e também (e sobretudo) a este nível das relações entre os *povos*, como aqui *supra* se afirmou, como *determinação exclusivamente política* da categoria tolerância<sup>42</sup>. O que a postula afinal como categoria operacional, instrumentalizada à conjugação pacífica de diferenças sem interferências – e, afinal, como não reacção justificada pelo *liberalismo político* em que se louva, mas reservada às sociedades que lutem por realizações próximas das das sociedades liberais. Reduzindo, assim, a possibilidade de tolerância a determinados *blocos* políticos – ainda que não especificamente Estados –, em vez de admitir a possibilidade de tolerância contextualmente localizada, mesmo em «*sociedades marginais*» («*outlaw societies*»), em «*sociedades desfavorecidas*» («*societies burdened by unfavorable conditions*») ou em «*absolutismos benevolentes*» («*benevolent absolutisms*»)<sup>43</sup>. Confirmando assim, pese embora agora já fora da instituição estadual, o anteriormente assumido carácter estritamente *político e liberal* da categoria tolerância.

<sup>38</sup>Vide *idem*, p. 59.

<sup>39</sup>«I shall use the term “Society of Peoples” to mean all those peoples who follow the ideals and principles of the Law of Peoples in their mutual relations». – *Idem*, p. 3.

<sup>40</sup>Vide *idem*, p. 30-35 (§. 3. «*Two Original Positions*»).

<sup>41</sup>Vide *idem*, p. 55. Vide *supra*, 1.1.1.2..

<sup>42</sup>Vide *supra*, 1.1.1.1. e 1.1.1.2..

<sup>43</sup>Vide, sobre esta classificação, *supra*, p. 173, e *ibidem*, n. 32. «As we have worked out the Law of Peoples for liberal and decent peoples, these peoples simply do not tolerate outlaw states. This refusal to tolerate those states is a consequence of liberalism and decency. If the political conception of political liberalism is sound, and if the steps we have taken in developing the Law of Peoples are also sound, then liberal and decent peoples have the right, under the Law of Peoples, not to tolerate outlaw states». – John RAWLS, *The Law of Peoples*, cit., p. 81. Vide ainda p. 105-113 (§ 15. «*Burdened Societies*»).

## 1.1.2. A “inclusão” meramente dialogante do outro (Jürgen HABERMAS)

### 1.1.2.1. Comunicação intersubjectiva e inclusão da diferença

Distintos contornos apresenta já a proposta de HABERMAS acerca do que deva ser a *tolerância* – ainda sob a égide da influência kantiana, porém, como veremos, em sentido distinto do assumido por RAWLS<sup>44</sup> –, agora numa construção de compleição *discursiva*, atribuindo às condições de possibilitação de *diálogo* a capacidade de eventual *inclusão da diferença*. Ao contrário do *monologismo* kantiano, na “pragmática universal” de HABERMAS a *intersubjectividade* – a *comunicação intersubjectiva* – constitui efectiva condição de possibilidade da (formação da) *subjectividade*. Cada “acto de discurso” assume-se, em virtude da sua validade para o sujeito e da afirmação da possibilidade da sua validade intersubjectiva, como “exigência de validade universal”, longe de qualquer afirmação relativista de equivalência entre argumentos. Numa perspectivação discursiva da ética (*ética do discurso*), em que o conteúdo normativo dos princípios e dos critérios mobilizados releva menos do que as condições discursivas formais e do procedimento racional da *situação de discurso*<sup>45</sup>. Correspondendo a um projecto de clarificação e distinção prática entre as duas dimensões fundamentais do “*mundo-da-vida*” («*die “Lebenswelt”*») – como *ideal*, com as respectivas expressões substanciais de *interacção* – e do “*sistema*” («*das “System”*») – dominado pela racionalidade finalística, e daquele progressivamente distinguido, nas suas diversas projecções, incluindo a jurídica –, não obstante a sempre presente possibilidade de *colonização* do “*mundo-da-vida*” pelo “*sistema*” – e, assim, entre intercomunicação de conteúdos e simultânea diferenciação, a projectar o *problema* e o *critério* de fundamentação, no que ao direito respeita, externamente, na busca de uma

<sup>44</sup>Vide, para uma confrontação sumária, Patrick RILEY, *The Philosophers’ Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, vol. 10 de Enrico PATTARO (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, cit., p. 293-303 (17. «Neo-Kantian Epilogue: Rawls and Habermas»), especialmente p. 293-296, 299.

<sup>45</sup>«The discursive approach to ethics and political philosophy is less focused on the discussion of the normative content of specific norms or principles and more focused on identifying which norms can be redeemed discursively and the kind of rational procedures their redemption requires». – Giovanna BORRADORI, “*Reconstructing Terrorism*”, cit., p. 68-69. Vide *idem*, p. 58-59. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia ...*, cit., p. 115-116.



*moralidade discursiva* justificadamente mobilizadora de conteúdo filtrados pela possibilidade de *comunicação*<sup>46</sup>.

Efectivamente, num contexto como o do mundo ocidental actual, que reduz o reconhecimento dos *direitos humanos* à possibilidade de abertura de novos mercados, alheado de qualquer fundamento normativo material prático, ocupado na instauração de uma cultura consumista niveladora, reconhece HABERMAS no terrorismo global uma reacção e um sinal de exploração da vulnerabilidade de *sistemas complexos*<sup>47</sup>. Efectivamente, se num hemisfério cultural axiologicamente sedimentado se verificam por vezes conflitos decorrentes de *distorção na comunicação* («*distortion in communication*»), muito maior será a sua probabilidade em relações *internacionais* («*international relations*») e, ainda mais, *interculturais* («*intercultural relations*»), em que a fragilidade da dimensão material do direito se agudiza para dar lugar a uma potencialmente universalizável formal-procedimental estrutura institucional<sup>48</sup>... Apontando não tanto já no sentido de um etnocentrismo metódico mas de uma *tradução* como efectivo *diálogo* – não enquanto assimilação ou submissão... –, conduzindo a uma *simetria* fundamental, exigida por todas as *situações de discurso*...

<sup>46</sup>Vide Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, Band II, p. 229-293, especialmente p. 229-231. «(...) verdrängen systemische Mechanismen Formen der sozialen Integration auch in jenen Bereichen, wo die konsensabhängige Handlungskoordination nicht substituiert werden kann: also dort, wo die symbolische Reproduktion der Lebenswelt auf dem Spiel steht. Dann nimmt die *Mediatisierung* der Lebenswelt die Gestalt einer *Kolonialisierung* an». – *Idem*, p. 293. Vide ainda, para uma compreensão sistemática das tensões entre *Lebenswelt* e *System*, no quadro da *Theorie des kommunikativen Handelns*, sobretudo projectando-as criticamente na construção da juridicidade, José Manuel Aroso LINHARES, “Habermas e a universalidade do Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, 1984, vol. II, p. 447-669, especialmente p. 556-570 (2.2), 603-607 (3.4.4.2), 640-669 (4.2), e José Manuel Aroso LINHARES, “Habermas y la argumentación jurídica”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79, Curso 1991-92, p. 27-53, sobretudo p. 28-34.

<sup>47</sup>Vide Jürgen HABERMAS, in Giovanna BORRADORI, “*Fundamentalism and Terror...*”, *cit.*, p. 33-34. «Global terrorism is extreme both in its lack of realistic goals and in its cynical exploitation of the vulnerability of complex systems». – *Idem*, p. 34.

<sup>48</sup>«Since September 11 I have often been asked whether or not, in light of this violent phenomenon, the whole conception of “communicative action” I developed in my theory has been brought into disrepute. We in the West do live in peaceful and well-to-do societies and yet they contain a *structural violence* that, to a certain degree, we have gotten used to, that is, unconscionable social inequality, degrading discrimination, pauperization, and marginalization. (...) the praxis of our daily living together rests on a solid base of common background convictions, self-evident cultural truths and reciprocal expectations. (...) conflicts arise from *distortion in communication*, from misunderstanding and incomprehension, from insincerity and deception. (...) The spiral of violence begins as a spiral of distorted communication that leads through the spiral of uncontrolled reciprocal mistrust, to the breakdown of communication.

(...) in *international relations*, the curbing power of the law plays a comparatively weak role. And in *intercultural relations*, the legal system achieves at best an institutional framework of formal meetings (...). – *Idem*, p. 35-36.

### 1.1.2.2. O problema da determinação do *princípio da tolerância como discursiva-dialogicamente postulado princípio de coexistência de diferentes*

Em conformidade com a percepção habermasiana de que os *direitos* não consubstanciam titularidades naturais, antes *relações* assentes no *reconhecimento mútuo*, este último, se implica ver no outro um sujeito de recíprocos direitos e deveres, conduzindo à constituição de uma ordem jurídica, não será já confundível com o *reconhecimento da diferença*, que apenas conduzirá à *tolerância*. Com o que se clarifica a percepção do *princípio da tolerância* como *princípio de coexistência de diferentes*<sup>49</sup>. Neste sentido, constituindo a Modernidade não puramente um fenómeno temporal e espacialmente datado, mas a *única via* para o progresso moral, susceptível de se manifestar, enquanto afirmação racional emancipatória de livre e igual auto-reflexão e autocrítica, em qualquer tempo e em qualquer espaço, rejeitando as propostas – *pós-modernas* – de relativização dos pilares da Modernidade<sup>50</sup>, a tolerância constituirá uma *virtude política*, nomeadamente *cívica*, exigida numa *comunidade liberal*, não devendo todavia ser confundida com a *virtude da convivência cívica* («*zivile Umgang*»). Esta

<sup>49</sup>«(...) das Toleranzprinzip selbst richtet sich nicht gegen the Authentizität und den Wahrheitsanspruch religiöser Bekenntnisse und Lebensformem, es soll allein deren gleichberechtigte Koexistenz innerhalb desselben politischen Gemeinwesens ermöglichen». – Jürgen HABERMAS, «*Zur Legitimation durch Menschenrechte*», in Jürgen HABERMAS, *Die postnationale Konstellation...*, cit., p. 190.

<sup>50</sup>Percepção esta a que expressamente se opõe, propondo uma analítica desconstrutivista, Drucilla CORNELL, procurando clarificar os sentidos da abordagem da questão da tolerância no cruzamento entre a manutenção dos pilares da *modernidade* e as afirmações de *pós-modernidade*, especificamente na projecção do pensamento de HABERMAS: «(...) the emphasis on tolerance (...) denies that myths can be completely cleansed from political and even legal life (...). (...) the very emphasis on *tolerance* implies that different myths, religious commitments and moral beliefs are unavoidable and inevitably continue to maintain a hold on human beings. (...)

(...) Clearly there are shared presuppositions between analytic jurisprudence and the thinkers of modernity such as Jürgen Habermas. (...)

Critics of “postmodernity” like Habermas himself have not realized that these same presuppositions are shared by the writers who have been lumped together under the tag “postmodern”. On the other hand, due to the clichés that have come to be associated with deconstruction, the usefulness of deconstruction to a conception of a legitimate and political order has been dismissed». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 7. Vide *supra*, *Introdução*, p. 20, n. 39, com remissão para Jürgen HABERMAS, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, cit.. Vide ainda, para uma síntese crítica da proposta habermasiana, António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia ...*, cit., p. 115-140.

última categoria, específica do *liberalismo*, designada por RAWLS por “*civility*”<sup>51</sup>, e compreendida como vínculo que inclui a disposição de atender à perspectiva dos *outros*, implica cooperação e compromisso, elementos neste entendimento inexistentes no conteúdo da categoria tolerância – sendo, por isso, conforme afirma HABERMAS, neste sentido, inconfundíveis –, surgindo esta na ausência de referências culturais básicas que permitam a efectivação de diálogo cooperativo, com vista à manutenção da possibilidade do relacionamento social. Constituindo assim componentes necessárias de uma sociedade democrática liberal<sup>52</sup>.

O *reconhecimento recíproco* de base liberal, individual e colectivo, em HABERMAS – com a correspondente remissão para HONNETH –, confronta-se, nas suas implicações morais, jurídicas e políticas, com o problema da compatibilização da colectivização das plurais afirmações culturais com a individualização dos direitos próprias do Estado liberal<sup>53</sup>. Se em HABERMAS o desenvolvimento do *reconhecimento da dignidade individual* conduz ao *reconhecimento da diferença* (entre grupos), já em TAYLOR haveria contradição entre estas duas *liberdades*, numa sociedade plural, no seio do liberalismo<sup>54</sup>. Contra a distinção entre *Liberalismo 1* e *2*, referenciada por WALZER na qualificação da abordagem de TAYLOR, afirma HABERMAS que a teoria liberal de definição de direitos não é, de modo algum, indiferente a diferenças culturais. Assim, no próprio *Liberalismo 1*, a autonomia estaria limitada na medida em que os destinatários

<sup>51</sup>«(...) since the exercise of political power itself must be legitimate, the ideal of citizenship imposes a moral, not a legal, duty – the duty of civility (...)». – John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 217. Vide *idem*, p. 216 ss.. Vide Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 260-261.

<sup>52</sup>«Toleranz“ ist also eine politische, nämlich Bürgern eines liberalen Gemeinwesens angesonnene Tugend. Wir dürfen sie aber nicht mit der Tugend des zivilen Umgangs verwechseln. Diese unspezifische Art von Liberalität nennt John Rawls „civility“ (...)». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, cit., p. 170. Ainda que postulando sentido diverso à organização mundial, conforme *supra* referenciado, também Otfried HÖFFE refere a tolerância como *virtude cívica* («*staatsbürgerlicher Tugend*»). – Vide Otfried HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, cit., p. 207: «(...) eine Bürgertugend, eben staatsbürgerliche Toleranz (...)». Vide ainda, sobre a percepção de *globalização supra*, Parte I, 2.2.1.1., sobretudo p. 88, n. 208, e p. 95, n. 234; e, sobre a enunciação de *virtude cívica*, *infra*, 6.1..

<sup>53</sup>Vide Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, capítulo 8 de Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen...*, cit., p. 237-276, especificamente p. 237. «In diesem »Kampf um Anerkennung« artikulieren sich, wie A. Honneth gezeigt hat, kollektive Erfahrungen verletzter Integrität. Sind diese Phänomene mit einer individualistisch angelegten Theorie der Rechte in Einklang zu bringen?». – *Idem*, p. 238, com referência expressa a Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, cit..

<sup>54</sup>«Auf diese Frage gibt Charles Taylor eine differenzierte Antwort, die die Diskussion einen groß en Schritt weiterführt. (...) Er unterscheidet zwei Lesarten des demokratischen Rechtsstaates, die er Liberalismus I und Liberalismus 2 nennt». – Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, cit., p. 239, com referência a Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, cit..

da lei apenas adquiririam autonomia se se compreendessem a si próprios como autores das leis a que se submetessem enquanto sujeitos de direito privado. Antes a conexão entre o princípio da liberdade individual e o princípio do reconhecimento da diferença, conjugando *autonomia privada* («*private autonomy*») e *autonomia pública* («*public autonomy*»), num *continuum* integrativo, suscitaria o tratamento igual do que é igual e desigual do que é desigual, nos seus próprios contextos de formação, postos os direitos subjectivos como direitos de formação intersubjectiva, com origem num *reconhecimento recíproco*. O que leva HABERMAS a considerar expressamente TAYLOR e WALZER como *comunitaristas*<sup>55</sup>. Não obstante, talvez o que efectivamente se deva reconhecer em TAYLOR, e também em WALZER, como *supra* se referiu<sup>56</sup>, em virtude da conjugação da dimensões *comunitaristas* e *liberais*, é um liberalismo *mitigado*<sup>57</sup>, *rectius*, um *comunitarismo liberal* – para o dizer com AROSO LINHARES<sup>58</sup>. Referindo-se, por sua vez, Diogo PIRES AURÉLIO, analogamente, a *liberalismo «processual»* e *liberalismo multiculturalista*, situando também TAYLOR e WALZER nesta última modalidade<sup>59</sup>.

<sup>55</sup>Vide Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, *cit.*, p. 239-240, citando Charles TAYLOR (u. a.), *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Fischer, Frankfurt am Main, 1993, p. 13 ss.. «(...) bestreiten Kommunitaristen wie Taylor und Walzer dem Recht die ethische Neutralität und dürfen deshalb vom Rechtsstaat nötigenfalls auch die aktive Förderung bestimmter Konzeptionen des guten Lebens erwarten». – Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, *cit.*, p. 241.

<sup>56</sup>Vide *supra*, Parte I, 2.2.1.2.1. e 3.1., p. 142.

<sup>57</sup>Veja-se, por exemplo, expressamente quanto a este sentido, as seguintes afirmações de WALZER: «I do not mean (I hardly have the capacity) to lay communitarianism to rest, although I would willingly wait for its reappearance in a form more coherent and incisive than that in which it currently appears». – Michael WALZER, “*The Communitarian Critique of Liberalism*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 52-70, p. 53. «Contemporary liberals are not committed to a presocial self but only to a self capable of reflecting critically on the values that have governed its socialization; and communitarian critics, who are doing exactly that, can hardly go on to claim that socialization is everything. (...)

The central issue for political theory is not the constitution of the self but the connection of constituted selves, the pattern of social relations». – *Idem*, p. 69.

<sup>58</sup>Vide José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...*”, *cit.*, p. 51, e *ibidem*, n. 122. Vide também Philip SELZNICK, “*Foundations of Communitarian Liberalism*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *The Essential Communitarian Reader*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland, 1998, p. 3-13.

<sup>59</sup>E, assim, quanto ao *liberalismo multiculturalista*: «O liberalismo multiculturalista põe à ideia de um Estado neutro as seguintes reservas: não há neutralidade axiológica, uma vez que o liberalismo constitui, em si mesmo, um conjunto de valores; esses valores, ao afirmarem-se de forma hegemónica, comprometem o próprio reconhecimento da identidade dos indivíduos, dado que é impossível reconhecer alguém se não se lhe reconhece o modo como vive e como quer continuar a viver». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 132. Já quanto ao *liberalismo «processual»*: «Por sua vez, o chamado liberalismo «processual» argumenta: o reconhecimento da igualdade das culturas vai contra o princípio da igualdade dos indivíduos, uma vez que este requer que cada um seja tratado independentemente das suas origens; o mesmo reconhecimento implicaria a aceitação de valores que negam os princípios elementares

Compreende-se, assim, a crítica de HABERMAS à mobilização da experiência do Quebeque por TAYLOR<sup>60</sup>, assente na utilização de uma língua diferente da maioria do território do Canadá, constituindo assim um grupo, cuja cultura haveria de ser protegida, em determinadas condições, através de medidas como a proibição do estudo em língua inglesa e a estabilização da língua francesa no mercado de trabalho e nos negócios. O que legitimaria uma normatividade restritiva das liberdades individuais em nome das liberdades colectivas, com o objectivo de proteger *formas culturais de vida* em perigo. Para HABERMAS, diferentemente, nunca devendo, em rigor, ser uma *teoria dos direitos* alheia às *diferenças culturais*, seria inútil a distinção entre *Liberalismo 1* e 2<sup>61</sup>. Concluindo assim pela desnecessidade de distinguir uma noção de *Liberalismo 1*, por si só, neste sentido, truncada – selectivamente compreendida, enquanto classificada como culturalmente indiferente –, se a teoria “liberal” da atribuição de direitos for corrigida democraticamente, assentando na construção comunicativa das liberdades individuais e colectivas e seu conteúdo, e na tutela progressivamente compreendida destas a partir daquelas, sem contradição entre elas; e pela desnecessidade ainda de o confrontar, opondo-o, a um modelo que introduz uma categoria perturbadora no sistema “liberal” de direito – a noção de *direitos colectivos*<sup>62</sup>.

---

por que se rege a sociedade liberal». – *Ibidem. Vide idem*, p. 132-133, citando Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, in Amy GUTMANN (Ed.), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, Princeton University Press, Princeton, 1992. *Vide* ainda Michael Walzer “*Comment*”, *cit.*, p. 99-103, e Michael WALZER, “*The Communitarian Critique of Liberalism*”, *cit.*, p. 52-70.

<sup>60</sup>*Vide supra*, Parte I, 2.2.1.2.1..

<sup>61</sup>E, assim: «Taylor bezieht sich auf das kanadische Beispiel der frankophonen Minderheit, die in der Provinz Quebec die Mehrheit bildet. (...) Taylor schlägt ein Gegenmodell vor, das unter bestimmten Bedingungen grundrechtseinschränkende Statusgarantie für das Überleben bedrohter kultureller Lebensformen erlaubt (...)». – Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, *cit.*, p. 241. *Vide idem*, p. 242-243. *Vide* ainda Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 311-312. «(...) soll der Staat (im Sinne des Liberalismus I) jenseits der Gewährleistung der privaten Freiheit wie der persönlichen Wohlfahrt uns Sicherheit seiner Bürger keine kollektiven Ziele verfolgen dürfen. Das Gegenmodell (im Sinne des Liberalismus 2) erwartet hingegen vom Staat, daß er diese Grundrechte zwar im allgemeinen gewährleistet, sich aber darüber hinaus auch für das Überleben und die Förderung einer »bestimmten Nation, Kultur oder Religion bzw. einer begrenzten Anzahl von Nationen, Kulturen und Religionen« einsetzt. Auch nach Michael Walzer ist dieses Modell grundlegend (...)». – Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, *cit.*, p. 252.

<sup>62</sup>«(...) Die Universalisierung der Bürgerrechte ist nach wie vor der Motor einer fortschreitenden Differenzierung des Rechtssystems, das die Integrität der Rechtssubjekte nicht ohne eine strikte, von den Bürgern selbst gesteuerte Gleichbehandlung ihrer identitätssichernden Lebenskontexte sicherstellen kann. Wenn man die selektive Lesart der Theorie der Rechte zugunsten eines solchen demokratischen Verständnisses der Grundrechtsverwirklichung korrigiert, braucht man dem verkürzten Liberalismus I nicht ein Modell gegenüberzustellen, das systemfremde kollektive Rechte einführt». – Jürgen HABERMAS, “*Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*”, *cit.*, p. 245-246.

Neste sentido, para HABERMAS, também o *feminismo*, por exemplo, não constituirá já uma questão de *minorias*, antes de distribuição cultural da compreensão das relações intersubjectivas, com a luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres a implicar uma auto-reconsideração da compreensão dos homens acerca de si próprios<sup>63</sup>. A luta pelo reconhecimento dos direitos das minorias dependerá, assim, neste entendimento, da posição relativa destas face à cultura *dominante* – quer enquanto minorias *endógenas* quer enquanto *novas* minorias, resultantes de imigração –, e da apetência desta última para a integração ou não integração da *diferença*<sup>64</sup>. Assim, os grupos nacionalistas que pretendessem manter as suas heranças culturais apesar de pressões internas e/ou externas revestiriam também várias formas, em vários contextos, desde os primeiros Estados-nação republicanos moldados a partir da revolução francesa, e passando pela formação de novos Estados a partir da queda de Impérios como o Império Otomano ou o Império Austro-Húngaro, da descolonização posterior à Segunda Guerra Mundial, ou do desmembramento da União Soviética; noutros contextos ainda, e com outra dimensão, a afirmação de minorias nacionais como os Bascos, os Curdos, os Irlandeses do Norte; e ainda, distintamente, os pressupostos e condições da fundação do Estado de Israel<sup>65</sup>. O eurocentrismo e a hegemonia da cultura ocidental a suscitarem uma luta pelo reconhecimento a nível internacional, de que HABERMAS destaca a Guerra do Golfo<sup>66</sup>, e de que, mais recentemente, se poderá destacar a Guerra do Iraque.

---

<sup>63</sup>HABERMAS ilustra a ligação entre as liberdades individual e colectiva através da história do feminismo, enquanto exemplo de dialéctica entre igualdade *de jure* e *de facto*: «Wie die Rechtentwicklung in westlichen Gesellschaften allgemein, so folgen auch die feministischen Gleichstellungspolitiken während der letzten hundert Jahre einem, Muster, das sich als Dialektik zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit beschreiben läßt». – *Idem*, p. 243. E, assim: «(a) Der Feminismus ist zwar nicht Sache einer Minderheit, aber er richtet sich gegen eine herrschende Kultur, die das Verhältnis der Geschlechter auf eine asymmetrische Weise interpretiert, welche Gleichberechtigung ausschließt». – *Idem*, p. 246.

<sup>64</sup>«(b) Anders verhält es sich mit dem Kampf unterdrückter ethnischer und kultureller Minderheiten um die Anerkennung ihrer kollektiven Identität. Da auch solche Emanzipationsbewegungen auf die Überwindung einer illegitimen Spaltung der Gesellschaft abzielen, kann das Selbstverständnis der Mehrheitskultur davon nicht unberührt bleiben». – *Idem*, p. 247.

<sup>65</sup>«(c) Davon ist der Nationalismus von Bevölkerungen zu unterscheiden, die sich vor dem Hintergrund eines gemeinsamen historischen Schicksals als ethnisch und sprachlich homogene Gruppen verstehen und ihre Identität nicht nur als Abstammungsgemeinschaften, sondern in der Form eines politisch handlungsfähigen Staatsvolkes sichern möchten». – *Idem*, p. 247-248.

<sup>66</sup>«(d) Eurozentrismus und Vorherrschaft der westlichen Kultur sind schließlich Stichworte für einen auf internationaler Ebene ausgetragenen Kampf um Anerkennung. Zuletzt hat der Golfkrieg diese Dimension zu Bewußtsein gebracht (...). Die Spuren versagter Anerkennung prägen noch immer die historischen Beziehungen zwischen Okzident und Orient und erst recht das Verhältnis der Ersten zur ehemals Dritten Welt». – *Idem*, p. 248.

É assim que, nesta classificação, HABERMAS posiciona a questão das divergências constitucionais entre o governo canadiano e o Quebec, tomada como paradigmática por TAYLOR, na fronteira entre a luta pelo reconhecimento dos direitos das minorias e a afirmação de grupos minoritários nacionalistas<sup>67</sup>. Fenómenos estes, segundo HABERMAS, susceptíveis de serem analisados em vários níveis, a partir da análise de TAYLOR<sup>68</sup>: político, filosófico e jurídico. Quanto ao primeiro, colocando a questão da viabilidade da continuação do modelo da Modernidade ou da sua superação, estabelecerá um confronto pouco produtivo ao nível da análise das *lutas pelo reconhecimento* e da sua resolução política<sup>69</sup>. Já a nível filosófico se suscitariam mais frutíferas questões, tais como as dificuldades de compreensão intercultural, que por sua vez contribuem para o esclarecimento da relação entre a *moralidade da vida ética* («*Sittlichkeit*») e a conexão interna entre *sentido* e *validade*, dando ainda novo alento à questão de saber se é possível transcender o contexto de uma certa linguagem e cultura ou se todos os *padrões de racionalidade* permanecem estreitamente ligados a *visões do mundo* e tradições específicas – mantendo-se, todavia, a análise de TAYLOR mais ao nível jurídico e político do que filosófico<sup>70</sup>. E, ao nível jurídico, pressupondo a legitimação democrática como garantia da igualdade relativa<sup>71</sup>, a questão, tratada com base na concepção moderna do direito, coloca problemas quanto à relação entre o

<sup>67</sup>«Bereits dies flüchtige Sortierung der Phänomene läßt erkennen, daß es sich beim Verfassungsstreit der kanadischen Regierung mit Quebec um einen Grenzfall zwischen (b) und (c) handelt». – *Idem*, p. 248. HABERMAS convoca também o exemplo do debate constitucional canadiano para discutir a exigência liberal de neutralidade ética do direito face à autocompreensão ético-política de uma nação de cidadãos: «Am Beispiel des kanadischen Verfassungsstreits will ich die liberale Forderung der ethischen Neutralität des Rechts zunächst im Hinblick auf das ethisch-politische Selbstverständnis einer Nation von Staatsbürgern betrachten». – *Idem*, p. 252.

<sup>68</sup>«Neben den (a) bis (d) unterschiedenen Phänomenen müssen wir auch verschiedene Ebenen ihrer Analyse auseinanderhalten. Taylors Überlegungen berühren mindestens drei Diskurse, die sich an diesen Phänomenen entzündet haben». – *Idem*, p. 249.

<sup>69</sup>«(e) (...) Diese Debatte können wir auf sich beruhen lassen, da sie zur Analyse der Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat wenig und zu deren politischer Lösung so gut wie nichts beiträgt». – *Idem*, p. 249.

<sup>70</sup>«(f) (...) Die Phänomene eignen sich gut zur Illustration von Schwierigkeiten der interkulturellen Verständigung; sie beleuchten das Verhältnis von Moral und Sittlichkeit oder die interne Beziehung von Bedeutung und Geltung und geben der alten Frage neue Nahrung, ob wir den Kontext unserer jeweiligen Sprache und Kultur überhaupt transzendieren können oder ob alle Rationalitätsstandards bestimmten Weltbildern und Traditionen verhaftet bleiben. (...) Die verzweigte und einstweilennoch offene Rationalitätsdebatte hat gewiß auch Konsequenzen für die Begriffe des Guten und des Gerechten, mit denen wir operieren, wenn wir die Bedingungen einer »Politik der Anerkennung« untersuchen. Aber Taylors Vorschlag selbst hat eine andere Referenz; er liegt auf der Bezugsebene von Recht und Politik». – *Idem*, p. 250.

<sup>71</sup>«(g) Die Frage nach dem »Recht« oder den »Rechten« beleidigter und miß achterer Minoritären gewinnt damit einen juristischen Sinn. Politische Entscheidungen bedienen sich der Regelungsform des positiven Rechts, um in komplexen Gesellschaften überhaupt wirksam zu werden». – *Idem*, p. 250.

princípio da igualdade de tratamento e o princípio do reconhecimento da diferença, assim da protecção de identidades colectivas cuja afirmação da diferença se baseia na tradição, em “*formas de vida*”, origem étnica, entre outras<sup>72</sup>. Assim, do ponto de vista da Teoria do Direito, para HABERMAS, a primeira questão levantada pelo *multiculturalismo* será a da *neutralidade ética* do direito e da política. Neste sentido, “*ética*” designaria todas as questões relativas às concepções de “*vida boa*”. Afirmando que as questões *éticas* não são susceptíveis de avaliação “*moral*”, i. é, de valoração normativa generalizada – *universal* –, antes apenas de *juízo imparcial* determinado pela *autocompreensão* e os *projectos de vida* de grupos particulares<sup>73</sup>.

Em suma, nas sociedades multiculturais, no dizer de HABERMAS, o elemento agregador apenas poderá ser uma *cultura política* se a cidadania democrática realizar o seu *potencial integrativo*, isto é, se compensar não apenas em termos de direitos individuais liberais e direitos de participação política, mas também no gozo de direitos sociais e culturais, incluindo segurança social e reconhecimento recíproco de formas de vida culturais distintas, portanto, se se mostrar como mecanismo de efectiva realização das condições materiais das formas de vida desejáveis<sup>74</sup>. Assim, num *mundo pós-político* («*nachpolitische Welt*»), ultrapassado que fosse o Estado-Nação, e instalado-se definitivamente a *empresa multinacional* («*transnationale Unternehmen*») como modelo de comportamento – num crescente sistema económico global independente –, desaparecendo os referentes normativos de significações comuns, as relações sociais transformar-se-iam, na ausência de uma *linguagem comum* («*gemeinsame Sprache*»), de

<sup>72</sup>«Sobald wir ein Problem als Rechtsproblem behandeln, bringen wir mithin einen Begriff des modernen Rechts ins Spiel, der uns – allein aus konzeptuellen Gründen – dazu nötigt, mit der voraussetzungsreichen Architektonik des Rechtsstaats zu operieren. Das hat auch Konsequenzen für die Behandlung des Problems der rechtlichen Gleichstellung und gleichen Anerkennung von kulturell definierten Gruppen, also von Kollektiven, die sich durch Tradition, Lebensform, ethnische Abstammung usw. von anderen Kollektiven unterscheiden (...)». – *Idem*, p. 251.

<sup>73</sup>«Aus rechtstheoretischer Sicht wirft der Multikulturalismus in erster Linie die Frage der *ethischen Neutralität* von Rechtsordnung und Politik auf. Dabei nenne ich »ethisch« alle die Fragen, die sich auf Konzeptionen des guten oder nicht-verfehlten Lebens beziehen. Ethische Fragen lassen sich nicht unter dem »moralischen« Gesichtspunkt beurteilen, ob etwas »gleichermaßen gut für alle« ist; die unparteiliche Beurteilung dieser Fragen bemißt sich vielmehr, auf der Basis starker Wertungen, am Selbstverständnis und dem perspektivischen Lebensentwurf partikularer Gruppen, also an dem, was aus *ihrer* Sicht aufs Ganze gesehen »gut ist für uns«. – *Idem*, p. 252.

<sup>74</sup>«Die Bürger müssen den *Gebrauchswert ihrer Rechte* auch in der Form sozialer Sicherheit und der reziproken Anerkennung verschiedener kultureller Lebensformen erfahren können. Die demokratische Staatsbürgerschaft wird eine integrative Kraft nur entfalten (...)». – Jürgen HABERMAS, “*Der europäische Nationalstaat...*”, *cit.*, p. 143.



significações intersubjectivamente partilhadas em reacções mútuas de *autopreservação* («*Selbsterhaltung*»)<sup>75</sup>.

Por outro lado, a remissão de HABERMAS da origem da tolerância à religião, pelo menos no sentido primário de *paciência* («*Duldsamkeit*») face a confissões religiosas divergentes<sup>76</sup>, analisando-a a partir dessa na sua construção como *conceito jurídico* («*Rechtsbegriff*»)<sup>77</sup>, determina-a essencialmente como *virtude política* juridicamente incoercível («*rechtlich nicht erwingbare politische Tugend*»)<sup>78</sup>, postulando, assim, afinal, a «tolerância política» em sentido estrito, convocável apenas perante conflitos entre *ideologias políticas*<sup>79</sup>. Não implicando a tolerância uma relativização das convicções, antes apenas uma limitação da sua eficácia<sup>80</sup>. E não implicando ainda a diferenciação entre as convicções religiosas e seculares – e estas como duas dimensões da cidadania – a busca de uma mera submissão da referência religiosa à lei secular imposta. Numa diferenciação que, se pretendendo ir mais além do que o mero *modus vivendi*, implica uma transformação que não poderá ser limitada a uma simples

---

<sup>75</sup>«Der Streit geht um das normative Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaates. Können wir uns darin auch noch im Zeitalter der Globalisierung wiedererkennen, oder müssen wir uns von diesem liebenswürdigen, aber funktionlos gewordenen Relikt des alten Europa befreien?

(...) In dieser *nachpolitischen* Welt wird das transnationale Unternehmen zum Verhaltensmodell. Die Verselbständigung des globalen Wirtschaftssystems gegenüber ohnmächtigen Versuchen einer normativ angeleiteten politischen Einflußnahme erscheint aus systemtheoretischer Sicht ohnehin als Spezialfall einer allgemeineren Entwicklung. (...) Ohne ein intersubjektiv geteiltes Universum von Bedeutungen begegnen sie einander auf der Grundlage wechselseitiger Beobachtungen und verhalten sich zueinander nach Imperativen der Selbsterhaltung». – *Idem*, p. 150-151.

<sup>76</sup>«Das Wort „Toleranz“ ist erst im 16. Jahrhundert, also im Zusammenhang der Konfessionsspaltung, aus dem Lateinischen und dem Französischen entlehnt worden. In diesem Entstehungskontext hat es zunächst die engere Bedeutung der Duldsamkeit gegenüber anderen religiösen Bekenntnissen angenommen». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 167, por referência (*vide ibidem*, n. 1), a Wilhelm Traugott KRUG, (ed.), *Allgemeine Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften nebst ihrer Literatur und Geschichte*, 2. Aufl., 1832: «Toleranz (von tolerare, dulden, ertragen) ist Duldsamkeit... Doch wird jenes Wort meist im engeren Sinne von religiöser Duldsamkeit gebraucht, wie das entgegengesetzte Intoleranz von der religiösen Unduldsamkeit».

<sup>77</sup>«Im Laufe des 16. und 17. Jahrhunderts wird religiöse Toleranz zum Rechtsbegriff». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 167. *Vide* ainda Jürgen HABERMAS, “*Intolerance and Discrimination*”, *cit.*, p. 2.

<sup>78</sup>«(...) die rechtlich nicht erwingbare *politische* Tugend von Bürgern im Umgang mit anderen Bürgern, die eine abgelehnten Überzeugung anhängen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 265.

<sup>79</sup>«Von »politischer Toleranz« kann (...) nur in einem engeren Sinne die Rede sein – nicht im politischen Tagesgeschäft einer Demokratie, sondern nur im Zusammenhang mit Konflikten zwischen umfassenden politischen Ideologien». – *Idem*, p. 267.

<sup>80</sup>«Nicht die abgelehnten Auffassungen und die konkurrierenden Geltungsansprüche sollen hingenommen werden. Toleranz läßt die eigenen Wahrheitsansprüche und Gewissheiten unberührt. Die Bürde ergibt sich nicht aus einer Relativierung eigener Überzeugungen, sondern aus der Einschränkung ihrer praktischen Wirksamkeit». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 174. *Vide* também Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 268: «Die Bürde ergibt sich nicht aus einer Relativierung eigener Überzeugungen, sondern aus der Einschränkung ihrer praktischen Wirksamkeit».

*adaptação cognitiva* («*kognitive anspruchlose Anpassung*») do *ethos* religioso às leis externamente impostas da sociedade civil, antes exigindo uma *diferenciação cognitiva* («*kognitive Ausdifferenzierung*») entre a *moral da sociedade* («*Gesellschaftsmoral*»), estabelecida na Constituição democrática, e o *ethos da comunidade* («*Gemeindeethos*»)<sup>81</sup>, à luz do qual as grandes religiões deverão adoptar os *fundamentos normativos* do Estado Liberal nas suas próprias *premissas*. E isto no sentido de que a religião deve abandonar a sua originária propensão de determinação global da vida comunitária a partir do momento em que a vida dos grupos religiosos se distingue da vida da comunidade política globalmente considerada<sup>82</sup>. Prescrevendo um comportamento tolerante, por parte *do tolerante-crente*, e nesta circunstância, não apenas a realização do *ethos* interno aos limites das normas de igualdade cívica, mas também, fora dele, o respeito pelo *ethos* dos *outros*, dentro destes limites – e esta com encargos distintos consoante as circunstâncias concretas<sup>83</sup>. Numa visão secular – não determinadamente metafísica – conferente de uma fundamentação autónoma do universalismo igualitário dos direitos humanos e da democracia – e assim aceitando a primazia do *justo* sobre o *bem*, ao contrário das perspetivações metafísicas, que conferem primazia ao *bem* (a dimensão substancial) sobre o *justo* –, as exigências de tolerância («*Toleranzzumutungen*») compreendem-se como permitindo a convivência, mesmo para aqueles não indiferentes ao pluralismo de *visões do mundo* («*Pluralismus der Weltbilder*»), num pluralismo de *formas de vida* («*Pluralismus der Lebensweisen*»), constituindo-se assim não uma *dissonância cognitiva* («*kognitive Dissonanz*») mas diferentes *orientações de valor* («*Wertorientierungen*») – não diferentes *verdades*

<sup>81</sup>«Die religiöse Vergemeinschaftung ist auf die säkulare erst dann abgestimmt, wenn sich auch aus der Binnensicht die beiden korrespondierenden Sätze von Normen und Wertorientierungen nicht nur voneinander differenzieren, sondern wenn die einen aus den anderen konsistent hervorgehen.

Wenn die Differenzierung der beiden Mitgliedschaften über einen bloßen *modus vivendi* hinausgehen soll, darf sich die Veränderung nicht in einer kognitiv anspruchlosen Anpassung des religiösen Ethos an *aufgelegte* Gesetze der säkularen Gesellschaft erschöpfen. Sie verlangt die kognitive Ausdifferenzierung der in der demokratischen Verfassung festgeschriebenen Gesellschaftsmoral aus dem *Gemeindeethos*». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 175-176. Vide ainda, pelas mesmas palavras, Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 269.

<sup>82</sup>*Idem*, p. 268-269.

<sup>83</sup>«Für den Gläubigen besteht die Bürde der ihm zugemuteten Toleranz freilich nicht nur darin, das eigene Ethos innerhalb der Grenzen der staatsbürgerlichen Gleichheitsnormen verwirklichen zu müssen; er muß auch das Ethos der anderen in diesen Grenzen respektieren. Und diese Zumutung ist keineswegs für alle eine gleichermaßen schwere Bürde». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 176.

(«*Wahrheiten*»), que se excluíam mutuamente<sup>84</sup>. A tolerância implicará, portanto, um dissenso não negociável, *filtrando* a corrente das convicções do nível *cognitivo*, em que a intransigência persiste em perspetivações relevantes do mundo, para o nível *prático*, em que o seu próprio *ethos* terá encontrado, na melhor das hipóteses, uma *conexão cognitiva* («*kognitive Anschluß*») com o direito e a moral<sup>85</sup>. Postulando na democracia constitucional a superação do carácter historicamente unilateral e paternalístico da tolerância, assente em relações sociais hierarquicamente delineadas, através do reconhecimento recíproco de direitos e da admissibilidade de divergência – ilustrada no exemplo estabilizado da *desobediência civil*<sup>86</sup>. E uma *moralidade pós-convencional* a assentar no procedimento racional de experiência das afirmações de validade num plano intersubjectivo<sup>87</sup>.

Tudo o que nos remete a uma consideração *discursiva-dialógica* da legitimação da *tolerância* e do *reconhecimento* – e deste tido como suficiente na conferência de direitos em circunstâncias de igualdade. Com o que o *reconhecimento* garantiria por si a compossibilitação da(s) *diferença(s)* – o que levou, exemplarmente, THOMASSEN, em perspectiva diversa da aqui expressada, a confrontar a perspetivação da tolerância em

<sup>84</sup>«Ein säkularisierter Geist, der sich mit schmalem metaphysischem Gepäck auf eine autonome Begründung des egalitären Universalismus von Menschenrechten und Demokratie einstellt, wird schmerzlos den Vorrang des Gerechten vor dem Guten akzeptieren. Im Hinblick auf Toleranzzumutungen ist das eine vorteilhafte Position. Von hier aus kann man, selbst wenn man sich zum Pluralismus der *Weltbilder* nicht indifferent verhält, zum Pluralismus der *Lebensweisen* ein entspanntes Verhältnis unterhalten. Denn dann verkörpern sich darin verschiedene *Wertorientierungen*, nicht verschiedene *Wahrheiten*, die einander ausschließen». – *Idem*, p. 176. *Vide idem*, p. 177-178. *Vide* ainda, no mesmo sentido, Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 269-270.

<sup>85</sup>«Toleranz *filtert* den Strom der Überzeugungen beim Übergang von der kognitiven Ebene, auf der die Unversöhnlichkeit existenziell relevanter Weltanschauungen fortbesteht, zur praktischen Ebene, auf der das eigene Ethos im günstigen Fall einen kognitiven Anschluß an Recht und Moral der Gesellschaft gefunden hat». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 177. *Vide* ainda, sobre a relação entre moral e direito, e, especificamente, sobre a índole da *autonomia* deste último, Jürgen HABERMAS, “*Recht und Moral*” (*Tanner Lectures 1986*), na tradução inglesa de Keneth BAYNES, in *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, Salt Lake City, 1988, p. 217-280, e em versão alemã in Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, *cit.*, p. 541-599.

<sup>86</sup>«HABERMAS: (...) Within a democratic community whose citizens reciprocally grant one another equal rights, no room is left for an authority allowed to *one-sidedly* determine the boundaries of what is to be tolerated. On the basis of the citizens’ equal rights and reciprocal respect for each other, nobody possesses the privilege of setting the boundaries of tolerance from the viewpoint of their own preferences and value-orientations. (...)

(...) Interestingly, in a community that tolerates “civil disobedience” constitutional protection extends even beyond the established order (...). In its tolerance of civil disobedience, the constitution self-reflexively stretches to cover even the conditions for overstepping its own boundaries». – Jürgen HABERMAS, in Giovanna BORRADORI, “*Fundamentalism and Terror...*”, *cit.*, p. 41. *Vide* ainda Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 263.

<sup>87</sup>Neste sentido, afirma Giovanna BORRADORI: «What Habermas calls postconventional morality rests on the rational procedure of testing validity claims in an intersubjective setting». – Giovanna BORRADORI, “*Reconstructing Terrorism*”, *cit.*, p. 76.

HABERMAS e em DERRIDA, preferindo a *desconstrução* da categoria *tolerância* por este apresentada à *construção* que por aquele lhe é conferida, considerando que a perspectivização da tolerância em HABERMAS acabaria por conduzir à sua *destruição*<sup>88</sup>.

Porém, o que, de facto, concluímos, se encontra em HABERMAS é, diferentemente do afirmado por THOMASSEN, uma *formalização* do discurso relativo à consideração da *diferença*, reconduzindo-se, assim, ainda que com pressupostos diversos, a uma solução semelhante à oferecida por RAWLS, portanto procedimentalizando a legitimação da respectiva *tutela*, abdicando da densificação material desta categoria potencialmente bifronte que é a *tolerância*, e deixando-a, nesses termos, ao serviço da conformação politicamente contextualizada, perpetuando as possibilidades da respectiva convocação em sentidos presuntivamente *positivos*, porém passíveis de enformar – ainda que com a mesma legitimação *formal* – pressupostos, justificações e consequências materiais radicalmente antagónicos.

## **1.2. Propostas (ainda liberais) de correcção materializante da concepção liberal-procedimental da categoria tolerância**

Superando a específica compreensão *procedimental* da categoria *tolerância*, e enveredando por uma resposta em que o pluralismo próprio das sociedades multiculturais e a democracia abertamente integrariam relações substancialmente fundadas de *reconhecimento* efectivo de direitos – num sentido em que o *conceito de tolerância*, pelo menos naquela compreensão estritamente *liberal-procedimental*, se tornaria desadequado –, múltiplas vozes se erguem.

Será este o caso, exemplarmente, de Maria J. Roca FERNANDÉZ, Javier DE LUCAS e José MARTÍNEZ DE PISÓN, apelando a um sentido de pluralismo que, distinto do pluralismo *liberal* – de *valores* e/ou *formas de vida* –, tornando *supérflua* a convocação de uma categoria como a tolerância, se manifesta nas sociedades multiculturais, exprimindo a luta pela inclusão e pela não discriminação<sup>89</sup>. Remetendo a uma posição

---

<sup>88</sup>Vide Lasse THOMASSEN, “The Inclusion of the Other? – Habermas and the Paradox of Tolerance”, in *Political Theory*, vol. 34, n. 4, August 2006, p. 439-462.

<sup>89</sup>Esta a determinação do pensamento de Maria J. ROCA FERNANDÉZ: «En la concepción liberal, el pluralismo es sobre todo un pluralismo de valores (modo de vida, idea de bien, etc.); por eso las

com a qual não poderá aqui deixar de concordar-se, desde logo – posto que discordando da conferência de carácter *desadequado* ou *supérfluo* à categoria *tolerância* –: a crítica de Javier DE LUCAS à convocação sistemática da categoria *tolerância*, como se de um “expediente quase mágico” – e, concomitantemente, tendencialmente *vazio* – de resolução do problema da afirmação dos *direitos das minorias* nas sociedades multiculturais se tratasse<sup>90</sup>, designadamente nas suas acentuações *liberais*<sup>91</sup>. Muito embora não se assuma aqui o sentido de *pluralismo* e de *multiculturalismo* pressupostos na argumentação de DE LUCAS, e bem assim dos termos e conteúdos da subjacente correspondência *identidades negociáveis-pluralismo/identidades não negociáveis-multiculturalismo*, aquela primeira a fundar-se na referência a interesses particulares, e,

---

diferencias remiten al individuo y exigen la tolerancia en el sentido de la libre opción por el propio estilo de vida (que acaba haciéndose superflua por la propia lógica del discurso liberal). El pluralismo que aparece en las sociedades multiculturales (pluralismo de grupos sociales, de culturas, de intensidades colectivas) engendra un tipo de conflicto distinto; no es una lucha entre visiones del mundo distintas que se puedan reducir a una opción individual, sino una lucha por la inclusión, por la no discriminación, por el reconocimiento y la igualdad de consideración de los grupos minoritarios. De estos presupuestos se derivan los límites en la concepción liberal de la tolerancia o, mejor, su incapacidad para comprender los problemas que presentan las minorías culturales y, en consecuencia, lo inadecuado del concepto de tolerancia». – María J. ROCA FERNANDÉZ, “*Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia*”, in *Revista de Administración Pública*, 152, 2000, p. 203-228, p. 207 (republicado in María J. ROCA FERNANDÉZ, *La tolerancia en el derecho*, cit., p. 207-239), referindo a teorização crítica do conceito de *tolerância liberal*, mormente de Javier DE LUCAS, in “*La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales*”, in *Derechos y Libertades*, 5, 1995, p. 155-172, p. 163. Vide María J. ROCA FERNANDÉZ, “*Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español?...*”, cit., sobretudo p. 211-215. Vide ainda José MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 127-128, e toda a segunda parte, em que desenvolve uma *teoria dos direitos fundamentais*, p. 129-245.

<sup>90</sup>Neste sentido, para DE LUCAS, as dificuldades de determinação da noção de *minoría* estariam presentes desde logo na elaboração de um termo abrangente, susceptível de abarcar devidamente as diferenças entre as diversas classes de minorias, das culturais às nacionais; e, ainda, no fracasso da maioria das tentativas de resolução do problema dos *direitos das minorias*; e, especialmente, na facilidade com que se recorre ao conceito de *tolerância* perante os problemas referentes a estes últimos: «(...) la existencia de una conciencia cada vez más difundida acerca de la importancia del problema de las minorías no supone necesariamente claridad conceptual. Lo muestra, por ejemplo, la dificultad que entraña la elaboración de un concepto de minorías que abarque satisfactoriamente las diferencias entre las distintas clases de minorías, de las culturales a las nacionales. Lo muestra también el relativo fracaso con el que hasta ahora se han saldado casi todos los intentos de resolver el problema de los «derechos de las minorías» (...). Lo muestra, especialmente, y en relación con la polémica acerca de esos derechos, la facilidad con la que se recurre a la tolerancia como un expediente casi mágico que permitiría solventar las dificultades planteadas por las demandas – que, indudablemente, responden a una situación de discriminación y perjuicio – de las minorías». – Javier DE LUCAS, in “*La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales*”, cit., p. 156. De que retira DE LUCAS a inutilidade do conceito de *tolerância*: «(...) el término tolerancia constituye un caso paradigmático de cómo una categoría jurídico-política ha quedado desprovista de utilidad, al menos en su versión «canónica», según podremos apreciar al examinar la necesidad de ofrecer respuesta a las exigencias de las minorías culturales». – *Idem*, p. 157.

<sup>91</sup>Vide *idem*, p. 157. «(...) el error radica en seguir abordando los problemas de esos grupos minoritarios en los términos clásicos de la relación entre pluralismo y democracia en los que encuentra su cabida la teoría liberal de la tolerancia, sin advertir que las reclamaciones de las minorías culturales suponen un planteamiento distinto del pluralismo y, por consiguiente, también de los principios de justicia con los que resolverlas». – *Idem*, p. 158.

assim, parciais, e esta em referentes de identidade como a raça, a etnia, o sexo, religião ou a classe social – ainda que admitindo que o contexto histórico influi na delimitação do que é ou não *negociável* neste campo<sup>92</sup>. Pelo que, ainda na asserção de DE LUCAS, o conceito de tolerância será inadequado para a resolução do problema do multiculturalismo, e assim da afirmação dos direitos das minorias, próprio das actuais sociedades multiculturais, apelando aquela afirmação antes directamente ao princípio da igualdade, e, assim, ao reconhecimento de direitos<sup>93</sup>. O que resulta directamente da respectiva consideração da tolerância como categoria hoje insusceptível de ser abandonada, porém apenas transitoriamente convocável, como ponto de partida para o *reconhecimento de direitos*<sup>94</sup>. Sentido em que também conclui José MARTÍNEZ DE PISÓN, por inspiração em DE LUCAS, e, assim, demarcando-se da possibilidade de manutenção de uma percepção *liberal* de tolerância em sociedades multiculturais – e, assim, distintas das pressupostas pelo *pluralismo liberal* –, avançado para a respectiva substituição pela luta pela afirmação dos direitos fundamentais: à tolerância restaria, assim, a qualidade de *virtude cívica*, sendo-lhe subtraída a possibilidade de ser convocada como *princípio jurídico*<sup>95</sup>. Referindo ainda em segunda linha Anna Elisabetta GALEOTTI, a partir de DE LUCAS, MARTÍNEZ DE PISÓN afirma a superfluidade da categoria tolerância fora das determinações *liberais*, e, assim, a impossibilidade de, nas sociedades multiculturais, ser assimilada como princípio jurídico, e a concomitante necessária substituição pela luta pelos *direitos fundamentais*, sem considerar que o que GALEOTTI propõe é uma *correção do sentido liberal da tolerância*, que acaba, em

<sup>92</sup>*Idem*, p. 159-161.

<sup>93</sup>«En mi opinión, (...) la clave estriba en la caracterización de los conflictos que sacuden las democracias como consecuencia del incremento del multiculturalismo, que no son de la misma clase que los conflictos derivados del mero pluralismo. (...) esos conflictos nacidos de la multiculturalidad son sobre todo, cada vez más, conflictos de identidades (...) y de reconocimiento, y por ello conflictos de inclusión protagonizados por minorías culturales (...). La consecuencia es que la tolerancia (las instituciones liberales) no es un medio adecuado para gestionarlos. La respuesta a esos conflictos se encontraría más bien en la revisión de la noción de ciudadanía o pertenencia al grupo (...), la existencia y el alcance del vínculo sociopolítico, que ahora ya no puede ser definido o, mejor, resuelto, con el expediente de la nacionalidad». – *Idem*, p. 158-159. Vide ainda María J. ROCA FERNANDÉZ, “*Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español?...*”, *cit.*, p. 208.

<sup>94</sup>Javier DE LUCAS, “*¿Para dejar de hablar de la tolerancia?*”, in *Doxa*, n.º 11, 1992, p. 117-126, sobretudo p. 125-126.

<sup>95</sup>José MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, *cit.*, p. 124-128, especialmente p. 127-128.

nosso entender, como *infra* referiremos<sup>96</sup>, por, não a substituindo, a fundir com a categoria *reconhecimento*<sup>97</sup>.

Já diferentemente, por exemplo, Catriona MCKINNON conclui que a tolerância é a única opção possível, não sendo porém um resultado necessário da democracia<sup>98</sup>. E, por sua vez, SCANLON postula, apostando numa ligação necessária entre tolerância e liberdade de expressão, uma ligação também necessária entre tolerância e democracia, enquanto ligação de atitudes propícia à efectivação daquela liberdade<sup>99</sup>. Numa percepção liberal de tolerância exactamente assente nos *direitos* democraticamente estabelecidos, e, assim, reconhecendo-lhe como necessárias uma dimensão jurídica ao lado de uma dimensão política, e a exigência de que o Estado não assuma tratamento privilegiado de quaisquer grupos – admitindo quanto a esta última condição diversas configurações possíveis<sup>100</sup>. Também para KAUFMANN, ainda que de modo não

<sup>96</sup>Vide *infra*, 1.2.3., especialmente 1.2.3.3..

<sup>97</sup>«Para la concepción liberal, el pluralismo como principio y motor de la democracia es un pluralismo de valores y creencias, de planes de vida y concepciones del bien. Por ello, en este modelo es necesaria la tolerancia. (...) Pero en las sociedades multiculturales no se trata exclusivamente de un choque de visiones del mundo, sino que sobre todo, afirma el autor citando a Galeotti, se trata de un lucha por el reconocimiento de la diferencia, por la inclusión, por la no discriminación y por la igualdad de trato. (...)

La solución no puede venir de una determinada concepción de la tolerancia. Si realmente se trata de una cuestión de justicia social y de igualdad, la tolerancia es superflua y tiene que ceder el papel de protagonista a los derechos fundamentales. (...) La tolerancia deberá ser entendida como una virtud cívica, pero nunca como un principio jurídico porque deberá ceder su puesto a los derechos fundamentales (...). – José MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, cit., p. 127-128, por referência expressa a Javier DE LUCAS, “La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales”, cit., p. 163, 164.

<sup>98</sup>«We do not live in a tolerant world, and claims that we democrats are all tolerant now should be treated with suspicion (...). (...)

(...)

The circumstances of toleration are here to stay, but the practice of toleration is not a given. If a peace fit for justice is our goal (...) then toleration is our only option». – Catriona MCKINNON, *Toleration: A Critical Introduction*, cit., p. 6-7.

<sup>99</sup>«Any just and tolerant society must protect freedom of expression. (...)

(...) A tolerant society, I want to say, is one that is democratic in its informal politics. This democracy is a matter of law and institutions (...). But it is also, importantly and irreducibly, a matter of attitude. Toleration of this kind is not easy to accept – it is risky and frightening – and it is not easy to achieve, even in one’s own attitudes, let alone in society as a whole». – T. M. SCANLON, “The Difficulty of Tolerance”, in David HEYD (Ed.), *Tolerance: An Elusive Virtue*, cit., p. 226-239, e in *The Difficulty of Tolerance. Essays in Political Philosophy*, University Press, Cambridge, 2003, p. 187-201 (versão citada), p. 189-190.

<sup>100</sup>«WHAT DOES TOLERATION REQUIRE?

This is a difficult question to answer, in part because there is more than one equally good answer, in part because any good answer will be vague in important respects. Part of any answer is legal and political. Tolerance requires that people who fall on the “wrong” side of the differences (...) should not, for that reason, be denied legal and political rights (...). In addition, it requires that the state not give preference to one group over another in the distribution of privileges and benefits.

It is this part of the answer that seems to me to admit of more than one version». – T. M. SCANLON, “The difficulty of tolerance”, cit., p. 189.

coincidente, a democracia é condição de possibilidade do Estado de Direito, do pluralismo e da *tolerância*<sup>101</sup>. Posição ainda assumida por Bjarne MELKEVIK, postulando à tolerância um papel crucial na formação e desenvolvimento das sociedades democráticas e na *modernidade jurídica*<sup>102</sup>.

Haverá, porém, que admitir que tolerância e democracia, bem como tolerância e liberdade de expressão, ainda que de ligação histórica e ideologicamente privilegiada, não se fundem, nem poderão confundir-se. A tolerância, se muitas vezes concebida como princípio fundamental da democracia, não constitui condição necessária nem suficiente para o estabelecimento de uma sociedade democrática<sup>103</sup>. E nem esta última constitui condição necessária e suficiente para o estabelecimento daquela primeira. É assim que, por exemplo, James BOHMAN atesta mesmo o carácter potencialmente não democrático de uma prática de tolerância passivamente conduzida por uma maioria – enquanto não interferência –, opondo-lhe uma *teoria deliberativa da tolerância* («*a deliberative theory of tolerance*»)<sup>104</sup>. E, concomitantemente, na distinção entre tolerância *positiva* ou *forte* e tolerância *negativa* ou *fraca*, identificando com aquela a *democracia deliberativa*<sup>105</sup>.

Tudo conduzindo a uma reperspectivação da categoria tolerância, alvo de múltiplas *tentativas de correcção* – de maior ou menor proximidade ao ideário *liberal* – determinantes de uma sua (re)substancialização. Cujas experimentação indicará novos caminhos da respectiva construção teórica, justificação racional e efectivação prática, permitindo a ulterior argumentação aqui pretendida, no sentido de uma materialização axiologicamente fundada da categoria em análise, e respectiva relevância no domínio da

<sup>101</sup>Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 200-202.

<sup>102</sup>Bjarne MELKEVIK, *Tolérance et modernité juridique*, cit., p. 70-71.

<sup>103</sup>Atente-se, no presente contexto, no diagnóstico de Antoine GARAPON face à evolução das actuais democracias: «The evolution of democratic societies is contradictory: the more they liberalize themselves the less they accept transgression. In other words, the more tolerant they are in the modern sense of the term, the less so they are in its original sense». – Antoine GARAPON, «*The Law and the New Language of Tolerance*», cit., p. 74. Sobre os aqui referidos sentidos *original* e *moderno* de tolerância, vide Ghislain WATERLOT, «*Human Rights and the Fate of Tolerance*», cit., p. 53, citado *supra*, Parte I, p. 60, n. 102.

<sup>104</sup>«Because deliberation demands the critical engagement of citizens with each other, toleration in the sense of noninterference is too minimal for cooperative and yet engaged deliberation. When exercised by a majority, it may even be undemocratic. How can deliberation across differences be both tolerant and democratic? That is the task of a deliberative theory of tolerance». – James BOHMAN, «*Deliberative Toleration*», in *Political Theory*, vol. 31, n. 6, 2003, p. 757-779, p. 758.

<sup>105</sup>«It is now commonplace to distinguish “negative” or “weak” toleration from “positive” or “strong” toleration, and certainly toleration in a deliberative democracy would have to be of the latter sort». – *Ibidem*. Vide ainda James BOHMAN, «*Reflexive Toleration in a Deliberative Democracy*», in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 111-131.



juridicidade. E cuja intelecção pressuporá uma análise crítica de seleccionados *modelos de tolerância* alternativos à *procedimentalização*, que *infra* de imediato procuraremos cumprir.

### **1.2.1. A substancialização da categoria tolerância em contexto de liberalismo perfeccionista (Joseph RAZ)**

#### **1.2.1.1. Autonomia e pluralismo como pressupostos da tolerância**

Sustentando a sua noção de *liberdade política* nos valores do *pluralismo* e da *autonomia*, para RAZ o *pluralismo* não conduz necessariamente à tolerância, pois o simples facto de o *pluralismo de valor* admitir múltiplas *formas de vida* incompatíveis não garantirá, *per se*, o valor da tolerância – já que abdicar da perseguição ou assédio de pessoas que perfilham virtudes morais diferentes não será, em si, tolerância. Postulando, assim, que a tolerância consiste no refrear de uma actividade susceptível de ser indesejável para o seu destinatário ou de uma inclinação para agir desse modo que seja em si mesma moralmente válida e baseada numa divergência ou num antagonismo face a uma pessoa ou a uma característica da sua vida, reflectindo um juízo de que representam limitações ou défices, por forma a deixá-la ter a sua própria posição ou a obter ou manter alguma vantagem. E admitindo a possibilidade de haver tolerância e comportamento tolerante face a limitações de pessoas cujos comportamentos sejam, não obstante, fundados em valores morais positivamente valorados pelo tolerante<sup>106</sup>. Assim, seguindo o conceito de Joseph RAZ, e, com este, assentando a noção de tolerância no seu significado religioso, afirma Sara GUERREIRO<sup>107</sup>: «A liberdade religiosa só pode

<sup>106</sup>«Toleration (...) is the curbing of an activity likely to be unwelcome to its recipient or of an inclination so to act which is in itself morally valuable and which is based on a dislike or an antagonism towards that person or a feature of his life, reflecting a judgment that these represent limitations or deficiencies in him, in order to let that person have his way or in order for him to gain or keep some advantage». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 402 (Part IV, “Freedom and Politics”, 15. “Freedom and Autonomy”, 1. “Pluralism and Intolerance”, p. 401-406).

<sup>107</sup>«Encontrar uma definição consensual do conceito de tolerância é “missão impossível”.

Escolhemos, assim, como ponto de partida, o conceito adoptado por JOSEPH RAZ, por nos parecer o mais adequado». – Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, cit., p. 87-88.

existir verdadeiramente num ambiente pluralista, mas o pluralismo, como diz o mesmo autor, abre as portas à intolerância, uma vez que são necessariamente confrontadas visões diferentes do mundo e da vida. É necessário assegurar que desse confronto não resulta um conflito cujas dimensões podem colocar em causa o próprio pluralismo. Para tal, a tolerância constitui-se como um conceito chave»<sup>108</sup>.

Embora para Raz a existência de uma comunidade em que vigore uma moralidade pluralista competitiva seja essencial para se poder falar de autonomia, concede, sem rejeitar todavia a sua tese, que, mesmo não se admitindo que todas as formas de pluralismo viáveis são competitivas – acolhendo a possibilidade de coexistência de autonomia e pluralismo sem conflito –, haverá que reconhecer, pelo menos, que a variedade de opções de valor exigida pelo ideal da autonomia só poderá ser satisfeita pelo *pluralismo de valor competitivo*, e, por sua vez, o respeito pela autonomia resultante da exigência do pluralismo de valor competitivo também estabelece a necessidade da tolerância. Isto é, mesmo naquelas opções mais optimistas verifica-se que o *pluralismo competitivo*, quando existe, contribui para a realização da autonomia, oferecendo, assim, um argumento a favor do *princípio da tolerância*, ainda que naquelas menos mobilizado, e mesmo não mobilizado em questões que, num quadro de pluralismo competitivo, já o seria enquanto tal<sup>109</sup>.

### 1.2.1.2. *Harm principle, liberdade positiva e tolerância*

Perspectiva RAZ a tolerância como um *dever* («*the duty of toleration*») assente na compreensão doutrinal de liberdade, de que faz parte, e ambas como uma dimensão do dever de respeito pela autonomia, cujos objectivo e limites não-de ser analisados à

---

<sup>108</sup> *Vide idem*, p. 88.

<sup>109</sup> «It is possible that all viable forms of pluralism are competitive. Failing that, it is likely that the variety of valuable options which is required by the ideal of autonomy can only be satisfied by competitive value-pluralism. (...) respect for autonomy by requiring competitive value-pluralism also establishes the necessity for toleration.

(...) competitive pluralism provides an argument for a principle of toleration. The only modification is that on the more optimistic assumptions there may be circumstances in which there be no need to rely on the principle, circumstances in which the conflicts which activate it do not arise. This does not invalidate the principle of toleration». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 406-407.

luz dos deveres gerais decorrentes da autonomia<sup>110</sup>. O que significa não assumir uma mera noção *negativa* de liberdade, embora não abdicando dela, para considerar formas de conformação *positiva* da autonomia dos sujeitos de uma comunidade, com efectiva contribuição de uns na construção da autonomia dos outros. Assim, além da primeira e evidente categoria de deveres baseados na autonomia face a outra pessoa, consubstanciada na retracção e abstenção de coagir ou manipular o outro, haverá que considerar duas outras dimensões, não já meramente negativas, antes positivas, de possibilitação da realização da autonomia dos outros, isto é, duas outras categorias de deveres baseados na autonomia face a outra pessoa: por um lado, o auxílio à criação das capacidades inerentes exigidas para a condução de uma vida autónoma; por outro lado, a criação de um quadro adequado de opções que possibilitem escolha pelo outro. O que, não pretendendo determinar materialmente a autonomia do outro, em sentido especificamente paternalista, vai muito além da delimitação estritamente *liberal* da autonomia, na linha do seu *liberalismo perfeccionista*<sup>111</sup>, erigindo em sua *condição de possibilidade* – ainda que não determinante individualmente *per se...* – a *intersubjectividade*<sup>112</sup>. Constituindo para Raz o “sentido de autonomia” aquilo que genericamente se designa por “liberdade positiva”<sup>113</sup> – numa “doutrina da liberdade assente na autonomia”. *Princípio da autonomia* este, assim compreendido, que assenta no referido *princípio do dano* (“*harm principle*”), que RAZ recupera de HART e, com este, de MILL, conferindo-lhe todavia um sentido materialmente mais amplo, e assim enquanto *princípio de liberdade*<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup>«(...) competitive value pluralism of the kind which is required by respect for autonomy generates conflicts between people pursuing valuable but incompatible forms of life. (...) The duty of toleration, and the wider doctrine of freedom of which it is a part, are an aspect of the duty of respect for autonomy. To judge its scope and its limits we need to look at the extent of our autonomy-based duties generally». – *Idem*, p. 407.

<sup>111</sup>«(...) the autonomy principle is a perfectionist principle». – *Idem*, p. 417.

<sup>112</sup>«Since autonomy is morally valuable there is reason for everyone to make himself and everyone else autonomous. But it is the special character of autonomy that one cannot make another person autonomous. (...) One is autonomous if one determines the course of one’s life by oneself. This is not to say that others cannot help, but their help is by and large confined to securing the background conditions which enable a person to be autonomous». – *Idem*, p. 407.

<sup>113</sup>«Positive freedom is intrinsically valuable because it is an essential ingredient and a necessary condition of the autonomous life. It is a capacity whose value derives from its exercise. This provides the clue to its definition». – *Idem*, p. 409. *Vide idem*, p. 410-412, 425.

<sup>114</sup>«The doctrine of political freedom (...) is based on the values of pluralism and autonomy (...). My purpose is to show that a powerful argument in support of political freedom is derivable from the value of personal autonomy. (...)

(...) it is sometimes assumed that respect for autonomy requires governments to avoid pursuing any conception of the good life. In other words the ideal of autonomy is used to support a doctrine of

Colocando o problema das comunidades cuja cultura não defende a autonomia, ou lhe confere uma dimensão residual, admite RAZ que devam ser toleradas, se a sua experiência cultural for merecedora e, concomitantemente, não se verifique uma notória violação do *harm principle*. Admitindo que as culturas têm idêntica relevância, justificada estará a consideração e protecção de todas, prevalecendo o *princípio material da tolerância*, traduzido na *prática tolerante*, entendendo RAZ ser desejável a *absorção* da cultura minoritária pela dominante. Assumindo como essencial à “*vida boa*” o princípio da autonomia, compreendido numa posição de liberalismo perfeccionista, portanto nem estritamente liberal nem comunitarista, ainda que mobilizando elementos de ambos – quer por definir materialmente o conteúdo desejável dessa autonomia e as condições da sua realização, quer por atribuir ao Estado a incumbência de criar as condições para ao exercício dessa autonomia e da “*vida boa*”. Com um *pluralismo de valor competitivo* de base – quer descritiva quer normativamente – conjugado com uma assunção positiva da “*vida boa*”, assente numa autonomia cujo conteúdo não é materialmente determinado, mas funciona como condição de possibilidade da liberdade, admite a tolerância face a grupos cuja cultura seja válida, à luz desse critério da doutrina perfeccionista da liberdade assente no princípio da autonomia, embora defendendo, face a culturas minoritárias restritivas da autonomia, uma necessária transformação por *absorção*, mesmo que por imperativo legal, se e na medida em que comprometam a construção da vida autónoma das suas gerações futuras<sup>115</sup>. O que confere nesta

---

political freedom reflecting anti-perfectionism, the exclusion of ideals from politics. I argued against such views (...).

Another well known liberal argument for freedom is based on the harm principle. This principle, first formulated by J. S. Mill, has found a powerful champion in our times in H. L. A. Hart. The principle asserts that the only purpose for which the law may use its coercive power is to prevent harm. I shall argue that the autonomy-based principle of freedom is best regarded as providing the moral foundation for the harm principle». – *Idem*, p. 400, referindo-se a J. S. MILL, *On Liberty* (1859), London, 1985, e H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, 1963. Vide ainda Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., especialmente, p. 420-429, e *ibidem*, 14. “*Autonomy and Pluralism*”, p. 369-399, e Joseph RAZ, “*Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*”, in Ruth GAVISON (Ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1987; também in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 155-175 (versão citada). «Mill’s harm principle states that the only justification for coercively interfering with a person is to prevent him from harming others. My discussion will revolve round the somewhat wider principle which regards the prevention of harm to anyone (himself included) as the only justifiable ground for coercive interference with a person. The harm principle is a principle of freedom. (...) My purpose is to compare the scope and justification of the harm principle with those of autonomy-based freedom». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 412-413. Vide a noção de *harm principle* em John Stuart MILL, *On Liberty* (1859), Harvard College Library (Fourth Edition), London, 1869, p. 21-22. Vide ainda Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 420.

<sup>115</sup>«One particular troubling problem concerns the treatment of communities whose culture does not support autonomy. (...)

concepção um estrito *limite* à tolerância: a definição de um sentido de autonomia e suas condições de possibilidade, e a partir desta, como critério, a delimitação da possibilidade de diálogo e de tolerância<sup>116</sup>.

### 1.2.2. A virtude ética “substancial” da tolerância em contexto liberal pluralista, não perfeccionista (Andrew FIALA)

#### 1.2.2.1. Cepticismo, relativismo e tolerância

Andrew FIALA prefigura que, em rigor, *tolerância* e *cepticismo*, por um lado, e *tolerância* e *relativismo*, por outro, não se confundem<sup>117</sup>, podendo todavia relacionar-se, constituindo um perigo de tal confusão de conceitos a queda nos seus opostos, mormente da *tolerância* na *intolerância*, pelo que posiciona a tolerância entre *dogmatismo* e *relativismo*<sup>118</sup>. Concretizando tal afirmação alertando que, enquanto o *relativismo* consiste numa *exigência meta-ética* («a *meta-ethical claim*») sobre a

---

(...) I am assuming that their own culture is morally worthy. That is, first, it does not lead them to harm others, nor to destroy the options available to those not members of these communities. Second, when their culture flourishes in any given society it enables members of that society to have an adequate and satisfying life. In that case their continued existence should be tolerated, despite its scant regard for autonomy». – *Idem*, p. 423.

<sup>116</sup>«This view differs both from some common liberal and from some common collectivist beliefs. (...)

(...) An autonomy-based morality is not only consistent with these precepts, it goes further in demanding that people should be allowed freely to create their own lives. This is not only consistent with perfectionism. It requires it». – *Idem*, p. 426.

<sup>117</sup>«Toleration is often confused with relativism. So we must be careful to point out that this claim about the formation of genuine belief is not a sort of relativism that says that people believe different things and are entitled to these differences because there is no such thing as justified true belief». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 132 (7. «*Liberal Toleration*», p. 126-145). Veja-se também a perspetivação de Enrique DUSSEL, in Enrique DUSSEL, “*Deconstrucción del concepto de ‘Tolerancia’ (De la intolerancia a la solidaridad)*”, disponível no sítio da *Asociación de Filosofía y Liberación*, <http://www.afyl.org/articulos.html> (acedido em 07/10/2009) (também em tradução inglesa, “*Deconstruction of the Concept of ‘Tolerance’: From Intolerance to Solidarity*”, in *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 326-333), p. 3: «La tolerancia es el saber esperar racionalmente (no de manera escéptica ni relativista, sino con respeto por el otro y con plena pretensión universal de verdad, pero sin alcanzar el consenso con el otro todavía) (...)».

<sup>118</sup>«Virtues are usually thought to fall as the mean or middle between two extremes or vices. One sort of vice opposed to tolerance is intolerance, dogmatism and fanaticism. At the other extreme, we find the vices of relativism and scepticism. The opposition of scepticism and relativism to tolerance may not be obvious at first because, in fact, tolerance is often mistaken for relativism or scepticism. (...)

Tolerance is found in the middle ground between dogmatism and relativism. This middle way is the heart of philosophy». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 14.

posição de determinadas afirmações éticas substantivas («*substantive ethical claims*»), a tolerância («*toleration*») – susceptível de configurar uma *heterofilia*, porém, no sentido em que FIALA a assume, de *virtude substancial*, não redutível a uma determinação *pós-moderna de indiferença* – constitui-se como um «*princípio normativo*» («*a normative principle*»), exigindo uma base material de sustentação – uma «*substantive moral theory*» –, passível de implicar *princípios de segunda-ordem* («*second-order principles*») <sup>119</sup>, e assim, ao contrário do *relativismo*, escorar a construção de um *sujeito moral* («*moral self*») e de uma *comunidade moral* («*moral community*»). O que, não implicando cair num fanatismo, demonstra que o relativismo *à outrance*, mesmo na presença de convicções substantivas, é susceptível de conduzir à admissibilidade de qualquer posição, incluindo o próprio fanatismo <sup>120</sup>. Afastando ainda neste domínio as possíveis *incomensurabilidade(s)* e *intraduzibilidade(s)* potencialmente produzidas, no limite, pelo *relativismo* <sup>121</sup>. Todavia recorrendo, acriticamente, FIALA – que se assume *falibilista e pluralista* <sup>122</sup> – à figura de «*universal norms of judgement*», como se de pacíficas e assentes regras se tratasse, para concluir que a tolerância não resultaria nem de incapacidade nem de ausência de *regras univerais de juízo* («*universal norms for judgement*»), mas da capacidade de autocontrolo de emoções e juízos negativos <sup>123</sup>.

<sup>119</sup>«Toleration can become ‘heterophilia’ or love of difference for its own sake. This can result in a form of postmodern laissez-faire indifference and, indeed, full-blown relativism that is antithetical to communal life and to human flourishing. (...)»

Relativism is a meta-ethical claim about the status of substantive ethical claims. But toleration is a normative principle, not a meta-ethical one. There is no necessary connection between relativism and tolerance. Rather, toleration must be grounded in a substantive moral theory that postulates a set of second-order principles». – *Idem*, p. 26-27, convocando a expressão “*heterophilia*” de Zigmunt BAUMANN, *Postmodernity and Its Discontents*, New York University Press, New York, 1997. «(...) tolerance is not a claim about the relativity of values. Rather, it is a disposition that is based upon some system of values in which tolerance is thought to be good». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 27.

<sup>120</sup>«(...) apathy and indifference are inimical to tolerance. (...) The apathetic and the indifferent are not tolerant because the decision to tolerate is a committed response to the other based upon substantive moral commitment». – *Idem*, p. 27-28. «Apathy, indifference and relativism are antithetical to the development of both a moral self and a moral community. (...) But relativism usually loosens our commitments (...). (...) If all values are relative, and fanaticism, in whatever form, is a possible value scheme, then the relativist has no way of arguing against the fanatic; indeed, the relativist has no reason not to become fanatic himself». – *Idem*, p. 28.

<sup>121</sup>«(...) if relativism is extended deep into the cognitive realm, then it becomes possible that we cannot understand one another because of a certain incomensurability or untranslatability between our world-views. But common sense tells us that radical incomensurability is false: most human beings do understand one another about most things». – *Idem*, p. 29.

<sup>122</sup>«This book is an attempt to show that the value of tolerance is in fact a good one, although as a fallibilist I shy away from the language of absolute value. What I am looking for, then, is the middle ground between dogmatic absolutism and relativism, which I call pluralism». – *Idem*, p. 29.

<sup>123</sup>«The virtue of tolerance does not result either from impotence or from the abandonment of the idea of universal norms for judgement. Tolerance is possible because we are able to use reason to control

Discordando de Joseph MARGOLIS, *relativista* – apresentando um “*relativismo interno*”, em alternativa ao “*relativismo externo*” em que se afirma a radical *intradutibilidade/intraduzibilidade* entre *esquemas conceituais* (tomada esta como apenas uma possibilidade entre muitas...) <sup>124</sup> –, assume-se então FIALA como um *pluralista falibilista*: o *pluralismo* seria aqui uma *posição substancial de princípio*, não *absoluta*, mas também não *relativista* <sup>125</sup>, antes susceptível de estabelecer um diálogo crítico com as outras tomadas de posição, sem cair no *indiferentismo* – a inevitável consequência do *relativismo*, na medida em que este não se pronuncie quanto às diferentes opções *morais* apresentadas –, antes deixando espaço para outras posições, distintas da assumida, e simultaneamente mantendo uma margem de crítica, e mesmo rejeição, pois que não implica *indiferentismo*, antes possibilitando *tolerância*, e esta aquele <sup>126</sup>. Discordando ainda FIALA de MARGOLIS quanto à conclusão deste último de que o melhor resultado possível seriam as «*second-best theories*», compreendidas como, na impossibilidade afirmar valores absolutos, próprias de posições *relativistas*. Para FIALA, tais teorias não apontam necessariamente para posições *relativistas*, antes poderão assumir posições *substanciais* fortes, não *relativas* <sup>127</sup>. Constituindo assim a

---

our emotions and resist our negative judgements. It is good to be tolerant because tolerance helps fragile, fallible and socially interdependent rational beings develop towards self-sufficiency». – *Idem*, p. 61.

<sup>124</sup> «The distinction between relativism and pluralism is slippery. Margolis, for example, complicates things by attempting to speak of a relativistic logic (by which he means, in part, a logic that is not bivalent) and by pointing out that radical untranslatability across conceptual schemes of the sort criticized by Donald Davidson is merely one possibility among many – what he calls ‘external relativism’. Margolis holds out the hope that his own version of ‘internal relativism’ possesses the capacity for evaluating competing conceptual schemes. And Margolis strives to distinguish his own relativistic view of pluralism, which he sees as ‘simply a doctrine of social tolerance’». – *Idem*, p. 30-31, referindo-se a Joseph MARGOLIS, *Pragmatism Without Foundations*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, p. 54, e Joseph MARGOLIS, *Life Without Principles*, Blackwell, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 105.

<sup>125</sup> «Pluralism is not relativism. Pluralism holds that there are many ways in which individuals might pursue good. But the pluralist holds that each of these many ways can still be called good, that each is itself a possible manifestation of good. A relativist, by contrast, holds that value is relative to a world-view or conceptual scheme and that there is a problem of translation between conceptual schemes». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 30. *Vide idem*, p. 35-36.

<sup>126</sup> «(...) toleration is something of a condition for the possibility of pluralism: if you are a pluralist, you should be committed to toleration. (...) pluralists should be tolerant and the tolerant should be pluralistic». – *Idem*, p. 30.

<sup>127</sup> «Toward the end of his recent book, *Life Without Principles*, Joseph Margolis points us towards the conclusion that the best we can hope for are ‘second-best theories’. (...) But it is important to note that the idea of a second-best theory need not leave us in the limbo of relativism. Indeed, it is a long way from an absolute theory of the universe to the complete rejection of truth that occurs in the most pernicious forms of relativism». – *Idem*, p. 32.

*tolerância*, enquanto *virtude*, um valor positivo em *comunidades de diferença*, e, portanto, longe da *indiferença*<sup>128</sup>.

Perante a indiscutibilidade da diversidade, FIALA recupera selectivamente as análises de RAWLS e WALZER, entre o *pragmatismo* e a questão *política da prática tolerante* («*toleration*»)<sup>129</sup>. Em ambos procurando a possibilidade de *pragmaticamente* conciliar a diversidade – no primeiro com a ideia de *pluralismo razoável*<sup>130</sup> e no segundo com a *relatividade* de valores –, apontando não obstante como fragilidade a WALZER a ausência de afirmação expressa da tolerância (e da coexistência pacífica) como valor *não-relativo* – enfatizando assim que, se todos os valores fossem relativos, então não faria sentido falar de *limites à tolerância* («*toleration*»)<sup>131</sup>... Nesta leitura, diferentemente de WALZER, RAWLS defenderia um conjunto de princípios *não relativos* no quadro dos quais a diversidade pode ser comportada. Mesmo sendo políticos, os princípios de justiça não seriam, em RAWLS, *relativos*, o que é justificado pela assunção de um pluralismo “*razoável*”<sup>132</sup>. Para FIALA, WALZER poderá parecer confundir *pluralismo* com *relativismo*, porém, ao eleger um *standard* de justiça *substancial* – *não-*

<sup>128</sup> «Tolerance, as a virtue, is thus not a form of passive indifference. Rather, it is a positive value linked to other values that allow for human flourishing. The vision of the tolerant ethical life emphasizes the value of the pursuit of wisdom within communities of difference». – *Idem*, p. 1-2.

<sup>129</sup> «Political toleration is a pragmatic response to the practical need to co-exist with others who have different conceptions of the good. Political toleration develops out of the recognition that, in practice, diversity cannot be eradicated by either philosophical argument or political force. (...) Political toleration is thus a pragmatic reaction to the concrete fact that diversity exists. (...) two of the more prominent recent advocates of political toleration and pluralism, John Rawls and Michael Walzer, argue for toleration on pragmatic grounds». – *Idem*, p. 146 (8: «*Liberalism and Pragmatism*», p. 146-165). «Rawls’ approach has much in common with American pragmatism’s attempt to deal with the fact of pluralism. (...) Rawls’ idea of public reason is a modest one, which self-consciously avoids making claims about substantive issues. But Rawls is careful to note that this modesty is not full-blown scepticism». – *Idem*, p. 126, citando John RAWLS, “*The Idea of Public Reason Revisited*”, in John RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 131-180, p. 132 (artigo inicialmente publicado na *University of Chicago Law Review*, vol. 64, n. 3, Summer 1997, p. 765-807).

<sup>130</sup> «(...) for Rawls cooperation between reasonable comprehensive doctrines is a practical political task. (...) Rawls resolves the problem of pluralism in a pragmatic fashion that hearkens back to Locke: since we cannot in practice force individuals to agree about philosophical truths, we should tolerate diversity at the political level». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 150-151.

<sup>131</sup> «Unlike Rawls who wants to claim that all reasonable participants in the original position should arrive at the two principles of justice, Walzer wants to admit that differing social or historical milieus could produce different distributive principles. The problem for Walzer is to prevent this pluralism from slipping into relativism. Unfortunately, I am not sure that he is able to prevent this slide. (...)

The difficulty is that if Walzer is sincere about his relativism, then there is really no reason for us to accept the tolerant democratic limits he proposes». – *Idem*, p. 151-152, referindo-se a Michael WALZER, *Spheres of Justice...*, *cit.*, p. 312, e Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 5.

<sup>132</sup> «Rawls, unlike Walzer, defends a set of explicitly non-relative principles within which diversity can be supported. Even though they are political, the principles of justice are not relative. Rawls explains this by claiming that pluralism must be ‘reasonable’». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 152. *Vide idem*, p. 158.



-relativo, não obstante admitindo diferentes formas de distribuição –, a atribuição do que é devido a cada um – *suum cuique tribuere* – inscreve-se naquele primeiro (*pluralismo*) e não já neste último (*relativismo*)<sup>133</sup>. Em suma, para FIALA, quer RAWLS quer WALZER assentam a *prática tolerante* em *pluralismo*, não em *relativismo*<sup>134</sup>. E, efectivamente, a proposta de *igualdade complexa* de WALZER, como *infra* se concretizará<sup>135</sup>, assente na *autonomia* das diferentes *esferas-contextos* de justiça – e, assim, não na *harmonia* entre elas, dada a diferença entre os *princípios* fundamentais de cada uma –, procura a concretização do *respeito mútuo* e de um *auto-respeito partilhado*<sup>136</sup>.

#### 1.2.2.2. «Choice-inclusive norms» e convergência pluralista para a tolerância

FIALA reporta-se, para a definição de tolerância, ao *pluralismo pragmático* explicitamente conectado com a *prática tolerante*, de John LACHS, que propõe que a tolerância se integre no que designa por «*choice-inclusive facts*», um composto intermédio de «*objective facts*» – factos objectivos, obtidos através de experiência – e «*conventional facts*» – factos resultantes da vontade humana –, combinando, portanto, elementos destes<sup>137</sup>. Neste sentido, constituirão «*choice-inclusive facts*» conceitos tais

<sup>133</sup> «The problem for Walzer is that he has overzealously confused pluralism with relativism». – *Idem*, p. 153. E, ainda quanto a WALZER, afirma, concluindo, FIALA: «He admits that there is one standard of justice, namely ‘giving each his due’, although this principle will result in different distributions for different people depending upon their needs and circumstance. This, however, is not relativism, for it does not deny that there is a standard. It merely states that the standard itself results in differential distributions. This idea is better described as pluralism». – *Idem*, p. 153-154.

<sup>134</sup> «Rawls explicitly denies that political liberalism offers a theory of truth. (...) Thus Rawls suggests that we can sidestep the issue of truth by turning to the political ideas of reasonableness, overlapping consensus and tolerance (...). (...) Rawls’ discussion, like Walzer’s, thus fits nicely into the tradition of pragmatic thought about toleration». – *Idem*, p. 155, por referência a John RAWLS, “Reply to Habermas”, in *Journal of Philosophy*, 92, n. 3, 1995, p. 134.

<sup>135</sup> *Vide infra*, 2.1..

<sup>136</sup> «The best account of distributive justice is an account of its parts: social goods and spheres of distribution». – Michael WALZER, *Spheres of Justice...*, cit., p. 312 (13. «Tyrannies and Just Societies», p. 312-321). «Complex equality is the opposite of totalitarianism: maximum differentiation as against maximum coordination». – *Idem*, p. 316. «Mutual respect and a shared self-respect are the deep strengths of complex equality, and together they are the source of its possible endurance». – *Idem*, p. 321.

<sup>137</sup> «A pragmatic idea of pluralism has been fleshed out recently by John Lachs. In his account of the plurality of what he calls “human natures”, Lachs ties pluralism explicitly to toleration. Lachs discusses three types of facts: objective, conventional and choice-inclusive. Objective facts are those

como “humano”, “pessoa”, “saudável”, “vivo”, “inteligente”...<sup>138</sup>. Para LACHS, em suma, na leitura de FIALA, a tolerância resultará do reconhecimento da necessidade recíproca de formação de uma comunidade independentemente das diferenças individuais<sup>139</sup>.

Analogicamente, FIALA mobiliza tais ideais(-conceitos) para definir «*choice-inclusive norms*», normas básicas de convivência pacífica, incluindo a *prática tolerante*. O que determinaria os limites desta prática, a qual estaria circunscrita à interacção entre sujeitos partilhando básicas «*choice-inclusive norms*», excluindo todos os que, não as partilhando, seriam “irrazoáveis” («*unreasonable*»), em sentido rawlsiano. Tais sujeitos deveriam ser *educados* para partilhar as «*choice-inclusive norms*» básicas e o sentido pragmático básico de *razoabilidade*, possibilitador da prática tolerante. Com o que a tolerância seria uma das mais relevantes «*choice-inclusive norms*», conjugando pragmaticamente o facto da diversidade com a coexistência pacífica na sociedade política, limitada portanto, por um lado, pela natureza e, por outro lado, pelos valores sociais partilhados<sup>140</sup>.

A distinção entre tolerância enquanto *virtude* («*tolerance*»), e tolerância enquanto *exigência política* («*political toleration*»), implicaria, assim, também,

---

things in the world that we discover as the result of inquiry: they are the given stuff of experience (...). Conventional facts are those things that depend entirely upon us: they are entirely the result of our choices (...). Finally, choice-inclusive facts are those facts that are based upon certain given aspects of the world while also relying upon our choices (...). This last fact is based upon certain objective features of the world (...) but is also based upon certain conventional choices (...).

(...) Lachs wants to deny that our world is made up entirely of either objective or conventional facts. (...)

(...) Lachs concludes: “A sensible philosophy must, then, acknowledge the existence of both objective and conventional facts”. Moreover, we must also admit that the intersection of these two types of facts in “choice-inclusive facts” constitutes the important ethical and political portion of our experience». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 156-157, citando John LACHS, *The Relevance of Philosophy to Life*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1995, p. 246.

<sup>138</sup>«Concepts that Lachs views as choice-inclusive include “human”, “person”, “healthy”, “living”, “intelligent” and others». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 157.

<sup>139</sup>«Lachs concludes: ‘Our shared nature forms the foundation of decency, our divergent natures provide the ground of toleration’. Toleration results from a recognition of our shared need to form a community despite the fact of our individual differences». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 159-160, citando John LACHS, *A Community of Individuals*, Routledge, New York, 2003, p. 55.

<sup>140</sup>«(...) we tolerate those who share our basic choice-inclusive norms, even if they apply these differently. We do not tolerate those who do not share these norms at all. (...) Such people would be unreasonable, in Rawls’ sense, for they fail to meet the intersubjective standard for participation in political society. (...) Thus toleration is one of the most important of our choice-inclusive norms: it joins the fact of diversity with the value of peaceful coexistence in political society. It is a pragmatic value (...).

This is not to say that toleration is groundless or relative in a pernicious sense. Indeed, toleration has its limits, imposed on the one side by nature and on the other by our shared social values». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 160. *Vide idem*, p. 161-162.

historicamente, muitas vezes, que os sujeitos surgissem naquela como indivíduos e nesta como membros de grupos, o que também não será já hoje necessariamente assim<sup>141</sup>. É assim que, para Iris Marion YOUNG, só numa redutora lógica de identidade, geradora de dicotomias, se poderia analisar a diferença entre grupos como *alteridade* («*Otherness*»). Logo, só numa compreensão *relacional*, inspirada numa análise *desconstrutivista* das dicotomias constitutivas da diferença, se poderia conceber a diferenciação – e simultânea inevitável *relação* – entre grupos – e entre os respectivos membros – conviventes numa sociedade<sup>142</sup>.

Dois problemas nucleares se destacam, afinal, nestas afirmações: por um lado, se se pode concordar com a necessidade pragmática de determinação de um limiar mínimo de convivência pacífica, do ponto de vista da fundamentação, e a sua limitação, com o estabelecimento de *limites* à tolerância, já a educação compulsiva para os *valores partilhados* acarreta uma violência que, em alguns casos, poderá tornar-se insustentável; por outro lado, e conseqüentemente, tal concepção da *prática tolerante*, que se afirma pluralista, não relativista, correrá sérios riscos de cair num dogmatismo ao estabelecer, sem critérios de definição explícitos, limites formais, substanciais, e até mesmo espaço-temporais, aos valores aceitáveis como limiares mínimos. E a conclusão de FIALA – apontando limites ao *pragmatismo* do liberalismo político de RAWLS –, defendendo uma *concepção substancial de tolerância*<sup>143</sup>, e distinguindo a *tolerância política* («*political*

<sup>141</sup> «The virtue of tolerance (...) is part of a substantive ethical position that respects autonomy and values difference as a necessary part of the human experience. (...) Tolerance (...) is not mere neutrality or impartiality because it involves engagement with the other. But political toleration does aim for neutrality or impartiality (...). In political situations, neutrality or impartiality is required in the name of fairness». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 127-128. «We need a certain sort of toleration at the level of politics. We need a different sort of tolerance at the level of the local community». – *Idem*, p. 129.

<sup>142</sup> Iris Marion YOUNG, “*Together in Difference: Transforming the Logic of Group Political Conflict*”, in Will KYMLICKA (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, cit., p. 155-176, p. 159-161. «The method of deconstruction consists in showing how one term in a binary opposition internally relates to the other. Group difference conceived as Otherness exhibits a similar dialectic. (...)

To challenge (...) conceptualisation of difference as otherness and exclusive opposition, I propose a conception of difference that better recognises heterogeneity and interspersions of groups. It makes explicit the relational logic I (...) articulated according to which even the most fixed group identities define themselves in relation to others». – *Idem*, p. 160-161. *Vide* ainda, já explorando as mesmas categorias, Iris Marion YOUNG, *Justice and the Politics of* , Princeton University Press, Princeton, 1990, 2011, especialmente perspectivando a *alteridade* como *relação*, p. 168-173, especialmente p. 170-171.

<sup>143</sup> «A more substantive account of tolerance aims beyond mere overlapping consensus about tolerance. It grounds tolerance in a substantive ideal of human flourishing. And it tells us why tolerance is good, not merely that people grudgingly agree to be tolerant. Pragmatic consensus appears to be inadequate to answer the question of why tolerance is good. But this claim appears to beg the question of knowledge. What is knowledge, if not consensus? With this question we return to Socrates and the link

*toleration*») da *virtude de tolerância* («*virtue of tolerance*»), numa compreensão pluralista não perfeccionista<sup>144</sup>, vai no sentido de uma *convergência pluralista* («*pluralistic convergence*») para a tolerância – figura próxima do *consenso de sobreposição* de RAWLS, embora desta distinta pela exigência de definidos *valores substanciais mínimos comuns* –, insita à tradição ocidental<sup>145</sup>, lamentando que a exigência prática de tolerância se reduza a um conjunto de regras procedimentais («*procedural norms*»), de débil conteúdo substancial, limitadas à definição da possibilidade de crítica aberta e à proibição da reacção violenta contra os comportamentos de que se discorda<sup>146</sup>. *Convergência pluralista* esta a implicar uma assunção substancial de *vida boa*, admitindo simultaneamente a sua vertente pluralista, isto é, a existência de outras formas de *vida boa*<sup>147</sup>, determinando a *comunidade filosófica* como *comunidade de discurso* potenciadora da tolerância e conferindo à filosofia um papel fundamental na prevenção da *intolerância*<sup>148</sup>. Concluindo, em último

---

between tolerance and the ethical life». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 166 (9. «Conclusion: Socrates Beyond Liberalism», p. 166-180). «The pragmatic consensus about political principles of toleration leaves the substantive questions unanswered». – *Idem*, p. 171.

<sup>144</sup>«Pluralism is opposed to a perfectionist view of politics that wants the state to promote one exclusive view of the good. (...) Perfectionist politics is thus one-sided, dogmatic, intolerant and tyrannical. A tolerant approach attempts to avoid this problem by restraining state power and by allowing individuals to develop their own private morality within the plurality of possible views of the good. (...) Within a point of view that recognizes that there is a plurality of the good and that autonomous commitment is essential for individual morality, toleration will be viewed as an ideal goal». – *Idem*, p. 172. «The difficulty is to reconcile the ideal of toleration with the fact that, as an ideal, toleration is not itself neutral and that pluralism is a non-relative account of the good. A Rawlsian approach holds out hope for attaining pragmatic consensus among those who do not share the commitments of substantive liberalism, as well as among those who deny the truth of pluralism. (...)

I fear that at the level of politics there is no adequate solution to these problems». – *Idem*, p. 172-173.

<sup>145</sup>«(...) the Western tradition is committed to tolerance and (...) tolerance can be seen as good from a variety of perspectives. In other words, there is a pluralistic convergence towards tolerance (...).» – *Idem*, p. 173. «The idea of pluralistic convergence is similar to Rawls' idea of overlapping consensus. But one of the difficulties of Rawls' approach is that he claims that those who dogmatically hold on to intolerant comprehensive doctrines must loosen their beliefs enough to tolerate others». – *Idem*, p. 174, referindo-se a John RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001, p. 197.

<sup>146</sup>«I am not very hopeful about the possibility for the formation of a real consensus about any other than the most basic principles of justice. (...) the norms established by the idea of critical moral toleration are quite limited in scope. All that the norm of toleration asks is that we openly criticize theories and arguments and that we refrain from violence». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 175-176.

<sup>147</sup>«The idea of pluralistic convergence provides the hope that facilitates the ideal of toleration. That is, a proper understanding of pluralism leads us to the conclusion that convergence towards consensus is possible. It is this possibility which in turn simulates our conversations, dialogues and critiques and which forms the basis of the philosophical community». – *Idem*, p. 176.

<sup>148</sup>«The hope of pluralistic convergence motivates the use of the imagination, the critical faculties of dialogue, and our communal interest in mutual understanding». – *Idem*, p. 176. «It should be obvious then, that the philosophical community is a community of speech, based upon a commitment to

termo, que o *respeito* ou o *reconhecimento* são distintos da tolerância<sup>149</sup>, ao contrário assim de David HEYD, para quem a *tolerância* será uma sub-categoria do *respeito*, envolvendo *restrição* (ausência de reacção negativa)<sup>150</sup>. Pelo que, contra a ideal liberal tradicional de uma pretensa *neutralidade liberal* desprovida de valorações substantivas, se afirma aqui o necessário carácter não neutral da afirmação liberal de neutralidade, e da sua relevância essencial na salvaguarda da liberdade por parte do Estado que se assuma como tolerante, e assim uma determinação *substancial* do liberalismo<sup>151</sup>.

Orientação esta cuja distinção entre reconhecimento e tolerância se mostrará essencial, quer no quadro das opções mais liberais-procedimentalistas quer de algumas das respectivas alternativas, para uma lograda delimitação da categoria tolerância. Delimitação sem a qual, aliás, a própria categoria perde o respectivo sentido. Como de imediato se analisará.

### 1.2.3. A tolerância como reconhecimento (Anna Elisabetta GALEOTTI)

#### 1.2.3.1. O reconhecimento como pressuposto da tolerância(?)

Fazendo recair a base da *intersubjectividade* e da *tolerância* no *reconhecimento do outro*, em Anna Elisabetta GALEOTTI estamos não já perante uma tentativa de reconhecer no outro um *igual*, ainda que *outro* – e, assim, *diferente*, e, não obstante, *igual* enquanto ser racional –, mas um *diferente*, um *reconhecimento da diferença* enquanto tal, muito além do reconhecimento da característica da *racionalidade*, numa

---

truth and respect for the power of reason». – *Idem*, p. 178. «When tolerant philosophers return to the ‘real’ world, they can bring the virtue of tolerance with them. (...) Indeed, the social and political result of a widespread education in philosophy would be a marked increase in toleration in the real world». – *Idem*, p. 179.

<sup>149</sup> «These discussions point beyond toleration towards something stronger, perhaps what might be called respect or recognition». – *Idem*, p. 43 (3. «Tolerance, Modesty and the Limits of the Moral Imagination», p. 39-58). «I agree that mutual critical interaction and respect are important for human beings. However, the idea of respect is too positive in some cases. (...) Thus toleration remains essential in many social situations». – *Idem*, p. 44.

<sup>150</sup> «(...) respect is a moral attitude to other that typically disregards most actions and opinions of the object of respect. Toleration is thus a sub-category of respect, involving restraint». – David HEYD, «Introduction», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 12.

<sup>151</sup> Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 142-143. Sobre a viabilidade da tolerância no seio do *liberalismo substantivo*, vide Hans OBERDIEK, *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, cit., p. 111-141 (8. «A Liberal Argument for Tolerance») e p. 173-175 («Epilogue»).

afirmação liberalmente cunhada de *direitos*, no seio de uma política de identidade desenvolvida no quadro de uma democracia liberal.

Será esta uma aplicação prática de uma afirmação de *intersubjectividade racional* e/ou de *cuidado* para com o *outro*, ou antes um *reconhecimento*, em si e por si, de que as *diferenças* devem ser integradas? Se na primeira possibilidade podemos concordar que existe um reconhecimento do *outro* como ser racional que permite a manutenção da *diferença*, e, até, do *diferendo* – compatíveis, portanto, com a discordância de base essencial à possibilidade da tolerância –, na segunda parece existir muito mais do que isso – se a *ética* precede a *ontologia*, o reconhecimento do outro implica muito mais do que a simples tolerância da diferença –, e na terceira, decididamente, um reconhecimento que, acentuando determinantemente a dimensão de *aceitação*, parece apagar as essenciais diferença e discordância sem as quais não existirá tolerância, mas antes *integração*...

Criticando uma percepção liberal-neutral da “*inclusão do outro*”, Anna Elisabetta GALEOTTI elenca várias possibilidades, dentre as quais uma tal “*inclusão*” assente na dignidade, respeito e valor como elementos integradores da cidadania<sup>152</sup>, com repercussões jurídicas nessa “*inclusão*” por via da *atribuição* de direitos e da conferência da possibilidade do seu efectivo exercício por parte das minorias<sup>153</sup>. Com uma nota fundamental na acentuação da *reciprocidade* do *respeito pelas diferenças* como condição de *inclusão*<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup>Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 96-99 (3. «*Toleration Reconsidered*», p. 85-114).

<sup>153</sup>«Legal inclusion in fact implies the admission into citizenship of individuals, whatever their origin, membership, or ethnic, cultural, or sexual identity. But the disregard of differences (i. e. public blindness), conceived as an anti-discriminatory provision, exhibits perverse effects for members of minority groups, because their membership and collective identity cannot be dismissed at will». – *Idem*, p. 97.

<sup>154</sup>E, assim: «I think that the public toleration of social differences will constitute a step towards full inclusion of minority members only if it is grounded on reciprocity. Unilateral toleration may in fact be viewed as a condescending or paternalistic gesture by those being tolerated; it might be better than suppression or repression, but it is far from satisfactory». – *Idem*, p. 135-136.

### 1.2.3.2. Uma perspectiva crítico-reconstrutiva da tolerância liberal

Se nas actuais democracias liberais, construídas sobre a moderna tolerância religiosa, o reconhecimento da igualdade e da liberdade poderia ter tornado supérflua a questão da tolerância, pois que, uma vez remetidas para a esfera privada as diferenças quanto à religião, estilo de vida e valores estéticos e morais, o poder político deixaria de ter legitimidade para intervir nesses domínios, o que de facto se verifica é que a questão da tolerância – mormente da sua ausência... – permanece. Assim, no diagnóstico de Anna Elisabetta GALEOTTI, nas últimas duas décadas ressurgiram casos que não se dirão, na sua classificação, meramente *triviais*, insusceptíveis de inserção na categoria de *tolerância política* («*political toleration*»), como seria tido por adequado numa democracia liberal – e, assim, os meros casos de discordância entre vizinhos, companheiros de viagem ou colegas de trabalho, e, portanto, sem relevância política –, mas que efectivamente se configuram como casos *genuínos, não-triviais*, de *tolerância* – aqueles em que a questão é não apenas tida por muito controversa pelo público, mas que, adicionalmente, requer a intervenção do Estado, quer pela verificação da efectiva intolerância quer pela definição dos limites da prática tolerante («*toleration*»). Soluções ambas insatisfatórias, na *perspectiva crítico-reconstrutiva* que Anna GALEOTTI adopta face à *tolerância liberal*<sup>155</sup>.

Aliando-se a outras perspetivações que igualmente asseveram que a *teoria liberal* da tolerância é incapaz de lidar com os novos desafios, e apresentando uma resposta alternativa aos actuais ditos *genuínos* problemas de tolerância, no quadro da

---

<sup>155</sup>« The inclusion of the ideal of toleration in constitutional rights as a means of protecting individual freedom of conscience, expression, and association seems to render the very notion of toleration superfluous». (...)

(...)

However, even though toleration appears to have become an inalienable hallmark of the liberal order, questions do still arise. In the last decade of the twentieth century, in particular, some important issues acquired a prominent position in liberal politics, engendering a corresponding theoretical interest in the topic of toleration. I define a genuine, non-trivial case of toleration as one in which the issue is not only perceived by the general public as highly controversial but as one which also requires the intervention of the state to settle it, either by means of checking intolerance or by defining the limits of toleration. (...) when genuine, non-trivial cases are to be addressed, the usual solutions, drawn from liberal views of toleration, are largely inadequate and seem unsatisfactory no matter what decision is reached – that is, either alternative – taking a tolerant stance and imposing limits on toleration – seems unsatisfactory». – *Idem*, p. 2-4. Vide também o já anterior artigo de Anna Elisabetta GALEOTTI, “*Contemporary Pluralism and Toleration*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 223-235.

*teoria liberal* – centrada numa abordagem de intencionalidade prática, em perspectiva política, que não de especulativa reflexão estritamente filosófica, da *prática de tolerância* («toleration»)<sup>156</sup>, muito concentrada no contexto norte-americano –, partindo do reposicionamento do próprio problema da tolerância nesse quadro<sup>157</sup>. Defendendo que os actuais desafios que se colocam à tolerância liberal resultam do facto de os problemas de intolerância serem hoje menos localizados nas relações entre sujeitos individuais e mais nas relações entre grupos, situa sobretudo a este nível a discussão sobre a tolerância<sup>158</sup>.

Posto assim o problema, excluídas ficam as possibilidades oferecidas pelas compreensões liberais da *justiça distributiva*, não apenas porque estaríamos perante problemas inconfundíveis, mas ainda porque os sujeitos aqui em causa não seriam indivíduos, mas grupos. Com o que se exclui a recondução do problema à resposta anunciada por RAWLS através do *princípio da diferença*<sup>159</sup>. E isto por entender que uma tal redução da *prática tolerante* à distribuição deixaria de fora um elemento fulcral: a noção de que a pertença a um determinado grupo não se confunde com a desigualdade de distribuição de recursos e/ou oportunidades. Assentando nesta distinção face à redistribuição, propõe Anna GALEOTTI uma revisão da própria concepção da *prática de tolerância* (*toleration*)<sup>160</sup>. A tolerância surge aqui fundada em considerações de justiça –

---

<sup>156</sup>«(...) the philosophical discussion on toleration as a moral disposition is of little consequence for dealing with the political issue of toleration: one thing it is to understand how permitting wrongdoings can be a virtue, and another to understand how difficult and conflicting ways of life can peacefully coexist and express themselves freely. The question I am going to rise is, rather, how toleration works as a political principle within the wide tradition of liberalism». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 23.

<sup>157</sup>«I shall advance a different answer, and one that could be the starting point for a fundamental revision of liberal toleration, which would adapt it to deal with contemporary genuine cases». – *Idem*, p. 4.

<sup>158</sup>«(...) what gives rise to most genuine contemporary issues of toleration are, in fact, differences between groups rather than between individuals». – *Idem*, p. 5.

<sup>159</sup>«Once the issue of social differences as markers of special disadvantages is grasped, some would claim that it can be dealt with by some form of compensatory distribution, thus dispensing with the need for toleration altogether. In this way, contemporary issues of toleration would be reduced to a matter of distributive justice. (...) the problem underlying contemporary cases of toleration would then be recaptured within a well-known line of inquiry of liberal thinking, i.e. the distributive paradigm. The latter may be hard pressed when dealing with groups instead of individuals, but it has already confronted the controversial issue of preferential treatment, and is, in principle, equipped with conceptual tools capable of dealing with differences (for example, the well-known difference principle advanced by John Rawls)». – *Idem*, p. 7, remetendo para John RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, capítulo 4, §§ 32, 33, 34, 35, p. 210-221.

<sup>160</sup>«(...) the reinterpretation which I am proposing of the circumstances in which genuine questions of toleration arise resists the widespread contemporary attempt to reduce questions of toleration to questions of redistribution, and requires, rather, a general revision of the concept of toleration». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 9. *Vide idem*, p. 8-9.



embora não, portanto, de justiça distributiva –, como primeiro passo numa estratégia de completa inclusão dos membros pertencentes a minorias oprimidas e marginalizadas<sup>161</sup>.

É nesta medida que Anna GALEOTTI configura a *prática de tolerância* («toleration») como *uma forma de reconhecimento de diferentes identidades na esfera pública*. Para o que propõe uma *concepção de prática de tolerância* («toleration») que, afirma, implica uma dupla extensão da *concepção liberal*: (1) uma *extensão espacial* – da esfera privada para a esfera pública –; e (2) uma *extensão semântica* – do sentido *negativo*, de não interferência, para o sentido *positivo*, de *aceitação e reconhecimento*<sup>162</sup>. E *tolerância como reconhecimento* assente num sentido muito próprio de *reconhecimento*, inconfundível com outros – tal como, exemplarmente, o proposto por Axel HONNETH –: um sentido que pensa simbolicamente a tolerância como um gesto público visando a legitimação da existência de diferenças e a respectiva equiparação aos hábitos e práticas da maioria<sup>163</sup>.

Se, no dizer de Anna GALEOTTI, em *sentido literal* – de nítida referência ao contexto *liberal* –, a contemporânea *prática de tolerância* («toleration») consiste numa extensão da liberdade pessoal da esfera privada para a esfera pública, em geral assente no princípio da não discriminação, estando tal sentido em consonância com a doutrina liberal, tal sentido não esgota os significados de prática tolerante na democrática pluralista. Contexto este em que, para lá da existente garantia de direitos individuais, surgem verdadeiros casos de tolerância, uma vez que o que está em causa é algo que se encontra para lá da liberdade de consciência, da liberdade de expressão e da privacidade. O que hoje baseia a luta pela tolerância é uma questão de reconhecimento

<sup>161</sup>*Idem*, p. 202-204.

<sup>162</sup>«The reasons for public toleration are to be found in such crucial liberal principles as equality of respect, inclusion, and openness». – *Idem*, p. 194. «Toleration will appear to be founded on considerations of justice, though not distributive justice, representing the first step in a strategy for the full inclusion of members belonging to oppressed and marginal minorities. In order to play that role, toleration will be conceived of as a form of recognition of different identities in the public sphere. In this way the concept of toleration I propose (...) implies a double extension of the liberal notion: first, a spatial extension from the private to the public domain, and, second, a semantic extension from the negative meaning of non-interference to the positive sense of acceptance and recognition». – *Idem*, p. 10, remetendo, também no sentido de uma alteração de posição de um sentido negativo para um sentido positivo de *toleration*, para Karl-Otto APEL, “Plurality of the Good? The Problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, 1997, p. 199-212. *Vide* ainda Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, *cit.*, p. 99-114.

<sup>163</sup>«Briefly, the outline of the argument for toleration as recognition is the following. If we take pluralism to be the presence of several groups and cultures within the same society (...) circumstances in which toleration is required are reconceived as being produced by the majoritarian (negative) perception of traits, habits, and practices of minority groups which are singled out as “different” and excluded from what the majority defines as standard forms of behavior». – *Idem*, p. 10.

público de diferentes identidades, não a busca de uma parcela *extra* de liberdade<sup>164</sup>. Aquilo que as minorias que lutam por visibilidade e aceitação pública pretendem não é apenas uma aceitação tácita, mas uma aceitação pública, um *reconhecimento público* – e, assim, nesta compreensão, um *sentido simbólico*, e não apenas *literal*, de tolerância – que legitime a *diferença*.

Neste ponto, e neste sentido, a *prática tolerante* será aquela que reconhecer positiva e publicamente as diferenças. O que não significaria comprometer o *princípio da neutralidade* tipicamente liberal e o respectivo *anti-perfeccionismo*. Para excluir tal objecção, Anna GALEOTTI estabelece uma gradação de *modalidades de reconhecimento*, ou de formas de o interpretar. Assim, num sentido *forte*, em que estaria implicado o valor intrínseco da diferença reconhecida, aquela *neutralidade* poderia estar em causa; porém, num sentido mais *modesto*, aquele que Anna GALEOTTI pretende enunciar, o *reconhecimento público* das *diferenças* não implicará o seu valor intrínseco, não cabendo às autoridades políticas determiná-lo, aquelas serão antes instrumentalmente reconhecidas, pelo valor que têm para os seus defensores<sup>165</sup>. Sentido em que a *neutralidade* e a *imparcialidade*, assim compreendidas, não ficariam comprometidas<sup>166</sup>.

Enquanto a *tolerância* refere a abstenção de ingerência do poder político em perspectivas religiosas e morais dos indivíduos, e, assim, na sua esfera privada, a

---

<sup>164</sup>«In the literal sense, contemporary toleration consists of an extension of personal liberty from the private to the public sphere, an extension which is generally argued on the basis of the non-discrimination principle. This literal meaning of toleration is in line with liberal doctrine and most of the present discussion is concerned with it, especially with reference to its acceptable limits. Yet it by no means exhausts the meanings of toleration in pluralistic democracy.

(...) If what underlies contemporary claims for toleration is a quest for the public recognition of different identities, then the claimant's goal cannot be simply the acquisition of an extra piece of liberty». – *Idem*, p. 11. *Vide idem*, p. 99-100.

<sup>165</sup>«So far the argument for toleration as recognition has been shown to be grounded on principles of liberal justice, namely non-discrimination, equality of respect, and inclusion. Yet some may object that public recognition implies a conflict with liberal principles – that is, with neutrality, universality, and impartiality. (...)

I contend, however, that this objection depends on a questionable conception of recognition. Recognition is interpreted here as acknowledging, or even endorsing, the intrinsic value of the difference in question. On this strong interpretation, recognition definitely ought not to be extended by democratic institutions to particular forms of life. But public recognition of differences admits of another less problematic meaning. Differences can be recognized not for their intrinsic value, which it is not up to the political authorities to determine, but instrumentally, for the value they have for their bearers». – *Idem*, p. 14-15, remetendo, quanto ao sentido *forte* da interpretação do reconhecimento, para Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, in A. GUTMANN (Ed.), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, *cit.*, p. 25-73.

<sup>166</sup>«If public recognition can be reconciled with a revised notion of neutrality, it can also be reconciled with impartiality». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, *cit.*, p. 16.

*neutralidade* traduzirá a ausência de favorecimento de qualquer desses tipos de perspectivas, ou dos seus defensores, sobre outros, na esfera pública. Assim, no dizer de Anna Elisabetta GALEOTTI, enquanto a tolerância garante a *liberdade de expressão*, a neutralidade garante a *não-discriminação*. Tendo a neutralidade resultado da generalização da tolerância religiosa, conduzindo à constituição do Estado como religiosamente neutro<sup>167</sup>.

Efectivamente, a questão da *não-discriminação* divide as doutrinas liberais, discutindo-se se a sua melhor concretização resulta de manter *neutralidade* quanto a quaisquer diferenças, ou de as considerar positivamente. Bem como se verificam divisões quanto ao próprio *princípio da neutralidade*, quanto à independência da dimensão política face a qualquer perspectivação de ordem moral. Com o *liberalismo neutral* a distinguir-se do *liberalismo perfeccionista*, neste ponto, por naquele se desenvolver o debate sobre as formas de realização do *princípio da não discriminação*<sup>168</sup>. E, assim, com o primeiro a ver na *neutralidade* o valor máximo do liberalismo, e o segundo a afirmar a essencialidade de determinação material de valores (liberais) a prosseguir. E este último com diferentes vertentes: uma a admitir o pluralismo no seio da ideia *liberal de bem*, e a outra, partindo directamente do valor da *autonomia*, a englobar na perspectiva *pluralista o multiculturalismo*<sup>169</sup>. Para Anna Elisabetta GALEOTTI, a solução para o *pluralismo* procurar-se-ia no consenso oferecido pelo *ideal de tolerância*, aplicado ao «*constitutional argument*», que não já ao *consenso de sobreposição* baseado no «*contractarian argument*»<sup>170</sup>.

<sup>167</sup>«With reference to citizens, (...) while toleration grants them freedom of conscience, neutrality grants them the right not to be discriminated against because of their conscience». – *Idem*, p. 26.

<sup>168</sup>«The disagreement about the best way to promote non-discrimination in general does not coincide with the neutralist/perfectionist divide, but is, rather, internal to neutralist liberalism, depending on different interpretations of neutrality». – *Idem*, p. 27.

<sup>169</sup>«(...) perfectionist liberalism has taken two diverging routes. The first, and earlier, circumscribes pluralism and toleration within the broad boundaries of the liberal good. The second, and more recent, starting from the crucial value of autonomy, leads to a pluralist perspective endorsing multiculturalism. (...) these two routes need not be exclusive, though they look prima facie incompatible». – *Idem*, p. 39.

<sup>170</sup>«(...) the issue is how to obtain the consensus of opinion, which is necessary for political legitimacy (...). The solution is provided by the ideal of toleration, as applied in what I will call “the constitutional argument”. The constitutional argument proposes the hypothetical reconstruction of a way in which the members of a society could reach political consensus on basic principles and institutions (...).» – *Idem*, p. 30. E, em nota, afastando-se expressamente de RAWLS: «I choose to refer to the constitutional argument instead of the contractarian argument, which is specific to John Rawls’s *A Theory of Justice*. Since neutrality is what sustains liberal legitimacy, the analysis is developed at the constitutional level, but not all neutralists make reference to the social contract framework». – *Idem*, p. 30, n. 24.

No que especificamente à tolerância diz respeito, o *liberalismo neutral* e o *liberalismo perfeccionista* distinguem-se pelo papel que lhe conferem: no *liberalismo perfeccionista* a tolerância emerge globalmente como um dos valores liberais e uma virtude social a prosseguir, ao passo que a tolerância política seria apenas uma condição de base de uma sociedade aberta; no *liberalismo neutral* a tolerância surge como princípio político de legitimação da ordem política numa sociedade pluralista, com assento constitucional<sup>171</sup>.

A prática de justiça distributiva e a de tolerância, além de – e em consequência de – surgirem de *diferendos* distintos – aquela de conflitos de interesses e esta de divergências de opções axiológicas de base e concomitante comportamento – exigem tratamentos distintos, pois que aquela permite, e mesmo implica, negociação e, eventualmente, compensação pelas perdas, ao passo que nesta última a negociação se afigura impossível e uma eventual compensação só muito dificilmente atingível<sup>172</sup>. Desde logo, a prática de tolerância será exigida face a certos grupos – neste sentido, “*minoritários*” – cuja “*diferença*” é repudiada pela *maioria*, com as suas características, práticas e formas de vida tradicionalmente assentes e dominantes numa sociedade<sup>173</sup>.

### 1.2.3.3. A problemática passagem da tolerância ao reconhecimento

A revisão do problema da tolerância elaborada por Anna GALEOTTI, partindo da estruturação liberal da sociedade, assenta afinal na afirmação de que se uma estrutura liberal reconhece publicamente as diferenças de grupo estará a admiti-las como

---

<sup>171</sup> «For perfectionist liberalism, toleration is basically considered as one of the liberal values and as a specific social virtue required for the flourishing of liberal society and its members, while political toleration is just a background condition for an open society. For neutralist liberalism, by contrast, toleration is construed as the political principle that grounds legitimate political order in a pluralist society: the emphasis is on its fundamental role in the constitutional design of liberal institutions». – *Idem*, p. 38. *Vide idem*, p. 48-49.

<sup>172</sup> «(...) not all groups differences give rise to questions of toleration: there are differences of interest which can engender harsh conflicts, but which do not result in problems of toleration. (...) adjudication is in principle available, given that conflicts of interest are always negotiable and open to discussion, making it possible to compensate for losses. By contrast, questions of toleration cannot be settled simply by paying off one of the parties, or by any easy compensatory measure». – *Idem*, p. 88.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 88-89.

legítimas, e, concomitantemente, a incluí-las na esfera pública em condições de igualdade com as práticas e comportamentos tidos por “normais”, aceitando assim tais “diferenças”, equiparando os comportamentos<sup>174</sup>. Porém, GALEOTTI entende que o reconhecimento público das diferenças só pode acontecer se a tolerância for justificadamente apresentada. Assim, a consideração do problema da tolerância em termos de *conflito moral*, contrapondo valores liberais aos direitos das minorias, manteria a questão da tolerância no domínio da negativa passividade (não intervenção), não permitindo a sua recondução ao reconhecimento das diferenças. O carácter justificado da tolerância suscita, porém, algumas questões, perguntando desde logo Anna GALEOTTI pelas razões que poderão conferir à tolerância o apropriado *significado simbólico* («*symbolic meaning*»), e considerando que a tolerância decorre da tomada de consciência da injustiça da desigualdade de tratamento das minorias face à maioria, e reputando apto para tal correcção o *reconhecimento das diferenças* e respectiva *inclusão*, sem infringir o *princípio do dano* («*harm principle*»), e assim nos limites da sociedade liberal<sup>175</sup>. O que exigiria ainda saber que *forma de reconhecimento* poderia implementar esta *tolerância pública*, assim compreendida. Assim, na forma de *reconhecimento forte* delineada por Charles TAYLOR não haveria lugar à manutenção da democracia *liberal*, pois que um reconhecimento que admitisse todas e quaisquer diferenças com base no respectivo valor intrínseco poria em causa os ideais liberais de *anti-perfeccionismo* e *neutralidade*<sup>176</sup>. O reconhecimento poderia ser, então, compreendido num sentido mais *fraco*, como tomada de consciência de que qualquer cultura, qualquer forma de vida, qualquer forma de ser tem um certo valor num determinado sentido, enquanto forma de empenho humano. Porém, também esta forma de reconhecimento não lograria o cumprimento do sentido da tolerância numa sociedade

<sup>174</sup>«Public toleration of differences is, however, pursued for its symbolic meaning: the official public acceptance of a different behavior or lifestyle, if properly grounded, signifies recognition of that difference». – *Idem*, p. 100.

<sup>175</sup>*Idem*, p. 101-103.

<sup>176</sup>Referindo-se à noção de reconhecimento apresentada por Charles TAYLOR, in “*The Politics of Recognition*” (in A. GUTMANN (Ed.), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, cit., p. 25-73): «We still need to understand what form of recognition can (symbolically) be implemented by public toleration, if backed by the right reasons. This comes down to the proper meaning of “recognition of differences”. It is something which worries liberals because it suggests a stretching of the liberal framework and also because it is the source of many misinterpretations and misunderstandings. (...)»

First of all, recognition can be interpreted as acknowledging, and even endorsing, the intrinsic value of the difference in question. I think that this strong notion of recognition is utterly inappropriate in this context. For one thing, I do not see how it can apply to liberal democratic institutions». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 103.

liberal, pois que, tal como o primeiro, visaria a pública afirmação do valores das diferenças por si, o que, de acordo com a ortodoxia liberal, iria além das funções das instituições democráticas liberais, em que não caberia afirmar qualquer valor para além dos estritamente políticos. Pelo que o reconhecimento público das diferenças deveria ser apenas instrumentalmente mobilizado para a plena inclusão dos membros de grupos *minoritários* na sociedade democrática. Tal reconhecimento não deveria basear-se no conteúdo das *diferenças* – não obstante podendo, evidentemente, este existir –, antes nos factos de serem importantes para os seus defensores e de expressões de desprezo face a tais diferenças serem uma fonte de injustiça.

Assim, para Anna GALEOTTI, o *reconhecimento* será delimitado não pelo conteúdo das diferenças afirmadas mas pela não violação do *princípio do dano* e dos *direitos* dos outros<sup>177</sup>. Reconhecendo a indeterminação de sentido do *princípio do dano*, atribui-a à indeterminação da teoria, frisando que o importante é afirmar que o *reconhecimento público*, neste sentido, é independente do conteúdo, podendo ser, assim, adequado à exigência de *neutralidade*<sup>178</sup>. O que acarreta também uma recompreensão da própria *neutralidade*, sendo que o *reconhecimento simbólico* («*symbolic recognition*») põe em prática os *ideais liberais* de justiça, inclusão em condições de igualdade, e igualdade de respeito por todos os cidadãos, mas, diferentemente da política liberal *tradicional*, não através da anulação das diferenças por meio de compensação, antes permitindo aos cidadãos a afirmação da sua identidade em público e em privado<sup>179</sup>.

Por outro lado, além da adequação desta noção de *reconhecimento* à compreensão revista da *neutralidade*, também se verificaria a adequação da mesma com

---

<sup>177</sup>«However, recognition can be interpreted, in a weaker sense, as the acknowledgment that any culture, any form of life, any way of being has some value in some respect as a form of human endeavor. (...)

Differences should be publicly recognized not because they are important or significant per se, though they may well be, but because they are important for their bearers and because expressions of public contempt for them, on the grounds that they depart from the social “norm”, are a source of injustice. (...) the content of the difference in question need not be assessed and judged once it is ascertained that the harm principle and the rights of others are not violated». – *Idem*, p. 104.

<sup>178</sup>«As in cases of traditional toleration, what counts as harm is inevitably controversial, but this pertains to the intrinsic indeterminacy of the theory. What is important and must be stressed is that, in this sense, public recognition, with the aim of legitimating the public presence of diversity, is content-independent and, hence, can be fitted into the ideal of neutrality (which does not necessarily coincide with difference blindness)». – *Idem*, p. 104.

<sup>179</sup>«It must be stressed that although symbolic recognition can, in the last analysis, be reconciled with a revised notion of neutrality, it requires a more active and positive attitude towards differences, which goes beyond the usual interpretations of neutrality. Symbolic recognition implements the liberal ideals of justice, equal inclusion, and equal respect of all citizens, but it does so in a different way from standard liberal politics». – *Idem*, p. 105.

a *imparcialidade*<sup>180</sup>. Defendendo GALEOTTI que os eventuais custos que este *reconhecimento simbólico* possa acarretar não deverão, imediatamente e *per se*, constituir razão suficiente para impedir a prática de tolerância, pois que não são de natureza diferente da de outras políticas públicas – prioridade, limitações orçamentais, análise custo-benefício, entre outras<sup>181</sup>. Além de que a própria distinção de tratamento decorrente do *reconhecimento simbólico* seria ela própria, nesses termos, limitada – pelo que ao incial *reconhecimento*, neste sentido, próprio da *tolerância pública*, não se seguiria uma *incondicional e ilimitada* tutela, antes uma negociação política acerca das pretensões a tutelar<sup>182</sup>.

Anna GALEOTTI, apostando assim uma compreensão normativa da *tolerância como reconhecimento*, apresenta também resposta a algumas objecções a esta sua concepção, afirmando que (1) a mais comum dessas objecções consiste em afirmar que a perspectivação da tolerância como reconhecimento é incompatível com a política *liberal* e um risco para a *ordem liberal*. Considera Anna GALEOTTI que esta objecção não colhe, afirmando antes que a *tolerância como reconhecimento* será ainda assim compatível com os princípios *liberais* – ainda que implicando uma reestruturação dos padrões sociais – e não infringe nenhum direito ou valor fundamental<sup>183</sup>. (2) Uma outra objecção comum será a que diz respeito a outras pretensões de *reconhecimento*, consideradas conseqüências desviantes da tolerância pública de diferenças, afirmando que mesmo que a tolerância como reconhecimento possa em última análise tornar-se compatível com a política liberal, abre caminho para a arena da identidade política, cujas tendências para o *particularismo* e *tribalismo* estão profundamente em desacordo com a justiça liberal. Mas Anna GALEOTTI responde apresentando os argumentos-chave da política de identidade, seleccionando as diferentes reivindicações, e avaliando até

---

<sup>180</sup> «If this notion of recognition can be reconciled with a revised notion of neutrality, it can also be reconciled with impartiality». – *Idem*, p. 106.

<sup>181</sup> *Idem*, p. 107-108.

<sup>182</sup> «(...) it should be stressed that public toleration as symbolic recognition of differences does not commit the government to meeting all further claims advanced by minority representatives; in a sense, the opposite is true. While public toleration cannot be denied to any identity (once the harm test is passed), after this first step towards inclusion has been made, then all other claims should be subject to negotiation and reciprocal accommodation. (...) the public decision on such claims no longer belongs to the non-negotiable area of toleration, but is subject to the familiar modes of political bargaining». – *Idem*, p. 108.

<sup>183</sup> «The first and most common objection is that toleration as recognition is incompatible with liberal politics and a risk to the liberal order. Though the allegation of incompatibility is not incomprehensible in that public toleration of differences will lead to a redrawing of societal standards, and, consequently, worsen the majority's status, I argue that toleration as recognition is nevertheless compatible with liberal principles and does not infringe any right or fundamental value». – *Idem*, p. 192.

que ponto a adopção da *tolerância como reconhecimento* comete o governo a conhecer também mais reivindicações, sublinhando uma estratégia geral para lidar com as pretensões de reconhecimento em que, da perspectiva da justiça social, algumas serão aceites, enquanto outras serão rejeitadas, e a maior parte poderá ainda ser negociada<sup>184</sup>. Duas outras objecções, não-convencionais, são também consideradas, uma (3) a questionar a política simbólica enquanto tal, e a outra (4) a salientar que a afirmação e reputação sociais são *bens de posição*, e não, e por isso mesmo, em princípio generalizáveis<sup>185</sup>.

Efectivamente, a compreensão da tolerância apresentada por Anna Elisabetta GALEOTTI não se basta com a percepção liberal-neutra de *igualdade*, que em último termo oculta a *diferença* sob um entendimento formalmente cunhado do *princípio da igualdade*, que exclui, para Anna Elisabetta GALEOTTI, a *exclusão*, e, concomitantemente, o da *inclusão de minorias* e do *reconhecimento público* de diferentes identidades. Com o que a uma compreensão deste tipo, assim portanto *negativa*, de tolerância, haveria que opor uma outra, *positiva*, em que a tolerância fosse assumida como exigência resultante do *reconhecimento efectivo* das *diferenças* e como *prática de inclusão*<sup>186</sup>. Com que, cremos, discordando, a tolerância perderia a essencial divergência de pontos de vista, única base que lhe confere unidade de sentido. O *princípio do reconhecimento* implica dimensões materialmente positivas de aceitação que se afastam, desde a origem, da compreensão – formal e material – da tolerância. O reconhecimento, não dispensando uma dimensão de aceitação, implica passar além do suportar característico da tolerância. O que a autora parece propor é, portanto, uma alteração no quadro do tradicional pensamento liberal anglo-saxónico, da compreensão

<sup>184</sup>«A second common objection concerns further claims for recognition, which are considered dangerous consequences of the public toleration of differences. Even though toleration as recognition can ultimately be made compatible with liberal politics, it opens the way to the arena of identity politics, whose tendencies towards particularism and tribalism are deeply at odds with liberal justice. In response, I will map out the key arguments in the politics of identity (...). Then I outline a general strategy for dealing with demands for recognition which suggests that from the perspective of social justice only some can be met, while others should be rejected and most can be negotiated». – *Idem*, p. 192.

<sup>185</sup>«Finally, two non-conventional objections to toleration as recognition will be taken up, the first questioning symbolic politics as such, and the second pointing out that social standing and reputation are positional goods and not, therefore, in principle generalizable». – *Idem*, p. 192.

<sup>186</sup>«The conception of toleration as recognition shares with the standard conception of neutralist liberalism the view that toleration is a matter of justice. But, in this case, the question does not primarily concern equal liberty, but equal terms of inclusion. (...).

(...) Public toleration should reverse the invisibility and marginality of different identities which public blindness, far from dispelling, in fact reinforces. And in order to play this symbolic role, an argument for toleration as recognition is vital». – *Idem*, p. 193-194.



do conteúdo do princípio da igualdade, materializando-o, enriquecendo-o de dimensões substanciais como o tratamento do igual e do diferente na correcta medida dessa igualdade e dessa diferença.

Procurar percorrer o caminho da exigência da tolerância para chegar a tal resultado implica, como acaba por se tornar evidente, sair do caminho da *tolerância* para o do *reconhecimento*, mas não poderá já implicar, ao contrário do que a GALEOTTI defende, encarar a tolerância e a sua prática *como reconhecimento* (*Toleration as Recognition*), identificando duas categorias essencialmente distintas, quer formal quer materialmente. O que não significa, como em tese ficará demonstrado, que a tolerância deva assumir-se apenas como passivo suportar daquilo de que se discorda. Todavia, a tolerância ou assenta essencialmente na componente da divergência ou não será já tolerância, transmutando-se em algo outro cujos contornos haverá que delinear para fundamentar, filosófica, sociológica e juridicamente, o tratamento da diferença. E, portanto, fora do que é o objecto essencial da tolerância, perdendo assim o campo argumentativo.

O problema da relevância ou irrelevância social e, no que aqui é determinante, *jurídica*, da exigência de tolerância só poderá ser analisado nos limites desta. Tudo o mais que se proponha cairá fora deste núcleo-*objecto* de discussão. Com o que nos parece que Anna Elisabetta GALEOTTI acaba por confundir duas categorias de inteligibilidade distintas. Mais. Se o *reconhecimento da diferença* é crucial para a tomada de consciência da *divergência* que conduz (ou não...) à tolerância e à prática tolerante, e se mantém nesse exacto domínio, o *princípio do reconhecimento*, materialmente compreendido, como Anna Elisabetta GALEOTTI parece compreendê-lo – ainda que considerando-o *independente do conteúdo* –, e bem assim também o entenderemos – porém não já assumindo a sua *independência face ao conteúdo* –, distingue-se daquela tomada de consciência, constituindo uma *dimensão normativa positiva* de fundamentação da *intersubjectividade*, e muito concretamente da específica *intersubjectividade* pressuposta pelo jurídico, mas agora em paralelo com o *princípio da igualdade* ou como sua derivação.

Ver na tolerância um ponto de partida e um pressuposto do *reconhecimento da diferença*, passando além da discordância, pode constituir exactamente isso: um pré-suposto de índole ético-moral com consequências no plano ético, social e jurídico. Transmutar desse modo a *tolerância* em *reconhecimento* parece ser ir demasiado longe.

Sentido este em que também Catriona MCKINNON distingue *tolerância*, enquanto *princípio político*, de *inclusão política*, estabelecendo a fronteira para nós também essencial entre a tutela (*negativa*) por via de não reacção e a tutela (*positiva*) por via da atribuição de faculdades e direitos<sup>187</sup>.

Face ao problema da relação entre a *tolerância*, *rectius*, a *prática de tolerância* («*toleration*»), aqui perspectivada como *reconhecimento*, e a *neutralidade* da democracia liberal, Anna Elisabetta GALEOTTI estabelece como limite, como é consentâneo e expectável nesta posição, os *direitos*: assim, o *público reconhecimento* (a *tolerância como reconhecimento*) da *diferença*, não afirmando um valor intrínseco de qualquer *diferença* específica, e, concomitantemente, não infringindo quaisquer direitos, será *independente do conteúdo* («*content-independent*»), e generalizável a quaisquer reivindicações, dentro desse limite de viabilidade social. Com o que se responderia ao problema com a *independência de conteúdo* e a *imparcialidade* como garantias, e vistas como conciliáveis com a consideração pública *positiva* das *diferenças*. Ficaria, assim, apesar da alteração da atitude perante a *diferença*, salvaguarda a *neutralidade* típica das democracias liberais, e, simultaneamente, a *justiça*<sup>188</sup>. Implicando alterações nas normas societárias<sup>189</sup>, cuja importância é suplantada, não obstante, pela intenção política de *integração das minorias*<sup>190</sup>.

Pretendendo também uma *correção* da abordagem estritamente *liberal* da tolerância – merecendo, por isso, aqui uma crítica análoga à que aqui apontamos a Anna

---

<sup>187</sup> «The political principle of toleration is negative: it demands restraint with respect to the use of state power as it affects people who lead lives disliked or disapproved of by the majority, or by those with the most political power. (...)»

Toleration only demands action when abstention has not been observed, so as to put right the wrongs of official discouragement or repression. But political responses to disliked and disapproved of people can go beyond toleration». – Catriona MCKINNON, “*Toleration and the Character of Pluralism*”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies...*, cit., p. 54-70, p. 57. A gradação proposta por Catriona MCKINNON quanto à tolerância enquanto *princípio político* – *repression/oficial discouragement/toleration/political inclusion/oficial promotion* – encontra paralelo ao nível da *tolerância pessoal* (*personal toleration*) – e, assim, *repression/toleration/engagement/appreciation*. – Vide *idem*, p. 56-60.

<sup>188</sup> Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 194-195.

<sup>189</sup> «In fact, toleration as recognition tends to be opposed from various sides (more so in countries where the secular ideal of *laïcité* embodies the principle of neutrality than in others), because, despite its symbolic nature, it engenders real transformations in societal norms. The inclusion of differences in the public sphere implicitly leads to the redrawing of the standards of civility, propriety, and normality, constituting a worsening of the majority’s social position, given that the latter loses its monopolistic position of control over societal conventions and norms». – *Idem*, p. 195.

<sup>190</sup> «In sum, the commitment to a public recognition of differences, implied in public toleration, entail an undertaking to question and revise those conventions which are based on what the majority considers to be the norm, so as to take into account the views of minorities». – *Idem*, p. 202.

Elisabetta GALEOTTI –, visando congregar o acordo de liberais e não-liberais em torno de um projecto democrático alternativo, vem propor Sheldon LEADER uma solução intermédia em democracia, susceptível de congregar a realização material do que designa por *direito genérico à tolerância* em três específicos *direitos à tolerância*: 1) um direito *contra* a interferência, 2) um direito de *acesso* às instituições comuns e 3) um direito especial de insenção dos *padrões* da comunidade<sup>191</sup>. E por outro lado ainda, ainda em crítica a GALEOTTI – e aqui mais próxima da (porém não coincidente com a) que *supra* lhe apontamos, apresenta Steven LUKES uma distinção entre *tolerância* e *reconhecimento*, acabando por concluir pela insuficiência daquela *liberal toleration* – no sentido em que GALEOTTI também a rejeita –, e pela necessidade de enveredar, não já, como GALEOTTI, por uma redefinição substantivamente enriquecedora da tolerância a partir de uma redensificação da categoria *reconhecimento* – que mantenha o mesmo significante para um determinadamente distinto significado –, mas por um esclarecimento da categoria *reconhecimento* e, conseqüentemente, uma efectiva *política de reconhecimento* como tal expressamente admitida<sup>192</sup>.

<sup>191</sup>«The generic right to toleration, as defined earlier, itself divides into at least three distinct species: a right against interference; a right of access to common institutions and spaces; and a special right to exemption from community standards». – Sheldon LEADER, “*Toleration without Liberal Foundations*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 139-164, p. 143. *Vide também ibidem*, p. 150-162. «In working through the nature of these three rights to toleration, we have avoided relying on any of the standard foundations that inform either a liberal position or those of any of the liberal’s opponents. Instead we have sought guidance from the cross-cutting principles of democracy (...)». – *Idem*, p. 163. *Vide também* o comentário de Richard BELLAMY, considerando que perspectivas como esta de LEADER, bem como a de GARZÓN VALDÉS (in Ernesto GARZÓN VALDÉS “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 127-138 – *vide infra*, 6.2.1.2. e 6.2.3.1.7.), se baseiam em ideais de democracia, e não em processos democráticos reais, aproximando-se, assim, mais do *liberalismo* – mormente de RAWLS – do que à partida pretenderiam: «There are roughly two ways of deriving principles from democracy: by appealing to the *ideal* of democracy or to the *democratic process*. The first option cannot provide an adequate argument for tolerance». – Richard BELLAMY, “*Toleration, Liberalism and Democracy: A Comment on Leader and Garzón Valdés*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p.177-186, p. 179. «This comment has contrasted attempts to derive principles of toleration from an ideal of democracy, with a practice of toleration deriving from the democratic process. The first approach collapses into the liberal argument, which we have shown only offers a contingent argument for toleration to the extent that this policy is consistent with liberalism’s core values. The second approach, in contrast, is both consistent with the circumstances of toleration and promotes tolerance as a virtue that is intrinsic both to the nature of democratic debate and to the securing of uncoerced agreement amongst people possessing different beliefs and values». – *Ibidem*, p. 185. *Vide ibidem*, p. 179-184. *Vide ainda* as reflexões críticas em resposta a LEADER e GARZÓN VALDÉS, acerca do termo e da concepção de tolerância, por Paolo COMANDUCCI, “*Some Comments on Toleration*”, *cit.*, p. 187-190, e Maurizio Passerin D’ENTREVÈS, “*Democracy: A Convergent Value? Comments on Sheldon Leader and Ernesto Garzón Valdés*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 193-198.

<sup>192</sup>«Is there a case for toleration that goes beyond liberalism? I am led to ask this provocative question by Galeotti’s stimulating and carefully argued recent book (...), in which she maintains that there is. Her argument is not, however, intended as anti-liberal but rather as a radical reformulation of the theory of liberal tolerance or toleration». – Steven LUKES, “*Toleration and Recognition*”, *cit.*, p. 213-222, p. 213. Este texto de Steven LUKES, anterior à monografia fundamental de Anna Elisabetta GALEOTTI,

O que Anna GALEOTTI acaba por fazer é passar *da tolerância ao reconhecimento*, fazendo assentar neste a realização da igualdade material, através do *reconhecimento* e tutela positiva da *diferença*. Acaba, portanto, por não conferir relevância imediatamente jurídica à tolerância, antes a reconhecendo como factor fundamental para o reconhecimento da diferença, a tutelar pelo direito, e, concomitantemente, de pendor *pré-jurídico*, e até mesmo *supra-jurídico*.

Uma coisa é reconhecer a diferença e tolerá-la, outra completamente diferente é aceitá-la e reconhecê-la, integrando-a, à luz de um verdadeiro *princípio de reconhecimento* como base material fundamentante de normatividade jurídica. Com o que, e dizendo-o agora com Gad BARZILAI – e este inspirado em Boaventura de SOUSA SANTOS –, a *política de identidade* se volve em elemento constitutivo do próprio direito, e este num *processo constitutivo de identidade* no núcleo da luta contra-hegemónica, não reduzido a infra-estrutura regulatória submetida ao “*jogo político*” nem a *epifenómeno ideológico* («Law is not simply an infrastructure of rules of political game, nor is it an ideological epiphenomenon. Law is largely an identity process in the realm of power struggles over hegemony»)<sup>193</sup>.

Anna GALEOTTI delimita as reivindicações em nome da *política de reconhecimento* («*recognition politics*») e da *política de identidade* («*identity politics*»), resultante da afirmação da *tolerância como reconhecimento*<sup>194</sup>. Quanto à primeira,

---

*Toleration as Recognition* – no nosso texto interlocutor privilegiado –, refere-se a Anna Elisabetta GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli, 1994, e ainda a Anna Elisabetta GALEOTTI, “*Citizenship and Equality. The Place for Toleration*”, in *Political Theory*, 21, 1993, p. 585-605, e Anna Elisabetta GALEOTTI, “*A Problem with Theory. A Rejoinder to Moruzzi*”, in *Political Theory*, 22, 1994, p. 673-677. As posições da Autora são, assim, retomadas na mencionada monografia mais recente. Vide ainda Steven LUKES, “*Toleration and Recognition*”, *cit.*, p. 215: «What Galeotti offers is both a redefinition of toleration for our times and a defence of toleration thus defined. Toleration, on her account, is justified public recognition of excluded identities (...). In assessing the strength of her case, therefore, we need first to ask: What is recognition?».

<sup>193</sup>«Cultural identities are crucial for us to understand the differences between law on books and law in practice since if we do understand how people with different identities conceive law, we may comprehend how they going to practice law. Hence, current research is focused not merely on the dilemma how law reflects and is being reflected through identities, but we also examine how law is constituted through practices of identities. From that perspective research has advanced from studies about identities towards law to cultural identities as constituent parts of law. Law is not simply an infrastructure of rules of political game, nor is it an ideological epiphenomenon. Law is largely an identity process in the realm of power struggles over hegemony». – Gad BARZILAI, “*Cultural Identities*”, *cit.*, p. 3. Vide *ibidem*, p. 3-5, e *supra*, Parte I, 2.2.2., p. 120, n. 343, e 3.2., p. 145, n. 431, e p. 146, n. 434.

<sup>194</sup>«The argument for toleration as recognition can go so far. Now, however, we must consider the consequences. (...) The term identity politics usually means the political commitment to a multicultural society in which various groups and minorities live together peacefully, without giving up their collective identities and differences in either the public or the private sphere». – Anna Elisabetta

analisando as características da *política de reconhecimento* que propõe, agrupa as pretensões para o reconhecimento público das identidades minoritárias em seis categorias – categorização esta não taxativa: 1) afirmação de *tolerância pública de diferenças sociais*; 2) afirmação de *limitação da prática tolerante* em práticas e formas de discurso que sejam vistas como ofensivas da dignidade dos membros de grupos recentemente incluídos, e que assim prejudiquem as suas imagem colectiva e presença pública – conjugando assim a *tolerância como reconhecimento* com a *tolerância como não interferência*, como componentes de uma mesma *política de inclusão*; 3) afirmação da necessidade de alterar *convenções públicas* baseadas numa *cultura de maioria*, e que excluem os membros da(s) *minoría(s)* de certas actividades; 4) afirmação da necessidade de políticas especiais que confirmem aos membros de *minorias* mais oportunidades e recursos, por forma a equilibrar as desvantagens sociais; 5) afirmação de necessidade de apoiar as culturas minoritárias, por forma a não serem sorvidas pela cultura maioritária, e conferência às *minorias* da possibilidade de porem em prática a sua *forma de vida*; 6) afirmação de *direitos colectivos* para a *autonomia de grupo e liberdade colectiva*<sup>195</sup>. As exigências acrescidas da protecção pública face às menores exigências da tolerância pública, susceptíveis de conflituarem com o princípio liberal da liberdade de expressão, não obstante este possa ser limitado com base em critérios de justiça, e de colocar problemas quanto aos fundamentos, critérios e limites do *tratamento diferencial*, implicariam a progressividade das mudanças a efectuar<sup>196</sup>.

Em suma, perante a equação de duas possibilidades de *reconhecimento público* e protecção das diferenças num quadro liberal – embora ambas possam conduzir a um resultado prático próximo –, uma referida à *justiça liberal*, a outra assente no *reconhecimento* individualizado de direitos culturais, GALEOTTI prefere nitidamente a primeira. Restringindo, concomitantemente, em certas circunstâncias, e para certos grupos, a reivindicação de *liberdade colectiva*<sup>197</sup>.

---

GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 196. GALEOTTI adopta, assim, uma noção normativa, não meramente descritiva, de *multiculturalismo*, na linha de Joseph RAZ (“*Multiculturalism. A Liberal Perspective*”, in *Dissent*, Winter, 1994, p. 67-79.): «Multiculturalism is sometimes used as a descriptive notion, meaning society where a plurality of cultural groups coexist with all their tensions and conflicts. But on this definition, multiculturalism is simply a synonym for pluralism. Sometimes, multiculturalism is used as a normative ideal (...). The normative meaning, which is the one to which I subscribe, is, for example, put forward by Raz, “Multiculturalism. A Liberal Perspective”». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 196, n. 5.

<sup>195</sup> «This provisional and open list ranks claims from the less to the more demanding for liberal politics (...)». – *Idem*, p. 198.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 198-200. «The acceptance of differences in the public sphere easily leads to a number of changes in behavioral norms so as to accommodate the newly included groups». – *Idem*, p. 200. Também WALZER entende que os imigrantes, uma vez admitidos, devem ser tratados como cidadãos e membros da comunidade política, porém por razões de estratégias de acomodação local (*local accommodation policies*), não já de neutralidade cultural. Vide, neste sentido, *ibidem*, a remissão, em nota, p. 201 (n. 12), para Michael WALZER, *Spheres of Justice...*, cit., 2. «*Membership*», p. 31 ss.. «It does not follow, however, that all social conventions have to be radically revised: that would probably engender too high a level of uncertainty to be tolerable». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 201.

<sup>197</sup> *Idem*, p. 211-214.

Apontando, assim, três teorias que a filosofia política mobiliza para a caracterização das afirmações de autonomia de grupo. Em primeiro lugar, a posição estritamente liberal, que nega a existência de irreduzíveis direitos de grupos, com base na asserção de que apenas os indivíduos, e não os grupos, são susceptíveis de imputabilidade de actos e respectiva punição, o que não implicaria que interesses comuns a conjuntos de indivíduos não pudessem ser protegidos por direitos individuais<sup>198</sup>. Tal posição é reputada demasiadamente redutora por GALEOTTI, por insuficiente para responder às dificuldades inerentes à noção de direitos de grupo («*group rights*»), ao ignorar a possibilidade de conflito entre *direitos* e *interesses* individuais e colectivos. As outras duas posições liberais discordam desta recondução dos direitos colectivos a direitos individuais, embora a justificação do reconhecimento daqueles acabe por assentar em interesses dos indivíduos. Concomitantemente, rejeitam a equiparação da liberdade colectiva de um grupo à liberdade de associação<sup>199</sup>. Assim, a primeira destas duas posições não reducionistas entende que os direitos de grupo impõem restrições externas ao Estado, mas não restrições internas aos direitos individuais, a não ser que esteja em causa a sobrevivência do grupo<sup>200</sup>. A outra posição defende que o direito a uma cultura particular (e não a qualquer cultura...) é a base dos direitos colectivos de grupo<sup>201</sup>. Para GALEOTTI, estas duas últimas posições acabariam por não ser, em último termo, nitidamente distinguíveis<sup>202</sup>. Pelo que, conseqüentemente, nenhuma destas três compreensões é convincente de um ponto de vista normativo: a primeira por inadequada à compreensão do conflito entre grupos; as outras duas por insuficientes para fundar direitos colectivos específicos<sup>203</sup>.

<sup>198</sup>«According to this position, the right to self-determination is an individual right to a collective good (sharing culture and language), while the state is a fictitious legal entity, reducible to its individual components». – *Idem*, p. 214.

<sup>199</sup>«These forms of liberalism reject the equation of the collective liberty of a group with freedom of association. The reason for this is that ethnic groups cannot be considered voluntary nor formally defined, as it is, for example, in clubs, and because collective liberty is not simply a composite of individual liberties, but entails the collective action of group representatives or spokespeople». – *Idem*, p. 215. Segundo GALEOTTI, será esta, ainda que com algumas nuances, a posição de W. KYMLICKA, J. RAZ, A. MARGALIT, M. HALBERTAL, R. BAUBOCK, V. VAN DYKE, e B. PAREK. *Vide ibidem*, n. 41.

<sup>200</sup>«According to one position, group rights impose external restrictions on the state, which may not interfere with the organization and internal life of the group, but these rights should not be thought to impose internal restrictions on individual rights unless the survival of the group is in question. External restrictions are justified on the basis of the group's self-preservation vis-à-vis the larger society (...).» – *Idem*, p. 216.

<sup>201</sup>«The other position holds that the right to a particular culture (and not just any culture) is the basis for collective rights for groups, which in certain matters can behave like the state – that is, they can enforce certain regulations on their members». – *Idem*, p. 216.

<sup>202</sup>«Without entering any further into this discussion, it seems to me that these positions are not actually very clearly delineated; indeed, on closer inspection, they appear to be almost indistinguishable». – *Idem*, p. 216.

<sup>203</sup>«I do not think that any of these three positions on collective liberty is convincing from a normative point of view. The first, denying legitimacy to irreducible group rights and responding to claims for collective liberty by appealing to religious liberty and freedom of association seems to me inadequate for settling intergroup conflict; it is likely to lead to policies that disadvantage minority groups. (...) The other two positions, which acknowledge the legitimacy of collective rights but given them an individualistic justification, exhibit the same difficulties that we have noticed concerning the right to culture, from which they in fact derive». – *Idem*, p. 216-217. *Vide idem*, p. 216-218.

Em suma, face às objecções à *tolerância como reconhecimento*, a de que pertence apenas à política simbólica, como todas as formas de *política de identidade*<sup>204</sup>, e a de que o *reconhecimento* pode apenas ser atingido como subproduto de estratégias que explicitamente visam outros fins<sup>205</sup>, responde Anna GALEOTTI com a reafirmação da importância e do sentido material da *cidadania plena* («*full citizenship*»)<sup>206</sup>. Concluindo que a tolerância constitui uma *questão de justiça* e uma parte central da *política de identidade*<sup>207</sup>. Nas suas palavras, «Toleration as recognition is presented as an appropriate reinterpretation of neutrality and as a further step toward the fulfillment of the ideal of equality of respect which I hold to be a fundamental trait of a decent and just society»<sup>208</sup>. Ainda mais quando GALEOTTI mantém a distinção entre «*tolerance*», enquanto «*moral virtue*», e «*toleration*», enquanto «*political principle*», acentuando a prestabilidade prática desta, porém sem a desligar, em definitivo, de uma fundamentação material naquela – mormente quanto à distinção entre *moralidade pública* e *moralidade privada*, com o que criticamente remete ao *Liberalismo Político* de RAWLS –, ainda que afirmando a impossibilidade de tal fundamentação (enquanto «*micro-foundation*») no contexto contemporâneo de *pluralismo*<sup>209</sup>.

Tudo o que, não superando perfeita e logradamente a percepção *liberal-procedimental* de tolerância, alerta, porém, para a necessidade de distinção desta categoria face a outras, tais como a não *discriminação*, a *igualdade* e o *reconhecimento*, ainda que estabelecendo entre a tolerância e este último uma relação conceitualmente demasiado estreita, susceptível de conduzir à indiferenciação e identificação de

<sup>204</sup> *Idem*, p. 219-220.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 221.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 222-223.

<sup>207</sup> «Toleration as recognition is aimed at making people, whatever their differences and identities, feel at ease with themselves, and at ease with their choice to identify with certain differences. Lastly, under my interpretation, not only does toleration constitute an important component of a theory of justice, but it is also a central part of the politics of identity». – *Idem*, p. 227.

<sup>208</sup> *Idem*, p. 228.

<sup>209</sup> «The virtue of tolerance is supposed to provide us with a reason to accept what in the first instance we dislike for the sake of peace and respect for others». – *Idem*, p. 218. «(...) the virtue of tolerance as proposed by the *moral model* cannot constitute the micro-foundation for the corresponding social and political principles and practice. (...) The gap between public and private morality, between the citizen and the private individual, can thus be filled by the moral virtue of toleration. In this way, tolerance works to support Rawls's overlapping consensus, in so far as it makes up for the discontinuity between morality and politics as advocated by deontological liberalism». – Anna Elisabetta GALEOTTI, «Do we need toleration as a moral virtue?», in *Res Publica*, vol. 7, 2001, p. 273-292, p. 274. Vide ainda *idem*, p. 290-292, em ambos os casos referindo-se especificamente à percepção de tolerância exposta em John RAWLS, *Political Liberalism*, cit.. Vide *supra*, 1.1.1..

categorias de ídoles, pressupostos e condições racionais e práticas consideravelmente diversas, e cuja destrição, mormente no que concerne as respectivas refrações no domínio da juridicidade, *infra* procuraremos clarificar.

#### 1.2.4. A “virtude soberana” do direito – igualdade liberal vs. tolerância liberal (David FAGELSON vs. Ronald DWORKIN)

Na tentativa já de conferência de carácter especificamente jurídico à categoria *tolerância*, uma exemplar construção de um *princípio autónomo de tolerância* – ainda que distinta da que irá aqui perfilhada –, de radicação fundamentante, num *quasi* acrítico *continuum* valorativo entre *moral-moralidade-«morality»* e direito, surge concretizada por David FAGELSON, no quadro de uma proposta de fundamentação *material* do direito que, partindo sobretudo da concepção de «*law as integrity*» de Ronald DWORKIN, bem como do «*Political Liberalism*» de John RAWLS, e pretendendo manter a matriz *liberal*, se afasta todavia de ambos, assentando numa *ideia de justiça* enquanto pressuposto-fundamento *material* do direito – mormente em substituição do ideal de *coerência* e da *igualdade* como fundamento do sistema em DWORKIN, e da *razoabilidade* intrínseca ao *consenso de sobreposição* em RAWLS<sup>210</sup>. E em que a

<sup>210</sup>Vide David Russell FAGELSON, “Two Concepts of Sovereignty: From Westphalia to The Law of Peoples”, in *International Politics*, vol. 38, n. 4, December 2001, p. 499-514 (Abstract); “Justice as Integrity: Objectivity and Social Meaning in Legal Theory”, in *Social & Legal Studies*, Vol. 11, 2002, n. 4, 569-588; “Perfectionist Liberalism, Tolerance and American Law”, in *Res Publica*, vol. 8, n. 1, January 2002, p. 41-70; “Strong Rights and Disobedience: From Here to Integrity”, in *Ratio Juris*, vol. 15, n. 3, September 2002, p. 242-266; e, mais recentemente, a monografia essencial, *Justice as Integrity: Tolerance and the Moral Momentum of Law*, State University of New York Press, New York, 2006, cujo objectivo sintetiza do seguinte modo: «My argument is directed to those who might once have been sympathetic to some aspect of Dworkin’s political or constitutional theory, but now find too many elements of it difficult to reconcile with their idea of liberalism or judicial practice. Although my definition of morality and its content are anathema to Dworkin, they actually make his project more viable. Nevertheless, the success of my project should not be judged on how well I defend Dworkin against so-called strict constructionists or postmodernist conceptions of law. The measure of success should rest on the degree to which I offer an attractive justification of law that could be understood to fit judicial practice. It would take a much different book to show that my theory actually does fit judicial practice. Such an argument would require an extensive doctrinal analysis of major principles of law. My book is offered as a prolegomena to such an empirical study». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, cit., p. 9. E, por referência a RAWLS, já noutro local: «One of the more audacious proposals for a new international order is offered by John Rawls, who calls for a Society of Peoples governed by public reason. I explore this new foundation for international relations by considering how much respect we owe to other peoples who, while hierarchical and illiberal, are not criminally responsible for the violation of fundamental human rights. The respect for intolerance and hierarchy demanded of liberal peoples exposes



*justificação* do direito provirá de uma ideia de *tolerância* subjacente a um ideal comunitariamente cunhado de “*excelência humana*”, fundamento, por sua vez, da *autonomia*. Enveredando assim por uma confluência selectiva entre «*liberalism*» e «*conservative communitarianism*» – ainda que não estritamente de um «*liberal communitarianism*»/«*communitarian liberalism*», como em Charles TAYLOR e/ou Michael WALZER<sup>211</sup> –, uma específica linha *alternativa* de «*Perfectionist Liberalism*» – por sua vez também inconfundível com a proposta de Joseph RAZ<sup>212</sup>.

Procura, assim, FAGELSON responder ao problema do *fundamento moral* do direito norte-americano – o seu *momento moral*... – através de três asserções fundamentais: (1) a *tolerância*, e não a *igualdade*, há-de constituir a *virtude soberana do direito*; (2) a valoração da *autonomia* no direito norte-americano deverá resultar não do objectivo de manutenção da *neutralidade* entre diferentes “*formas de vida*”, mas do facto de constituir parte integrante da compreensão *comunitária* de *bem-estar*; (3) a ideia *liberal* de *bem-estar* não decorrerá de razões de ordem política, mas da compreensão comunitária da necessidade da *tolerância liberal* nas relações intersubjectivas<sup>213</sup>.

---

a flaw of Rawls' new world order. The remedy, I suggest, requires us to abandon the search for some overlapping political consensus of all the world's comprehensive doctrines». – David FAGELSON, “*Two Concepts of Sovereignty: From Westphalia to The Law of Peoples*”, *cit.*, Abstract.

<sup>211</sup>«My review suggests elements of both liberalism and conservative communitarianism. This is problematic because both of these conflicting political theories have pretensions to universality. (...) The first change requires us to think of liberalism in a perfectionist sense, rather than through the lens of Rawls's political liberalism. The second requires us to replace the hierarchical social institutions of church and aristocracy that traditional conservatism sought to preserve, with a more populist American self-image of individualism». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 114. Vide *supra*, Parte I, 2.2.1.2.1., e *infra*, 2.1., e ainda Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, e Michael WALZER, “*Comment*”, *cit.*, respectivamente p. 25-73 e p. 99-103; Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*; vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...*”, *cit.*, p. 17-67. Para uma apresentação do surgimento, fundamentos e principais características do *communitarian liberalism*, vide Thomas A. SPRAGENS, JR., “*Communitarian Liberalism*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, *cit.*, p. 37-51, especialmente p. 47, 49-51. «(...) my preferred version of liberalism is quite properly characterizable as communitarian. But what makes this normative theory genuinely liberal at the same time is the insistence that civic friendship cannot be attained without extensive equality and that communities cannot flourish without extensive liberties. This recognition distinguishes communitarian liberalism from both conservatism and socialism and their own distinctive modes of community». – *Idem*, p. 47.

<sup>212</sup>«(...) I explain why a legal system requires some minimal level of tolerance. This discussion is important to explain why American law rests on some idea of perfectionist liberalism, and not progressivism, conservatism, or even political liberalism». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 113 (o capítulo 5 desta obra, «*Liberal Perfectionism and Tolerance in American Law*», pp. 113-139, corresponde, com algumas alterações, ao artigo, anteriormente publicado, intitulado “*Perfectionist Liberalism, Tolerance and American Law*”, *cit.*).

<sup>213</sup>Assim enunciadas por FAGELSON: «(...) this book seeks to show the moral momentum of American law, and indeed why law must have such a momentum, whatever direction it might take. (...)

### 1.2.4.1. Tolerância vs. igualdade enquanto virtude soberana do direito

A *tolerância* desempenha, para FAGELSON, um papel autónomo enquanto *virtude* orientadora do sentido e realização prática do direito, na medida em que nas sociedades plurais dos nossos dias se aceita a convivência de distintas, e mesmo conflituantes, “*moralidades políticas*” («*political moralities*»), e mesmo “*formas de vida*”, não sendo então convocável uma única ideia de justiça que servisse de base material de que derivasse essa tolerância. Se uma qualquer *moralidade política* englobasse a acomodação ou supressão de *diferenças*, então a tolerância estaria aí a desempenhar um papel *autónomo*, e não a ser um mero *derivado* de uma determinada *ideia de justiça*<sup>214</sup>. E, nessa construção, essa ideia de *tolerância*, mantendo a sua matriz *liberal*, e portanto sem enveredar por uma determinação colectivista da intersubjectividade, é compreendida como *fonte* da *autonomia*, partindo de um reconhecimento recíproco *individualizado*, não *colectivo*, de *diferenças* – e, assim, para lá dos discursos *emancipatórios* de *grupo* ou de *classe* –, que os próprios juízes hão-de reconhecer e que se pretende vá mais longe na definição dos direitos do que a própria noção *liberal* de *igualdade* – e, assim, diferentemente de DWORKIN, ainda que sempre por referência a este –, fixando assim aquela *tolerância*, e não já esta *igualdade*, como *virtude soberana do direito*<sup>215</sup>. Uma *tolerância* que não seja um mero *mecanismo formal, procedimental*, de manutenção de *coexistência*, ou mesmo *indiferença*, perante a *diferença*, antes uma

---

In doing this I take three important claims. The first is that tolerance, not equality, is the sovereign virtue of law. (...)

My second claim is that autonomy in American law is valued not to preserve neutrality between different ways of life, but rather, because it is part of the community’s understanding of well-being. (...)

My third claim is that this liberal idea of well-being emerges not from public reason or political consensus but rather from the intersubjective understandings in the community that liberal tolerance is the correct way to relate to one another». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, cit., p. 2-3.

<sup>214</sup>«If multiple, and indeed conflicting, political moralities can support an attitude of tolerance, then no idea of justice can claim a monopoly on this virtue. Moreover, if a given political morality can either accommodate or suppress difference, then tolerance is playing some independent role rather than merely being derived from a given idea of justice. While many moralities can support tolerance, none require it. (...)

Just as pluralism need not imply tolerance, perfectionist, objectivist, and autocratic regimes do not preclude it». – *Idem*, p. 157-158.

<sup>215</sup>«My view echoes Dworkin’s theory of legal integrity, but departs from it in two important respects. Unlike him, I contend that tolerance, not equality, is the most abstract political principle justifying force». – *Idem*, p. 113. «I aim to show (...) why some idea of tolerance is part of the idea of law. If it is true, then the sovereign virtue of law will turn out to be tolerance rather than equality». – *Idem*, p. 141.

valoração de *reconhecimento* e *acomodação* de *diferenças*, para lá do princípio da *igualdade liberal* e como mecanismo de *correção* das suas eventuais *injustiças concretas*. E na prossecução de uma noção de *justiça* que, de aspiração *perfeccionista*, e como *interpretive concept* que considera ser, nada tem de *metafísico* ou *objectivamente absoluto*, antes se constrói contextualizadamente, no tempo e no espaço, como fundamento do direito<sup>216</sup>.

Pretendendo identificar os fundamentos e limites da *autonomia individual*<sup>217</sup>, e a fundamentação e legitimidade da titularidade de direitos subjectivos, David FAGELSON expõe o que designa por *momento moral* do direito norte-americano, e as razões da necessidade da existência de um tal momento, apresentando o que, no seu entender, são os seus *fundamentos morais* («*moral foundations*»), distinguindo *legitimação* de *validade*, com o que pretende demarcar-se das construções positivistas – desde logo do *positivismo inclusivo* («*inclusive positivism*») de Jules COLEMAN e H. L. A. HART –, e mesmo do *positivismo moderado* («*soft positivism*») <sup>218</sup>. Mas demarcando-se também, embora em diálogo permanente, de DWORKIN, criticando a formalidade da sua referência à *moralidade* subjacente ao direito e à *igualdade* como fundamento, e caminhando para um *Perfectionist Liberalism*, e, assim, afastando-se da referência privilegiada à *neutralidade*, desde logo do liberalismo em relação a si próprio, preferindo-lhe a concentração fundamentante na *autonomia pessoal* – ainda que afastando-se também da construção de Joseph RAZ e da sua noção de *autonomia*<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>217</sup> «Everyone as a stake in knowing the boundaries of his or her autonomy.

(...) I attempt to identify those boundaries». – *Idem*, p. 1.

<sup>218</sup> *Vide* a discussão acerca dos diferentes *positivismos*, no sentido referido em texto, *infra*, Parte III, 3.1.1.1.1..

<sup>219</sup> «While American jurisprudence contains precedent that contradicts this idea, I hope to show that, taken as a whole, the momentum of the law reflects this concern for reason and autonomy as part of a perfectionist liberalism. (...)

(...)

(...) No political theory can be neutral about itself. (...) So if liberalism is the justification of law in America, it cannot be a liberalism that is neutral about whether the core tenets of liberalism are good for everyone. Liberalism as neutrality is ambivalent about making this claim for fear of violating its own core beliefs by doing so. This concern is illustrated in Rawls's political liberalism, which attempts to limit itself to a political sphere, so that all other comprehensive doctrines will find it a reasonable justification of the collective use of force. Yet Rawls's assumes a view of reasonable that will not overlap with comprehensive doctrines that do not regard equality, reciprocity, and negative moral obligations as central to this idea of justice». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 114-115, referindo-se a Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 93, e John RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 132-140. «Perfectionist liberalism seems better suited to take over “all the ethical space” of American law than political liberalism because it fits better with the real and apparent conservative elements of its jurisprudence». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 136. *Vide* também *idem*, p. 139. *Vide*

Concordando, de certo modo, com a proposta de TAYLOR, mobilizando com este a expressão «*constitutive meanings*» para a sua ideia de «*social form*», esta última recuperada de RAZ, enquanto designação de práticas implícitas, subjacentes à interpretação dos sujeitos sobre si próprios, nas suas relações sociais, e no meio social, distintas das *práticas partilhadas e convenções* resultantes de *acordo consciente*, e, portanto, para além do *consenso*. Mas distinguindo-se também de TAYLOR ao especificar a ideia de «*constitutive meanings*», e então afastando-se quer de TAYLOR quer de WALZER, ao rejeitar a afirmação de que os «*constitutive meanings*» têm um estatuto especial, que os membros de uma comunidade têm o dever de suportar, e os elementos exteriores o dever de respeitar. Afirmando FAGELSON, diferentemente, e pretendendo-se neste ponto mais próximo de DWORKIN, que aos próprios membros de uma comunidade, e a esta como um todo, deveria ser possível recusar a sua própria ou outras *concepções de justiça*<sup>220</sup>.

Aproximando-se e afastando-se de todos estes autores, constrói FAGELSON uma proposta alternativa de *political morality*, assente numa ideia que DWORKIN também desenvolve, na definição de *igualdade liberal* («*liberal equality*»), embora este último não lhe confira a relevância de *justificação do direito* que o primeiro lhe atribui: a ideia de *tolerância liberal*<sup>221</sup>. Uma fundamentação *axiológica-material-substancialmente comunitária* do direito, e assim de estabelecimento *pré-convencional*, mas sem renunciar à estruturação *liberal* – e, portanto, assente na noção de *liberal community* de que também DWORKIN parte<sup>222</sup> –, e, assim, não recorrendo à noção de *direito natural* – embora assumindo uma dimensão deontológica para o direito positivo, e, com isso,

---

também, sobre o sentido de *liberalismo perfeccionista*, e, especificamente, sobre Joseph RAZ, Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, *cit.*, p. 39 ss. e p. 45 ss., respectivamente.

<sup>220</sup>«The idea of “social forms” borrows from Joseph Raz’s idea of forms of behavior that are widely practiced within the community. (...)»

Social forms are themselves the intellectual progeny of Wittgenstein’s “forms of life”. (...) I use “social forms” rather than “forms of life” to suggest that the common understanding about social practices apply to other forms of intentional human behavior than just speech». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 89, citando Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 310-312. «Although I speak of shared meanings, that is not strictly accurate. The meaning that an actor attaches to the action does not belong to the actor alone. As Charles Taylor observes, these intentions are constitutive of an institution, which I call a social form. (...)»

Communitarians take the fact of intersubjective meanings one step further to argue that personal identity is a product of these intersubjective meanings. Taylor calls them “constitutive meanings” because they constitute a person’s identity, and indeed the very idea of the self. My idea of social forms shares this notion, with qualifications». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 90.

<sup>221</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 282-284.

<sup>222</sup>Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, 6. «*Integrity*», p. 176-224, e *Sovereign Virtue...*, *cit.*, 5. «*Liberal Community*», p. 211-236.

aproximando-se também do sentido de fundamentação proposto por DWORKIN, ainda que rejeitando expressamente a designação *direito natural*... –, pois que é numa noção de *tolerância liberal* que assenta aqui a valoração do direito<sup>223</sup>.

A questão da *tolerância como virtude soberana do direito* acaba por absorver, em último termo, a proposta de FAGELSON – procurando assim conferir a este último uma fundamentação e um conteúdo de índole *moral*, compreendendo enquanto tal a conferência de um fundamento e um conteúdo materiais ao direito –, resultando, como se disse, de um directo contraponto com a compreensão de *tolerância e igualdade* em DWORKIN, subjacente ao seu «*challenge model of ethics*»<sup>224</sup>.

Em DWORKIN, a *tolerância* surge não enquanto autonomizada em si e por si, mas enquanto dependente da noção de *igualdade liberal* («*liberal equality*»), na medida em que esta seja tolerante. E esta é-o na medida em que se abstrai de proscrever-(*outlaw*) condutas por razões *éticas* – o mesmo já não sucedendo se a rejeição tiver por base razões *de justiça* –, ou seja, na medida em que a rejeição das condutas tenha subjacentes razões referentes à “*forma de vida*” de quem as segue. O que não significa, porém, para DWORKIN, que a *igualdade liberal* seja *eticamente neutra* quanto aos *resultados* ou *consequências*, ou que pretenda sê-lo. Ao contrário, terá valores e objectivos a afirmar e promover no seio da *comunidade*. Neste sentido, não só a *tolerância liberal* não alcança o que possa considerar-se *neutralidade absoluta*, como esta última não constitui em si objectivo desta *igualdade liberal* – que será sempre *igualdade de recursos e oportunidades* («*resources and opportunities*»), e não de *bem-estar* («*welfare or well-*

<sup>223</sup>«My constitutional theory distinguishes my legal theory from natural law by looking for the source of law’s morality and meaning in the intersubjective or constitutive meanings of a community. These meanings are distinct from explicit conventions (...). These intersubjective beliefs are the deeper meanings that help constitute a person’s understanding of the world, and hence make shared conventions possible». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, cit., p. 6. Vide a resposta de DWORKIN às críticas que lhe são apontadas, atribuindo-lhe uma perspectiva jusnaturalista, in Ronald DWORKIN, “‘Natural’ Law Revisited”, in *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, Winter 1982, n. 2, p. 165-188, sobretudo p. 165: «(...) no one wants to be called a natural lawyer. Natural law insists that what the law is depends in some way on what the law should be. This seems metaphysical or at least vaguely religious. In any case it seems plainly wrong. (...) In the past several years, I have tried to defend a theory about how judges should decide cases that some critics (though not all) say is a natural law theory and should be rejected for that reason. (...) If the crude description of natural law I just gave is correct, that any theory which makes the content of law sometimes depend on the correct answer to some moral question is a natural law theory, then I am guilty of natural law. (...) Suppose this is natural law. What in the world is wrong with it?».

<sup>224</sup>«The model of challenge holds that living a life is *itself* a performance that demands skill, that it is the most comprehensive and important challenge we face, and that our critical interests consist in the achievements, events, and experiences that mean that we have met the challenge well». – Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue...*, cit., p. 253.

-being») –, que não será efectivamente *neutra* quanto às *consequências*<sup>225</sup>. Uma tal *tolerância liberal*, não se identificando com *neutralidade*, será então uma *dimensão* da *igualdade liberal*, e, portanto, fundada nesta<sup>226</sup>.

Diferentemente, para FAGELSON, a *tolerância liberal* surge autonomamente enquanto virtude justificante do direito, e a espelhar o *perfeccionismo liberal* em que se fundamenta. Assim, a noção de *tolerância liberal* não consiste aqui numa mera opção *procedimental*, antes se assume não apenas com a relevância de justificação, de certo modo, *material*, para o direito, enquanto *acomodação das diferenças*, como também reflectindo-se na própria actividade interpretativa dos juízes. A protecção que em

---

<sup>225</sup>DWORKIN sintetiza lapidariamente este *liberalismo* nas seguintes passagens de *Sovereign Virtue...*, *cit.*: «(...) I defended a particular conception of liberalism. That conception – liberal equality – insists that liberty, equality, and community are not three distinct and often conflicting political virtues, as other political theories on both the left and right of liberalism declare, but complementary aspects of a single political vision (...). (...) Equality must be measured in resources and opportunities, not in welfare or well-being. Liberty is not the freedom to do whatever one wants no matter what, but to do whatever one wants that respects the true rights of others. Community must be based not on the blurring or melding of individual freedom and responsibility, but on shared and effective respect for that freedom and responsibility. That is liberalism conceived as liberal equality». – *Idem*, p. 237 (6. «*Equality and the Good Life*», p. 237-284). «Liberal equality is tolerant in the following sense. It distinguishes two kinds of reasons that a political community might offer as justification for denying liberty. The first is a reason of justice: a community must outlaw some conduct when and because the best theory of justice so requires. (...)

That does not mean, of course, that liberal equality is ethically neutral in result, or that it aims to be». – *Idem*, p. 282. «It is important to remember, in assessing this argument for liberal tolerance, that such tolerance falls short of what might be considered absolute neutrality. As I said, liberal equality cannot be neutral in consequences: it must have the result that some kinds of lives are more difficult to lead than others. (...) Nor can liberal equality be neutral toward ethical ideals that directly challenge its own. It is not neutral about third-person ethics (...).» – *Idem*, p. 283.

<sup>226</sup>«(...) if liberal tolerance is understood against the background of the conception of equality I have been defining, then such tolerance is not only consistent with the most attractive conception of community but indispensable to it». – Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue...*, *cit.*, p. 211 (5. «*Liberal Community*», p. 221-236). DWORKIN sintetiza em quatro tipos os argumentos mobilizados, consoante a concepção de *comunidade* subjacente, para recusar o sentido e os objectivos da *tolerância liberal* – o primeiro, um argumento de índole democrática, associando *comunidade* com *maioria*; o segundo, um argumento paternalista, a responsabilizar, numa comunidade, cada cidadão pelo bem-estar dos outros membros; o terceiro, um argumento de auto-interesse, em sentido amplo, considerando que os indivíduos não são auto-suficientes, necessitando de uma comunidade, e esta como meio de satisfação de necessidades; e o quarto, que DWORKIN designa *de integração*, que afirma que a *tolerância liberal* depende de uma distinção ilegítima entre as vidas dos cidadãos individuais e a vida da comunidade como um todo, de forma que a vida de cada um é avaliada como reflexo do valor da vida da comunidade em que vive. – *Vide idem*, p. 211 ss.. Referindo-se sobretudo ao quarto tipo enunciado, que designa por *civic republicanism*, e aludindo ao que designa *liberal civic republicanism*, em virtude da definição de limites mais confinados à ideia de integração, para a *liberal community* que advoga, afirma: «If a community has a communal life at all, its formal political decisions must be part of that life. But we must ask what else, in addition to those formal political acts, is part of its communal life. The communitarian argument from integration which we are exploring claims that formal political acts do not exhaust the nation's communal life». – *Idem*, p. 228. *Vide idem*, p. 232, 241-242, e Ronald DWORKIN, «*Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*», in *Philosophy & Public Affairs*, 25, n. 2, Spring 1996, p. 87-139, também disponível em <http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf> (acedido em 02/07/2011).

DWORKIN surge por via do *princípio da igualdade*, em FAGELSON aparece, mais amplamente, incluído pela *afirmação da diferença*, portanto também não tanto por via da *neutralidade* mas sobretudo da *tolerância*, que constituirá, assim, também um critério de orientação da prática interpretativa judicial<sup>227</sup>.

#### 1.2.4.2. «Justice as integrity» vs. «law as integrity»

Quanto à *fundamentação interpretativa da justiça*, subjacente a uma *ideia interpretativa de direito*, a «law as integrity»<sup>228</sup>, estará para FAGELSON uma *ideia interpretativa de justiça*, a «justice as integrity». Uma *ideia de justiça* fundada nas compreensões da natureza humana partilhadas numa *comunidade*, tais como as práticas

<sup>227</sup>David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, cit., p. 116-117. «Finding multiple forms of tolerance, each resting on different moral justifications, would not, in principle, undermine the idea of tolerance playing an independent normative role, although it would be necessary to reconcile these different normative foundations. Similarly, intolerant norms have to be reconciled with some other attitudes of tolerance». – *Idem*, p. 117.

<sup>228</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, cit., sobretudo 6. «Integrity», e 7. «Integrity in Law». Na *Introdução* de *Justice in Robes*, numa explicitação da sua *teoria geral do direito*, enquanto abordagem geral do *doctrinal concept of law*, com vista à compreensão da sua função, DWORKIN analisa abstractamente este *doctrinal concept* em vários níveis (*stages*) de ponderação sucessiva, visando determinar o seu sentido e respectivas aplicações: o *semantic stage*, o *jurisprudential stage*, o *doctrinal stage* e o *adjudicative stage*. No *semantic stage* distingue *criteria concepts* – que implicam consenso acerca do significado de um termo ou frase –, *natural kind concepts* – que pressupõem acordo relativamente a uma determinação científica de sentido –, e *interpretive concepts*, cujo sentido se compreende por referência a um critério, direcção ou princípio, e implicam consenso quanto a essa qualidade interpretativa, embora não necessariamente quanto à sua aplicação. Operando para DWORKIN o *doctrinal concept of law* como *interpretive concept*, a sua elaboração conferirá valor e sentido à prática, oferecendo perspectivas acerca das *condições de verdade* das concomitantes opções. O *jurisprudential stage* diz respeito à construção da Teoria do Direito, que deverá ser adequada à configuração do *doctrinal concept* no *semantic stage*, oferecendo este *jurisprudential stage* os valores que deverão orientar, no nível seguinte, o *doctrinal stage*, a construção de *condições de verdade* para as *proposições jurídicas*. O *doctrinal stage* corresponde, então, a essa construção. A justificação *moral*, base para a interpretação dos diversos domínios dogmáticos do direito, deverá congrega as dimensões de *fit* e *value*, representantes de um específico juízo global de *moralidade política* (*political morality*), indo a sua aplicação e conjugação no *doctrinal stage* reflectir-se no *jurisprudential stage*. Já no *adjudicative stage*, DWORKIN confere aos operadores jurídicos um papel *criativo*, nos casos em que a pura e simples aplicação do direito implicasse injustiça – e isto por razões de ordem política, e, concomitantemente, *moral*. A *moralidade* estará implicada, portanto, na identificação do direito não apenas no *jurisprudential stage* mas também nos níveis seguintes. – Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006, p. 5-21, e nossa recensão da mesma obra, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, 2007, p. 980-986, p. 980-981.

de *autonomia e tolerância* («*toleration*»), valores aí tidos por dimensões da *excelência humana*, não *convencionais*, mesmo nas sociedades liberais<sup>229</sup>.

Assim, para lá da afirmação do *direito como integridade* – «*law as integrity*» –, seguindo DWORKIN, FAGELSON configura, em continuidade, uma fundamentação axiológica de base, a *justiça como integridade* – «*justice as integrity*» – não assumindo, portanto, e distinguindo-se também assim de DWORKIN, uma separação entre uma *moral institucional do direito* («*law's institutional morality*») e os *sentidos de justiça* mais *profundos* que o fundamentam («*the deeper conceptions of justice on which it is based*»)<sup>230</sup>. Diferentemente de DWORKIN, FAGELSON não distingue «*integrity in law*» de «*integrity in justice*», procurando encontrar na contiguidade entre estes dois *momentos* uma relação de fundamentação que confira sustentabilidade aos «*constitutive meanings*», susceptível de obviar às críticas de *relativismo* que recaem sobre a construção de DWORKIN, e, simultaneamente, encontrando para o direito uma *fundamentação material comunitariamente construída*<sup>231</sup>.

Assim, a *ideia de justiça* em FAGELSON constrói-se como pressuposto relativamente ao direito, enquanto fundamento e base material, conferindo a *ideia de justiça como integridade* sentido à *ideia de direito como integridade*, como um conjunto de referentes – *princípios morais e sociais* – não institucionalmente criados e impostos

---

<sup>229</sup> Assim, especificamente, nas palavras de FAGELSON: «My second challenge concerns the interpretive foundation of justice. I contend that an interpretive idea of law, what Dworkin calls “law as integrity”, requires an interpretive idea of justice, what I call “justice as integrity”. This idea requires the justification of force to be interpreted from the common meanings in a community that defines its appropriate ends. Even liberal societies that support autonomy and toleration do so, I argue, because of shared perceptions of human nature that see these values as a part of human excellence. These shared meanings are not the conventions that Dworkin refutes, but rather the intersubjective meanings that belong to no one and, hence, are not the product of agreement or negotiation». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 3-4.

<sup>230</sup> «Like Dworkin, I believe that the moral principles justifying law must be coherent and that the principles themselves derive from the way our community *actually* justifies law. Unlike Dworkin, however, I reject the notion that we can draw some sort of artificial line between law's institutional morality and the deeper conceptions of justice on which it is based». – *Idem*, p. 7.

<sup>231</sup> «It is curious that Dworkin distinguishes between integrity in law and integrity in justice. One would have thought that if law is interpreted from a community's past political practices which themselves incorporate moral principles that justify coercion, then those moral principles must themselves be interpreted from the community practices. Otherwise the theory of law is not really interpretive». – David FAGELSON, “*Strong Rights and Disobedience...*”, *cit.*, p. 259. «Dworkin's whole rights theory actually draws on the insights of Walzer (...) for his conception of justice. Furthermore, his procedural conception of justice is itself highly relativistic. This is because his basic moral right of equal concern and respect is rooted in a response to the procedural malfunction of utilitarianism when it fails to exclude external preferences». – *Idem*, p. 260.



mas construídos em *comunidade*, e assim nem *heterodeterminados* nem *universais*<sup>232</sup>. E com consequências práticas determinantes, desde logo na prática judicial – demarcando-se aqui novamente de DWORKIN –, projectando-se a pressuposição de «*constitutive meanings of justice*» enquanto instância simultaneamente fundamentante e crítica do direito na própria possibilidade de realização de *tolerância mútua* através do direito, encontrando aí a solução justa como «*right answer*», em sentido assim também distinto do tomado por DWORKIN<sup>233</sup>.

Procurando evitar um *relativismo ético* – discordando mesmo do *moral skepticism* das construções feministas, dos *critical legal scholars* e do próprio DWORKIN, considerando-os paradoxais, uma vez que todas estas propostas assumem, cada uma a seu modo, a justiça como *objectivo central do direito* («*central purpose of law*»)<sup>234</sup> –, aponta não obstante FAGELSON uma fundamentação *objectiva* para o direito, que admite susceptível de crítica mesmo por *relativismo ético*<sup>235</sup>. O receio dessa crítica e a recondução da *igualdade a princípio soberano* do direito teriam levado DWORKIN, na opinião de FAGELSON, a uma excessiva redução da ideia de *moralidade*<sup>236</sup>. Não seguindo então o sentido de *objectividade de valor* assumido por DWORKIN<sup>237</sup>, propõe

---

<sup>232</sup>«If justice is an interpretive concept and not merely a definition, then like law it invites and indeed requires disputes about what is the proper theoretical interpretation of the concept. The fact that we have disputes about justice within a society, and that they do not just fade away when we invoke the right rule – or the correct interpretation of what abstract justice requires – is what makes it interpretive. Dworkin seems to have been stung by his own semantic stinger. His objection to the existence of disagreements suggest a semantic conception of justice». – *Idem*, p. 261. Vide Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 214-220 (10. «*What Justice Isn't*»).

<sup>233</sup>«The failure to understand why rights entail shared meanings about justice comes back to haunt Dworkin's concept of law. A right to equal concern and respect presupposes that individuals appreciate the equal moral worth of others. Yet without constitutive meanings of justice, this mutual toleration is implausible. So justice must be our mirror as well as our critic». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 111.

<sup>234</sup>*Idem*, p. 13-14.

<sup>235</sup>«Justice as integrity implies a social meaning that is, at least in some instances, objectively true. Nevertheless, I do not intend to argue the case for moral realism so much as illustrate the presence of constructivism in science as well as law and morality». – *Idem*, p. 91.

<sup>236</sup>«Paradoxically, Dworkin puts the fusion of law and morality at the center of his legal theory and then offers a normatively thin idea of morality. This causes his justification for law to lapse into the relativism that motivated his critique of positivism. His idea of morality makes his theory of adjudication, like those of the strict originalists and the critical legalists, rest on an what looks like a skeptical idea of morality. (...)

Paradoxically, it is Dworkin's fear of ethical relativism that leads him to such a constricted idea of morality. (...)

A second reason for using such a constricted morality in such a morally expansive theory of adjudication rests in his idea of equality as law's sovereign; this is really a vision of neutrality as law's animating principle». – *Idem*, p. 7-8.

<sup>237</sup>«The metaphysical foundation and substance of Dworkin's objective morality are dubious. There is no need to go into them in detail because beyond the issue of moral objectivity his entire

FAGELSON uma reconfiguração da própria noção de *objectividade*: não uma determinação *universal* que cada *comunidade política* devesse seguir, mas uma determinação *objectiva*, contextualizada no tempo e no espaço, própria de uma *comunidade* concreta e por esta construída – e, assim, a acolher, para além do *direito como integridade*, uma *justiça como integridade*<sup>238</sup>.

### 1.3. Entre *neutralidade liberal* e *tolerância liberal*

No *supra* proposto *desafio* à ideia de *neutralidade liberal*, afirmando que a *autonomia* não resulta da *neutralidade* perante diversas “*formas de vida*” nem a tem por *objectivo*, antes integra a ideia *comunitariamente partilhada* de “*vida boa*”, o valor da *autonomia* será, na formulação de FAGELSON, e, assim, no contexto norte-americano, invocado não em nome da *igualdade* nem da *neutralidade*, mas de um certo sentido de *comunidade*, como opção assumida pela promoção da *excelência humana* e da “*vida boa*”<sup>239</sup>. Neste sentido, o tratamento *neutral* não se justificará em si e por si, antes o direito pressupõe necessariamente uma *justificação material*, que será a *tolerância*

---

construct of justice relies on a mistaken metaphysical dichotomy between objectivity and social meanings». – David FAGELSON, “*Strong Rights and Disobedience...*”, *cit.*, p. 262. *Vide idem*, p. 262-265.

<sup>238</sup>«Dworkin’s resistance to justice as integrity is based on a mistaken notion about the subjectivity of social meanings. (...) Justice, in his view, is objective, and so it cannot be interpreted from the common meanings of social practices». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 95, referindo-se a DWORKIN, “*Objectivity and Truth...*”, *cit.*, p. 87-89. «Dworkin objects to finding justice in shared social meanings because of concerns about ethical relativism». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 95. *Vide idem*, p. 96-99. Assim, para FAGELSON, «(...) justice as a social practice could be understood to be absolute, yet local. It could have universal application, but only if everyone is within the community of insiders who understand it to have this meaning». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 98-99. Pelo que o Autor conclui: «I will argue that justice as integrity is indeed compatible with both law as integrity and his metaphysical view of morality as objectively true». – David FAGELSON, “*Strong Rights and Disobedience...*”, *cit.*, p. 244. *Vide*, neste sentido, o nosso “*‘Direito como integridade’ ou ‘justiça como integridade’?: A leitura de Ronald Dworkin por David Fagelson*”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, *STVDIA IVRIDICA*, 106, *Ad Honorem* – 6, *Volume V – História e política: entre memórias e ideias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 141-160.

<sup>239</sup>«My third core challenge is to the ideas of liberal neutrality». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 4. «I (...) attempt to show why liberal neutrality cannot be the moral foundation of American law. (...) Using justice as integrity, I attempt to show that American law embraces the liberal value of autonomy not in the name of equality or neutrality but rather in the name of community». – *Idem*, p. 4. «The expansion of rights in America, I argue, can be traced to the root norm of tolerance. Along with the perfectionist commitment toward autonomy, tolerance requires that everyone capable of autonomous reason be entitled to participate in those institutions that promote it». – *Idem*, p. 5.

*liberal*<sup>240</sup>. E a determinação fundamentadamente última do direito, o ideal de *excelência humana* tal como aqui afirmado, se inspirado no tradicional *perfeccionismo liberal*, não preclui a *diferença*, a *diversidade*, o *pluralismo*, a multiplicidade de *political moralities* que caracteriza as actuais sociedades, antes os possibilita, enquanto articulado com o valor da *tolerância*, de que brota por sua vez a *autonomia*<sup>241</sup>. Já para DWORKIN, a objecção ao liberalismo que assenta na crítica à afirmação essencial da *neutralidade ética* deve ser rebatida a partir da afirmação de que o liberalismo é e deve ser *neutro* em alguns níveis *éticos*, mas não numa dimensão tão abstracta que implique não determinar uma qualquer orientação material<sup>242</sup>. A *virtude* da *tolerância*, que se propõe constituir a *justificação* do direito, afigura-se então em FAGELSON com uma significação nem completamente *liberal* nem já *comunitarista*, mas essencialmente como mecanismo de *acomodação de diferenças*<sup>243</sup>.

Já para COLIN M. MACLEOD, um *ideal de tolerância* que adopte uma forma moderada de *perfeccionismo* – aqui tomado apenas como *princípio de moralidade política* («Here I am treating perfectionism only as a principle of political morality and not as a comprehensive moral theory»<sup>244</sup>) – coaduna-se melhor com o liberalismo de DWORKIN do que a ideia de *neutralidade*, ultrapassando assim as ambiguidades da construção do liberalismo em DWORKIN, na manutenção da referência à *neutralidade* do

<sup>240</sup> «One of the enduring liberal dilemmas has been how to defend neutrality against those who deny its value. If there is no right way to treat others, then why tolerate those one despises? Dworkin responds to this conundrum by arguing that liberalism requires neutrality, “not because there is no right and wrong in political morality, but because [neutrality] is what is right”. Yet he cannot show why neutrality is morally *right* or why the state should enforce it when the doctrine itself requires the state to be neutral on questions of morality. If the law reflects neutrality, it cannot ultimately be *due* to neutrality, because at some stage the state must show why neutrality between individual conceptions of the good life is morally the right thing to have». – *Idem*, p. 115-116, citando DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, p. 191. Vide Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, p. 181-213.

<sup>241</sup> «In America, I argue, liberal tolerance rests on the idea of personal autonomy as part of human excellence. (...) This idea embeds liberalism in the perfectionist tradition». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 116. Vide Joseph RAZ, “Multiculturalism”, in *Ratio Juris*, vol. 11, n. 3, 1998, p. 193-205.

<sup>242</sup> «Liberalism can and should be neutral at some, relatively concrete, levels of ethics. But it cannot and should not be neutral at the more abstract levels at which we puzzle, not about how to live in detail, but about the character, force, and standing of the very question of how to live». – Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue...*, *cit.*, p. 238-239.

<sup>243</sup> «A liberal toleration might tell people to accommodate individual differences that do not harm others, while a communitarian conception might tell people not to tolerate atomistic forces that might degrade social identity. (...)

I argue that understanding the idea of tolerance, and its role in a given community, provides an important vehicle for interpreting the purpose, and hence the meaning, of rules in a legal system». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 141-142.

<sup>244</sup> Colin M. MACLEOD, “*Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?*”, in *Law and Philosophy*, 16, 1997, p. 529-559, p. 529, n. 1.

Estado em conjugação com uma tomada de posição substancial ao nível das questões de *bem*. MACLEOD conclui que o *ideal de tolerância* permite solucionar as tensões referentes às relações entre o Estado Liberal e as questões de *bem*<sup>245</sup>. Partindo, portanto, da concepção de liberalismo assente na *igualdade*, de DWORKIN, MACLEOD pretende esclarecer o que considera *ambiguidades* da relação entre dois *ideais* mobilizados por DWORKIN – um *ideal da neutralidade liberal* («*an ideal of liberal neutrality*») e um *ideal da tolerância liberal* («*an ideal of liberal tolerance*»), e, mormente, da autonomização, que MACLEOD apelida de inexistente, de um *tertium genus*, de um *ideal de efectivação da moralidade pessoal* («*the enforcement of personal morality*») <sup>246</sup>, assim, concomitantemente, aproximando-se de RAZ, na sua concepção *perfeccionista* de liberalismo, rejeitando a redução à *neutralidade*, não obstante com diferentes justificações, argumentos e conclusões<sup>247</sup>. Optando, portanto, por um *perfeccionismo liberal* que englobe a tolerância<sup>248</sup>. Por outro lado, MACLEOD parte da distinção entre *neutralidade consequencial* («*consequential neutrality*») e *neutralidade justificatória* («*justificatory neutrality*») proposta por KYMLICKA como orientação para a análise do pensamento de DWORKIN. A primeira a traduzir a similitude de consequências da actividade estatal em qualquer concepção de *bem* assumida pelos cidadãos, e a segunda uma restrição imposta ao tipo de fundamentação lógica mobilizável pelo Estado para justificar os seus programas («*policies*»), recusando quaisquer *argumentos*

<sup>245</sup>«(...) Dworkin has tried to explain systematically how his egalitarian brand of liberalism can explain the appropriateness of a particular variety of neutrality. I argue, however, that Dworkin's account of the relationship between liberalism and the good is ambiguous. I suggest that an ideal of tolerance which embraces a mild form of perfectionism fits better with the egalitarian foundations of Dworkin's liberalism than neutrality. Moreover, tolerance is an ideal through which familiar tensions about the liberal state's relationship to the good may be resolved». – *Idem*, p. 529 («*Abstract*»). *Vide idem*, p. 529-530. *Vide idem*, p. 529, n. 2.

<sup>246</sup>«Specifically, Dworkin equivocates between an ideal of liberal neutrality and an ideal of liberal tolerance». – *Idem*, p. 531. «In describing the liberal view of the appropriate relationship of the state to different conceptions of the good, Dworkin sometimes speaks of liberalism's commitment to neutrality (...), sometimes of liberalism's commitment to tolerance (...) and sometimes to liberalism's opposition to the enforcement of personal morality (...). The ideals of neutrality and tolerance are different but both oppose the enforcement of personal morality. So there is no distinct third ideal which might be attributed to Dworkin». – *Idem*, p. 531, n. 5, referindo-se a Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, e Ronald DWORKIN, *Foundations of Liberal Equality*, *Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, Utah, University of Utah Press, 1991, p. 3-119.

<sup>247</sup>«There is some superficial similarity between the conclusions about liberalism that Raz and I reach. Thus Raz rejects neutrality and embraces a 'perfectionist doctrine of toleration'. However, the justificatory resources that he believes are open to liberals are quite different than the ones I consider here. Hence our argumentative strategies, concerns and precise conclusions are quite different». – Colin M. MACLEOD, *Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?*, *cit.*, p. 531, n. 4.

<sup>248</sup>«I believe liberals can and should reject the comprehensively anti-perfectionist ideal of liberal neutrality. Though it is underdeveloped, liberal tolerance is a more attractive ideal and is more compatible with the egalitarianism that animates much modern liberalism». – *Idem*, p. 531.

*perfeccionistas*, e assim quaisquer concepções de *bem* na formulação de políticas públicas e na determinação da atribuição de recursos<sup>249</sup>. DWORKIN não segue a *neutralidade consequencial*<sup>250</sup>, antes uma forma de *neutralidade justificatória*, o *modelo de neutralidade do mercado*<sup>251</sup>, embora corrigido em algumas dimensões pela intervenção estatal<sup>252</sup>, o que, na construção de DWORKIN, implicará, adicionalmente, a conciliação entre os ideais de *tolerância* e de *perfeccionismo*, normalmente tidos por conflitantes, mas que na percepção de MACLEOD não o seriam<sup>253</sup>.

Definindo a *tolerância liberal* em paralelo com a *neutralidade liberal*, MACLEOD alia-a, tal como FAGELSON, a um certo *perfeccionismo*, excluindo, todavia, algumas modalidades de *perfeccionismo* em que a tolerância dificilmente teria um papel a desempenhar, como é o caso de um “*perfeccionismo proibitivo*” («*prohibitive perfectionism*») – em que o Estado assumiria um papel sancionatório de práticas não conformes com a concepção de *bem* vigente –, de um “*perfeccionismo obrigatório*” («*mandatory perfectionism*») – em que o Estado utilizaria o seu aparelho coercitivo para exigir uma participação activa dos cidadãos na concepção de *bem* vigente –, e de um “*perfeccionismo educativo*” («*educative perfectionism*») – em que os recursos do Estado seriam utilizados não coercitivamente no apoio de práticas concordantes e desincentivo de práticas discordantes da concepção vigente de *bem*. Mas isto apenas quanto a um

---

<sup>249</sup> «Kymlicka has distinguished two versions of the ideal of liberal neutrality and this distinction provides a useful framework for illuminating Dworkin’s interpretation of neutrality (...). First, neutrality might be understood as imposing the requirement that government action must have an equal impact on all conceptions of the good. (...) Kymlicka labels this *consequential neutrality*. Second, neutrality can be understood as imposing a restriction on the kind of rationale the state may employ in the justification of policies. Specifically, the state is prohibited from justifying policies by appeal to any kind of perfectionist judgments. (...) Kymlicka calls this *justificatory neutrality*». – *Idem*, p. 532, referindo-se a Will KYMLICKA, “*Liberal Individualism and Liberal Neutrality*”, in *Ethics*, 99/4, p. 883-905; John RAWLS, *Political Liberalism*, cit.; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit.; Jeremy WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993. Note-se a ênfase conferida por este último à especificação da *neutralidade* como *valor em si*: «Liberal neutrality is not and cannot be the doctrine that legislation should be neutral in relation to *all* moral values. (...) Neutrality is itself a value: it is a normative position, a doctrine about what legislators and state officials ought to do». – Jeremy WALDRON, *Liberal Rights*, cit., p. 156-157 (7. «Legislation and Moral Neutrality», p. 143-167).

<sup>250</sup> «Dworkin does not endorse consequential neutrality. Consequential neutrality is inconsistent with the principles of individual responsibility and fairness found at the heart of Dworkin’s egalitarianism». – Colin M. MACLEOD, *Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?*, cit., p. 532-533.

<sup>251</sup> «(...) one important strand of Dworkin’s interpretation of equality commits him to acceptance of a form of justificatory neutrality. We can label this the market model of neutrality». – *Idem*, p. 533.

<sup>252</sup> *Idem*, p. 538-539.

<sup>253</sup> «(...) it would be a gross misrepresentation of Dworkin’s views to suggest that under this conception the state is at liberty to pursue any form of perfectionism which it believes will improve the social and cultural environment of the community. (...) This is a controversial claim since it implies that the apparently conflicting ideals of toleration and perfectionism can be reconciled. In my view, however, the supposed conflict between perfectionism and toleration is somewhat illusory». – *Idem*, p. 539.

“*perfeccionismo educativo sectário*”, não num “*perfeccionismo educativo pluralista*”, em que a *tolerância liberal* seria já, nesta acepção, configurável<sup>254</sup>.

Dentre diversos argumentos apresentados por DWORKIN para a rejeição do *perfeccionismo*, destaca MACLEOD o *argumento da equidade* («*the fairness argument*»), segundo o qual qualquer desvio – *perfeccionista*... – à igual distribuição de recursos – esta elemento essencial na teoria da *justiça distributiva* de DWORKIN – colocará em causa a *neutralidade liberal* do Estado. Sendo que a tolerância entraria na categoria de desvio àquela atribuição de recursos<sup>255</sup>. O *argumento da equidade* confere uma importante objecção à maioria das modalidades de *perfeccionismo*. Não obstante, não procederá face ao “*perfeccionismo educativo pluralista*”, pelo que não poderá generalizar-se a afirmação de que um Estado liberal igualitário deva obrigatoriamente aderir ao ideal de *neutralidade liberal*, mantendo-se aqui em aberto a possibilidade de convocar a *tolerância liberal*. Do que MACLEOD conclui que uma *forma compreensiva de liberalismo* que assente num compromisso fundamental com a *igualdade* seria mais compatível com a *tolerância liberal* do que com a *neutralidade liberal*<sup>256</sup>.

Também Glen NEWWEY, por sua vez, esclarece, divergindo de Susan MENDUS, a diferenciação entre *tolerância* e *neutralidade*, reconhecendo-lhes requisitos, conteúdos e consequências distintos<sup>257</sup>. Distinção esta também fundamental em Steven D. SMITH, porém aqui já projectando-se para lá da percepção e da alternativa entre *neutralidade liberal* e *tolerância liberal*, posto que equacionando apenas já a hipótese de *alternativa* entre *tolerância* e *intolerância*, designadamente afirmando, face ao diagnóstico de *vazio* correspondente à *neutralidade* específica do liberalismo, a necessidade da *tolerância (liberal)* para a manutenção do compromisso liberal com a liberdade individual numa comunidade política liberal<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> *Idem*, p. 539-543.

<sup>255</sup> «The most complex and interesting argument developed by Dworkin against all varieties of state perfectionism is the fairness argument. (...)

The fairness argument appears to present a special problem for liberal tolerance because it implies that any departure from the sort of neutrality embodied in the market model leads to distributive unfairness». – *Idem*, p. 548-549. *Vide idem*, p. 550.

<sup>256</sup> «Liberal tolerance thus provides a way of reconciling liberalism’s seemingly divergent elements». – *Idem*, p. 558.

<sup>257</sup> Glen NEWWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 123-124, referindo-se a Susan MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, MacMillan, London, Humanities Press, Atlantic Highlands, New Jersey, 1989.

<sup>258</sup> *Vide*, neste sentido, Steven D. SMITH, “*The Restoration of Tolerance*”, in *California Law Review*, Vol. 78, n. 2, March 1990, p. 305-356, p. 328-329, 356. *Vide* também, no mesmo sentido, Marko

Noções todas estas – de *tolerância liberal* e de *neutralidade liberal* – cuja determinação politicamente comprometida – que Stanley FISH radicalmente critica, negando a própria *existência do liberalismo*<sup>259</sup> ... – vincula a respectiva compreensão do *princípio da igualdade* e do *princípio do reconhecimento da diferença*. E cuja relevância especificamente jurídica haverá *infra* que demarcar das consequências de outras concepções, ditas *não procedimentais*, ou *materiais*, de tolerância.

---

ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 911, citando Steven D. SMITH, “*The Restoration of Tolerance*”, *cit.*, p. 307.

<sup>259</sup>Assim, no sentido de que o *liberalismo*, tal como qualquer outra *ideologia*, apenas se manifesta tolerância no quadro da respectiva *racionalidade*, e ainda de que o *liberalismo*, enquanto se afirma como alheio a qualquer determinação substantiva, *não existe*, *vide* Stanley FISH, “*Liberalism Doesn’t Exist*”, in Stanley FISH, *There’s No Such Thing as Free Speech, And It’s A Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1994, p. 134-138: «(...) liberalism cannot finally claim to be different from its competitors. Liberalism, however, defines itself by that difference – by its not being the program of any particular group or party – and therefore in the absence of that difference one can only conclude, and conclude nonparadoxically, that liberalism doesn’t exist». – *Idem*, p. 138.

## 2. Caminhos alternativos à *procedimentalização* da categoria *tolerância*, entre *societas* e *communitas*...

### 2.1. Liberalismo comunitarista e “regimes culturais de tolerância” (Michael WALZER)

#### 2.1.1. Intersubjetividade, coexistência pacífica e “regimes de tolerância”

Postulando como base uma específica noção de *moralidade*, para uma *correção* da estrita definição *procedimental* da categoria *tolerância* – ínsita à já *supra* analisada perspectivação geral, entre *liberalismo* e *comunitarismo*<sup>260</sup>, e assim estabelecendo também no concreto problema da tolerância uma relativização essencial quanto à adequada perspectiva a adoptar<sup>261</sup> –, ultrapassando a base religiosa da noção *moderna* de tolerância, em WALZER uma configuração que se diz *pós-moderna* de tolerância perpassará todos os níveis da compreensão do ser humano como *pessoa*<sup>262</sup>, numa transição de *paradigma*, do *moderno* ao *pós-moderno*<sup>263</sup>. Transição esta que acaba por sintetizar no *quinto* dos seus *modelos de tolerância*, o das *sociedades de imigrantes* – aquelas cujos elementos, de culturas diferentes, se inter-relacionam, tornando assim a tolerância um elemento essencial não apenas a nível *intercomunitário* mas também *intracomunitário*<sup>264</sup>. E *imigrantes* não apenas no sentido de membros vindos de fora, de culturas diferentes, como que incrustados numa cultura, nessa posição *dominante*, com

<sup>260</sup>Vide *supra*, Parte I, 2.2.1.2.1., e Parte II, 1.1.2.2..

<sup>261</sup>«(...) we can never be consistent defenders of multiculturalism or individualism; we can never be simply communitarians or liberals, or modernists or postmodernists, but must be now one, now the other, as the balance requires». – *On Toleration*, cit., p. 112 («*Epilogue. Reflections on American Multiculturalism*», p. 93-112).

<sup>262</sup>Vide, também neste sentido, Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, cit., p. 91: «Relativamente à religião, este autor afirma que a grande contradição reside na própria ideia de tolerância religiosa, porque quase todas as religiões toleradas visam restringir elas mesmas a liberdade individual, que, pelo menos numa visão liberal, é a própria fundação do conceito».

<sup>263</sup>Vide a distinção entre modelos modernos e pós-modernos de tolerância em Michael WALZER, *On Toleration*, cit., V., «*Modern and Postmodern Toleration*», p. 83-92.

<sup>264</sup>Vide *idem*, p. 30-35 (2. «*Five Regimes of Toleration*», p. 14-36). «The last of my toleration models, however, points toward a different pattern, and, perhaps a postmodern project. In immigrant societies (and also now in nation-states under immigrant pressure), people have begun to experience what we might think of as a life without clear boundaries and without secure or singular identities. (...) Now tolerance begins at home (...)». – *Idem*, p. 87.



a qual, pelo menos, se confrontam. Também *imigrantes* na sua própria cultura, numa crescente afirmação individualizada da diferença, com a conseqüente redução progressiva da coesão de grupo, *estranhos* perante todos os *outros*, estranhos perante *si próprios*, dizendo-o com Julia KRISTEVA<sup>265</sup>. Vendo KRISTEVA na constituição de *sociedades transnacionais* uma «(...) “still unforeseeable”, but obviously imaginable, “polyvalent community” (...)»<sup>266</sup>. Uma *comunidade polivalente*, portanto, em que se conjuguem os valores fundamentais da cultura dominante com a afirmação de identidade individual e/ou de grupo, esta última assim o *objecto* da tolerância.

O elenco de *Regimes de Tolerância* proposto por WALZER compreende, então, sucessivamente: (1) *impérios multinacionais*, (2) a *sociedade internacional*, (3) experiências de *consociação/associação*, (4) *Estados-nação* e (5) *sociedades de imigrantes*<sup>267</sup>. (1) Nos *impérios multinacionais* (tal como Pérsia, Egipto, Roma), a tolerância seria uma *tolerância oficial*, imposta *de cima*, muitas vezes desconsiderando as especificidades comunitárias, visando apenas manter a paz e a ordem, mesmo económica<sup>268</sup>. (2) Já na *sociedade internacional*, apesar do predomínio da soberania enfraquecida, a tolerância não seria universal, embora constituísse um elemento essencial ao relacionamento interestadual<sup>269</sup>. (3) Nos casos de *consociação/associação*, a *tolerância recíproca* constituiria um elemento essencial à manutenção do Estado, na medida em que o frágil equilíbrio entre grupos e o receio de alteração desse equilíbrio em favor de um determinado grupo face aos outros poderia fazê-lo claudicar<sup>270</sup>. (4) Os

<sup>265</sup> «The postmodern project undercuts every sort of common identity and standard behavior (...). (...) if everyone is a stranger, then no one is». – *Idem*, p. 88-89, remetendo para Julia KRISTEVA, *Nations Without Nationalism*, tradução de Leon S. ROUDIEZ, Columbia University Press, New York, 1993, e Julia KRISTEVA *Strangers to Ourselves*, tradução de Leon S. ROUDIEZ, Columbia University Press, New York, 1991 (o primeiro correspondente a extractos de *Lettre ouverte à Harlem Désir*, Rivages, Paris, 1990, e o segundo a *Étrangers à nous-mêmes*, Folio, Paris, 1988). *Vide* Julia KRISTEVA, *Étrangers à nous-mêmes*, Fayard, Folio, Paris, 1988, especialmente p. 283-285.

<sup>266</sup> *Vide* Julia KRISTEVA, *Nations Without Nationalism*, *cit.*, p. 35-43, e Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 89-90.

<sup>267</sup> *Vide* Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 14-36. *Vide* também a síntese em Michael WALZER, “The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 165-176.

<sup>268</sup> «The oldest arrangements are those of the great multinational empires – beginning, for our purposes, with Persia, Ptolemaic Egypt, and Rome». Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 14. *Vide* ainda *idem*, p. 15-18.

<sup>269</sup> «(...) international society is tolerant as a matter of principle, and then more tolerant, beyond its own principles, because of the weakness of its regime». – *Idem*, p. 22. *Vide* *idem*, p. 19-22.

<sup>270</sup> «Consociationalism is a heroic program because it aims to maintain imperial coexistence without the imperial bureaucrats and without the distance that made those bureaucrats more or less impartial rulers. Now the different groups are not tolerated by a single transcendent power; they have to tolerate one another and work out among themselves the terms of their coexistence». – *Idem*, p. 22.

*Estados-Nação*, modelo mais comum de tolerância, para WALZER, apresentam um grupo dominante no país, mais do que vários grupos tolerando-se mutuamente<sup>271</sup>. Neste contexto, a tolerância iria menos dirigida aos grupos do que aos seus membros individuais – os quais, se enquanto cidadãos são titulares de iguais direitos e deveres, na *esfera colectiva pública* («*public collective*»), enquanto membros de grupos poderão distinguir-se nas suas convicções e práticas, na *esfera colectiva privada* («*private collective*»), sobre a qual a *esfera colectiva pública* exerce continuamente pressão<sup>272</sup>. (5) Nas *sociedades de imigrantes* – incluindo os Estados Unidos da América –, à expressão das diversas proveniências culturais e respectivas *pretensões recíprocas* só a tolerância poderia dar resposta<sup>273</sup>. Para além destes *modelos puros* de regimes de construção social de tolerância, WALZER analisa ainda algumas situações *híbridas*, tais como França, Israel, Canadá e União Europeia<sup>274</sup>.

Nesta perspectiva, não obstante a conservação do Estado como célula de referência ou estruturação de base essencial, cumpre destacar o elemento agregador fundamental, mesmo face a possíveis objecções à proposta de análise que tivessem por base uma acusação de *relativismo*: a relevância pretensamente *substantiva* do *princípio da coexistência pacífica* como justificante *moral principle*<sup>275</sup>. E pretensamente posto que, pese embora estarmos aqui, como já *supra* esclarecido<sup>276</sup>, perante uma transição superadora do liberalismo estrito – e, assim, um dito *liberalismo comunitarista* –, a estruturação política do problema de tolerância acaba por reconduzir a uma posição, apesar de tudo, conservadora. Havendo, não obstante, a relevar a tentativa de determinação *substantiva* da fundamentação da tolerância e a reflexão da *diferença* como ínsita à intersubjectividade humana.

<sup>271</sup>«(...) the nation-state is now the more likely regime of toleration: one group, dominant throughout the country, shaping public life and tolerating a national or religious minority – rather than two or three groups, each secure in its own place, tolerating one another». – *Idem*, p. 24.

<sup>272</sup>«Toleration in nation-states is commonly focused not on groups but on their individual participants, who are generally conceived stereotypically, first as citizens, then as members of this or that minority». – *Idem*, p. 25.

<sup>273</sup>«The fifth model of coexistence and possible toleration is the immigrant society. Now the members of the different groups have left their territorial base, their homeland, behind them (...)». – Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 30.

<sup>274</sup>Vide Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, 3. «*Complicated Cases*», p. 37-51.

<sup>275</sup>«(...) I am not advocating an unconstrained relativism, for no arrangement, and no feature of an arrangement, is a moral option unless it provides for some version of peaceful coexistence (and thereby upholds basic human rights). (...) peaceful coexistence is clearly an important and substantive moral principle». – *Idem*, p. 5-6.

<sup>276</sup>Vide *supra*, Parte I, 1.1.2.2., 2.2.1.2.1. e 3.1., p. 142.

### 2.1.2. A relevância do problema da *dupla acomodação da diferença*

Implicada pelo *dualismo moderno/pós-moderno*, e como consequência daquela compreensão da *diferença* – e, concomitantemente, da pessoa como *estranho*, perante os outros e perante si próprio –, a *dupla acomodação da diferença* traduzir-se-ia, para WALZER, na *acomodação* dos indivíduos, em primeiro lugar, nas suas versões *singular* e *colectiva*, e em segundo lugar, nas suas versões *pluralistas*, *dispersas* e *divididas*. Numa tolerância e protecção como cidadãos do Estado, e como membros de grupos, enquanto *componentes de* e *estranhos a* ambos. A *diferença* haveria de ser, portanto, tolerada em sentido pessoal e em sentido político, sem esquecer a sedimentação de grupo e a base estrutural-cultural que conferem, pois que, para WALZER, o projecto *pós-moderno*, considerado sem a sua base histórico-cultural, produzirá indivíduos sem referências culturais<sup>277</sup>. Neste sentido, as tensões *indivíduo/grupo*, *cidadão/membro*, típicas da Modernidade, transitariam para a dita *pós-modernidade* numa tensão análoga: *cidadãos/membros*, por um lado, e *eu-dividido/estranho cultural*, por outro.

Deverá notar-se aqui a especificidade de, não obstante a consideração da questão da tolerância em contexto comunitário (de *grupos*), subjectivizar desde logo intracomunitariamente a expressão da *diferença* e da necessidade de tolerância para a *coexistência*. Este parecendo-nos ser nesta compreensão o decisivo ponto – e contributo – de efectiva superação de uma perspectivação *procedimentalmente* moderna de tolerância. Projectando-se, assim, também a partir desta proposta, o problema da *dupla acomodação da diferença* como núcleo essencial da discussão da necessidade/possibilidade da tolerância.

---

<sup>277</sup> «This dualism of the modern and the postmodern requires that difference be doubly accommodated: first in its singular individuals and collective versions and then in its pluralist, dispersed, and divided versions. We need to be tolerated and protected as citizens of the state and members of groups – and also as strangers to both. (...)

(...) We should value the extraordinary personal liberty that we enjoy as strangers and possible strangers in contemporary “transnational” societies. But we need at the same time to shape the regimes of toleration in ways that fortify the different groups and perhaps even encourage individuals to identify strongly with one or more of them». – Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 90-91.

## 2.2. A substancialização da exigência *positiva-afirmativa* de tolerância nas comunidades discursivas (Karl-Otto APEL)

Numa *correção* materializante da *ética do discurso* de HABERMAS<sup>278</sup>, e afastando-se igualmente do *realismo liberal* de Rawls<sup>279</sup>, evoca Karl-Otto APEL um *ideal regulativo transcendental*, parte de uma construção discursiva do *bem* – postulado no sentido do *universal* kantiano, porém por sua vez também *corrigido* através da «*substantielle Sittlichkeit*» hegeliana<sup>280</sup>. Para encontrar numa exigência racional de conteúdo materialmente regulativo a fundamentação para uma construção *afirmativa* – contrariamente à concepção *negativa* originária do *liberalismo clássico* – do conteúdo da categoria tolerância, e, assim, a possibilidade de construção de uma *sociedade*

<sup>278</sup>Karl-Otto APEL, “*Plurality of the Good?...*”, *cit.*, p. 208, remetendo para Karl-Otto APEL, *Etica della comunicazione*, Jaca Book, Milano, 1992, Karl-Otto APEL, *Éthique de la discussion*, Édition du Cerf, Paris, 1994, e Jürgen HABERMAS, *Erläuterung zur Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 185 ss.. Vide ainda Karl-Otto APEL, “*Die transzendentalpragmatische Begründung der Kommunikationsethik und das Problem der höchsten Stufe einer Entwicklungslogik des moralischen Bewußtseins*”, in Karl-Otto APEL, *Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 306-369, especialmente p. 362, e Karl-Otto APEL, “*Zurück zur Normalität? – Oder könnten wir aus der nationalen Katastrophe etwas Besonderes gelernt haben? Das Problem des (welt-)geschichtlichen Übergangs zur post-konventionellen Moral in spezifisch deutscher Sicht*”, *ibidem*, p. 370-474, p. 440-441, n. 81; Karl-Otto APEL, “*Normative Begründung der ‚Kritischen Theorie‘ durch Rekurs auf lebens-weltliche Sittlichkeit? Ein transzendentalpragmatisch orientiert Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken*”, in Axel HONNETH/Thomas MCCARTHY/Claus OFFE/Albrecht WELLMER, *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung...*, *cit.*, p. 15-65, citado na tradução francesa *Penser avec Habermas contre Habermas*, tradução de Marianne CHARRIÈRE, L’Éclat, Paris, 1990, opondo sistematicamente a sua *pragmática transcendental* à *pragmática universal (formal)* de HABERMAS.

<sup>279</sup>Karl-Otto APEL, “*Plurality of the Good?...*”, *cit.*, p. 207, e *ibidem*, n. 3.

<sup>280</sup>E, assim, pretendendo conjugar a postulada *universalização* de direitos e deveres presente no princípio kantiano da moralidade enquanto objectivo de aferição das máximas enunciadas, com a pressuposição *particular* hegeliana de *ética substancial* («*substantielle Sittlichkeit*»), ela própria compreendida em função do horizonte último de uma *moral de valor universal*: «(...) even the Kantian principle of morality qua universalization of rights and duties cannot, I think, provide the basis for appreciating particular value traditions as long as it is not connected with the insight that the moral principle of universalization is only a device for testing maxims that, for their part, in each concrete case presuppose a particular value tradition of “*substantielle Sittlichkeit*” in the Hegelian sense». – *Idem*, p. 201. Vide, sobre relação entre *Sittlichkeit* e *Moralität* em HEGEL, G. W. F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes* (bey Joseph Anton Goebhardt, Bamberg und Würzburg, 1807), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, especialmente p. 327-359 e 441-464; G. W. Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (in der Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1821), in *Werke*, 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 141. «*Übergang von der Moralität in Sittlichkeit*», p. 286-287: «Für das Gute, als das substantielle Allgemeine der Freiheit, aber noch Abstrakte, sind daher ebensoehr Bestimmungen überhaupt und das Prinzip derselben, aber als mit ihm identisch, gefordert, wie für das Gewissen das nur abstrakte Prinzip des Bestimmens, die Allgemeinheit und Objektivität seiner Bestimmungen gefordert ist». – *Idem*, p. 286.

*multicultural*<sup>281</sup>. Elencando duas distintas concepções do *bem(-good)*, com inspiração em KANT: a) uma concepção *unitária e universalmente válida* de *bem* e b) uma concepção de *bem* susceptível de relativização consoante as *formas de vida* individuais e socioculturais<sup>282</sup>. E com KANT desde logo partindo dos vocábulos mobilizados para manifestar o contrário de *bem(-good)*: *mal(-evil, böse)* e *mau (-bad, schlecht)* – o primeiro como contrário de uma noção de *bem* deontologicamente absoluto, relativo à noção de *vontade boa*, independente de qualquer *telos* heterónimo, e assim um *bem em si e por si*, correspondente à *lei moral* («*Sittengesetz*») e ao seu *imperativo categórico*; e o segundo como contrário de uma noção de *bem* com um determinado *telos* heterónimo, intencionando a *felicidade* («*Glückseligkeit*») <sup>283</sup>. E a tolerância, decorrentemente, para o *liberalismo clássico*, enquanto *dever* deontico *universalmente válido*, simultaneamente pressupondo a pluralidade do sentido de *bem* («*plurality of the good*») e pressuposto por este último como um *bem unitário* («*unitary good*») <sup>284</sup>. Noção esta, porém, não suficiente para consubstanciar, na opinião de APEL, a exigência de *tolerância positiva-afirmativa* («*affirmative tolerance*») nas actuais sociedades multiculturais <sup>285</sup>.

<sup>281</sup>«(...) against [this plausible] argumentation of *classical liberalism*, two lines of argument may be mobilized (...). On the one hand, one may discriminate between *two very different types of tolerance* toward socio-cultural value traditions: *Negative tolerance* based on *indifference*, and *positive or affirmative tolerance*, based on *appreciating*, in principle, that deep and manifold value-traditions are resources that can enrich human culture in general and the social engagement of individuals. And in the face of this distinction, one may claim that the conception of a *multicultural society* is tied up with the idea of *affirmative tolerance* of cultural traditions, rather than with that of mere negative tolerance». – Karl-Otto APEL, “*Plurality of the Good?...*”, *cit.*, p. 200.

<sup>282</sup>«(...) there are historical examples for the unitary and universally valid concept of the good as well as for a conception of the good that may be relativized with regard to individual and socio-cultural forms of life». – *Idem*, p. 203.

<sup>283</sup>«A linguistic indication of the difference meant is provided by the two different oppositions to the meaning of “good”, namely “evil” (in German: *böse*) and “bad” (in German: *schlecht*). This difference again is elucidated, e.g., by Kant (...). For he defines “good” in the first sense as the *deontologically absolute good* of the “good will” which does not stand in any relation to a *telos*, but only in relation to the *moral law* (the *Sittengesetz*). This is sharply separated by Kant from what is “good for something”, that is in particular: for my or for our “happiness” (*Glückseligkeit*)». – *Idem*, p. 203. Vide ainda Immanuel KANT, in *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, por exemplo, na seguinte passagem: «Der Mensch fühlt in sich selbst ein mächtiges Gegengewicht gegen alle Gebote der Pflicht, die ihm die Vernunft so hochachtungswürdigvorstellt, an seinen Bedürfnissen und Neigungen, deren ganze Befriedigung er unter dem Namen der Glückseligkeit zusammenfaßt». – Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *cit.*, p. 32. Vide *idem*, p. 44-45.

<sup>284</sup>«(...) this Kantian “architectonics” of dealing with the *good*, which in our time has provided a basis for the meta-ethical distinction between *deontological* and *teleological* ethics, has also become a basis for the *liberal* way of dealing with the problem of *tolerance*». – Karl-Otto APEL, “*Plurality of the Good?...*”, *cit.*, p. 204.

<sup>285</sup>(...) the Kantian version of liberalism and its suggested *complementaristic* solution of the ethical problem of tolerance with regard to the cultural variety of ideals and forms of the good life is hardly sufficient for grounding or legitimatizing that form of *affirmative tolerance* that is meant and

A resposta de APEL afirma-se, assim, como uma transformação *transcendental-pragmática* e *transcendental-hermenêutica* da fundamentação kantiana da *ética*, como base para uma construção da *tolerância afirmativa* fundada na *ética do discurso*<sup>286</sup>. Postulando, naquele primeiro aspecto, uma *comunidade ideal, ilimitada, de comunicação*, em que se projectaria a necessária *universalização* de direitos e deveres requerida pelo *princípio de justiça* kantiano, e, neste segundo, uma *pré-compreensão hermenêutica*, como base para aquela transformação<sup>287</sup>. Distinto, assim, de HABERMAS, na medida em que se afasta da determinação *procedimental* da *ética do discurso*, ao avançar, para lá da compreensão daquele sobre o pós-convencional *nível 6* – de determinação de *princípios éticos universais* – da *teoria do desenvolvimento moral* de Lawrence KOHLBERG<sup>288</sup>, divergindo, assim, desta teoria, tal como HABERMAS, porém compreendendo em sentido diferente de ambos mormente a enunciação de um potencial *nível 7*<sup>289</sup> – de fundamentação daqueles *princípios* –, afirmando a este nível uma determinação não apenas *discursivamente procedimental* mas sim *transcendental-pragmaticamente reflexiva* da fundamentação de tais *princípios*, postulando uma *macro-ética* («*Makroethik*») determinante da *consciência pós-convencional* enquanto

---

postulated in our day by those who defend and propagate the idea of a *multicultural society* in an emphatic sense». – *Ibidem*.

<sup>286</sup>Karl-Otto APEL, „*Die transzendentalpragmatische Begründung der Kommunikationsethik...*“, *cit.*, p. 357-369. Assim: «Eine *transzendentalpragmatisch begründete Diskursethik* kann aber auch das *formal-prozedurale* Prinzip angeben, nach dem alle situationsbezogenen, historisch revidierbaren materialen Normen – z. B. Rechtsgesetze, aber auch internalisierbare Normen der Moralität – begründet werden sollten. Auch dieses Prinzip, welches seinerseits das Universalisierungsprinzip Kants als seinen formal-abstrakten Kern enthält, ist auf die geschichtlich bedingten Vorgaben der substantiellen Sittlichkeit angewiesen, aber es enthält zugleich, als *regulative Idee*, den Maßstab, an dem die geschichtlichen Vorgaben (...) im Falle der Problematisierung gemessen werden können: den idealen Maßstab nämlich der durch argumentative Diskurse (nicht irgendwie *persuasiv!*) herzustellenden Konsensfähigkeit für alle Betroffenen». – Karl-Otto APEL, „*Zurück zur Normalität?...*“, *cit.*, p. 406-407. «(..) I suggest, an answer can be provided through what I would call a *transcendental-pragmatic* and *transcendental-hermeneutic* transformation of Kant's foundation of ethics along the lines of a discourse ethics». – Karl-Otto APEL, „*Plurality of the Good?...*“, *cit.*, p. 204.

<sup>287</sup>Karl-Otto APEL, „*Plurality of the Good?...*“, *cit.*, p. 205-209.

<sup>288</sup>Karl-Otto APEL, „*Die transzendentalpragmatische Begründung der Kommunikationsethik...*“, *cit.*, p. 340-369.

<sup>289</sup>«Man kann nun aber vom Gesichtspunkt der *sprachlichen*, genauer: der der *diskursiv-argumentativen-Verständigung über Moralprobleme* aus immer noch einen *Abstraktheitseinwand* gegen das Gerechtigkeitskriterium von Rawls und Kohlberg vorbringen. Und J. Habermas hat das in seiner ersten Kohlberg-Rezeption sogar in der Form getan, daß er eine *Stufe 7* des moralischen Bewußtseins postuliert hat». – *Idem*, p. 342, por referência a J. HABERMAS, *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976, p. 83, e a Lawrence KOHLBERG, *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice (Essays on Moral Development. Volume I)*, Harper & Row, San Francisco, 1981. Vide Karl-Otto APEL, „*Die transzendentalpragmatische Begründung der Kommunikationsethik...*“, *cit.*, p. 345.

*ética da responsabilidade*<sup>290</sup>. E assim a admitir uma supervisão *metadiscursiva* das *comunidades discursivas*, e, concomitantemente, uma *substancialização* da *ética do discurso*<sup>291</sup>.

Reconhecendo APEL que o *multiculturalismo* pode justificar distintas posturas em diferentes *discursos* – o *discurso prático*, tal como postulado pela *ética do discurso* (a *compreensão hermenêutica* e apreciação das *particulares tradições de valor* e dos padrões *universalmente válidos* da *moral da comunidade de comunicação ideal* de acordo com a ideia regulativa da complementaridade da *tolerância positiva* e respectivas restrições), o *discurso político* (visando os compromissos entre os interesses das comunidades étnico-religiosas) e o *discurso jurídico* –, acaba por concluir que, cabendo ao *discurso jurídico* a garantia dos direitos individuais e de igual tratamento das diferentes *tradições de valor*, não lhe competirá primariamente a descoberta e apreciação de novos valores aceitáveis, pelo que uma *compreensão negativa* da *tolerância* (ou *neutralidade...*) poderia ser, a esta luz, suficiente ao nível do *discurso jurídico*<sup>292</sup>. O que, sendo coerente com a distinção entre estes três tipos de discurso, acabará por remeter o jurídico à regulação de um *status quo* sobre cujo conteúdo e evolução – deixados aos discursos *ético* e *político* – não terá uma palavra autónoma a dizer. Note-se, todavia, neste ponto, a chamada de atenção de Danilo ZOLO, referindo-se a esta falta de autonomia noutros termos, quanto à proposta de APEL, enfatizando a aproximação entre os distintos subsistemas da *ética*, do *direito* e da *política* – e assim acentuando a determinação de conteúdo operada pela *ética substancial* de APEL face à juridicidade. Para afirmar que a noção de *ética positiva* proposta por APEL se afirma como inspirada numa *ética objectiva e universal*, correndo sérios riscos de expressar antes *intolerância*<sup>293</sup>.

<sup>290</sup>Karl-Otto APEL, “Die Situation des Menschen als ethisches Problem”, in Karl-Otto APEL, *Diskurs und Verantwortung...*, cit., p. 42-68, p. 42. «Die Antwort (...) läßt sich zunächst einmal durch die folgende, *scheinbare Selbstaufhebung des Diskursprinzips* (wie auch schon des traditionellen Universalisierungsprinzips) auf der Ebene einer *Verantwortungsethik* verdeutlichen (...)». – Karl-Otto APEL, „Zurück zur Normalität?...“, cit., p. 463. «Diese Überlegung spricht m. E. dafür, hier eine über die *Stufe 6* hinausgehende *7. Stufe* der moralischen Urteilskompetenz zu postulieren – eine Kompetenzstufe, auf der der Mensch sozusagen die *Verantwortung für die Anwendung der Ethik* im Prinzip übernommen hat». – *Idem*, p. 464-465.

<sup>291</sup>Vide Karl-Otto APEL, „Die transzendentalpragmatische Begründung der *Kommunikationsethik...*“, cit., p. 357-369, especialmente p. 368-369.

<sup>292</sup>Karl-Otto APEL, “Plurality of the Good?...”, cit., p. 210-211.

<sup>293</sup>«(...) Apel seems to overlook that the modern notion of the “rule of law” (or *Rechtsstaat*) originates from the historical process of the “positivation of law” (*Positivierung des Rechts*), which implies a clear-cut distinction between ethics and law. From this point of view Apel’s conception of

Efectivamente, pretender construir uma *macro-ética*, como APEL, de índole discursiva, terá o mérito de substancializar, em certo sentido, a ética, e, assim, de conferir à responsabilidade ética uma densificação de conteúdo que nos parece essencial à determinação da fundamentação da intersubjectividade. Pretender simultaneamente, porém, torná-la universalizável, implicará o risco de não apenas dessubstancializar completamente aquela inicialmente afirmada densificação, como, no limite, uma vez posto em causa tal pressuposto, impedir a própria manutenção do discurso – e, neste sentido, correndo o risco de, mais do que em HABERMAS, impossibilitar um *diálogo intercivilizacional*. Não nos parece que, sobretudo face à consideração directa da problemática da tolerância, seja essa a intenção de APEL. Aliás, nesse sentido se orientará a apontada *tolerância positiva*: postulando para o domínio da ética, que não do direito, as valorações axiológicas subentendidas.

Com o que o problema da tolerância se estabelecerá aqui num nível superior ao da regulação jurídica. Ponto com que haveremos de concordar, não obstante, conforme *infra* explanaremos<sup>294</sup>, não abdicarmos de uma substancialização da tolerância de que o *diálogo* será elemento constitutivo fundamental, porém não exclusivo, e sem a pretensão de universalidade aqui enunciada, não obstante afirmando a possibilidade do diálogo intercivilizacional. Para reconhecemos num horizonte de referência axiologicamente material – distinto, porém, nos termos explanados, de uma *meta-ética* deste tipo – o substrato a partir do qual a tolerância se assuma como fundamento da acção prática, e, por esta via, com uma palavra a dizer na compreensão e constituição do direito.

---

“positive tolerance” looks very close to the moralistic appeal to political virtues made by communitarian writers such as MacIntyre, Sandel and Taylor, In my opinion, this political philosophy risks contaminating the functional code of politics with the code of personal relationships, of friendship or love». – Danilo ZOLO, “Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 247-251, p. 248-249. «(...) I would say that Apel’s proposal of a “positive tolerance” risks (paradoxically) appearing intolerant, since it rejects any relativist or subjectivist conception of ethics. The idea of “positive tolerance” is embedded in the context of a deontological, universalistic ethics, which includes elements of a Kantian ethical rationalism and of an Aristotelian metaphysical and realist conception of truth». – *Idem*, p. 249. *Vide infra*, 6.2.3.2.2.1..

<sup>294</sup>*Vide infra*, 6. e 8..



### 2.3. Entre *pluralismo, compaixão e misericórdia*: a *tolerância* no seio da *análítica das «capabilities» humanas (de Amartya SEN a Martha NUSSBAUM)*

#### 2.3.1. Tolerância e «capabilities approach»

Em expressa crítica ao contratualismo de raiz hobbesiana, e na linha de John LOCKE, Jean-Jacques ROUSSEAU e Immanuel KANT, e, mais proximamente, John RAWLS, Robert NOZICK e Ronald DWORKIN – cuja herança determina como modelo de *institucionalismo transcendental* («*transcendental institutionalism*»), propõe Amartya SEN, inspirando-se noutra linha da Modernidade – com origem em Adam SMITH, CONDORCET, Jeremy BENTHAM, Mary WOLLSTONECRAFT, Karl MARX e John Stuart MILL –, uma opção que designa por *comparação centrada na realização* («*realization-focused comparison*») – e assim uma alternativa não centrada na determinação ideal das condições institucionais de justiça mas uma análise comparativa efectiva da justiça e injustiça<sup>295</sup>. Articulando uma noção de *tolerância* cuja determinação pelo valor da liberdade, na sua «*social choice theory*», conduz a uma reciprocidade de base substancial<sup>296</sup>. É uma opção por uma compreensão não estatista dos direitos humanos que convoca uma *justiça global* assente na identidade de *ser humano*, e, assim, na *humanidade* do homem<sup>297</sup>. É, assim, também livre da dicotomia de Ocidente/Oriente sobre a liberdade<sup>298</sup>. Conferindo aos *direitos humanos* uma fundamentação moral e uma índole ética mais ampla do que – e sustentadora da –

<sup>295</sup> «There is, obviously, a radical contrast between an arrangement-focused conception of justice and a realization-focused understanding: the latter must, for example, concentrate on the actual behaviour of people, rather than presuming compliance by all with ideal behaviour.

(...)

The distance between the two approaches, *transcendental institutionalism*, on the one hand, and *realization-focused comparison*, on the other, is quite momentous». – Amartya SEN, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 7 («Introduction», p. 1-27). *Vide idem*, p. 5-7 e 96-105 (4. «Voice and Social Choice», p. 87-113). *Vide também idem*, p. 410-411 (18. «Justice and the World», p. 388-415).

<sup>296</sup> «If it turns out, for example, that in order to safeguard the liberties of all, we have to cultivate tolerance of each other in our respective values, then that is a public reasoning justification for cultivating tolerance». – *Idem*, p. 111.

<sup>297</sup> «(...) the ties that bind human beings in relations of duty and concern across borders need not operate *through* the collectivities of the respective nations. (...)». – *Idem*, p. 142 (6. «Closed and Open Impartiality», p. 124-152). «The notion of human rights builds on our shared humanity. These rights are not derived from the citizenship of any country, or the membership of any nation, but are presumed to be claims or entitlements of every human being». – *Idem*, p. 143.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 227-228 (11. «Lives, Freedoms and Capabilities», p. 225-252).

respectiva consagração como direito positivo<sup>299</sup>, estabelecendo-os, portanto, como *moral rights* susceptíveis de se tornarem, em determinadas condições justificadas, *legal rights*<sup>300</sup>.

A «*capabilities approach*» de Amartya SEN constituiu o ponto de partida para a de Martha NUSSBAUM, esta ampliando o pendore económico daquela, no sentido de oferecer os fundamentos dos *princípios políticos* firmantes das garantias constitucionais<sup>301</sup>. Assim, em aberta crítica à perspectiva política da *tolerância* apontada por RAWLS, e afastando-se de uma noção *liberal* de *tolerância*<sup>302</sup> – embora substancialmente tributária na sua construção do *contratualismo político* de RAWLS e do *contratualismo ético* de SCANLON, permanecendo *contratualista*<sup>303</sup> –, Martha NUSSBAUM, centrada nas essenciais *capacidades*(*aptidões*)-«*capabilities*» *humanas*, numa perspectiva de *cuidado*, anteriores e independentes de um qualquer contrato social – posto que, de origem numa ideia de *dignidade humana*, vendo cada pessoa como *fim*,

<sup>299</sup>*Idem*, p. 366 (17. «*Human Rights and Global Imperatives*», p. 355-387). *Vide ibidem*, especialmente, p. 357-366, 385-387.

<sup>300</sup>*Vide* Amartya SEN, «*Legal Rights and Moral Rights*», in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 2, 1996, p. 153-167, especialmente p. 153-155: «Nor would it be appropriate to define moral rights simply as *potential* legal rights. (...)»

(...) Any legal relevance of moral rights must be dependent of the underlying ethical claim, and it is that claim – not its potential legality – that is constitutive of a moral right». – *Idem*, p. 155. *Vide* ainda Amartya SEN, «*Elements of a Theory of Human Rights*», in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, n. 4, 2004, p. 315-356, sobretudo p. 320-328.

<sup>301</sup>*Vide* Martha NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000, *Preface*, p. xiii, e p. 11-15 («*Introduction: Feminism and International Development*», p. 1-33). «Sen has focused on the role of capabilities in demarcating the space within which quality of life assessments are made; I use the idea in a more exigent way, as a foundation for basic political principles that should underwrite constitutional guarantees». – *Idem*, p. 70-71 (1. «*In Defense of Universal Values*», p. 34-110). *Vide* ainda Amartya SEN, *The Idea of Justice*, *cit.*, p. 231-235.

<sup>302</sup>«Eine tolerante liberale Demokratie könnte versuchen, Toleranz lediglich mit Hilfe von Gesetzen und Institutionen zu erzeugen, ohne sich um die Erziehung der Herzens und des Vorstellungsvermögens zu bemühen. (...) Aber solch ein Regime formaler Toleranz ist zerbrechlich». – Martha NUSSBAUM, «*Toleranz, Mitleid und Gnade*», in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, *cit.*, p. 144-161, p. 147. *Vide* Martha NUSSBAUM, «*Compassion: The Basic Social Emotion*», in *Social Philosophy and Policy*, vol. 3, n. 1, 1996, p. 27-58.

<sup>303</sup>«(...) this project does not aim to dismiss the theory of the social contract from the scene, and least of all Rawls's great theory, which in many ways it follows and extends. (...) this extension requires a new sort of starting point and the rejection of some characteristic elements of the social contract tradition. But contractarian theories, especially in their moralized Kantian form, are close allies of the capabilities approach». – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006, p. 94-95. «(...) my approach contains some convergences with contractarianism of Scanlon's ethical type, but also some very striking departures, and even more striking departures from Rawlsian form of political contractarianism». – *Idem*, p. 156. *Vide* ainda, mantendo o mesmo sentido aqui enunciado, Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2011, p. 84-89.

visem a sua consagração constitucional<sup>304</sup> –, aponta as categorias *dignidade humana* e *respeito* como essenciais à consideração da variedade cultural, conducentes a uma coexistência pacífica não invasiva das «*central capabilities*». Opondo à noção de *tolerância* proposta por RAWLS – que qualifica de problemática, sobretudo enquanto elemento de pacificação internacional, e não tanto já nacional – a concentração no sujeito individual e a abstracção da significação substancial das «*central capabilities*», pretensamente susceptível de concretização, desde logo a nível nacional, e, concomitantemente, permitindo uma coexistência pacífica sem pôr em causa as especificidades locais, garantindo assim a sua *universalidade*<sup>305</sup>. Pelo que a *justiça global* seria atingida por via do reconhecimento daquelas «*capabilities*»<sup>306</sup> – *básicas* (enquanto *equipamento inato individual* como base necessária para o desenvolvimento de outras «*capabilities*» mais avançadas, e base ainda para a questão da *moral*), *internas* (enquanto estados desenvolvidos da pessoa como condições suficientes para o exercício da respectiva *função*) e *combinadas* (enquanto «*capabilities*» *internas combinadas* com condições externas adequadas ao exercício da *função*, sendo deste último tipo as «*capabilities*» consagradas na «*central human capabilities list*»), quando analisadas à luz da sua relação com a *função* respectiva a cujo desempenho se referem, sendo as primeiras inatas, as segundas resultantes de condições de maturação e as terceiras uma combinação das de segundo tipo com as condições externas para o exercício da

<sup>304</sup> «(...) the capabilities list starts from an intuitive idea, that of human dignity, that is already basic to constitutional framing in many nations of the world (...)». – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, cit., p. 155. Assim, as constituições não protegeriam as «*capabilities*» enquanto tal, mas antes por referência a uma valoração prévia acerca da respectiva qualidade e centralidade na definição das condições mínimas de uma vida com dignidade. Vide, neste sentido, *idem*, p. 166. Vide *idem*, p. 155 ss.. Especificamente sobre a *perspectiva de cuidado*-(«*care*»), vide *idem*, p. 166-171, e Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, cit., p. 149-152. E, especificamente sobre a relação entre liberalismo e «*human capabilities*», Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, cit., p. 216-223: «(...) my version of the capabilities approach has long asserted a basic *principle of each person as end*: in other words, the person, not the group, is the primary subject of political justice, and policies that improve the lot of a group are to be rejected unless they deliver the central capabilities to *each and every person*. In these ways, my approach to the issue of care lies squarely within the liberal tradition». – *Idem*, p. 216.

<sup>305</sup> «(...) Rawls adopts a highly problematic principle of toleration in order to accommodate a wider range of traditional views and practices, in the international realm, than he was willing to accommodate in the domestic case. The capabilities approach remains focused on the person as the ultimate subject of justice, and thus refuses to compromise on the justification of the capabilities list itself. Nonetheless, a concern for cultural variety (both within a nation and across nations) has been a prominent part of my version of the approach. (...)

The rationale for this concern is, once again, the all-important idea of dignity and the associated idea of respect». – *Idem*, p. 295-296. Vide ainda Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, especialmente p. 17-45 (2. «*The Central Capabilities*»).

<sup>306</sup> Vide Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, cit., p. 92-95, e *Creating Capabilities...*, cit., p. 113-122 (6. «*The Nation and Global Justice*»).

correspondente *função*<sup>307</sup> – e não da determinação, *negativa*, de tolerância<sup>308</sup>. O que obriga a uma referência ao facto de a noção de *justiça global* implicar aqui a convivência com outras espécies animais<sup>309</sup>, esta susceptível de, constituindo um elemento fundamental de distinção face aos contratualismos referenciados, introduzir elementos de perturbação quanto à subjectividade relevante na relação de tolerância. Com significações outras, que colocariam em causa o próprio sentido dessa *relação*, na medida em se tornassem configuráveis situações – ainda de *relação tolerante(?)* – em que a racionalidade e a reciprocidade nela pressupostas não se verificassem<sup>310</sup>.

O objectivo da «*capabilities approach*» de Martha NUSSBAUM consistirá em oferecer um *núcleo mínimo de prerrogativas sociais* («*minimum core social entitlements*»), não determinando condições de realização da igualdade acima desse limiar mínimo, antes assumindo-se como compatível, nesse patamar, com múltiplas possibilidades<sup>311</sup>. A *lista – cumulativa* – das dez *capacidades-aptidões humanas centrais* («*the central human capabilities*») conferente daquele *mínimo*, aberta e constituenda, tendo sofrido sucessivas formulações, encontra-se fixada em *Frontiers of Justice* do seguinte modo: 1. *vida* («*life*»); 2. *saúde corporal* («*bodily health*»); 3. *integridade física* («*bodily integrity*»); 4. *sentidos, imaginação e pensamento* («*senses, imagination, and thought*»); 5. *emoções* («*emotions*»); 6. *razão prática* («*practical reason*»); 7. *pertença* («*affiliation*»); 8. *outras espécies* («*other species*»); 9. *recreação* («*play*»); 10. *controlo sobre o seu ambiente* («*control over one's environment*»). Tais

<sup>307</sup>«First, there are *basic capabilities*: the innate equipment of individuals that is the necessary basis for developing the more advanced capabilities, and a ground of moral concern. (...)

Second, there are *internal capabilities*: that is, developed states of the person herself that are, so far as the person herself is concerned, sufficient conditions for the exercise of the requisite function. Unlike the basic capabilities, these states are mature conditions of readiness. (...)

(...) Finally, therefore, there are *combined capabilities*, which may be defined as internal capabilities *combined with* suitable external conditions for the exercise of the function. (...) The list, then, is a list of *combined capabilities*». – Martha NUSSBAUM, *Women and Human Development...*, *cit.*, p. 84-85. Vide ainda Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, *cit.*, p. 20-24.

<sup>308</sup>Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, *cit.*, p. 405 ss..

<sup>309</sup>«(...) a truly global justice requires not simply looking across the world for other fellow species members who are entitled to a decent life. It also requires looking (...) at the other sentient beings with whose lives our own is inextricably and complexly intertwined. (...) The capabilities approach, which begins from an ethically attuned wonder before each form of animal life, offers a model that does justice to the complexity of animal lives and their strivings for flourishing». – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, *cit.*, p. 406-407.

<sup>310</sup>Vide *idem*, p. 406-407, e, acerca dos *sujeitos* e do(s) *objecto(s)* da *relação de tolerância*, *infra*, 6.2.1. e 6.2.2..

<sup>311</sup>«The capabilities approach is not intended to provide a complete account of social justice. It says nothing, for example, about how justice would treat inequalities above the threshold. (In that sense it does not answer all the questions answered by Rawls's theory)». – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, *cit.*, p. 75.

capacidades seriam requisitos essenciais à dignidade humana. Assim, quanto à *capacidade* (1.) *vida*, estaria em causa a esperança média de vida com qualidade; a (2.) *saúde corporal* traduz a boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva, a nutrição adequada e abrigo adequado; a (3.) *integridade física* corresponde à livre circulação, a segurança face à violência, a oportunidade de satisfação sexual e de escolha em matéria de reprodução; a referência a (4.) *sentidos, imaginação e pensamento* incluirá a utilização destas faculdades de modo *verdadeiramente humano*, densificado por uma educação adequada e com garantia de liberdade de expressão e religiosa; as (5.) *emoções* compreendem-se enquanto capacidade de estabelecer ligações a coisas e pessoas; a (6.) *razão prática* traduzirá a possibilidade de construir uma concepção de *bem* e de reflexão crítica acerca da planificação da vida; a (7.) *pertença* («*affiliation*») assume uma dupla significação, enquanto (a.) consideração do outro, como cuidado, reconhecimento e preocupação pelo outro, e (b.) base social de auto-respeito e não humilhação, dignidade em condições de igualdade, e, assim, não discriminação (com base em raça, orientação sexual, etnicidade, casta, religião ou origem nacional); a referência a (8.) *outras espécies* surge como remissão para a vivência em harmonia com os animais, a plantas e o mundo natural; a (9.) *recreação* manifesta-se enquanto possibilidade de gozar actividades lúdicas; e o (10.) *controlo sobre o seu ambiente* assume-se quer em sentido (a.) *político*, a traduzir a possibilidade efectiva de participação política, protecção da liberdade de expressão e associação, quer (b.) *material*, como capacidade de ser proprietário, procurar emprego e trabalhar em condições de igualdade e com reconhecimento recíproco<sup>312</sup>.

### **2.3.2. Universalidade das «capabilities» e superação da tolerância procedimental**

Uma tal lista de «*capabilities*» seria, nesta construção, *completamente universal*, uma *possibilidade de elenco de direitos humanos*, sem as peias de *ocidentalização* a

<sup>312</sup>Dentre as diferentes formulações desta *list of central capabilities* elaborada por Martha NUSSBAUM, destaca-se aqui a presente logo em *Women and Human Development...*, *cit.*, p. 76-80. Vide também Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, *cit.*, p. 32-34.

estes comumente atribuídas<sup>313</sup>, e constituindo, mais do que uma imposição de um dever de não intervenção, uma fonte de obrigações positivas para o Estado<sup>314</sup>. Com tal *universalidade* a permitir a *protecção do pluralismo*, em seis sentidos diferentes, através da própria «*capabilities list*», a partir das noções de *dignidade* e *respeito*, tornando assim pretensamente desnecessário o recurso à noção de *tolerância*<sup>315</sup>. Assim, (1) o carácter *aberto e constituendo* da lista permitiria a acomodação de conteúdo ao nível da comunidade internacional<sup>316</sup>. Além disso, (2) a abstracção e generalidade dos elementos constantes da lista permitiria a acomodação local de conteúdos, pelo que o *respeito pela diferença* poderia determinar que a uma determinada «*capability*» pudessem ser conferidos, a nível nacional, distintos contornos, conferindo assim a sua assimilação histórica espaço à *autonomia humana* – estando supostamente em causa em primeiro lugar o respeito pelas pessoas e, depois, pelas nações<sup>317</sup>. Delimitando assim a categoria *tolerância* em termos distintos dos apresentados por RAWLS, substituindo-a pelas categorias *respeito* e *dignidade*, Martha NUSSBAUM identifica na delimitação rawlsiana daquela um obstáculo à realização destas. Afirmando que um tal *princípio de tolerância* acaba por restringir liberdades em condições de desigualdade. O que se nos afigura, desde logo, pelo menos, confuso. Efectivamente, se a fundamentação do *liberalismo político* de RAWLS é susceptível de gerar uma justificação meramente procedimental da organização de uma sociedade, e a tolerância constitui aí uma forma *procedimental* de coexistência, surgindo como respectivos limites sobretudo as práticas intolerantes, daí não resulta, respectivamente, por um lado, a ausência de fundamentação da tolerância e da prática tolerante, nem, por outro lado, a limitação nacional ou internacional de direitos de grupos. Pelo que não se nos apresenta absolutamente líquida nem necessária

<sup>313</sup>«The capabilities approach is fully universal: the capabilities in question are held to be important for each and every citizen, in each and every nation, and each person is to be treated as an end. The approach is in this way similar to the international human rights approach; indeed I view the capabilities approach as one species of a human rights approach (...).» – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, cit., p. 78. Vide ainda Martha NUSSBAUM, *Women and Human Development...*, cit., p. 96 ss., especialmente p. 99-100. Vide, no mesmo sentido, Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, cit., p. 102 (5. «*Cultural Diversity*», p. 101-112).

<sup>314</sup>«The Capabilities Approach (...) supplements the standard human rights model. It also, however, offers criticisms of at least some familiar versions of that model. One prominent idea of rights (...) understands rights to be barriers against interfering state action (...). The Capabilities Approach, by contrast, insists that all entitlements involve an affirmative task for government: it must actively support people's capabilities, not just fail to set up obstacles». – *Idem*, p. 65.

<sup>315</sup>«Pluralism is (...) protected in six different ways in the content and use of the list». – Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, cit., p. 296.

<sup>316</sup>Vide *idem*, p. 296.

<sup>317</sup>*Idem*, p. 296-297.

a substituição da categoria tolerância por uma lista de «*capabilities*» garantidoras da dignidade humana. Embora estejamos de acordo com Martha NUSSBAUM quanto à anterioridade e independência da *dignidade* e do *respeito* face a qualquer contrato social e à perspectivação dos meios à luz dos resultados pretendidos, em vez de uma determinação *procedimental* assumida como um fim em si, cujos resultados serão, só por isso, tidos por *justos*<sup>318</sup>. Por outro lado, (3) sendo a lista introduzida por motivos estritamente políticos, não metafísicos, conferiria a base para um *consenso de sobreposição* – na senda de RAWLS –, permitindo a integração de múltiplas *convicções* e “*formas de vida*”<sup>319</sup>. E (4) a protecção do *pluralismo* deveria ter lugar através da «*capability*» e não da dimensão de «*functioning*»-*funcionalidade*<sup>320</sup>, mantendo esta última dimensão no contexto de concretização cultural local da «*capability*»<sup>321</sup>. Por outro lado ainda, (5) as liberdades fundamentais que protegem o *pluralismo* correspondem, nesta acepção, a elementos centrais da lista, tais como liberdade de expressão, liberdade de associação e liberdade de consciência<sup>322</sup>. E, por último, (6) esta abordagem, distinguindo rigorosamente *questões de justificação* de *questões de implementação*, embora considerando legítima a lista como base universal de *princípios políticos*, pretende persuadir, não visando permitir intervenção relativamente a um Estado que os não reconheça<sup>323</sup>. O grande objectivo será respeitar o *pluralismo* e a *diferença*, sem interferir nas prerrogativas básicas de cada pessoa<sup>324</sup>. NUSSBAUM acaba, assim, por se concentrar nas virtudes sociais de *compaixão* e *misericórdia*, reconhecendo-as como um passo em frente em relação a um *conceito meramente formal*

<sup>318</sup>Vide *idem*, p. 296-297. «The deepest difference between the capabilities approach and Rawlsian contractarianism lies in its basic theoretical structure. Rawl’s approach, like most social contract doctrines, is a procedural approach to justice». – *Idem*, p. 81, referindo-se à construção procedimental presente em *A Theory of Justice*, e distinguindo-a, em nota, da construção reflexiva de *segundo grau* proposta por RAWLS na mesma obra, e que a própria Martha NUSSBAUM convoca enquanto *método de justificação* na sua *capabilities approach*, em *Women and Human Development...*, no segundo capítulo, «*Adaptative Preferences and Women’s Options*», p. 111 ss.. Vide Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, *cit.*, p. 422, nota 58 da p. 81. Vide *idem*, p. 81-92.

<sup>319</sup>*Idem*, p. 297. Vide ainda Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, *cit.*, p. 89-93.

<sup>320</sup>Martha NUSSBAUM, *Women and Human Development...*, *cit.*, p. 87.

<sup>321</sup>Martha NUSSBAUM, *Frontiers of Justice...*, *cit.*, p. 297-298.

<sup>322</sup>*Idem*, p. 298.

<sup>323</sup>*Idem*, p. 298.

<sup>324</sup>«In all these ways, the approach can claim to be respectful of pluralism and difference, without compromising on the basic entitlements of each person». – *Idem*, p. 298.

(«*ein rein formaler Begriff*») de tolerância, insusceptível de concretização em sentido materialmente positivo<sup>325</sup>.

De facto, a muitas vezes afirmada desejabilidade de uma *universalização* do sujeito-cidadão, sobretudo perspectivada por tendências atinentes aos *cosmopolitismos* – político, económico e moral –, desvela só por si a urgência de uma reflexão crítica sobre a possibilidade de um *mínimo comum de subjectividade universalizável*, no sentido postulado pelo núcleo do(s) *cosmopolitismo(s)*. Presente, por exemplo, nas posições, distintas entre si, de Martha NUSSBAUM e de Seyla BENHABIB. A primeira abrangendo, como *supra* se explicitou, nas referências a uma *justiça global*, a convivência com outras espécies animais<sup>326</sup>, embora entendendo que a *cidadania mundial* não implica a perda das *identificações locais*<sup>327</sup>, e rejeitando mesmo a classificação das suas propostas, que apelida de *liberalismo político* (e, assim, vendo a «*Capabilities Approach*» como uma teoria política que visa constituir-se como objecto de um *consenso de sobreposição*), como um *cosmopolitismo*<sup>328</sup>. E a segunda, mais referida à *ética da pessoa* do que do *cidadão*, no seu «*outro cosmopolitismo*», a determinar a primazia de um *universalismo* da ética, geradora dos *princípios universais dos direitos humanos* – e, assim, um *universalismo não etnocêntrico*, antes

<sup>325</sup>«Toleranz kann somit als ein rein formaler Begriff angesehen werden, als eine Art des lieblosen Lebens und Leben-Lassens. Ich habe die These vertreten, daß diese Art von Toleranz angesichts der Tendenz menschlicher Vorstellungsgewohnheiten, Gruppen von einander zu unterscheiden und die eine über die andere zu erheben, instabil ist. Um diesen Tendenzen entgegenzuwirken, bedürfen wir des Mitleids und der Gnade». – Martha NUSSBAUM, «*Toleranz, Mitleid und Gnade*», *cit.*, p. 160. Martha NUSSBAUM ilustra a compreensão e relevo prático das categorias *compaixão* e *misericórdia* convocando os exemplos literários de *Filoteetes*, de SÓFOCLES, de *Native Son*, de Richard WRIGHT, e de *Émile*, de Jean-Jacques ROUSSEAU. Vide ainda a exploração destes exemplos e daquelas categorias em Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995.

<sup>326</sup>Vide *supra*, 2.3.1..

<sup>327</sup>Martha NUSSBAUM, «*Patriotism and Cosmopolitanism*», in *Boston Review*, Vol. XIX, n. 5, Oct./Nov. 1994, disponível em <http://bostonreview.net/BR19.5/nussbaum.html> (acedido em 16/01/2012). Vide ainda, reconhecendo méritos a uma perspetivação cosmopolita da cidadania – postulando uma noção de *cidadania inclusiva*, que ligue directamente cidadania e direitos humanos, independentemente do vínculo territorial ou nacional – mas sem deixar de salvaguardar especificidades locais e nacionais, nem abdicando da figura do estado numa sociedade cosmopolita, Paula VEIGA, «*Alguns dilemas da emancipação da cidadania na era cosmopolita*», in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, *cit.*, vol. IV, p. 1107-1123, sobretudo 1110-1113, 1122-1123.

<sup>328</sup>«Because the Capabilities Approach, as developed in *Women and Human Development* and *Frontiers of Justice*, is a form of political liberalism, it is not a comprehensive doctrine of any sort. It is therefore mistaken, and a serious misreading of my political views, to call it a form of *cosmopolitanism*. (...) The point that is relevant here is that the Capabilities Approach is a political doctrine only, and one that aspires to be the object of an Overlapping Consensus». – Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, *cit.*, p. 92-93.



reconhecendo as diferenças culturais<sup>329</sup> ... –, sobre um *particularismo* (mormente estadual) do direito<sup>330</sup>, postulando, por inspiração também kantiana, o *cosmopolitismo* como “*projecto de mediações*” («*project of mediations*»), através do qual, democraticamente filtradas, as *normas cosmopolitas* («*cosmopolitan norms*»), éticas – de substrato comunitário, mais ou menos amplo –, assumindo o papel de *moralidade do direito* («*morality of law*»), adquirem estatuto de direito positivo<sup>331</sup>; e designando o *processo* desta positivação – conjugando assim o *direito como sentido* com o *direito como poder* – como *processo jurisgenerativo* («*jurisgenerative process*»), como *mediação* entre aquelas *normas, universais*, e a *legitimidade democrática* – mantendo-se a *validade* daquelas *normas cosmopolitas universais* independente das *iterações (transições) democráticas* («*democratic iterations*»)<sup>332</sup>.

<sup>329</sup>Neste sentido, vide Seyla BENHABIB, “*Is Universalism Ethnocentric?*”, in Seyla BENHABIB, *cit.*, p. 24-48, especialmente p. 24-28.

<sup>330</sup>Seyla BENHABIB, “*The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms*”, in Seyla BENHABIB (et al.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 13-44, p. 32. «Benhabib teaches us that the contradiction between the universalism of ethics and the particularity of law can never be fully transcended but only progressively ameliorated in time». – Robert POST, “*Introduction*”, *ibidem*, p. 1-9, p. 5. Vide ainda Seyla BENHABIB, “*What Lies Beyond the Nation-State?*”, in Seyla BENHABIB, *cit.*, p. 178-186.

<sup>331</sup>«(...) Benhabib postulates a “project of mediations” through which cosmopolitan norms come to acquire positive legal status». – Robert POST, “*Introduction*”, in Seyla BENHABIB (et al.), *Another Cosmopolitanism*, *cit.*, p. 4. «Cosmopolitanism then is a philosophical project of mediations, not of reductions or of totalizations. Cosmopolitanism is not equivalent to a global ethic as such (...). I follow the Kantian tradition in thinking of cosmopolitanism as the emergence of norms that ought to govern relations among individuals in a global civil society. These norms are neither merely moral nor just legal. They may best be characterized as framing the ‘morality of the law’, but in a global rather than a domestic context». – Seyla BENHABIB, “*The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms*”, *cit.*, p. 20. Vide a referida orientação, já in Seyla BENHABIB, “*On Hospitality: Rereading Kant’s Cosmopolitanism*”, in Seyla BENHABIB, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 25-48.

<sup>332</sup>«The disjunction between law as power and law as meaning can be rendered fruitful and creative in politics through “jurisgenerative processes”. In such processes, a democratic people, which considers itself bound by certain guiding norms and principles, engages interactive acts by reappropriating and reinterpreting these, thereby showing itself to be not only the *subject* but also the *author of the laws* (Michelman). (...)»

Because they are dependent on contingent processes of democratic will-formation, not all jurisgenerative politics yields positive results. In contrast to enacted legislation, the *validity of cosmopolitan norms* is not dependent on jurisgenerative and democratic iterations. This validity is based on independent normative grounds». – Seyla BENHABIB, “*Democratic Iterations. The Local, the National, and the Global*”, in Seyla BENHABIB (et al.), *Another Cosmopolitanism*, *cit.*, p. 45-80, p. 49. Conceitos estes já explorados em Seyla BENHABIB, “*Democratic Iterations: The Local, the National, and the Global*”, in Seyla BENHABIB, *The Rights of Others...*, *cit.*, p. 171-212.

#### 2.4. A densificação comunitarista do conteúdo da tolerância

O confronto *intersubjectividade liberal/intersubjectividade comunitarista* encontra-se sobretudo em manifestações críticas, expressamente como tal assumidas, do específico *equilíbrio* – este também em múltiplas ramificações nuanceado – da relação entre o *indivíduo* e a *sociedade*, na sua particular *autonomia* e *vinculação livre*, por um lado, e, por outro, entre o *indivíduo* e a *comunidade*, mormente situando aquele na dependência e sujeição determinante desta. Surgindo, porém, possibilidades outras de compreensão deste equilíbrio, e, assim, considerando, por exemplo, Amitai ETZIONI, o *indivíduo* e a *comunidade* como mutuamente constitutivos. E, neste sentido, sem que – ao contrário do propalado pelas opções ditas *liberais*, em que a *pertença* a uma *comunidade* permanece ignorada ou em segundo plano, como derivada da *agregação convencional livre* – o sujeito seja *limitado* ou *consumido* pela *pertença* a uma *comunidade*, antes seja complementarmente – que não *exclusivamente* – determinado por ela, e mesmo simultaneamente membro de diversas comunidades, e, assim, protegendo-se de tal determinação, em contínua interacção<sup>333</sup>. Com a fundamentação dos valores comunitários a residir não na religião nem num *direito natural*, nem noutros valores antropológicos de base moral, pela sua vulnerabilidade, mas numa deontologia assente na *natureza humana*, e esta como compreensão universal da condição humana<sup>334</sup>. E com um alerta essencial, por exemplo, por parte de Robert Booth FOWLER, para a determinação do sentido de *comunidade* – distinguindo como principais concepções de *comunidade* as “*comunidades de ideias*”, “*comunidades de crise*” e “*comunidades de memória*”, embora de imediato referindo a possibilidade de outras

<sup>333</sup> «I argue that the relationship between the individual and the community is more nuanced than the simple opposition of the individual versus the overarching collectives generally posited by liberals. Essentially, I assume as the cornerstone of this discussion that individuals and communities are constitutive of one another, and their relationship is, at one and the same time, mutually supportive and tensed». – Amitai ETZIONI, “*Old Chestnuts and New Spurs*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, cit., p. 16-34, p. 16-17. Vide *idem*, p. 18. «People are at one and the same time members of several communities such as those at work and at home. They can do use these multimemberships (...) to protect themselves from excessive pressure by any one community». – *Idem*, p. 25.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 28-34. «As I see it, human nature is universal; we are – men and women, black, brown, yellow, white, and so on – all basically the same under all the layers that cultures foster and impose on us». – *Idem*, p. 33.

composições<sup>335</sup> –, nomeadamente quanto ao perigo de diluição do indivíduo no todo comunitário e da *tiranía da comunidade*, propugnando a necessidade de uma “vigilância existencial” («*existential watchfulness*») que não o permita<sup>336</sup>. Num sentido de comunidade que o próprio FOWLER afirma distinto do das “*comunidades de prática*” («*communities of practice*»), presente na proposta de Charles ANDERSON e, supostamente, ainda segundo FOWLER, na de Alasdair MACINTYRE<sup>337</sup> – posicionando-se aquele primeiro num *liberalismo pragmático*, e, assim, numa versão *nuanceada* de *liberalismo* em que a dimensão colectiva assume papel determinante na construção do sujeito<sup>338</sup>, e, como *infra* veremos, este último apresentando essenciais *nuances* de construção que acabarão por exigir uma estrita diferenciação, quer quanto à noção de *comunidade* quer quanto à classificação como *comunitarista*<sup>339</sup>.

Efectivamente, apesar das críticas *liberais* de colectivização, a perspectivação *comunitarista* apresenta, pelo menos nas suas versões mais mitigadas, a possibilidade de efectivo confronto entre o *sujeito* e a *comunidade*, acabando por se radicar numa posição intermédia, em que o “*indivíduo comunitário*” se afirma não apenas *na* mas também *perante a* comunidade a que pertence<sup>340</sup>, e assim como *pessoa* e não já apenas

---

<sup>335</sup>«I argue that community in American political thought at present engages three kinds of community: (1) communities of ideas: for example, the participatory democratic and republican models, (2) communities of crisis: for example, the earth community born of the environmental crisis, and (3) communities of memory: for example, religious and traditional ideas of community.

These categories are not exhaustive of contemporary intellectual views. Yet they include principal conceptions of community today and suggest how far from consensus we are on what community means». – Robert Booth FOWLER, “*Community: Reflexions on Definition*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, cit., p. 88-95, p. 88, remetendo para Robert Booth FOWLER, *The Dance with Community: The Contemporary Debate in American Political Thought*, University Press of Kansas, Lawrence, 1991.

<sup>336</sup>«(...) there is no sure protection from tyranny in any publicly constituted community (...). My counsel is to continue exploring what structures and attitudes may help, but community must always be approached, advanced, and limited by what I call *existential watchfulness*.

(...) From this perspective, community is an aspiration, one to be nourished, but not an ideal likely to be fully realized (...).» – Robert Booth FOWLER, “*Community: Reflexions on Definition*”, cit., p. 94.

<sup>337</sup>*Vide idem*, p. 291, n. 2 da p. 88, remetendo para Charles ANDERSON, *Pragmatic Liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990, e Alasdair MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1981.

<sup>338</sup>*Vide* Charles ANDERSON, *Pragmatic Liberalism*, cit., desde logo p. 1-6 («*Introduction: Practical Political Reason*», p. 1-13), p. 17-18, 35-38 (2. «*Liberal Principles and the Performance of Enterprise*», p. 17-44), 53 (3. «*The Community of Practice and Inquiry*», p. 45-55).

<sup>339</sup>*Vide infra*, 2.4.1..

<sup>340</sup>Reconhecemos aqui o sentido seguido por Amitai ETZIONI: «(...) the communitarian individual is very much an individual. She is an individual who does not stand as an isolate but as a being emerging out of a dense social ground». – Jean Bethke ELSHTAIN, “*The Communitarian Individual*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, cit., p. 99-109, p. 108.

como *indivíduo*, posto que sem perder a sua *individualidade*<sup>341</sup>. E isto apesar das múltiplas vozes críticas de tal construção da intersubjectividade, destacando-se desde logo a proposta de Jeremy WALDRON, numa *alternativa cosmopolita*, partindo de uma específica noção de *comunidade étnica*, perfilhando a multiplicidade de valorações que constituem o *indivíduo* – agora como *indivíduo cosmopolita* («*the cosmopolitan self*») <sup>342</sup> –, não lhe conferindo uma estrutura cultural sólida única como base essencial, ao contrário de KYMLICKA, antes configurando-o como o resultado de um conjunto de distintas influências e vivências<sup>343</sup>.

Efectivamente, se, nas propostas de *ética dos deveres* – incluindo a *ética utilitarista* e a *ética kantiana* –, a existência de um dever-obrigação resulta da exigência de uma regra, lei ou princípio, em qualquer domínio, como é o caso da moral e do direito, para a *ética das virtudes* essa determinação, ao nível da moral, o *dever-ser*, provém de uma entidade supra-humana, estabelecendo-se assim a distinção entre *moralidade* e *direito* partindo de uma resenha histórica do surgimento da ideia de “*obrigação moral*”<sup>344</sup>. Pese embora a evidência de que nem a estrita neutralidade liberal

---

<sup>341</sup>«The implicated self is also a particular self, with its own claims to individuality and autonomy.

But this is the autonomy of selfhood, not of unfettered or ungoverned choice. (...) Rather, self-determination is the freedom to find one’s proper place within a moral order, not outside it. (...)

(...) persons are at once socially constituted and self-determining». – Philip SELZNICK, “*Personhood and Moral Obligation*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, cit., p. 110-125, p. 125. Veja-se ainda o manifesto de “*The Responsive Communitarian Platform: Rights and Responsibilities*”: «A communitarian perspective recognizes both individual human dignity and the social dimension of human existence.

(...)

A communitarian perspective recognizes that communities and polities, too, have obligations – including the duty to be responsive to their members and to foster participation and deliberation in social and political life». – “*The Responsive Communitarian Platform: Rights and Responsibilities*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *The Essential Communitarian Reader*, cit., p. xxv-xxxix, p. xxv.

<sup>342</sup>«It is ‘community’ in the sense of *ethnic* community: a particular people sharing a heritage of custom, ritual, and way of life that is in some real or imagined sense immemorial, being referred back to a shared history and shared provenance or homeland. This is the sense of ‘community’ implicated in nineteenth- and twentieth-century nationalism». – Jeremy WALDRON, “*Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*”, in Will KYMLICKA (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, cit., p. 93-119, p. 96.

<sup>343</sup>*Vide idem*, p. 105, referindo-se a Will KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1989. «(...) membership in a particular community, defined by its identification with a single cultural frame or matrix, has none of the importance that Kymlicka claims it does. We need cultural meanings, but we do not need homogeneous cultural frameworks». – Jeremy WALDRON, “*Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*”, cit., p. 108.

<sup>344</sup>A sistematização referida em texto é a proposta por Daniel STATMAN: «I will sometimes use ‘Duty Ethics (DE)’ to refer to all non-VE theories, including both utilitarianism and Kantianism. This way of dividing the camps in contemporary ethics might seem odd, in particular the piling together of utilitarianism and Kantianism. Yet these two approaches do share some essential characteristics, all of which are denied by VE: that all human beings are bound by some universal *duties* (...); that moral reasoning is a matter of applying *principles*; and that the value of the virtues is derivative from the notion

nem a recondução homogeneizadora do comunitarismo logram necessariamente uma posição *tolerante*, ambas arriscando *totalitarismos*<sup>345</sup>, uma acentuação *comunitarista* da construção da intersubjectividade, intra e intercomunitária, conferirá sentido definitivamente distinto do *liberal* à categoria *tolerância*.

#### 2.4.1. (In)traduzibilidade e tolerância na ética da conversação (Alasdair MACINTYRE)

Na construção ética de MACINTYRE, o *problema da tolerância* redundaria numa crescente separação de *crenças, tradições e modelos de racionalidade*, reproduzindo a relativização e a pluralização, em consequência da *catastrófica Modernidade*, no dizer de Rainer FORST<sup>346</sup>. Como afirma Marko ZLOMISLIĆ, embora reconhecível um certo tipo e grau de *tolerância* no *comunitarismo* de MACINTYRE<sup>347</sup> – classificação de

---

of the right and of the good». – Daniel STATMAN, “Introduction to Virtue Ethics”, in Daniel STATMAN (Ed.), *Virtue Ethics. A Critical Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1997, p. 1-41, p. 3. A própria noção de *virtude*, no quadro das propostas, muitas vezes contrariando os seus próprios representantes, designadas por *ética das virtudes*, oscila entre a assimilação de um *objectivismo universalista* e de um *relativismo particularizante*, proporcionando, em muitos casos a partir das mesmas referências – como é o caso de ARISTÓTELES –, diversíssimos sentidos de fundamentação e orientação – é o caso, respectivamente, de Martha NUSSBAUM e Alasdair MACINTYRE. Vide Martha NUSSBAUM, “Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach”, in James P. STERBA (ED.), *Ethics: The Big Questions*, Blackwell, Malden, Oxford, 1998, p. 259-276, especialmente p. 259-261, e Alasdair MACINTYRE, “The Nature of Virtues”, *ibidem*, p. 277-291, especialmente p. 285-291. Vide ainda, em síntese, Martha NUSSBAUM, “Virtue Ethics: A Misleading Category?”, in *The Journal of Ethics*, vol. 3, n.º 3, September 1999, p. 163-201.

<sup>345</sup> «By examining liberal and communitarian positions we will be able to determine whether or not liberal and communitarian proponents violate the imperative of tolerance and charity. In this manner, the dangers of a certain kind of liberalism represented by Locke and Mill and a certain kind of communitarianism, represented by MacIntyre, will become apparent». – Marko ZLOMISLIĆ, “Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance”, *cit.*, p. 912. Vide também, discutindo as divergências entre liberais e comunitaristas acerca da admissibilidade da tolerância, apontando a possibilidade desta no comunitarismo, em termos distintos dos das propostas liberais, Roger CRISP, “Communitarianism and Toleration”, in John HORTON/Peter NICHOLSON (Ed.), *Toleration: Philosophy and Practice*, Aldershot, Brookfield, 1992, p. 108-125.

<sup>346</sup> Neste sentido, afirma Rainer FORST: «(...) eine Verfallsgeschichte nach Art von MacIntyres *After Virtue* und *Whose Justice? Which Rationality?*, der zufolge sich eine zunehmende Loslösung von einer ursprünglichen Einheit von religiösem Glauben, gelebter Tradition und spezifischen, gültigen Rationalitätsstandards hin zu einer Relativierung und Pluralisierung abzeichnet, in der – als Folge der »Katastrophe« der Aufklärung – nur noch inkompatible Trümmer vergangener Welten auf der Oberfläche der Kultur schwimmen». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 527.

<sup>347</sup> «A certain form of tolerance exists within the communitarian tradition. I agree with Steven D. Smith, who points out that “tolerance is a virtue in Alasdair MacIntyre's sense insofar as it is a prerequisite to the kind of cooperation that marks members of communities” (...). MacIntyre argues that the liberal individual “is a citizen of nowhere, an internal exile where he lives... Modern liberal political

*comunitarismo* esta contra a qual o próprio se insurge (reconhecendo nela até, em algumas das suas formulações, como a de ETZIONI, convivência com o *liberalismo*), posto que assumindo uma *ética das virtudes*<sup>348</sup> –, a respectiva proposta de relacionamento *intercomunitário* – sobretudo *inter-tradições* – suscita potencialmente uma *impossibilidade de diálogo*<sup>349</sup> – e, com esta, de *tolerância*. Implicando uma *intraduzibilidade* («*untranslatability*») e uma *incomensurabilidade* («*uncommensurability*»), susceptíveis, por vezes, de permitir, noutras, de impossibilitar, a *tradução* das *linguagens* próprias de cada *tradição*, e isto em função das especificidades desta última<sup>350</sup>, à qual o *liberalismo* pretenderia subtrair-se, na suas pretensas *universalização* e *descontextualização*<sup>351</sup> – que MACINTYRE desmistifica, confirmando-o como uma *tradição entre outras*<sup>352</sup>.

---

society can appear only as a collection of citizens of nowhere who have banded together for their common protection”». – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 912-913, citando, respectivamente, Steven D. SMITH, “*The Restoration of Tolerance*”, *cit.*, p. 339, e Alasdair MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, *cit.*, 1981, p. 147 (*vide*, na versão aqui citada, p. 156). «The type of community envisioned by MacIntyre, is a community in which the other is avoided and in which the stranger is excluded or exploited. Such exclusion is not only characteristic of communitarianism but shares an affinity with restricted versions of liberalism». – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 913.

<sup>348</sup>«Let me turn now to a very different criticism, that of those defenders of liberal and individualist modernity who frame their objections in terms of the liberalism versus communitarian debate, supposing me to be a communitarian, something that I have never been. I see no value in community as such – many types of community are neatly oppressive – and the values of community, as understood by the American spokespersons of contemporary communitarianism, such as Amitai Etzioni, are compatible with and supportive of the values of the liberalism that I reject. My own critique of liberalism derives from a judgment that the best type of human life, that in which the tradition of the virtues is most adequately embodied, is lived by those engaged in constructing and sustaining forms of community directed towards the shared achievement of those common goods without which the ultimate human good cannot be achieved». – Alasdair MACINTYRE, *After Virtue...*, *cit.*, p. xii.

<sup>349</sup>«When two rival large-scale intellectual traditions confront one another, a central feature of the problem of deciding between their claims is characteristically that there is no neutral way of characterizing either the subject matter about which they give rival accounts or the standards by which their claims are to be evaluated. – Alasdair MACINTYRE, *Whose Justice? Which Rationality?*, *cit.*, p. 166 (X. «*Overcoming a Conflict of Traditions*», p. 164-182).

<sup>350</sup>«A precondition of the adherents of two different traditions understanding those traditions as rival and competing is of course that in some significant measure they understand each other. (...)

Some philosophers have argued that insofar as the protagonists of two rival points of view are successful in understanding one another, it must be the case that they share standards of rational evaluation, such that the issues dividing them must in broad outline, if not in detail, be capable of being brought to resolution. Translatability in their view entails commensurability. (...)

It is therefore important that I should expand this account in order to identify and to characterize the types of relationship of translatability and untranslatability, the linguistic relationships which can hold between traditions». – *Idem*, p. 370-371 (XIX. «*Tradition and Translation*», p. 370-388).

<sup>351</sup>*Idem*, p. 339-341 (XVII. «*Liberalism Transformed into a Tradition*», p. 326-348). «(...) distortion by translation out of context – from the standpoint of those who inhabit the traditions from which the distorted texts are taken – is of course apt to be invisible to those whose first language is one of the internationalized languages of modernity. For them it must appear that there is nothing which is not translatable into their language. Untranslatability – if cautious, they may say untranslatability in principle – will perhaps appear to them as a philosophical fiction.

Do que poderemos inferir que a tolerância se situaria, a posicionar-se – posto que MACINTYRE não a problematiza aqui autonomamente<sup>353</sup> –, em específicos interstícios de *traduzibilidade*, aqueles em que a relação entre *identidade* e *diferença* suscite divergência mas não estrita *intraduzibilidade*. Considerando já autonomamente o problema, todavia, para o posicionar enquanto tensão *tolerância* («*toleration*»)/*intolerância*, no âmbito de uma *ética da conversação* («*ethics of conversation*»)<sup>354</sup> centrada na *racionalidade das comunidades locais* («*the rationality of local communities*») e respectiva *retórica*<sup>355</sup> – e nestas como primeiro nível racional de consideração daquela tensão, e também por si em tensão com um segundo nível, o da dimensão estadual. E privilegiando a dimensão substancial de *bem* («*human good*») como ponto de partida para o diálogo divergente com o liberalismo *clássico*, por um lado, e o *actual*, por outro. Encontrando a tensão *tolerância/intolerância* num *contexto de conflito* de valoração – quer a nível interno, de cada comunidade, quer a um nível mais global, entre grupos. E determinando o conflito entre a *valoração racional específica das comunidades locais* com a prosseguida pelo Estado como justificação da *limitação da tolerância* («*toleration*») e mesmo da apologia da *intolerância*, enquanto mecanismo *retórico* de defesa de uma noção prevalente de *bem*, e contra, sobretudo, a tolerância aparentemente *ilimitada* que a pretensa *neutralidade* do Estado Liberal

(...)

The type of translation characteristic of modernity generates in turn its own misunderstanding of tradition». – *Idem*, p. 385. «Every text, so the radical postmodernist proclaims, is susceptible of indefinitely many interpretative readings. (...)

The indefinite multiplicity of possible interpretations is matched by the indefinite multiplicity of translations, since every translation is an interpretation». – *Idem*, p. 386.

<sup>352</sup>*Idem*, p. 346-348.

<sup>353</sup>Veja-se, exemplarmente, confirmando o afirmado em texto, os termos da referência expressa à tolerância: «[This] fragmentation appears in divided moral attitudes expressed in inconsistent moral and political principles, in a tolerance of different rationalities in different milieus, in protective compartmentalization of the self, and in uses of language which move from fragments of one language-in-use through the idioms of internationalized modernity to fragments of another». – *Idem*, p. 397 (XX. «*Contested Justices, Contested Rationalities*», p. 389-403).

<sup>354</sup>«When ought we to be intolerant and why? I pose this question in the first instance as one concerning the ethics of conversation and, more particularly, the ethics of one particular kind of conversation. (...). The central aim of this type of conversation is to arrive at as large a measure as possible of agreement that will issue in effective practical decision-making. (...)

Such conversations from time to time are a feature of any flourishing form of everyday social life. They are also characteristically and not surprisingly scenes of conflict». – Alasdair MACINTYRE, «*Toleration and the Goods of Conflict*», in Susan MENDUS (Ed.), *The Politics of Toleration: Tolerance and Intolerance in Modern Life*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999, p. 133-155, p. 133. *Vide ibidem*, p. 133-136.

<sup>355</sup>«The rationality of local communities, when it exists, is always an achievement, the outcome of a history in which a variety of difficulties and obstacles has had to be overcome. (...) The rhetorical modes of rational enquiry and discussion are deeply incompatible with the rhetorical modes of the dominant political and commercial culture». – *Idem*, p. 154.

aparenta proporcionar como *positiva*<sup>356</sup>. Com o que quer o exercício de uma prática *tolerante* («toleration») quer o de uma prática *intolerante* («intolerance») serão susceptíveis de representar um exercício de *virtude*, consoante o *contexto de conflito* e a respectiva justificação substancialmente indexada a uma comunitariamente definida noção de *bem* – constituindo já, todavia, a prática tolerante, se demasiado *inclusiva*, um *vício*<sup>357</sup>.

#### 2.4.2. A abertura da *tolerância à alteridade* (Marko ZLOMISLIĆ)

De efectiva plausibilidade prática se manifesta a posição assumida por Marko ZLOMISLIĆ, ao entender que a alternativa para a *intolerância* não é nem a *neutralidade* – nesta parte concordando com a tese de David SMITH – nem a *tolerância tout court* – e aqui já discordando daquela –, mas *uma certa compreensão da tolerância* – não a tolerância enquanto «putting up with», no sentido de “suportar”, que poderá mesmo ser intolerante, se implicar suprimir a diferença, mas a tolerância enquanto «supporting or fostering otherness» – aqui já no sentido de “sustentar” a *alteridade*. Sustentar a *alteridade* poderá traduzir *tolerância*; porém, quando em alternativa (a conjunção «or» aqui como indicação de sinonímia) se apresenta uma promoção («fostering») da alteridade, como se de sinónimos se tratasse, esta última poderá fazer redundar tal sentido em *algo outro* que não já tolerância, pois que não é esta uma questão apenas de *grau*, como daqui poderia resultar, antes de *natureza*: o fomento da *alteridade* poderá implicar *aceitação*, na ausência das outras componentes, nomeadamente a da *rejeição*,

<sup>356</sup>«(...) what is to be treated as intolerable is anything the toleration of which would tend to frustrate or prevent the achievement of those goods. Particular practices of or proposals for the practice of toleration can only be adequately evaluated from within the context of conflict. And the line between what we are prepared to tolerate and what we refuse to tolerate always partially defines our stance in some set of conflicts». – *Idem*, p. 136. *Vide ibidem*, p. 139-146. E, especificamente sobre as dimensões intra e extracomunitária, *vide* ainda p. 134-135.

<sup>357</sup>«Toleration, then (...), is not in itself a virtue and too inclusive a toleration is a vice. Toleration is an exercise of virtue just in so far as it serves the purposes of a certain kind of rational enquiry and discussion, in which the expression of conflicting points of view enables us through constructive conflict to achieve certain individual and communal goods. And intolerance is also an exercise of virtue when and in so far as it enables us to achieve those same goods. But such intolerance has perhaps to extend somewhat further than I have so far suggested». – *Idem*, p. 153-154.



com o que não se estará já perante uma prática tolerante mas uma outra figura, com distintas características<sup>358</sup>.

ZLOMISLIĆ acaba por, inspirado em DERRIDA, propor uma compreensão alternativa de tolerância<sup>359</sup> que, a nosso ver, corre o risco de propor uma alternativa à própria tolerância. O que se patenteia, desde logo, na base da leitura de ZLOMISLIĆ, na sinonímia entre *tolerância positiva e caridade*<sup>360</sup>, assente numa proposta expressamente designada de *liberalismo pós-moderno*<sup>361</sup>. Numa leitura intermédia entre o *liberalismo político* de RAWLS e a *desconstrução* de DERRIDA, propõe então ZLOMISLIĆ uma *concepção de tolerância aberta à alteridade*<sup>362</sup>. Mobilizando de RAWLS a *neutralidade*

---

<sup>358</sup>«Smith argues that neutrality is not an alternative to intolerance, and I agree that neutrality can be co-extensive with intolerance. However, I disagree with Smith when he argues that the true alternative to intolerance is tolerance. (...) tolerance defined as “putting up with” is in fact intolerant because it suppresses differences. The choice, as I see it, is between two types of tolerance, namely, tolerance as “putting up with” and tolerance as “supporting or fostering otherness”». – Marko ZLOMISLIĆ, *“Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance”*, cit., p. 911.

<sup>359</sup>«I will attempt to make a case for a new tolerance which escapes the confines advocated by communitarians such as MacIntyre and liberals such as Locke and Mill. Drawing on the insights of Jacques Derrida, I argue that liberals must have a better defense of tolerance if they are to retain the concept». – *Idem*, p. 914.

<sup>360</sup>«It is important to note that the synonym of tolerance is charity. Charity engages the question of the relationship to the other». – *Idem*, p. 914. «I want to suggest that tolerance should be rethought on the basis of charity. The charity which is being described here is a complex charity that cuts across differences. Rethinking tolerance on the basis of charity will allow us to leave behind the negative definition of tolerance as “putting up with” and adopt the positive definition of tolerance as supporting or fostering diversity». – *Idem*, p. 914.

<sup>361</sup>«I interpret postmodernism as an event which revises the restricted understanding of ethics and the relation of self and other. (...)

A postmodern liberalism will interrogate those forces that have made dominance and intolerance a central part of their agenda. Postmodern liberalism will reveal that within the codes and rules of restricted moralities, there has always been an intolerance. A postmodern liberalism will cultivate plurality and alterity, rather than suppress it.

The postmodern liberalism which I am developing here, shares an affinity with Rawls’ conception of political liberalism and justice as fairness, which is not metaphysical». – *Idem*, p. 915. *Vide idem*, p. 916, por referência a Jacques DERRIDA, *Force de Loi: Le “Fondement Mystique de l’Autorité”*, Galilée, Paris, 1994 (a primeira publicação, em língua inglesa, surgiu na *Cardozo Law Review*, vol. 11, n. 5-6, July-August 1990, p. 919-1045, sob o título *“Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”*); posteriormente, foi publicado em Drucilla CORNELL, Michel ROSENFELD e David Gray CARLSON (Ed.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, New York, London, 1992, p. 3-67; também publicado, em versão castelhana, sob o título *“Fuerza de Ley: El ‘fundamento místico de la autoridad’”*, in *Doxa*, 11, 1992, p. 129-191), aqui citado na versão inglesa, *“Force of Law...”*, cit., p. 947.

<sup>362</sup>«A restrictive tolerance which merely “puts up with the other” maintains its oppressive dominance. The tolerance of postmodern liberalism, on the contrary, should be linked to charity and should adopt an openness to Otherness». – Marko ZLOMISLIĆ, *“Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance”*, cit., p. 916. «A postmodern liberalism will be attentive to the question of what kind of community will emerge from the new tolerance». – *Idem*, p. 917. Remetendo à narrativa bíblica sobre Caim e Abel para ilustrar a noção de tolerância proposta: «We are now in a position to answer, that tolerance does require more than “merely letting alone”. The tolerance which is being outlined here answers Cain’s question with a “yes”. Tolerance understood in terms of charity is a supporting of the

quanto aos fins, sem prescindir da determinação de valores como a *equidade*, a *razoabilidade* e a *tolerância*. E de DERRIDA a *desconstrução como justiça* e o *compromisso com o Outro*, anterior e independente de qualquer contrato<sup>363</sup>, mas superando a *indecidibilidade* entre os contextos estritamente determinados do *liberalismo* e do *comunitarismo*, e assim mobilizando o respeito pela *alteridade* em vez da redução à *individualidade*<sup>364</sup>. Tudo o que, reduzindo o domínio do *commune* relativamente a uma compreensão *comunitarista*, reduz também a dimensão do *suum*, deixando em aberto a exploração da possibilidade de uma fundamentação distinta da relevância da tolerância que não a *comunitarista* e não também a estritamente *individualista liberal*.

---

other. But this support is not without criticism. ». – *Idem*, p. 917-918, remetendo para a passagem bíblica de *Gênesis*, 4, 8-9.

<sup>363</sup> Assim, afirma, quanto a RAWLS: «Rawls concedes that although political liberalism is “neutral in aim” it may “affirm the superiority of certain forms of moral character and encourage certain moral virtues” (...). The virtues which Rawls enumerates are “the virtues of fair social cooperation such as the virtues of civility and tolerance, of reasonableness and the sense of fairness” (...).» – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 915-916. E, quanto a DERRIDA: «In *Force of Law*, Derrida describes that deconstruction, “operates on the basis of an infinite idea of justice”. This deconstructive justice is “owed to the Other before any contract”. (...) Deconstructive justice is committed to responsibility and to Otherness. (...) A deconstructive justice exposes the violence inherent in all restricted economies. (...) a restricted economy employs a resistance to Otherness, whose final aim is the total elimination of Otherness». – *Idem*, p. 916. As citações referem-se, respectivamente, a John RAWLS, *Political Liberalism*, *cit.*, p. 194, e Jacques DERRIDA, “*Force of Law...*”, *cit.*, p. 965, 955.

<sup>364</sup> «According to Derrida, “undecideability is always a determinate oscillation between possibilities... These possibilities are themselves highly determined in strictly defined situations (for example... political, ethical, etc.). They are pragmatically determined”. The task of the postmodern liberal is to invigorate these highly determined contexts in order to open up more possibilities than would otherwise be generated by the restricted liberal or communitarian program». – Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 917, citando Jacques DERRIDA, *Limited Inc.*, Northwestern University Press, Evanston, 1988, p. 149.

### 3. A acentuação fundadora da *alteridade*, em alternativa à *possibilidade da tolerância: da hospitalidade ao reconhecimento...*

#### 3.1. O pressuposto latente da “crítica da tolerância pura” (Herbert MARCUSE)

##### 3.1.1. Tolerância, violência e reciprocidade

A categoria – e a prática – de *tolerância* envolverá uma certa *universalidade*, enquanto virtude omnipresente, nas posições das relações intersubjectivas em que se verifique, e uma específica compreensão da *igualdade*, condições da sua própria existência: *in minimum*, a igualdade enquanto *reciprocidade* (sem violência recíproca). Desta faz Herbert MARCUSE depender a função e valor daquela. Condições estas sem as quais a tolerância se transformaria num instrumento legalmente institucionalizado de *violência* e *opressão* numa sociedade estratificada<sup>365</sup> – criticada na sua *formalidade/pureza* no conjunto dos três artigos, de Robert Paul WOLFF, Barrington MOORE e Herbert MARCUSE, surgidos sob o título global *Critique of Pure Tolerance*<sup>366</sup>. Título de evidente inspiração kantiana<sup>367</sup>, recentemente recuperado por Henryk BRODER para uma projecção da tolerância enquanto *instrumento*, e cuja prestabilidade questiona,

---

<sup>365</sup>«Generally, the function and value of tolerance depend on the equality prevalent in the society in which tolerance is practiced. Tolerance itself stands subject to overriding criteria: its range and its limits cannot be defined in terms of the respective society. In other words, tolerance is an end in itself only when it is truly universal, practiced by the rulers as well as by the ruled, by the lords as well as by the peasants, by the sheriffs as well as by their victims. And such universal tolerance is possible only when no real or alleged enemy requires in the national interest the education and training of people in military violence and destruction. As long as these conditions do not prevail, the conditions of tolerance are ‘loaded’: they are determined and defined by the institutionalized inequality (which is certainly compatible with constitutional equality), i.e., by the class structure of society. In such a society, tolerance is *de facto* limited on the dual ground of legalized violence or suppression (police, armed forces, guards of all sorts) and of the privileged position held by the predominant interests and their ‘connections’». – Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, in Robert Paul WOLFF/Barrington MOORE/Herbert MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, cit., p. 93-137, p. 98-99.

<sup>366</sup>Robert Paul WOLFF, “*Beyond Tolerance*”, in Robert Paul WOLFF/Barrington MOORE/Herbert MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, cit., p. 9-61; Barrington MOORE, “*Tolerance and the Scientific Outlook*”, *ibidem*, p. 63-91; Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, *ibidem*, p. 93-137.

<sup>367</sup>Robert Paul WOLFF/Barrington MOORE/Herbert MARCUSE, “*Foreword*”, in Robert Paul WOLFF/Barrington MOORE/Herbert MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, cit., p. 7-8.

retomando a tensão *tolerância/intolerância*, com esta última a assumir conotações *positivas* e aquela *negativas*<sup>368</sup>.

### 3.1.2. A tolerância repressiva

Estabelece Herbert MARCUSE uma distinção entre tolerância *activa* e *passiva*, numa sociedade estratificada por classes, compreendendo a *tolerância passiva* como um conjunto de atitudes e ideias *entrincheiradas* e *estabelecidas* – ainda que o seu efeito prejudicial no homem ou na natureza seja evidente –, e a *tolerância activa* como a atitude que evita tomar partido – a qual, enquanto *neutralidade*, seria compatível com a manutenção de *preconceitos*. Constituindo, neste último caso, enquanto *não comprometida* (*neutral*), isto é, neste sentido, *tolerância “abstracta”* ou *“pura”*. E em ambos os casos uma *tolerância repressiva*<sup>369</sup>.

A virtude/categoria de inteligibilidade *tolerância*, distinguindo-se da *indiferença*, não deveria permitir-se ser um instrumento *fungível* ao serviço de quaisquer fins. Antes se concluirá, na reconstrução aqui proposta, ainda que não estritamente no sentido em que MARCUSE a assumia, porém, ainda assim, com ele, brilhantemente sintetizando, e retomando para o futuro: «Tolerance is an end in itself»<sup>370</sup>.

A afirmação da tolerância, podendo implicar intolerância face às afirmações dominantes, constituiria, para MARCUSE, nas nossas sociedades complexas e

<sup>368</sup> «Einer Toleranz, die von der Gleichwertigkeit aller Lebensstile ausgeht und deswegen »Ehrenmorde« für ganz normale Verbrechen hält, die entweder nichts mit dem kulturellen Hintergrund der Täter zu tun haben oder mit diesem entschuldigt werden. (...)»

Dermaßen praktiziert, ist Toleranz die Anleitung zum Selbstmord. Und Intoleranz eine Tugend, die mit Nachdruck vertreten werden muss». – Henryk BRODER, *Kritik der reinen Toleranz*, Wolf Jobst Siedler jr., Berlin, 2008, Pantheon, München, 2009, p. 24 (2. «Intoleranz ist eine Tugend», p. 19-24).

<sup>369</sup> «These background limitations of tolerance are normally prior to the explicit and judicial limitations as defined by the courts, custom, governments, etc. (for example, ‘clear and present danger’, threat to national security, heresy). Within the framework of such a social structure, tolerance can be safely practiced and proclaimed. It is of two kinds: (1) the passive toleration of entrenched and established attitudes and ideas even if their damaging effect on man and nature is evident; and (2) the active, official tolerance granted to the Right as well as to the Left, to movements of aggression as well as to movements of peace, to the party of hate as well as to that of humanity. I call this non-partisan tolerance ‘abstract’ or ‘pure’ inasmuch as it refrains from taking sides – but in doing so it actually protects the already established machinery of discrimination». – Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, *cit.*, p. 99. Vide ainda Marko ZLOMISLIĆ, “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, *cit.*, p. 910; Alex CALLINICOS, “*Repressive Toleration Revisited: Mill, Marcuse, MacIntyre*”, in John HORTON, Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration...*, *cit.*, p. 53-74.

<sup>370</sup> Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, *cit.*, p. 96.

industrializadas, como no seu início, na Modernidade, um factor de opressão<sup>371</sup>. Opondo-se a uma tolerância *indiscriminada*, “*pura*”, *abstracta*, propõe antes que a tolerância implique tomar partido, pressupondo, para isso, a *liberdade*, e a *verdade*<sup>372</sup>. A primeira só o será quando ela própria se libertar da formatação educacional que as actuais sociedades industrializadas proporcionam, e da concomitante formação de opinião pelos *media* – uma construção susceptível de desenhar uma «*false consciousness*»; a segunda, problematicamente, implica um ponto de vista *parcial* como ponto de partida, que em MARCUSE afasta a noção de tolerância e a prática tolerante de qualquer relativismo, antes exigindo uma liberdade democrática independente dos condicionalismos que a sociedade industrializada compreende. Problematicamente, pois que a *presença* de um *referente* pressupõe uma base agregadora susceptível de conferir o objecto e o objectivo da acção emancipatória, que envolva, entre outras dimensões, a tolerância<sup>373</sup>. Recuperando, da necessidade de determinar o sentido da *falsa* tolerância, dos *limites* devidos e indevidos à tolerância, da violência revolucionária e reaccionária, a necessidade de estabelecer *critérios de validade* da tolerância<sup>374</sup>. A determinação da *veracidade* ou *falsidade* da tolerância e da progressão ou regressão seriam racionalmente determinados a partir de bases empíricas<sup>375</sup>. Dimensão de racionalidade esta que viria a ser acentuada por MACINTYRE na sua leitura crítica do conceito de

---

<sup>371</sup> «This essay examines the idea of tolerance in our advanced industrial society. The conclusion reached is that the realization of the objective of tolerance would call for intolerance toward prevailing policies, attitudes, opinions, and the extension of tolerance to policies, attitudes, and opinions which are outlawed or suppressed. In other words, today tolerance appears again as what it was in its origins, at the beginning of the modern period – a partisan goal, a subversive liberating notion and practice. Conversely, what is proclaimed and practiced as tolerance today, is in many of its most effective manifestations serving the cause of oppression». – *Idem*, p. 95.

<sup>372</sup> «There is a sense in which truth is the end of liberty, and liberty must be defined and confined by truth. (...) Liberty is self-determination, autonomy (...). But the subject of this autonomy is never the contingent, private individual (...); it is rather the individual as a human being who is capable of being free with the others». – *Idem*, p. 100-101.

<sup>373</sup> «Tolerance of free speech is the way of improvement, of progress in liberation, *not* because there is no objective truth, and improvement must necessarily be a compromise between a variety of opinions, but because there *is* an objective truth which can be discovered, ascertained only in learning and comprehending that which is and that which can be and ought to be done for the sake of improving the lot of mankind». – *Idem*, p. 103. *Vide* ainda Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 332-334, citando H. MARCUSE, „*Repressive Toleranz*“, in *Kritik der reinen Toleranz* (tradução de Alfred SCHMIDT, 7. Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970), p. 93 ss..

<sup>374</sup> «The very notion of false tolerance, and the distinction between right and wrong limitations on tolerance, between progressive and regressive indoctrination, revolutionary and reactionary violence demands the statement of criteria for its validity». – Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, *cit.*, p. 118.

<sup>375</sup> «I suggested that the distinction between true and false tolerance, between progress and regression can be made rationally on empirical grounds». – *Idem*, p. 119.

*tolerância repressiva* de MARCUSE, entendendo aquele a racionalidade como caminho para a *verdade*<sup>376</sup>.

Opondo, em suma, MARCUSE – em consonância com a sua perspectiva crítica originária de Frankfurt, de crítica a uma *falsa consciência* formalmente instituída –, a uma *tolerância abstracta*, uma *tolerância discriminativa*, ou seja, a uma tolerância assente numa hierarquia socialmente instalada, mesmo em democracia, enquanto afastamento da diferença, uma tolerância enquanto força emancipatória de minorias, implicando intolerância face à tirania da maioria, nomeadamente como crítica de *esquerda* às políticas ditas de *direita*<sup>377-378</sup>.

Também em contratendência face às construções liberais, propõe Wendy BROWN uma *desconstrução* da compreensão *política* da tolerância, especificamente aquilo que designa por *despoliticização* da categoria *tolerância*, no sentido em que foi mobilizada pelas políticas liberais *neutralizantes* – e, assim, afinal, uma *politicização noutros termos*<sup>379</sup>. Posicionando-se para além da crítica de MARCUSE, e inspirando-se na *crítica do poder* e na *emancipação da identidade* de FOUCAULT<sup>380</sup>, reconstrói a noção de tolerância na *era da identidade* – de género, de grupo, de etnia<sup>381</sup>... – como

<sup>376</sup>Alex CALLINICOS, “*Repressive Toleration Revisited...*”, *cit.*, p. 61-62, citando Alasdair MACINTYRE, *Marcuse*, Harper Collins, London, Glasgow, 1970, p. 89-92.

<sup>377</sup>«Liberating tolerance, then, would mean intolerance against movements from the Right and toleration of movements from the Left». – Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, *cit.*, p. 122-123. «The forces of emancipation cannot be identified with any social class which, by virtue of its material condition, is free from false consciousness. Today, they are hopelessly dispersed throughout the society, and the fighting minorities and isolated groups are often in opposition to their own leadership». – *Idem*, p. 125.

<sup>378</sup>*Vide idem*, p. 129. «(...) the alternative to the established semi-democratic process is *not* a dictatorship or elite, no matter how intellectual and intelligent, but the struggle for a real democracy. Part of this struggle is the fight against an ideology of tolerance which, in reality, favors and fortifies the conservation of the status quo of inequality and discrimination. For this struggle, I proposed the practice of discriminating tolerance». – *Idem*, p. 136. («*Postscript 1968*», p. 131-137). *Vide* ainda, de certo modo invocando a orientação em texto mencionada, Slavoj ŽIŽEK *Violence...*, *cit.*, sobretudo p. 89-118 (4. «*Presto: Antinomies of Tolerant Reason*») e p. 119-150 (5. «*Molto Adagio – Andante: Tolerance as an Ideological Category*»).

<sup>379</sup>«Part of the project of this book (...) is to analyze tolerance, especially in its recently resurgent form, as a strand of depoliticization in liberal democracies.

(...) Depoliticization involves removing a political phenomenon from comprehension of its *historical* emergency and from a recognition of the *powers* that produce and contour it. No matter its particular form and mechanics, depoliticization always eschews power and history in the representation of its subject». – Wendy BROWN, *Regulating Aversion...*, *cit.*, p. 15. *Vide* ainda, referindo-se directamente ao texto de Herbert MARCUSE, “*Repressive Tolerance*”, tomando embora o significado do termo *tolerância* para lá do sentido crítico que este último lhe confere, Wendy BROWN, “*Reflexionen über Toleranz im Zeitalter der Identität*”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, *cit.*, p. 257-281, p. 257-259.

<sup>380</sup>*Idem*, p. 272-275.

<sup>381</sup>«Aus dieser Perspektive erscheint die Aufnahme der Sprache der Toleranz in das gegenwärtige Ethos des kulturellen Pluralismus nicht bloß als ein zufälliger Übergang von einem Diskurs, der sich mit Rede- und Religionsfreiheit beschäftigt, zu einem Diskurs, der von Personen, Ethnizität,

alternativa não necessária – e, por vezes, mesmo a afastar, enquanto *discurso de tolerância*, quando conducente a *intolerância*<sup>382</sup>, e mesmo *anti-democrático*<sup>383</sup> – e a repensar à luz das relações de *poder* («*Macht*») determinantes da *igualdade* e da *injustiça*<sup>384</sup>.

### 3.2. Da tolerância à hospitalidade ética...

#### 3.2.1. A tolerância entre *direito de visita* e *hospitalidade universal* (de Immanuel KANT a Emmanuel LÉVINAS)

Com os seus expoentes máximos nos conflitos religiosos, no racismo, na xenofobia, no terrorismo, uma *ameaça* não proveniente da estrutura Estado, mas de grupos, qualitativa e quantitativamente indeterminados, mais ou menos desconhecidos, dominando a tecnologia e gizando as suas invectivas a partir dos mais inusitados locais, se abateu sobre o paradigma tradicional do direito internacional, assente no Estado-nação, caindo perante esse inimigo *sem rosto* – este o sentido do diagnóstico realizado por Giovanna BORRADORI a partir do diálogo com DERRIDA<sup>385-386</sup>. Manifestando, assim,

---

Sexualität, Geschlecht oder Hautfarbe handelt. Vielmehr scheint diese Aufnahme eine historische Formation zum Ausdruck zu bringen, in der Subjekte anhand bestimmter Merkmale oder Praktiken identifiziert und auf diese reduziert werden». – *Idem*, p. 274-275.

<sup>382</sup>«Eine weitere gefährliche Dimension des gegenwärtigen Toleranzdiskurses kommt hier zum Vorschein. Toleranz als etwas zu behandeln, das *gelehrt* werden muß, bestimmt Intoleranz als eine natürliche oder »angeborene« Reaktion auf wesentliche Unterschiede zwischen Menschen». – *Idem*, p. 279.

<sup>383</sup>«Wenn Demokratie als allgemeine Partizipation und geteilte Macht bei der Gestaltung eines Gemeinwesens verstanden wird und nicht lediglich als gemeinsame Mitgliedschaft, die sich in Wahlen und rechten ausdrückt, legt das Gesagte nahe, daß die gegenwärtigen Praktiken der Toleranz zutiefst antidemokratischen Dimensionen aufweisen». – *Idem*, p. 280-281.

<sup>384</sup>«In der Neuzeit sind solche Praktiken und Überzeugungen typischerweise unter den Rubriken »Religion« und »Gewiss« geführt worden, was vermutlich noch eine beträchtliche Weile der Fall sein wird, auch wenn diese Kategorien heutzutage sehr weit ausgelegt werden müssen. Um jedoch ökonomische, kulturelle und politische Produktionen von Ungleichheit und Ungerechtigkeit erkennen und beseitigen zu können, benötigen wir Sprachen der *Macht* – einen Begriff also, den die Toleranz unweigerlich verschleiert». – *Idem*, p. 281.

<sup>385</sup>*Vide*, neste sentido, Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 110-111. A expressão tem sido utilizada noutros contextos, embora também criminológicos, tal como em Maria José MORGADO/José VEGAR, *O inimigo sem rosto. Crime e corrupção em Portugal*, Dom Quixote, Lisboa, 2003.

<sup>386</sup>Seguindo ainda Giovanna BORRADORI, no seu diálogo com DERRIDA: «BORRADORI: What you are suggesting calls for profound changes at the level of international institutions and international law.

a radical alteração do sentido de *intersubjectividade*, do *outro* e da *alteridade*<sup>387</sup>, e, concomitantemente, de *terrorismo*, enquanto multifacetada oportunidade de infligir sofrimento, não susceptível do entendimento restrito que hoje frequentemente se lhe confere<sup>388</sup>. O que expõe a *societas-artefacto*, marcada pela noção *liberal* de *contrato*, a uma multiplicidade consequente de alternativas de construção subjectiva e intersubjectiva.

Efectivamente, na construção da relação com o *outro*, a alternativa da *hospitalidade*, tomada em sentido kantiano, significando puramente *não hostilidade* – não assente num *direito de hóspede* («*Es ist kein Gastrecht (...)*»), mas num *direito de visita* («*ein Besuchrecht*»)<sup>389</sup> –, não se confunde com os sentidos materialmente atribuídos por outras opções, nomeadamente de cunho *existencialista* – como é o caso, em último termo, das propostas de LÉVINAS e de DERRIDA –, ou das *éticas de alteridade*. Daqui a enunciação kantiana de um *direito cosmopolita*, de cunho *supranacional*. De que LÉVINAS se afasta, ao pressupor a distinção entre uma paz *ética* ou *originária*, *rectius*, *pré-originária*, e uma *hospitalidade universal*, a *paz perpétua*. Sendo *hospitalidade*, a *intencionalidade* («*intentionnalité*») resiste assim à *tematização* («*thématisation*»), enquanto *estabilização objectiva*, esta pressupondo já, diferentemente, a *hospitalidade* («*l'hospitalité*»), o *acolhimento* («*l'accueil*»), a *intencionalidade* («*l'intentionnalité*»), o *rosto* («*le visage*»), e, portanto, a dimensão

---

DERRIDA: Such a mutation *will have* to take place. But it is impossible to predict at what pace». – Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 106. *Vide ibidem*, sobre a posição de DERRIDA quanto ao papel do direito internacional, p. 110-111, 113-115.

<sup>387</sup>«DERRIDA: Those called “terrorists” are not, in this context, “others”, absolute others whom we, as “Westerners”, can no longer understand. We must not forget that they were often recruited, trained, and even armed, and for a long time, in various Western ways by a Western world that itself (...) invented the world, the techniques, and the “politics” of “terrorism”». – Jacques DERRIDA, *ibidem*, p. 115.

<sup>388</sup>«(...) The narrow, too narrow meaning commonly given today to the word “terrorism” gets circulated in various ways in the discourse that dominates the public space, and first of all through the technoeconomic power of the media. What would “September 11” have been without television?». – *Idem*, p. 108.

<sup>389</sup>«In the Kantian cosmopolitan picture, a sense of hospitality replaces enmity among nations». – Giovanna BORRADORI, “*Reconstructing Terrorism*”, *cit.*, p. 54; *vide idem*, p. 54-55, citando Immanuel KANT, *Perpetual Peace*, in *Kant’s Political Writings*, Ed. Hans Reiss, translator H. B. Nisbet, Cambridge University Press, 1970, p. 105-107, e o próprio KANT: «Es ist hier (...) nicht von Philantropie, sondern vom Recht die Rede, und da bedeutet Hospitalität (Wirtbarkeit) das Recht eines Fremdlings, seiner Ankunft auf dem, Boden eines andern wegen, von diesem nicht feindselig behandelt zu werden. (...) Es ist kein Gastrecht, worauf dieser Anspruch machen kann (...), sondern ein Besuchrecht (...)». – Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden...*, *cit.*, *Dritter Definitivartikel zum ewigen Frieden*, «*Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt sein*», p. 213-228, BA 40/BA 39, p. 213-214.



*ética*<sup>390</sup>. Concebendo, diferentemente de KANT, a *paz* como *imediato* («*la paix maintenant*»), em LÉVINAS esta será assim *originária*, não de construção institucional ou político-jurídica – tal seria a *paz perpétua* kantiana<sup>391</sup> –, preferindo a *universalidade* ao *cosmopolitismo* – não se referindo, aliás, a este último<sup>392</sup>.

Demarcando-se da fenomenologia husserliana<sup>393</sup> e da existência heideggeriana<sup>394</sup>, bem como da dialéctica hegeliana, vê LÉVINAS a *existência* e o

<sup>390</sup>Seguimos aqui a leitura que DERRIDA apresenta de LÉVINAS: «(...) Parce qu'elle est hospitalité, l'intentionnalité résiste à la thématization. (...) l'hospitalité s'ouvre comme intentionnalité mais elle ne saurait devenir object, chose ou thème. La thématization, elle, en revanche, suppose déjà l'hospitalité, l'accueil, l'intentionnalité, le visage. La fermeture de la porte, l'inhospitalité, la guerre, l'allergie impliquent déjà, comme leur possibilité, l'hospitalité offerte ou reçue: une déclaration de paix originelle, plus précisément pré-originelle. C'est peut-être là un de ces traits redoutables qui, dans la logique d'un rapport très enchevêtré avec l'héritage kantien (...), distingue la paix éthique et originelle (originelle mais non naturelle: il vaut mieux dire pré-originelle, anarchique), selon Lévinas, de la «paix perpétuelle» et d'une hospitalité universelle, *cosmopolitique*, donc politique et juridique (...). Pour Lévinas (...) l'allergie elle-même, le refus ou l'oubli du visage viennent inscrire leur négativité seconde sur un fond de paix, sur le fond d'une hospitalité qui n'appartient pas à l'ordre du politique, du moins pas simplement à l'espace politique». – Jacques DERRIDA, “*Le mot d'accueil*”, *cit.*, p. 91-92.

<sup>391</sup>«Si on juge, par exemple avec Kant, que tout commence dans la nature par la guerre, alors il s'ensuit au moins deux conséquences: 1. La paix n'est plus un phénomène naturel, symétrique et simplement opposable à la guerre: la paix est un phénomène d'un autre ordre, de nature non naturelle mais institutionnelle (donc politico-juridique). 2. La paix n'est pas simplement la cessation des hostilités, l'abstention de faire la guerre ou l'armistice; elle doit être instituée comme paix perpétuelle, comme promesse de paix éternelle». – *Idem*, p. 154.

<sup>392</sup>«(...) Lévinas préfère toujours (...) *la paix maintenant*; et il préfère l'universalité au cosmopolitisme. Le mot de cosmopolitisme, à ma connaissance, il ne le prononce ou ne le prend jamais à son compte». – *Idem*, p. 156. «Pour Lévinas, la paix n'est pas un processus du négatif, le résultat d'un traité dialectique entre le Même et l'Autre (...)». – *Idem*, p. 162. «L'intentionnalité est hospitalité, dit donc encore littéralement Lévinas. (...) l'hospitalité n'est pas davantage une région de l'éthique, voir, (...) le nom d'un problème de droit ou de politique: elle est l'éthicité même, le tout et le principe de l'éthique». – *Idem*, p. 94. Expressando-se ainda também, neste sentido, a hospitalidade no seu contrário: «(...) l'hostilité témoigne encore de l'hospitalité (...)».

Autrement dit, il n'y a pas d'intentionnalité avant et sans cet accueil du visage qui s'appelle l'hospitalité. Et il n'y a pas d'accueil du visage sans ce discours qui est justice (...). – *Idem*, p. 94-95. Vide ainda *idem*, p. 124-125.

<sup>393</sup>«Toda a fenomenologia não passa... de uma tomada de consciência científica de si pela subjectividade transcendental... O fundamento último de toda a verdade é um elemento da tomada de consciência universal de si». – Edmund HUSSERL, *Form. und trans. Log.*, p. 241-242, *apud* Emmanuel LÉVINAS, “*L'œuvre de Edmund Husserl*” (primeiramente publicado em *Revue Philosophique*, jan.-fev. 1940), publicado in *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, J. Vrin, Paris, 1949, e aqui citado na tradução portuguesa “*A Obra de Edmund Husserl*”, in *Descobrendo a Existência com Husserl e Heidegger*, tradução de Fernanda OLIVEIRA, Piaget, Lisboa, 1997, p. 11-67, n. 8, p. 13. E, em *Totalité et infini*: «La phénoménologie tout entière, depuis Husserl, est la promotion de l'idée de l'*horizon* qui, pour elle, joue un rôle équivalent à celui du *concept* dans l'idéalisme classique; l'étant surgit sur un fond qui le dépasse comme l'individu à partir du concept». – Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini...*, *cit.*, p. 35.

<sup>394</sup>*Idem*, p. 33-37. «Si l'ontologie – compréhension, embrassement de l'être – est impossible, ce n'est pas parce que toute définition de l'être suppose déjà la connaissance de l'être, comme l'avait dit Pascal que Heidegger réfute dans les premières pages de *Sein und Zeit*; c'est parce que la compréhension de l'être en général ne peut pas *dominer* la relation avec Autrui. Celle-ci commande celle-là. (...) Ce «dire à Autrui» – cette relation avec Autrui comme interlocuteur, cette relation avec un *étant* – précède toute ontologie. Elle est la relation ultime dans l'être. L'ontologie suppose la métaphysique». – *Idem*, p. 39. Procurando HEIDEGGER, a partir de BRENTANO, *Von der mannigfachen Bedeutung des Seienden nach Aristoteles*, o significado determinante fundamental do *ser* dentre aqueles considerados por ARISTÓTELES.

*existente* não como uma existência e um existente cujo objectivo seja a recondução à *unidade*, a uma totalidade absoluta como que pré-definida, mas antes uma existência que intende ao *infinito*, à *inadequação*<sup>395</sup>, e um existente que é, em si, enquanto se pensa e se confronta consigo próprio, efectivamente *Outro* para si mesmo<sup>396</sup>. E um *Eu(-Même)* que interage com o *Outro (l'Autre)* através da *linguagem*, numa *re-ligação – religião (religion)*, que exprime a transcendentalidade do *Outro*, a relação com o *Outro* como irreduzível a uma *totalidade*<sup>397</sup>. Ao reconhecimento de si próprio – a *ontologia* – antepõe-se, nesta compreensão, como efectivo *pressuposto lógico*, o *reconhecimento da alteridade do outro* – a *ética (a metafísica)*<sup>398</sup>, por referência ao hebraico *kadosh* (קדוש)<sup>399</sup> –, alterando-se assim a perspectivação do *Eu* face à tradição da filosofia ocidental, o que se verá também em Paul RICOEUR<sup>400</sup>. Um *Outro* que, como *rostro* que se apresenta, como absolutamente *Outro*, representa, como *transcendente*, o *infinito*, sendo que, na relação entre o *Eu* e o *Outro*, não se anulando dialecticamente a diferença, experimenta-se, no *desejo do outro*, a ideia de *infinito*<sup>401</sup> (e a derivação da *abertura* em

---

Neste sentido, *vide* Enrico BERTI, *Aristotele nel Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, citado na tradução portuguesa *Aristóteles no Século XX*, tradução de Dion Davi MACEDO, Loyola, São Paulo, 1997, p. 58-59.

<sup>395</sup>Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini...*, cit., p. 5-14 (*Préface*).

<sup>396</sup>*Idem*, p. 25-30. «L'absolument Autre, c'est Autrui. (...) le rapport du Même et de l'Autre – auquel nous semblons imposer des conditions si extraordinaires – est le langage». – *Idem*, p. 28. «L'altérité n'est possible qu'à partir de moi». – *Idem*, p. 29.

<sup>397</sup>*Idem*, p. 29-30.

<sup>398</sup>«On appelle cette mise en question de ma spontanéité par la présence d'Autrui, éthique. (...) La métaphysique, la transcendance, l'accueil de l'Autre par le Même, d'Autrui par Moi se produit concrètement comme la mise en question du Même par l'Autre, c'est-à-dire comme l'éthique qui accomplit l'essence critique du savoir. Et comme la critique précède le dogmatisme, la métaphysique précède l'ontologie». – *Idem*, p. 33. «L'être avant l'étant, l'ontologie avant la métaphysique – c'est la liberté (fût-elle celle de la théorie) avant la justice. C'est un mouvement dans le Même avant l'obligation à l'égard de l'Autre.

Il faut invertir les termes». – *Idem*, p. 38.

<sup>399</sup>«La relation à l'autre est la déférence. Telle séparation signifie cela même que Lévinas re-nomme la «métaphysique»: éthique ou philosophie première, par opposition à l'ontologie». – Jacques DERRIDA, «Le mot d'accueil», cit., p. 88. «(...) l'«éthique», le mot «éthique» n'est qu'un équivalent approximatif, un pis-aller grec pour le discours hébraïque sur la sainteté du séparé (*kadosh*)». – *Idem*, p. 113.

<sup>400</sup>*Vide* Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit.

<sup>401</sup>«L'infini est le propre d'un être transcendant en tant que transcendant, l'infini est l'absolument autre». – Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini...*, cit., p. 41. «L'infini dans le fini, le plus dans le moins qui s'accomplit par l'idée de l'infini, se produit comme Désir. (...) Désir parfaitement désintéressé – bonté». – *Idem*, p. 42. «La manière dont se présente l'Autre, dépassant l'idée de l'Autre en moi, nous l'appelons, en effet, visage. (...) Le visage, contre l'ontologie contemporaine, apporte une notion de vérité qui n'est pas le dévoilement d'un Neutre impersonnel, mais une *expression* (...)». – *Idem*, p. 43. *Vide idem*, p. 54.

geral a partir da *hospitalidade* («l'hospitalité») ou do *acolhimento* («l'accueil»), não o inverso<sup>402</sup>).

A reperspectivação do *problema da tolerância* enquanto encontro com o *outro*, mas um *outro* que, sendo e permanecendo na sua *alteridade*, é o *outro* como *absoluto* – no sentido proposto por LÉVINAS –, traduzir-se-á, na sua especificidade, perspectivado o *outro* como *o outro de mim*, na (retro)projectação da acção para com o *outro* no sujeito e nas suas circunstâncias presente e futura. Indo assim muito além da questão da *tolerância* propriamente dita, para se projectar numa *hospitalidade*, no sentido de total ausência de *reciprocidade*. Com o que a determinação intersubjectiva que conduz à primeira – a *tolerância* – se esvairá na segunda – a *hospitalidade* –, exigindo portanto uma delimitação específica que evite a equivocidade dos significantes e respectivos significados. Para o que haverá que prosseguir ainda neste domínio da *alteridade*, aqui como *leitura* do *outro* como *absoluto*, na busca dos interstícios em que se possa perspectivá-lo subjectivamente como *absoluto*, já intersubjectivamente reconhecido e respeitado, porém não *incondicionalmente* aceite.

### 3.2.2. *Desconstrução e tolerância: da tolerância limitada à hospitalidade incondicionada* (Jacques DERRIDA)

Partindo ainda de LÉVINAS, e mantendo uma categoria essencial na sua construção – a de “*singularidade individual*” («*individuelle Besonderheit*») –, constrói DERRIDA uma *moral* assente no *sujeito individual* na sua *diferença*, e não na *igualdade de tratamento*<sup>403</sup>. Admitindo a paradoxal relação entre *amizade* e *inimizade* – reconhecendo também aqui uma *différance*... –, inspirando-se em NIETZSCHE, na sua

<sup>402</sup>«(...) Lévinas propose de penser l'ouverture en général à partir de l'hospitalité ou de l'accueil – et non l'inverse. Il le fait expressément. Ces deux mots, «ouverture» et «hospitalité», sont à la fois associés et disjoints dans son œuvre». – Jacques DERRIDA, “*Le mot d'accueil*”, *cit.*, p. 44. «Le mot «hospitalité» vient ici traduire, porter en avant, re-produire les deux mots qui l'ont précédé, «attention» et «accueil». Une paraphrase interne, une sorte de périphrase aussi, une série de métonymies disent l'hospitalité, le visage, l'accueil: tension vers l'autre, intention attentive, attention intentionnelle, *oui* à l'autre». – *Idem*, p. 51.

<sup>403</sup>Vide Axel HONNETH, “*Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik*”, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 42, 2/1994, e in Axel HONNETH, *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2000, p. 133-170 (versão citada), p. 155-156.

leitura da alteração do *paradigma* do pensamento<sup>404</sup>. Propondo, assim, o *eu* na dependência do *outro*, um pensamento *do outro*, e assim um outro *cogito*, inseparável da *philia* (φιλία)<sup>405</sup>. Ainda que toda a amizade tenha uma dimensão política, não se reduzirá a esta, sendo a *amizade política* apenas uma espécie do género *amizade*<sup>406</sup>. DERRIDA recupera assim de ARISTÓTELES – em *Ética a Eudemo* e *Ética a Nicómaco* – a gradação da amizade em três níveis: o primeiro, inferior, de amizade fundada no *prazer*; o segundo, intermédio, de amizade fundada na *utilidade* – em que se inclui a “*amizade política*” –; e o terceiro, superior, de amizade fundada na *virtude* – a *amizade primeira*<sup>407</sup>.

Pensada assim a intersubjectividade, *desconstruindo* significantes e significados, a percepção crítica de DERRIDA – também na senda de MARCUSE – perspectiva a *tolerância* como o *oposto* da *hospitalidade* – e esta como *alternativa* àquela... –, ou, no mínimo, o seu *limite* – *rectius*, *limiar*... –, muito distante já, portanto, da proposta de HABERMAS, de nítida opção pela tolerância, nos planos ético e legal<sup>408</sup>... Assim, se a

<sup>404</sup>«L'inversion de la répulsion en attraction est en quelque sorte engagée, analytiquement comprise, dans le mouvement du *philein*. Voilà une logique que nous aurons à interroger: s'il n'y a de l'ami que là où il peut y avoir de l'ennemi, le “il faut l'ennemi” ou le “il faut aimer ses ennemis” (*seine Feinde lieben*) transforme sans attendre l'inimicitie en amitié, etc. Les ennemis que j'aime sont mes amis. Comme les ennemis de mes amis. Dès lors qu'on a besoin ou désir de ses ennemis, on ne peut compter que des amis. (...) Le trop-plein et le vide se ressemblent, effet de mirage dans le désert et inéluctabilité de l'événement». – Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, cit., p. 51 (Chapitre 2. «Aimer d'amitié: peut-être – le nom et l'adverbe», p. 43-66). Vide ainda, sobre o conceito de *amizade*, *ibidem*, p. 68 ss..

<sup>405</sup>«L'amitié par excellence ne peut être qu'humaine mais surtout, et du même coup, il n'y a pour l'homme de pensée que pour autant qu'elle est pensée *de l'autre* et pensée de l'autre comme *pensée du mortel*. (...) La pensée, pour autant qu'elle doit être pensée de l'autre - et c'est ce qu'elle devrait être *pour l'homme* — ne va pas sans la *philia*.

Traduite dans la logique d'un *cogito* humain et fini, cela donne la formule: je pense, donc je pense l'autre: je pense, donc j'ai besoin de l'autre (pour penser) (...). (...) toute pensée ne se traduit pas nécessairement dans la logique du *cogito*, et nous pourrions retrouver, sur une autre voie, cette affinité du *philein*, de la pensée – et de la mortalité». – *Idem*, p. 252 (Chapitre 8. «Replis», p. 219-252).

<sup>406</sup>Vide *idem*, p. 225-226, por referência a ARISTÓTELES, especialmente em *Ética a Eudemo* e *Política*. «Même si toute amitié est de quelque façon politique, l'amitié strictement ou proprement politique n'est qu'une espèce d'amitié. Surtout, ce n'est ni la première ni la plus haute. (...)

Plus bas dans la hiérarchie, sous l'amitié “première”, sous l'amitié de vertu, deux autres espèces d'amitié partagent au moins le même nom». – *Idem*, p. 226.

<sup>407</sup>«Il y a donc trois espèces d'amitié, respectivement fondées rappelons-le, 1. sur la *vertu* (c'est l'*amitié première*), 2. L'*utilité* (telle l'amitié politique, par exemple) et 3. le plaisir. Or chacune des trois se divise en deux: selon l'égalité ou selon la différence (la supériorité, dit Aristote)». – *Idem*, p. 229.

<sup>408</sup>«BORRADORI: «Would you agree with the claim that tolerance is a condition of hospitality?

DERRIDA: No. Tolerance is actually the opposite of hospitality. Or at least its limit. (...) Tolerance is a conditional, circumspect, careful hospitality». – Vide Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, cit., p. 127-128. «The objection that Habermas addresses to Derrida and to his deconstruction of the notion of tolerance applies to a very specific political situation: a functional participatory democracy. In it, tolerance cannot possibly be practiced as the reason of the strongest». – Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror...*, cit.,

*causa* da hospitalidade for a tolerância, isso significará à partida uma limitação ao acolhimento, a afirmação de um *poder*, de uma titularidade do que é seu face ao outro. A tolerância seria sempre, neste sentido, *unilateral*, e, assim, uma *hospitalidade condicional* e cautelosa<sup>409</sup>. Ao que DERRIDA contrapõe o desejo de uma *nova hospitalidade*, muito mais tolerante do que a própria tolerância, no dizer de Giovanna BORRADORI, e que se dirá mais propriamente uma *faculdade* distinta da tolerância<sup>410</sup>. Não obstante admitir DERRIDA, na gradação destas faculdades, preferir uma *tolerância limitada* – ou *hospitalidade condicionada*, correspondente ao *cosmopolitismo* de KANT – a uma *intolerância absoluta*. Distinguindo destas a *hospitalidade pura ou incondicional*, a *hospitalidade em si própria*, distinta de *convite*, a *abertura incondicional* ao *outro*, que não é esperado nem convidado, um qualquer *visitante absolutamente estranho*, não identificado e imprevisível, isto é, o *absolutamente outro* – numa *hospitalidade de visitação* («*hospitality of visitation*») e não de *invitação* («*invitation*») –, independentemente do eventual risco, sem segurança contra o *absolutamente outro* por um qualquer *sistema de imunidade*, que faz dela uma *verdadeira hospitalidade*<sup>411</sup>.

Uma tal *hospitalidade, pura, incondicionada*, impossível de estruturar, consistirá numa abertura radical aos acontecimentos, ao *outro* («*ce qui arrive arrive*»), a qualquer *evento*. O que a subtrai a qualquer estatuto jurídico ou político. Insusceptível de apreensão pelo direito positivo, acaba por constituir a *condição de possibilidade* de pensar a *hospitalidade* em geral e de determinar regras para aquela *hospitalidade condicionada*, ou *tolerância* – de que é paradoxalmente indissociável –: estatuto

---

“Introduction...”, p. 18. Vide *idem*, p. 16-19 e também Giovanna BORRADORI, “Reconstructing Terrorism”, *cit.*, p. 72. Vide ainda *supra*, 1.1.2..

<sup>409</sup>«(...) Derrida opposes Kant on the ground that tolerance is anything but a neutral moral demand. Yet it is precisely from Kant that Derrida takes off in his rejection of tolerance in favor of hospitality». – Giovanna BORRADORI, “Deconstructing Terrorism”, *cit.*, p. 140.

<sup>410</sup>Vide Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, *cit.*, p. 127-128. Vide ainda Giovanna BORRADORI, “Deconstructing Terrorism”, *cit.*, p. 161-162.

<sup>411</sup>«BORRADORI: Tolerance thus amounts to granting someone permission to continue living on?

DERRIDA: Indeed, and so a limited tolerance is clearly preferable to an absolute intolerance. But tolerance remains a scrutinized hospitality (...). In the best of cases, it’s what I would call a conditional hospitality (...). (...) That is hospitality as it is commonly understood and practiced, a hospitality that gives rise, with certain conditions, to regulated practices, laws, and conventions on a national and international – indeed, as Kant says in a famous text, a “cosmopolitical” – scale. But pure or unconditional hospitality does not consist in such an *invitation* (...). Pure and unconditional hospitality, hospitality *itself*, opens or is in advance open to someone who is neither expected nor invited, to whomever arrives as an absolutely foreign *visitor*, as a new *arrival*, nonidentifiable and unforeseeable, in short, wholly other. I would call this a hospitality of *visitation* rather than *invitation*». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, *cit.*, p. 128-129.

jurídico (legal...), normas, convenções nacionais e internacionais... E *condição de possibilidade* ainda da própria consideração do *outro* – da *alteridade* do *outro*, do *absolutamente outro*, não *esperado*, não *convidado* –, e ainda do *amor*, ou do *viver juntamente com o outro* de um modo que não constitua parte de uma *totalidade* ou *conjunto*. *Condição* esta que talvez mesmo não seja *ética*, mas que será *condição* da própria *ética*...<sup>412</sup>. E, assim, tal como a *justiça* não se identifica com o direito, não termina no *direito* – e este sempre compreendido no espartilho legalista do paradigma moderno-iluminista –, nem mesmo nos *deveres*, que, paradoxalmente, *têm de (devem)*, ir além da obrigação/dever, também a *ética* não termina no *direito*, nem nos *deveres*<sup>413</sup>... Impossível de conter dentro de fronteiras quer jurídicas quer morais, antes sendo de origem religiosa – muito especificamente abraâmica –, e a ponderar *se e quando* sobrevenha, o *perdão*, em DERRIDA, consistiria na *tarefa impossível* de perdoar, em último limite, o *imperdoável*<sup>414</sup>... Numa inspiração nítida no conceito de *hospitalidade* de LÉVINAS<sup>415</sup>.

Reconhecendo também no domínio da *hospitalidade* muito mais exigências do que no da *tolerância*, Trudy D. CONWAY aponta uma questão aqui fulcral: se a *tolerância* respeita à *indiferença benigna*, a *hospitalidade* exige *reconhecimento mútuo*,

<sup>412</sup>«An unconditional hospitality is, to be sure, practically impossible to live (...). Unconditional hospitality, which is neither judicial nor political, is nonetheless the condition of the political and the juridical. For these very reasons, I am not even sure whether it is ethical, insofar as it does not even depend on a decision. But what would an “ethics” be without hospitality?». – Jacques DERRIDA, *ibidem*, p. 129, remetendo em nota (p. 192, n. 25 da p. 129) para Jacques DERRIDA, *Adieu à Emmanuel Lévinas*, *cit.*.

<sup>413</sup>«(...) justice does not end with law. (...) I tried to show elsewhere that any pure ethics must begin beyond law, duty, and debt. Beyond law, that’s easy to understand. Beyond duty, that’s almost unthinkable». – Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, *cit.*, p. 133, remetendo para Jacques DERRIDA, *Force de Loi: Le “Fondement Mystique de l’Autorité”*, *cit.*.

<sup>414</sup>«(...) Derrida defines forgiveness as the impossible task of forgiving the unforgivable. This is why, for him, forgiveness cannot be reduced to any legal or moral boundaries but only appreciated whenever and however it arises». – Giovanna BORRADORI, “Deconstructing Terrorism”, *cit.*, p. 139-140. Vide ainda *idem*, p. 141-144, referindo-se a Jacques DERRIDA, “On Forgiveness”, in *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, tradução de *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!*, Galilée, Paris, 1997, tradução de Michael Collins HUGHES, Routledge, 2001, p. 28.

<sup>415</sup>«Qu’un peuple, en tant que peuple, «accepte ceux qui viennent s’installer chez lui, tout étrangers qu’ils sont», voilà le gage d’un engagement populaire et public, une *res publica* politique qui ne se réduit pas à une «tolérance», à moins que cette tolérance n’exige d’elle-même l’affirmation d’un «amour» sans mesure. Lévinas précise aussitôt que ce devoir d’hospitalité n’est pas seulement essentiel à une «pensée juive» des rapports entre Israël et les nations. Il ouvre l’accès à l’humanité de l’humain en général». – Jacques DERRIDA, “Le mot d’accueil”, *cit.*, p. 133, citando Emmanuel LEVINAS, *À l’heure des nations*, *cit.*, p. 113-114.

*respeito e resposta*<sup>416</sup>. Explorando a intersubjetividade a partir do conceito de *tradição* de GADAMER, e da respectiva (re)construção da autocompreensão a partir da compreensão do outro, com a possibilidade de dialógica “ *fusão de horizontes*” («*Horizontverschmelzung*») – e a hospitalidade como sua *pré-condição*<sup>417</sup> –, o que procura é uma construção da *virtude de tolerância* que a tome como positiva, e não meramente negativa<sup>418</sup>. Efectivamente, admitindo que a partir de JOHN LOCKE as condições de estabelecimento da tolerância como uma virtude negativa, minimalista, estão reunidas<sup>419</sup>, o que CONWAY propõe, então, na senda de DERRIDA, é a transição de uma *tolerância negativa* para a consideração da *diferença* à luz da *hospitalidade*<sup>420</sup> – a passagem da tolerância à hospitalidade, baseando-se também na referência de WALZER ao *respeito mútuo* para propor a superação da que diz *virtude passiva da tolerância* pela *virtude activa da hospitalidade*<sup>421</sup>. Concluindo, portanto, pela *vinculatividade* da hospitalidade, em superação da mera tolerância. O que reposiciona a questão da natureza dessa *vinculatividade*, pois que, se, face a uma *tolerância vinculativa*, em termos éticos, será possível analisar e ponderar o carácter supererrogatório da *virtude da*

<sup>416</sup>«Such hospitable dialogue places far more demands on persons than tolerance. While tolerance entails benign indifference, hospitality requires mutual recognition, respect, and response». – Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 10.

<sup>417</sup>«(...) to understand the other’s standpoint, so such ideas might “become intelligible without our having to agree with them” (Gadamer, 303, fn. 23)». – *Idem*, p. 11, citando Hans-Georg GADAMER, *Truth and Method*. Revised. 2nd. Ed., J. WEINSHEIMER/D. G. MARSHALL (eds.), Crossroad, New York, 1989, p. 303. «Dialogue with the other brings us to articulate our entrenched pre-judgments, putting them at risk, forcing us to justify our truth-claims, thereby allowing critiques of passively received cultural claims. Gadamer maintains that in this context of dialogue, a “fusion of horizons” may occur. It seems that hospitality is the precondition of such a fusion of horizons». – Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 12. *Vide* Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grunzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1960, Auflage 1990, in *Gesammelte Werke 1 – Hermeneutik I*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, p. 305-312. «(...) *ist Verstehen immer ber Vorgang der Verschmelzung solcher vermeintlich für sich seiender Horizonte*». – *Idem*, p. 311 (itálico no original). *Vide ibidem*, p. 311, utilizando a expressão «*Horizontverschmelzung*»: Wenn es nun diese voneinander abgehobenen Horizonte gar nicht gibt, warum reden wir dann überhaupt von “Horizontverschmelzung” und nicht einfach von der Bildung des einen Horizontes, der seine Grenze in die Tiefe der Überlieferung zurückschiebt? Die Frage stellen heißt, sich die Besonderheit der Situation eingestehen, in der Verstehen zur wissenschaftlichen Aufgabe wird, und daß es gilt, diese Situation als hermeneutische Situation erst einmal auszuarbeiten».

<sup>418</sup>Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 1.

<sup>419</sup>«With Locke’s seminal account, the understanding of tolerance as a negative, minimalist virtue is established. (...) Our everyday speech discloses such negative orientation». – *Idem*, p. 4-5.

<sup>420</sup>«Toleration puts up with the other who is kept at a manageable distance. (...) In contrast, hospitality recognizes and engages the presence of the other and draws the other into interaction, creating a dialogical space that previously did not exist». – *Idem*, p. 8-9. *Vide idem*, p. 14-15.

<sup>421</sup>«In *On Toleration* Walzer calls for “something better ... [and] beyond toleration” that entails mutual respect, but never develops and account of the requisite virtue». – Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 5, citando Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 52. *Vide* ainda Trudy CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 5-6, referindo-se a Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 12-14.

*hospitalidade*, hodiernamente compreendida, talvez já o mesmo não possa dizer-se quanto à respectiva vinculatividade jurídica. Questão esta claramente diversa da anterior, externa aos intentos de Trudy D. CONWAY, e que resulta directamente da qualificação destas *virtudes* no domínio da *ética*<sup>422</sup>. Não obstante, o domínio de relevância normativa destas virtudes toca os limites do jurídico. Porém, a entrada efectiva de uma e/ou de outra destas reconhecidas *virtudes éticas* no domínio da relevância jurídica dependerá da compreensão do direito que pretenda prosseguir-se...

Se em LÉVINAS a *illéité* do terceiro sobrevém como o *início da justiça* – o *terceiro* como elemento externo definidor de um certo sentido de *justiça*<sup>423</sup> –, e sendo a *tercialidade* própria da justiça e do direito, e da justiça *como* direito – e, assim, a pressupor uma contradição do *dizer* pelo *dizer*, a própria *contra-dição* («(...) la contradiction, une contradiction sans égale et sans précédent, la terrible contradiction du Dire par le Dire, la Contra-Diction même (...))»<sup>424</sup> –, tal percepção será, portanto,

<sup>422</sup>«Perhaps in a world that still longs for tolerance, hospitality appears to be a supererogatory virtue. We can conceive of obliging others to cease interfering with or harming others. But can we oblige others to be hospitable?». – Trudy CONWAY, “From Tolerance to Hospitality...”, *cit.*, p. 16.

<sup>423</sup>Veja-se, nesse sentido, a síntese de DERRIDA: «Déjà s’annoncent, sous ce mot de Justice, les redoutables problèmes que nous tenterons d’approcher plus tard, notamment ceux qui surgissent avec le tiers. Celui-ci survient sans attendre. Sans attendre il vient affecter l’expérience du visage dans le face-à-face. Si elle n’interrompt pas l’accueil lui-même, certes, cette interposition du tiers, cette «tercialité» tourne ou détourne vers elle, comme un témoin (*terstis*) pour en témoigner, le duel du face-à-face, l’accueil singulier de l’unicité de l’autre. Or l’illéité du tiers n’est rien de moins, pour Lévinas, que le commencement de la justice, à la fois comme droit et au-delà du droit, dans le droit au-delà du droit. *Autrement qu’être...* parle de cette «illéité, à la troisième personne»; mais selon une «tercialité» différente de celle du troisième homme, du tiers interrompant le face-à-face de l’accueil de l’autre homme — interrompant la proximité ou l’approche du prochain — du troisième homme par lequel commence la justice». – Jacques DERRIDA, “Le mot d’accueil”, *cit.*, p. 60-61, citando Emmanuel LEVINAS, *Autrement qu’être ou au-delà de l’essence*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1974, p. 191. Veja-se, a este propósito, também a enunciação de Drucilla CORNELL, quanto à *entrada do terceiro*, interrompendo o *face-a-face* e dando lugar ao surgimento do direito: «The answer for Levinas is as follows: He reminds us that we are inevitably fated to fall into law, understood now as a system of legal principles and not just as a positivist mechanism to distribute and redistribute violence and power. Why is this fall inescapable? I am never just alone with the Other. The entry of the third is inevitable, and with the entry of the third comes the need to make comparisons and to synchronize the competing demands of individuals within the space of a given legal system.

The third part interrupts the face-to-face. But the call to law and the establishment of rights should not be understood as an unfortunate empirical necessity given that we are never just alone with the Other». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, *cit.*, p. 105.

<sup>424</sup>Recorda-nos, assim, DERRIDA: «(...) une note disait de la justice qu’elle est «cette présence même du tiers». (...) Ces questions crient à la contradiction, une contradiction sans égale et sans précédent, la terrible contradiction du Dire par le Dire, la Contra-Diction même (...))». – Jacques DERRIDA, “Le mot d’accueil”, *cit.*, p. 62. Vide também *idem*, p. 203, e Emmanuel LEVINAS, *Autrement qu’être ou au-delà de l’essence*, *cit.*, p. 200. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi” (2004), in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, STVDIA IVRIDICA,



incompatível com aquela *hospitalidade infinita*. Implicando também a *singularidade absoluta* do *outro* em DERRIDA uma referência à *universalidade da lei*, por apelo ao *terceiro* – e, assim, não apenas no direito, mas também na moral e na política<sup>425</sup>. Também não já aqui *tolerância*, mas *hospitalidade*, mesmo por confronto com a *universalidade* referida. Por isso um espaço e um tempo *outros*, para lá da tolerância, que a confirmam como interstício autonomizável – porém ultrapassável... E, assim, substituível por uma dimensão outra, que da tolerância recolhe sobretudo a insuficiência, entregando-se à *alteridade absoluta* como *objecto* e *objectivo*...

### 3.3. O reconhecimento, para lá da tolerância...

#### 3.3.1. A luta pelo reconhecimento (Axel HONNETH)

##### 3.3.1.1. O outro da justiça

##### 3.3.1.1.1. Subjectividade e intersubjectividade: o outro, entre reconhecimento e solidariedade

Numa análise da *intersubjectividade*, mormente da posição de um *sujeito* face à *alteridade* do *outro*, inspirada ainda em LÉVINAS – e, assim, o *outro da justiça* («*Das Andere der Gerechtigkeit*») –, em permanente diálogo também com ADORNO e HABERMAS, a proposta de construção ética de HONNETH, partindo da *relevância do particular*, enquanto elemento identificador de *pós-modernidade*, por oposição à *moderna ambição cognitivista* e de *generalização*, centra-se, no *espectro* de alternativas possíveis, na *necessidade constitutiva de ajuda do ser humano individual* («*die*

---

90, *Ad Honorem* – 3, *Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 551-667, p. 565-566.

<sup>425</sup> «Cette double dimension maintient en principe la singularité absolue de l'autre et de “mon” rapport à l'autre, comme du rapport de l'autre à l'autre que je suis moi-même, comme son autre, pour lui. Mais le rapport à la singularité de l'autre passe aussi par l'universalité de la loi. Ce discours sur l'universalité peut se déterminer dans les régions de la morale, du droit ou de la politique mais il en appelle toujours au tiers, par-delà le face-à-face des singularités. (...)

Le tiers témoigne toujours d'une loi qui vient interrompre le vertige de la singularité (...). – Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, cit., p. 306 (Chapitre 10. «*Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité*»), p. 301-340).

*konstitutive Hilfsbedürftigkeit des einzelnen Menschen*»). Assim, diferentemente da *ética do discurso* habermasiana, e das que nesta se inspiram, a proposta de HONNETH assenta na *particularidade-singularidade* («*Besonderheit*») como ponto de referência moral cuja consideração é não já garantida por uma expansão da perspectiva da *justiça* mas do seu *outro*, o *cuidado-assistência humano* («*die menschliche Fürsorge*») <sup>426</sup>. Portanto, além da ponderação do ponto de vista moral da *igualdade de tratamento* («*Gleichbehandlung*»), e como contínuo corrector e complemento deste, propõe HONNETH o ponto de vista da exigência de assunção de um dever concreto para com os sujeitos individuais em situação de necessidade de auxílio <sup>427</sup>. Para o demonstrar, propõe-se reflectir os pensamentos de LYOTARD – e a sua justificação de uma *ética pós-moderna* –, para concluir que tal proposta é compatível com a *ética do discurso* e que pode ser articulada sobretudo nessa estrutura, vendo o seu núcleo normativo como uma ideia radicalizada de igualdade de tratamento; de Stephen K. WHITE, e a sua reflexão sobre o último HEIDEGGER, para sublinhar as características de base de uma *ética pós-moderna*, concluindo que também esta pode ser explanada com base na *ética do discurso*; e de DERRIDA, partindo de LÉVINAS, em que HONNETH entrevê a emergência de pontos de vista morais que vão além dos horizontes conceituais da *ética do discurso*, partindo da sua contribuição para uma *ética pós-moderna* assente na *responsabilidade moral* pelo *outro* em concreto, conflituando com a ideia de *igualdade de tratamento*, afirmando que o *cuidado* ou a *assistência-ajuda-auxílio* poderão constituir-se, criticando a perspectiva habermasiana, como ponto de vista moral que forma um

<sup>426</sup>«Die Absicht der Metaphysikkritik setzt auch aus sich heraus, wie das Beispiel der Philosophie Adornos zeigt, normativ-politische Konsequenzen frei (...). Von der Idee einer moralischen Berücksichtigung des Besonderen, des Heterogenen, nimmt daher auch die Ethik der Postmoderne heute ihren theoretischen Ausgang; nicht anders als die ungeschriebene Moralthorie Adornos kreist sie um die Vorstellung, daß sich erst im angemessenen Umgang mit dem Nicht-Identischen der Anspruch menschlicher Gerechtigkeit erfüllt.

(...) Meine Rekonstruktion von verschiedenen Ansätzen wird auf die These hinauslaufen, daß nur die letzte dieser drei Alternativen zu einer Form von postmoderner Ethik führt, die gegenüber den modernen, in der Tradition von Kant stehenden Moralthorien eine wirkliche Herausforderung repräsentiert: während die ethischen Anliegen der ersten beiden Alternativen durchaus angemessener innerhalb des Rahmens zu vertreten sind, den heute die Habermassche Diskursethik zur Verfügung stellt, fehlt dem dritten Ansatz dieses Maß an theoretischer Verträglichkeit; denn hier wird, wie ich zeigen möchte, jenes Moment der Besonderheit als ein moralischer Bezugspunkt eingeführt, dessen Berücksichtigung nicht durch eine Erweiterung der Perspektive der Gerechtigkeit, sondern nur durch ihr Anderes, die menschliche Fürsorge, gewährleistet wird». – Axel HONNETH, «*Das Andere der Gerechtigkeit...*», cit., p. 134-135.

<sup>427</sup>«Der moralische Gesichtspunkt der Gleichbehandlung bedarf, so soll sich am Ende zeigen, der steten Korrektur und Ergänzung durch einen Gesichtspunkt, der sich der konkreten Verpflichtung gegenüber hilfsbedürftigen Einzelsubjekten verdankt». – *Idem*, p. 135.

contraponto necessário tanto com a perspectiva da *justiça*, por um lado, quanto com o ponto de vista da *solidariedade*, por outro<sup>428</sup>.

Para HABERMAS, diferentemente de LYOTARD, as restrições na *sociedade comunicativa* apenas serão descritas como “*injustiça*” («*Unrecht*») se constituírem comprovadamente violações de afirmações justificadas dos seres humanos. Uma tal justificação *moral* coaduna-se com a sua *ética do discurso*, cujo núcleo contém um acervo de princípios universais, partilhando com KANT a afirmação de que, com a Modernidade, o *pluralismo de ideais de vida* («*Lebensideale*») e de *orientações de valor* («*Wertorientierung*») atingiu um tal grau que nos conflitos morais práticos a ética não pode indicar valores particulares, mas apenas conferir um procedimento específico de resolução de conflitos, princípios esses cuja validade, porém, afastando-se já de KANT, se compreende como intersubjectivamente construída, assentando num procedimento de discursiva formação da vontade que tem como condição a *ideia transcendental* de um discurso livre de dominação<sup>429</sup>.

Na linha da Escola de Frankfurt, e a partir da sua herança marxista, e mesmo com referências fundamentais a LUKÁCS – ainda que nem sempre em sentido concordante –, mobilizando BENJAMIN, ADORNO, HORKHEIMER, e, mais recentemente, HABERMAS, entre outros, mas também a psicanálise, mormente FREUD, HONNETH reperspectiva hoje uma teoria crítico-dialéctica da sociedade, sem esquecer a tradição das propostas da ética em KANT e em HEGEL, os contributos de LÉVINAS e HEIDEGGER e as referências *pós-modernas* – a LYOTARD e DERRIDA – e *pós-metafísicas*<sup>430</sup>.

Assim, o pressuposto do *reconhecimento da Pessoa* na construção das *subjectividade* e *intersubjectividade jurídicas*, inspirado na noção hegeliana de *reconhecimento*<sup>431</sup>, surge em AXEL HONNETH, na sua análise crítica da *justiça* – do reconhecimento do *outro* como terceiro e nessa qualidade, enquanto *absoluto*, e, assim, expressão da justiça (tal como em LÉVINAS<sup>432</sup>), *o outro da justiça* («*Das Andere der Gerechtigkeit*») – e do *direito*, nomeadamente na *luta pelo reconhecimento* («*Kampf um Anerkennung*»), e especificamente na construção da noção de *pessoa jurídica*

<sup>428</sup> *Idem*, p. 135-136. Para um consideração do contraponto *liberalismo/comunitarismo*, no que especificamente concerne a *solidariedade*, vide especialmente Uwe VOLKMANN, *Solidarität: Programm und Prinzip der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 20-52 (II. «*Modelle von Solidarität: Die Kommunitarismus/Liberalismusdebatte*»).

<sup>429</sup> Axel HONNETH, “*Das Andere der Gerechtigkeit...*”, *cit.*, p. 140-141.

<sup>430</sup> *Vide idem*, p. 134 ss..

<sup>431</sup> *Vide* Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, *cit.*, p. 70; G. W. Friedrich HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, *cit.*, p. 145-155, 442-464.

<sup>432</sup> *Vide* Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini...*, *cit.*, p. 38-39.

(«*Rechtsperson*»), através do *reconhecimento jurídico* («*rechtliche Anerkennung*»). Surgindo também aqui, tal como em LÉVINAS, o problema do *reconhecimento* configurado como prévio ao *conhecimento*<sup>433</sup>, a *atenção ao outro* precedendo o *eu*, a *ética* (a *metafísica*) à *ontologia*<sup>434</sup>. A noção de *reconhecimento* apresenta-se, assim, essencial à construção da *subjectividade* e da *intersubjectividade* em HONNETH, expressamente assumida como fundada na proposta de HEGEL, na sua dimensão *racionalista-idealista*, todavia sem excluir as suas determinações *empírico-pragmáticas*, nomeadamente na leitura da configuração que George Herbert MEAD apresentou. Conduzindo, com e a partir destes, à diferenciação de três planos ou níveis de consideração da intersubjectividade, centrados nos concomitantes valores aí essenciais: o *amor*, o(s) *direito(s)* e a *solidariedade*<sup>435</sup>. É sobretudo, portanto, nos escritos de juventude de HEGEL, e convocando a respectiva leitura de MEAD, que HONNETH se apoia para a determinação do sentido a assumir pela noção de *reconhecimento* («*Anerkennung*») e pela expressão «*luta pelo reconhecimento*» («*Kampf um Anerkennung*»): por um lado, o *reconhecimento intersubjectivo* surge como pressuposto da formação da *identidade prática* («*die praktische Identitätsbildung*»); por outro lado, reconhece-se uma *luta* mediando os diversos *estágios* desse *reconhecimento intersubjectivo* («*intersubjektive Anerkennung*»)<sup>436</sup>. O que havia revelado logo nos escritos de Jena uma teoria social de conteúdo normativo em que a explicação do desenvolvimento social se faz por referência a exigências normativas estruturalmente internas à relação de *reconhecimento recíproco* («*wechselseitige Anerkennung*»), e este tido como *imperativo*<sup>437</sup>. Embora HEGEL (e bem assim MEAD) não tivesse determinado

<sup>433</sup>«I would like to demonstrate that recognition enjoys both a genetic and a conceptual priority over cognition». – Axel HONNETH, “*Reification: A Recognition-Theoretical View*”, in *The Tanner Lectures on Human Values*, University of California, Berkeley, 14-16 March 2005, p. 91-135, disponível em [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/Honneth\\_2006.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/Honneth_2006.pdf) (acedido em 04/02/2010), p. 113.

<sup>434</sup>*Vide supra*, 3.2.1..

<sup>435</sup>Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, *cit.*, p. 148-211 (5. «*Muster intersubjektiver Anerkennung: Liebe, Recht, Solidarität*»).

<sup>436</sup>«Mit den Konstruktionsmittel der Sozialpsychologie Meads hat sich der Hegelschen Theorie des »Kampfes um Anerkennung« eine »materialistische« Wendung geben lassen. Nicht nur die allgemeine Prämisse des frühen Hegel, daß die praktische Identitätsbildung des Menschen die Erfahrung intersubjektiver Anerkennung voraussetzt, ist bei Mead in der verwandelten Gestalt einer empirischen Forschungshypothese wiedergekehrt; auch für die begriffliche Unterscheidung von verschiedenen Anerkennungsstufen, ja selbst für die weitreichende Behauptung eines zwischen diesen Stufen vermittelnden Kampfes waren in seinem Werk die theoretischen Äquivalente einer nachmetaphysischen, naturalistisch ansetzenden Konzeption aufzufinden gewesen». – *Idem*, p. 148.

<sup>437</sup>«(...) die Reproduktion des gesellschaftlichen Lebens vollzieht sich unter dem Imperativ einer reziproken Anerkennung, weil die Subjekte zu einem praktischen Selbstverhältnis nur gelangen können,

sistematicamente as formas de *desrespeito* («*Mißachtung*») que pudessem desencadear a tensão de que emergiria a *luta pelo reconhecimento*<sup>438</sup>. Para HONNETH, a possibilidade de reacção – e, assim, a *luta pelo reconhecimento* – dependerá da dinâmica das *experiências morais*<sup>439</sup>.

Apesar da marcada influência hegeliana, e com ela, a orientação seguida por HONNETH na reconstituição do modelo de reconhecimento pretende combinar a estrutura da moral de tradição kantiana – na medida em que esta cuida não apenas da autonomia moral universal dos seres humanos mas também das condições da sua auto-realização em geral –, mas temperando-a, diferentemente de outros críticos desta – que, invertendo a relação kantiana da moral com a ética (fazendo depender a validade dos princípios morais de concepções historicamente variáveis de “*vida boa*”), enveredam por a questionar com base na ausência de resposta para a questão do posicionamento do objectivo da moral como um todo no quadro dos concretos objectivos particulares dos sujeitos humanos<sup>440</sup>. Assumindo a moral, numa concepção normativa, enquanto perspectiva de *respeito universal*, como uma entre outras medidas de protecção que visam a possibilitação de uma *vida boa*, devendo ser equilibrada por uma compreensão desta, não já, ao contrário daqueles outros críticos, compreendida como uma expressão substancial do *bem* que assente no *ethos* de uma comunidade concreta fundada na *tradição*, mas antes relacionada com os elementos estruturais da vida ética, que, de um ponto de vista geral da possibilidade comunicativa de auto-realização, poderão ser normativamente extraídos da pluralidade de “*formas de vida*” particulares.

Situa, assim, HONNETH a sua *teoria do reconhecimento*, especificamente enquanto compreensão normativa, entre uma moral de tradição kantiana – na medida

---

wenn sie sich aus der normativen Perspektive ihrer Interaktionspartner als deren soziale Adressaten zu begreifen lernen». – *Idem*, p. 148.

<sup>438</sup>«(...) weder bei Hegel noch bei Mead findet sich eine systematisierte Berücksichtigung derjenigen Formen von Mißachtung, die als ein negatives Äquivalent der entsprechenden Anerkennungsverhältnisse den gesellschaftlichen Akteuren die Tatsache vor enthaltener Anerkennung sozial erfahrbar machen können». – *Idem*, p. 150. «Weder bei Hegel noch bei Mead hatte sich ein Hinweis darauf gefunden, wie die Erfahrung sozialer Mißachtung ein Subjekt dazu motivieren kann, in einen praktischen Kampf oder Konflikt einzutreten (...)». – *Idem*, p. 219 (6. «*Persönliche Identität und Mißachtung: Vergewaltigung, Entrechtung, Entwürdigung*», p. 212-225).

<sup>439</sup>*Idem*, p. 224-225.

<sup>440</sup>«In der auf Kant zurückgehenden Tradition wird (...) unter »Moral« die universalistische Einstellung verstanden, in der wir alle Subjekte gleichermaßen als »Zwecke in sich selbst« oder als autonome Personen achten können; mit »Sittlichkeit« ist hingegen das jeweils eingelebte Ethos einer partikularen Lebenswelt gemeint, über das nur insofern normative Urteile zu fällen sind, als es sich den Anforderungen jener allgemeinen Moralprinzipien mehr oder weniger anzunähern vermag». – Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, cit., p. 275 (9. «*Intersubjektive Bedingungen personaler Integrität: ein formales Konzept der Sittlichkeit*», p. 274-287).

em que visa as normas mais gerais possíveis, compreendidas como condição para específicas possibilidades –, por um lado, e uma ética comunitarista, por outro – na medida em que assume a auto-realização humana como objectivo<sup>441</sup>. Esta concepção *formal* de “*vida ética*” pretende incluir a globalidade das condições intersubjectivas que se apresentem como pré-condições necessárias à auto-realização individual. O que se tornaria possível – obviando a possíveis críticas à generalidade das suas asserções acerca dessas *condições de possibilidade*, que afirmem que qualquer explicação da estrutura da auto-realização corre o risco de se tornar uma interpretação de perspetivações únicas, particulares, de “*vida boa*”... – através de caracterizações suficientemente formais ou abstractas que não suscitassem a suspeição de constituírem apenas repositórios de interpretações concretas de “*vida boa*”, e que, por outro lado, tivessem suficiente conteúdo substantivo que lhes conferisse maior prestabilidade do que as referências kantianas à autonomia individual na descoberta das condições de auto-realização<sup>442</sup>.

### 3.3.1.1.2. As três formas de reconhecimento recíproco

HONNETH convoca, como se disse, a distinção das *três formas* de *reconhecimento recíproco* apresentada por HEGEL – partindo este rigorosamente da estruturação aritotélica –, que MEAD também mantém: o *reconhecimento* nas relações de *amor e amizade*, o *reconhecimento jurídico* e o *reconhecimento* associado à *solidariedade*<sup>443</sup>. Surgindo esta distinção em MEAD com um pendor empírico – que não assumia em HEGEL –, em que se reconhece um crescendo na relação da pessoa consigo própria<sup>444</sup>.

<sup>441</sup> *Idem*, p. 275-277.

<sup>442</sup> *Idem*, p. 275-277.

<sup>443</sup> «Wenn sich auch in den Schriften Meads kein angemessener Ersatz für den romantischen Begriff der »Liebe« gefunden hatte, so läuft doch auch seine Theorie wie diejenige Hegels auf die Unterscheidung von drei Formen der wechselseitigen Anerkennung hinaus: von der emotionalen Zuwendung, wie wir sie aus Liebesbeziehung und Freundschaften kennen, sind die rechtliche Anerkennung und die solidarische Zustimmung als gesonderte Anerkennungsweisen abgehoben». – *Idem*, p. 150-151.

<sup>444</sup> «Schon bei Hegel sind diesen drei Mustern von Reziprozität jeweils besondere Personenkonzepte in dem Sinne zugeordnet, daß mit jeder Stufe der wechselseitigen Achtung auch die subjektive Autonomie des Einzelnen wächst; aber erst bei Mead wird der darin angelegten Intuition die

Como se verificará, o segundo e o terceiro *modelos de reconhecimento* enunciados têm, nesta construção, potencial para maiores progressos normativos do que o primeiro. Assim, as *relações jurídicas* e as *comunidades de valor* estão abertas a processos de transformação que se movem no sentido de universalidade e igualdade crescentes. Com o que HONNETH pretende apresentar uma concepção formal da *vida ética* que encerre as condições qualitativas da auto-realização, que, na medida em que formam pré-requisitos gerais para a integridade pessoal dos sujeitos, possam ser abstraídas da pluralidade de “*formas de vida*”. Mas, estando essas condições abertas a possibilidades de progresso normativo, o seu conteúdo será histórico. O que configurará uma *concepção historicamente fundada e não obstante formal de vida ética*<sup>445</sup>. Apesar de propor uma concepção formal de *vida ética pós-tradicional*, HONNETH não deixa de considerar que esta ficaria incompleta se lograsse indicar a posição dos *valores substantivos-materiais* («*materiale Werte*»). A determinação das condições intersubjectivas da integridade pessoal, com vista a atingir os universais normativos de uma *vida bem sucedida* («*ein gelingende Leben*»), teria de incluir também o modelo de reconhecimento associado à *solidariedade social*, que apenas poderá resultar de objectivos colectivamente partilhados. O facto de estes estarem sujeitos às restrições normativas colocadas pela autonomia juridicamente (*legalmente*) sancionada dos sujeitos resulta de estas aspirações se inserirem numa rede relacional e da necessidade de coexistência com os outros dois modelos de reconhecimento<sup>446</sup>.

Na primeira esfera, a do *amor*, numa análise que HONNETH pretende tão neutra quanto possível, encontram-se *relações primárias* («*Primärbeziehungen*»), ligações emocionais fortes entre um pequeno número de pessoas<sup>447</sup>. Constituindo este, assim, mesmo já para HEGEL, o primeiro nível, e nível de base, do *reconhecimento recíproco* – aquele em que as experiências recíprocas de *cuidado* assentam na *interdependência*, nas necessidades de cada um, e em que a *relação de reconhecimento*

---

systematische Fassung einer empirischen Hypothese gegeben, derzufolge sich in der Abfolge der drei Anerkennungsformen der Grad der positiven Beziehung der Person auf sich selber schrittweise steigert». – *Idem*, p. 151. *Vide idem*, p. 152.

<sup>445</sup>«Unser formales Konzept einer posttraditionalen Sittlichkeit ist nicht abgeschlossen, so wird an dem Dargestellten deutlich, wenn es nicht zumindest den Platz anzugeben vermag, an dem materiale Werte zu treten hätten». – *Idem*, p. 285.

<sup>446</sup>*Idem*, p. 279.

<sup>447</sup>*Idem*, p. 152-172.

(«*Anerkennungsverhältnis*») pressupõe a existência concreta dos sujeitos interligados<sup>448</sup>. Nas relações amorosas o reconhecimento não será tanto um estrito reconhecimento da independência individual do outro, mas um reconhecimento que, enquanto elemento do amor, constituirá uma afirmação de independência assente no *cuidado* (*Zuneigung*)<sup>449</sup>. Daí que, desde logo para HEGEL, este nível constituísse o núcleo essencial da vida ética, enquanto base de formação da autoconfiança individual indispensável a uma participação autónoma na vida pública<sup>450</sup>.

No segundo nível de reconhecimento, marcadamente distinto do anterior, encontrar-se-ia *o direito*<sup>451</sup>. A única ligação entre ambos apenas se tornará aqui possível através da recondução ao mesmo mecanismo de *reconhecimento recíproco*. Neste segundo nível, as relações intersubjectivas e a forma de reconhecimento nelas presente assentariam na consideração de que apenas nos compreenderemos a nós próprios como titulares de direitos quando conscientes das correspectivas obrigações normativas perante os outros. Por outras palavras, apenas partindo da perspectiva do “*outro em geral*” («*generalisierte Andere*»), e assim reconhecendo os outros membros da comunidade como titulares de direitos, poderemos compreender-nos como *pessoas jurídicas* («*Rechtspersonen*»)<sup>452</sup>.

Em HEGEL, o *reconhecimento jurídico* espelha a estrutura moderna das relações jurídicas, pelo que o “*outro em geral*” estaria incorporado no direito positivo, ao passo que na compreensão de MEAD quanto ao “*outro em geral*” está em causa apenas o

---

<sup>448</sup> *Idem*, p. 153-154, por referência a HEGEL, *System der Sittlichkeit*, 1802/1803 (zitiert nach dem Nachdruck der Lasson-Ausgabe: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Hamburg 1967), p. 17. «Weil dieses Anerkennungsverhältnis zudem einer Art von Selbstbeziehung den Weg bereitet, in der die Subjekte wechselseitig zu einem elementaren Vertrauen in sich selber gelangen, geht es jeder anderen Form der reziproken Anerkennung sowohl logisch als auch genetisch voraus: jene Grundsicht einer emotionalen Sicherheit nicht nur in der Erfahrung von Liebe verhilft, bildet die psychische Voraussetzung für die Entwicklung aller weiteren Einstellungen der Selbstachtung». – Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, cit., p. 172.

<sup>449</sup> «Wenn Liebe eine durch wechselseitige Individuierung gebroche Symbiose darstellt, dann ist das, was in ihr an der jeweils anderen Person Anerkennung findet, offenbar nur ihre individuelle Unabhängigkeit; (...) ohne die gefühlsmäßige Sicherheit, daß die geliebte Person auch nach der erneuten Verselbständigung ihre Zuneigung aufrechterhält, wäre dem liebenden Subjekt die Anerkennung ihrer Unabhängigkeit gar nicht möglich». – *Idem*, p. 173.

<sup>450</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 173-195.

<sup>452</sup> «Von der Anerkennungsform der Liebe, wie wir sie hier mit Hilfe der Theorie der Objektbeziehung dargelegt haben, unterscheidet sich nun das Rechtsverhältnis in so gut wie allen entscheidenden Hinsichten; (...). (...) erst aus der normativen Perspektive eines »generalisierten Anderen«, der uns die anderen Mitglieder des Gemeinwesens bereits als Träger von Rechten anzuerkennen lehrt, können wir uns selber auch als Rechtsperson in dem Sinne verstehen, daß wir uns der sozialen Erfüllung bestimmter unserer Ansprüche sicher sein dürfen». – *Idem*, p. 174.



*reconhecimento jurídico* enquanto tal. Diferença esta que HONNETH reputa relevante para a compreensão do tipo de *reciprocidade* subjacente às relações jurídicas<sup>453</sup>. O conceito de “*reconhecimento jurídico*” refere-se, em primeiro lugar, apenas à situação em que o *eu* e os *outros* se respeitam mutuamente como sujeitos de direito pela única razão de que ambos estão conscientes das normas sociais pelas quais direitos e deveres são distribuídos na comunidade a que pertencem. O que não esclarece que tipos de direitos são acordados entre os sujeitos e qual o modo de legitimação que os sustenta, apenas enfatiza o ponto essencial de que um sujeito é tido por titular de direitos (de algum tipo) apenas se e na medida em que for socialmente reconhecido membro de uma comunidade (o que resulta essencialmente da compreensão de MEAD, susceptível de ser compreendida na organização própria das sociedades tradicionais, determinadas pela pertença a uma comunidade concreta e assentes na divisão do trabalho)<sup>454</sup>. Diferentemente de MEAD, a estrutura de que HEGEL faz resultar a sua noção de *pessoa jurídica* apenas toma a *forma jurídica* de *reconhecimento* quando esta se torna dependente das premissas dos princípios morais universais<sup>455</sup>. Isto na pressuposição do sentido *moderno* de sistema jurídico, como expressão dos interesses universalizáveis dos membros de uma sociedade, acordando, enquanto sujeitos livres e iguais, na obediência a leis, numa forma de *reciprocidade* que entra nas relações de reconhecimento baseado em *direitos*, e em último termo orientado para um *princípio de fundamentação universal* («*ein universalistisches Begründungsprinzip*»). Compreendendo-se este *respeito universal* («*universalistische Achtung*») não como uma atitude emocional, mas como uma forma de compreensão puramente cognitiva<sup>456</sup>. Assim, e ao contrário da *Sittlichkeit* das sociedades tradicionais, nesta *postkonventionelle Moral* distinguem-se duas formas de respeito («*zwei verschiedene Formen der Achtung*»): ao lado e distinto do *reconhecimento como pessoa jurídica*

<sup>453</sup> «Allerdings macht die Formulierung durch die Verwendung des Prädikats »frei« auch deutlich, daß Hegel mit der Anerkennungsform des Rechts stets schon die spezifische Verfassung moderner Rechtsverhältnisse meint (...). (...) an der Unterscheidung von traditionsgebundenem und posttraditionalem Recht wird deutlich, daß sich die besondere Reziprozitätsform der rechtlichen Anerkennung, anders als diejenige der Liebe, erst infolge einer historischen Entwicklung hat herausbilden können». – *Idem*, p. 175.

<sup>454</sup> *Idem*, p. 176-177.

<sup>455</sup> «Die Struktur, an der Hegel seine Bestimmungen der Rechtsperson ablesen kann, nimmt hingegen die Anerkennungsform des Rechts erst dann an, wenn sie historisch von den Prämissen universalistischer Moralprinzipien abhängig wird». – *Idem*, p. 177.

<sup>456</sup> *Idem*, p. 177-178.

(«*Anerkennung als Rechtsperson*»), surge a *estima social* («*soziale Wertschätzung*») <sup>457</sup>. Para HONNETH, inspirando-se noutras hipóteses explicativas <sup>458</sup>, a distinção poderá assentar no facto de o *reconhecimento jurídico* se centrar na *característica geral* que faz dos seres humanos *pessoas*, equiparando-as como tal, enquanto a *estima social* se centra nas *características particulares* que as distinguem <sup>459</sup>. O que transporta para a questão do *reconhecimento jurídico* um outro problema: o de saber como determinar a capacidade com base na qual os sujeitos se respeitam mutuamente no reconhecimento de cada um como *pessoa jurídica* <sup>460</sup>. A positiva relação consigo próprio («*positive Selbstbeziehung*») que a esfera do *reconhecimento jurídico* possibilita, seguindo MEAD, traduz-se num *auto-respeito* (*auto-estima* – «*Selbstachtung*»), que está para as relações jurídicas como a *autoconfiança* («*Selbstvertrauen*») estava para a esfera do *amor* <sup>461</sup>.

Em suma, na experiência do *reconhecimento jurídico*, cada *pessoa jurídica* poderá perspectivar-se partilhando com todos os outros membros da comunidade em que se insere as qualidades que possibilitam a participação na discursiva formação da vontade, podendo designar-se a possibilidade de relação positiva consigo próprio deste modo como “*auto-respeito*” (“*auto-estima*” – «*Selbstachtung*») <sup>462</sup>.

<sup>457</sup> *Idem*, p. 179-181, aludindo aos desenvolvimentos em sentido aproximado oferecidos por JHERING, em *Der Zweck im Recht*, quanto à noção de “respeito”, distinguindo diferentes tipos de respeito social, abrangendo a distinção entre reconhecimento jurídico e estima social que compõem as várias formas de conduta que podem contribuir para a integração “ética” de uma sociedade. Aquilo a que JHERING também designa por “reconhecimento jurídico” (“*rechtliche Anerkennung*”) significaria que cada sujeito humano deverá ser considerado como “um fim em si próprio”, aportando assim esta designação kantiana para exprimir o respeito universal pela “liberdade de vontade da pessoa”; já a “estima social” (“*soziale Wertschätzung*”) conferiria relevo ao valor de um indivíduo, na medida em que pudesse ser medido de acordo com a relevância social, admitindo assim esta última uma gradação que o primeiro não comporta. – *Vide* Rudolf von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1905, Zweiter Band.

<sup>458</sup> HONNETH refere, a este propósito, Stephen L. DARWALL, “*Two Kinds of Respect*”, in *Ethics*, 88, 1977/78, p. 36 ss. *Vide* Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, cit., p.181-182.

<sup>459</sup> «Hier ist im Augenblick nur von Bedeutung, welche Schlußfolgerungen sich aus dem Vergleich zwischen der rechtlichen Anerkennung und der sozialen Wertschätzung vorläufig ziehen lassen: in beiden Fällen wird ja ein Mensch um bestimmter Eigenschaften willen geachtet, im ersten Fall aber handelt es sich um diejenige allgemeine Eigenschaft, die ihn überhaupt erst zur Person macht, im zweiten Fall hingegen um die besonderen Eigenschaften, die ihn im Unterschied zu anderen Personen charakterisieren». – *Idem*, p. 183.

<sup>460</sup> «In dieser Formulierung eines ersten Zwischenergebnisses ist das zweite Problem schon mitgennant, das sich uns im Hinblick auf die Struktureigenschaften der rechtlichen Anerkennung aufgedrängt hatte: es muß die Fähigkeit bestimmt werden können, in der die Subjekte sich wechselseitig achten, wenn sie sich als Rechtspersonen anerkennen». – *Idem*, p. 184.

<sup>461</sup> «Das Selbstachtung für das Rechtsverhältnis das ist, was für die Liebesbeziehung das Selbstvertrauen war (...)». – *Idem*, p. 192.

<sup>462</sup> «(...) ein Subjekt sich in der Erfahrung rechtlicher Anerkennung als eine Person zu betrachten vermag, die mit allen anderen Mitgliedern seines Gemeinwesen die Eigenschaften teilt, die zur Teilnahme an einer diskursiven Willensbildung befähigen; und die Möglichkeit, sich in derartiger Weise positiv auf sich selber zu beziehen, können wir »Selbstachtung« nennen». – *Idem*, p. 194-195.

No terceiro nível do modelo de reconhecimento apresentado quer por HEGEL quer por MEAD – ainda que de modos diferentes – encontrar-se-ia a *solidariedade*<sup>463</sup>, em contraste com as *relações amorosas* e as *relações jurídicas*, como uma distinta forma de *reconhecimento mútuo*, e reconhecendo-lhe essencialmente a mesma função: a aquisição pelos sujeitos humanos de uma *relação consigo-próprios* («*Selbstverhältnis*») sem distorções necessita sempre, além e acima da experiência do *cuidado* afectivo e do *reconhecimento jurídico*, de uma forma de *estima social* que lhes permita relacionarem-se positivamente com as suas características e aptidões específicas. Em HEGEL, a designação para esta específica *relação de reconhecimento* («*Anerkennungsverhältnis*») de *mútua estima* («*wechselseitige Wertschätzung*») seria “*vida ética*”. Diferentemente, em MEAD encontra-se, em vez de uma compreensão puramente formal desta forma de reconhecimento, o modelo institucionalmente concreto da divisão cooperativa do trabalho<sup>464</sup>. Da comparação destas propostas poderia concluir-se que este tipo de *modelo de reconhecimento* só poderia ser devidamente compreendido pressupondo, como pré-requisito, a existência de um *horizonte de valor intersubjectivamente partilhado* («*einer intersubjektiver geteilten Werthorizont*»)<sup>465</sup>. O *princípio-base universal* fundamental dessas relações só poderia ser reconstruído através da compreensão delas como o resultado de uma separação do *reconhecimento jurídico* em relação às *formas de consideração social* em que os sujeitos são reconhecidos em função do *valor* socialmente definido das suas características concretas<sup>466</sup>.

A diferença essencial entre *reconhecimento jurídico* e *estima social* centrar-se-ia, então, como *supra* se referiu, no facto de naquele estarem em causa as *características gerais* dos sujeitos, e nesta as suas *características particulares*. Assim, HEGEL e MEAD, nas suas compreensões da “*vida ética*”, identificaram um único tipo de *comunidade de valor* («*Wertgemeinschaft*»), em que todas as *formas de reconhecimento*

<sup>463</sup> *Idem*, p. 196-211.

<sup>464</sup> «In den Jeaner Schriften Hegels hatte sich zur Bezeichnung eines solchen Anerkennungsverhältnisses der wechselseitigen Wertschätzung der Begriff der »Sittlichkeit« gefunden, bei Mead hingegen war für dieselbe Form der Anerkennung nicht ein rein formales Konzept, sondern nur das institutionell bereits konkretisierte Modell der kooperativen Arbeitsteilung anzutreffen gewesen». – *Idem*, p. 196.

<sup>465</sup> *Ibidem*.

<sup>466</sup> *Idem*, p. 196-197.

de *estima-valor* («*wertschätzende Anerkennung*») devem necessariamente ser admitidas<sup>467</sup>.

Diferentemente do reconhecimento jurídico *moderno*, portanto, a *estima social* está direccionada para as qualidades particulares que caracterizam as pessoas nas suas diferenças pessoais. Enquanto o reconhecimento jurídico *moderno*, correspondente ao *direito moderno*, representa um meio de reconhecimento que exprime as características universais dos sujeitos humanos, o reconhecimento em que consiste a *estima social* exige um meio social que deve ser apto a expressar as diferenças características entre sujeitos humanos de um modo universal e, mais especificamente, intersubjectivo<sup>468</sup>. Esta mediação é levada a cabo, a nível social, por uma estrutura de orientação simbolicamente articulada, ainda que sempre aberta e porosa, na qual aqueles valores e objectivos são formulados e, tomados em conjunto, representam a *autocompreensão cultural de uma sociedade* («*das kulturelle Selbstverständnis einer Gesellschaft*»)<sup>469</sup>. Uma tal estrutura constitui um *sistema de referência* («*Bezugssystem*») de aferição das qualidades pessoais específicas – uma vez que o seu “valor” se apura pela sua contribuição para a realização dos objectivos sociais – e oferece os *critérios* («*Kriterien*») de apreciação da sua *estima social*, apreciada intersubjectivamente em função da sua contribuição para a compreensão e promoção dos valores culturalmente definidos<sup>470</sup>. Esta forma de *reconhecimento mútuo* pressupõe, assim, um contexto de vida social cujos membros, partilhando a orientação quanto aos objectivos, formam uma *comunidade de valor* («*Wertgemeinschaft*»). Mas se a *estima social* é determinada pelas concepções dominantes de objectivos éticos numa sociedade, então as formas que assumam não serão menos historicamente variáveis do que as do *reconhecimento jurídico*. O seu alcance social e a medida da sua simetria dependem, nesta acepção, do grau de pluralização do horizonte de valor socialmente definido e do carácter dos ideais

<sup>467</sup>«(...) Hegel mit seinem Begriff der »Sittlichkeit« und Mead mit seiner Idee einer demokratischen Arbeitsteilung nur einen normativ besonders anspruchsvollen Typ jener Wertgemeinschaft auszuzeichnen versucht haben, in deren Rahmen jede Form der wertschätzenden Anerkennung notwendigerweise eingelassen sein muß». – *Idem*, p. 197.

<sup>468</sup>«(...) während das neuzeitlich Recht ein Anerkennungsmedium darstellt, das allgemeine Eigenschaften menschlicher Subjekte in differenzierender Weise zum Ausdruck bringt, verlangt jene zweite Anerkennungsform daher ein soziales Medium, das Eigenschaftsdifferenzen zwischen menschlichen Subjekten auf allgemeine, nämlich intersubjektiv verbindliche Weise zum Ausdruck bringen können muß». – *Idem*, p. 197.

<sup>469</sup>*Idem*, p. 197-198.

<sup>470</sup>*Idem*, p. 198.

de personalidade nele individualizados<sup>471</sup>. Assim, tal como nas relações jurídicas, também a *estima social* se apresenta estruturalmente distinta nas sociedades tradicionais e modernas, sendo patente essa transição na passagem do conceito de “honra” («*Ehrbegriff*») para as categorias de “reputação” («*Ansehen*») ou “prestígio” («*Prestige*»)<sup>472</sup>.

Nesta perspectivação, as sociedades encontram-se organizadas hierarquicamente, verticalmente, estando a “honra” social dependente da adopção de um determinado *estilo de vida* («*Lebensführung*»)<sup>473</sup> – e a *conduta* “honrada” («*Ehrenvolles Verhalten*») marcada pelo *status* de cada um e avaliada com base na *ordem de valores* pré-dada – e os papéis socialmente assumidos directamente proporcionais ao *status* social, com os grupos interrelacionado-se de modo que as formas de reconhecimento surgirão como relações internamente simétricas mas externamente assimétricas entre membros culturalmente tipificados de um certo *status*<sup>474</sup>. A transição para as sociedades modernas, mais do que apenas desagregar os laços entre as relações de *reconhecimento jurídico* e a *ordem hierárquica* da *estima social*, colocaram a própria *ordem* em causa, alterando-se as condições de validade dos próprios objectivos éticos de uma sociedade. Desligando-se, assim, a “honra” da pertença a um grupo, tornando-se o *reconhecimento* independente do *status* social, individualizando-se, conduzindo a uma forma de *pluralismo de valor* que constitui a estrutura cultural de orientação na qual é definido o nível de desempenho dos indivíduos e, com isso, o seu *valor social*<sup>475</sup>. Nesta transição foi implicado o declínio do conceito de “honra”, passando da esfera pública, associado a um determinado *status*, ligado ao grupo, para a esfera privada, sendo naquela esfera substituído pelas categorias “reputação” («*Ansehen*») ou “prestígio” («*Prestige*»). A nova forma de organização social implica que esta forma de reconhecimento se refira apenas à estreita faixa de pessoas que cujo valor seja deixado de fora dos dois processos de universalização da “honra” como “dignidade” («*Würde*»), por um lado, e de privatização da “honra” como “integridade” («*Integrität*»). “Reputação” («*Ansehen*») ou “prestígio” («*Prestige*»), não se referindo já a uma estima social que assentasse em quaisquer privilégios legais, designam o grau de reconhecimento social de que o indivíduo goza pela sua forma de *auto-realização* («*Selbstverwirklichung*») e pela contribuição, com ela, para a realização prática dos objectivos sociais abstractamente definidos. Tudo depende, agora, da definição do *horizonte de valor geral* («*allgemeiner Werthorizont*»), que deverá ser aberto a várias formas de auto-realização e, não obstante, ao mesmo tempo, ser

<sup>471</sup> *Idem*, p. 198.

<sup>472</sup> «(...) wie das Rechtsverhältnis, so hat nämlich auch die soziale Wertschätzung die uns heute vertraute Gestalt erst annehmen können, nachdem sie aus den Rahmenbedingungen ständisch gegliederter Gesellschaften herausgewachsen war. Der dadurch in Gang gekommene Strukturwandel wird begriffsgeschichtlich durch die Umstellung von Ehrbegriffen auf Kategorien des sozialen »Ansehens« oder »Prestiges« markiert». – *Idem*, p. 199.

<sup>473</sup> A expressão é assumida por referência a Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 535. Vide Axel HONNETH *Kampf um Anerkennung...*, *cit.*, p. 199.

<sup>474</sup> Vide *idem*, p. 199-200.

<sup>475</sup> *Idem*, p. 201-203.

susceptível de servir como um *sistema global de estima* («*ein übergreifendes System der Wertschätzung*»)<sup>476</sup>.

Estas funções conflituantes introduzem um elemento de tensão na organização moderna da *estima social*, que a torna permanentemente sujeita a conflitos culturais, e que consiste no facto de, apesar de os objectivos sociais estarem definidos, existir sempre a necessidade de uma *prática interpretativa secundária* («*eine sekundäre Deutungspraxis*»), antes de poderem operar na vida social como *critérios de estima* («*als Kriterien der Wertschätzung in Kraft*»), uma vez que as *ideias orientadoras* («*Leitideen*») da Modernidade são de tal modo abstractas enquanto *sistema de referência universalmente válido* («*allgemeingültiges Bezugssystem*») de aferição do valor social das *características* («*Eigenschaften*») e *capacidades* («*Fähigkeiten*») particulares que necessitam sempre de interpretações culturais suplementares («*kulturelle Zusatzdeutungen*») que as tornem concretas antes de poderem ser mobilizadas nesta esfera do reconhecimento. Pelo que o valor conferido a várias formas de auto-realização e o modo como são definidas as características e capacidades relevantes depende fundamentalmente das interpretações *dominantes* dos objectivos sociais em cada momento histórico. Ora, uma vez que o conteúdo dessas interpretações depende, por sua vez, dos grupos sociais que logram interpretar publicamente as suas actuações e formas de vida, esta *prática interpretativa secundária* não poderá ser compreendida senão como conflito cultural. Para além de que, estando as relações de *estima social* indirectamente associadas a modelos de distribuição de receitas, os confrontos económicos serão também constitutivos desta forma de *luta pelo reconhecimento*<sup>477</sup>.

Seria deste tipo (*moderno*) o padrão de organização social proposto quer por HEGEL quer por MEAD, e relativamente ao qual HONNETH estabelece reservas, considerando que conduzem a *teóricos becos sem saída* («*teoretischen Sackgassen*»). Pelo que pergunta, então, pela relevância da categoria “*solidariedade*”, apresentada como conceito englobante («*Oberbegriff*») destas soluções. O que só será possível depois de revelado o tipo de *relação individual consigo-próprio* («*individuelles Selbstverhältnis*») que acompanha a experiência de *estima social*<sup>478</sup>. A configuração moderna do modelo de *reconhecimento jurídico*, dado o seu contexto, atesta, na opinião de HONNETH, um potencial moral que poderá ser desenvolvido através de *lutas sociais*. O que, todavia, HEGEL e MEAD, ainda segundo esta opinião, não teriam considerado adequadamente na inclusão das relações jurídicas modernas como uma condição central para a vida ética *pós-tradicional*. Naqueles autores, a auto-realização dependerá aí do pré-requisito social de *autonomia* legalmente garantida. Porém, para HONNETH, só uma vez expandidas as relações jurídicas *modernas* para incluírem componentes substantivas, tais como as circunstâncias concretas do indivíduo, poderiam elas constituir um segundo círculo na rede intersubjectiva da vida ética *pós-tradicional*<sup>479</sup>.

<sup>476</sup> *Idem*, p. 203-205.

<sup>477</sup> *Idem*, p. 205-206.

<sup>478</sup> «Die theoretischen Sackgassen, in die freilich sowohl Hegel als auch Mead in der Ausarbeitung ihres gemeinsamen Kerngedankens jeweils geraten sind, habe ich bereits darzustellen versucht; daher soll hier nur noch beantwortet werden, warum sich als Oberbegriff für die von beide vorgeschlagenen Lösungsmodelle die Kategorie der »Solidarität« empfiehlt. Alledings ist eine Klärung dieser Frage nur möglich, wenn zuvor kurz die Art von individuellem Selbstverhältnis offengelegt wird, die mit der Erfahrung sozialer Wertschätzung einhergeht». – *Idem*, p. 207.

<sup>479</sup> *Idem*, p. 282-285.

De tudo o que haverá a concluir que a proposta de HONNETH, na esteira de MEAD e da sua transformação naturalística da teoria do reconhecimento de HEGEL, visa demonstrar, nomeadamente, que os vários *modelos de reconhecimento* distinguidos por HEGEL são susceptíveis de serem compreendidos como *as condições intersubjectivas* sob as quais os sujeitos humanos alcançam novas e variadas formas de relacionamento positivo entre si. A conexão entre a *experiência de reconhecimento* («*die Erfahrung von Anerkennung*») e a *atitude de cada um consigo próprio* («*das Sichzusichverhalten*») resulta da *estrutura intersubjectiva da identidade pessoal* («*die intersubjektive Struktur der persönlichen Identität*») – a única forma por que os indivíduos se constituem como *peçoas* é a aprendizagem da referência a si próprios, da perspectiva de um *outro* aprovador e encorajador, como seres com certas características e capacidades positivas<sup>480</sup>. Assim, a possibilidade de *autoconfiança* é inerente à experiência do *amor*, a de *auto-respeito* à experiência do *reconhecimento jurídico*, e, finalmente, a de *auto-estima* à *experiência de solidariedade*. A *auto-realização* pressupõe um certo grau de *autoconfiança*, *autonomia* legalmente garantida, e *segurança* acerca do valor das próprias capacidades, sendo impossível imaginar uma *auto-realização bem sucedida*, se esta for compreendida como realização, sem coerção, de objectivos de vida subjectivamente escolhidos. Neste sentido, a “ausência de coerção” e a “liberdade” não poderão ser apenas compreendidas em sentido *negativo* – enquanto ausência de força ou influência externa –, implicando um sentido *positivo* – a ausência de barreiras internas ou de inibições e receios psicológicos. Esta segunda forma de liberdade, enquanto forma positiva de confiança dirigida ao interior, confere aos indivíduos confiança básica quer na articulação das suas necessidades quer no exercício das suas capacidades, o que, conferindo confiança à relação consigo próprio, demonstra que a uma relação positiva consigo próprio apenas poderá lograr-se através da *experiência de reconhecimento*. Serão estas as condições que, para HONNETH, satisfarão os critérios metodológicos da *concepção formal de ética* que enuncia. Por um lado, os *padrões de reconhecimento* – agora compreendidos como pré-condições para uma auto-realização bem sucedida – são definidos de maneira suficientemente *abstracta* e *formal* para evitar a suspeição de que incorporam visões particulares de “*vida boa*” («*Lebensideale*»). Por outro lado, da

---

<sup>480</sup> *Idem*, p. 277-278.

perspectiva do seu conteúdo, a explicação dessas três condições pretende ir além do que é proporcionado pelas referências gerais à *autodeterminação*<sup>481</sup>.

Fica, assim, patente em HONNETH a tradição frankfurtinana, especificamente quanto à *noção de reconhecimento* e de *auto-estima*, ao posicionar o problema nas relações entre os diferentes grupos existentes nas sociedades e nas respectivas reivindicações de direitos, transformando a noção de reconhecimento numa categoria de substrato material ideologicamente constituído, como categoria emancipatória típica de uma *luta pelo reconhecimento*, exponencialmente projectado neste segundo nível, o do *reconhecimento jurídico*, o qual, se afirmado conceitualmente, e nem sempre de fácil demonstração empírica, é susceptível de ser comprovado empiricamente nos contextos históricos em que o *desrespeito* («*Mißachtung*») pelos direitos conduz ao confronto entre grupos<sup>482</sup>.

A estruturação dos *níveis de reconhecimento recíproco* proposta por HONNETH implica ainda que, enquanto a forma de reconhecimento encontrada no nível da *estima* estiver organizada em termos de estatuto de grupo, a correspondente experiência de distinção social só possa referir-se à identidade colectiva do grupo, sendo este o objecto da *estima* e do *reconhecimento*. Nas relações internas a tais grupos, a interacção assumirá normalmente o carácter de *relações de solidariedade* («*solidarische Beziehungen*») <sup>483</sup>. O que clarifica o facto de o conceito de *solidariedade* ser sobretudo aplicado em relações entre grupos surgidas na experiência de resistência colectiva à opressão política, em que o acordo dominante («*beherrschende Überstimmung*») face a um objectivo prático gera instantaneamente um *horizonte de valor intersubjectivo* («*intersubjektiver Werthorizont*») no qual se verifica o reconhecimento simétrico dos membros nas suas características e capacidades<sup>484</sup>.

Com a individualização deste tipo de reconhecimento, a correspondente *relação prática* («*praktisches Verhältnis*») do sujeito consigo próprio também se altera. O *respeito* deixa de ser dirigido ao grupo e recebido através deste, para passar a centrar-se e a referir-se ao sujeito. Esta *relação consigo-próprio* («*praktische Selbstbeziehung*») –

<sup>481</sup> *Idem*, p. 278-280.

<sup>482</sup> *Vide idem*, p. 195. A reflexão da herança frankfurtiana fica patente em Axel HONNETH, *Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007. *Vide*, especialmente, *ibidem*, “*Eine soziale Pathologie der Vernunft. Zur intellektuellen Erbschaft der Kritischen Theorie*”, p. 28-56.

<sup>483</sup> Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, *cit.*, p. 207-208.

<sup>484</sup> *Idem*, p. 208.



que quotidianamente se dirá sentimento de *amor-próprio* («*Selbstwertgefühl*») – poderá designar-se *auto-estima* («*Selbstschätzung*»), como categoria paralela a *autoconfiança* («*Selbstvertrauen*») e a *auto-respeito* («*Selbstachtung*») <sup>485</sup>. Na medida em que cada membro de uma sociedade esteja em posição de se estimar a si próprio, poder-se-ia, neste sentido, falar-se de um estado de *solidariedade social (pós-tradicional)* <sup>486</sup>.

Para HONNETH, a evolução da estrutura social trouxe uma cada vez maior necessidade de considerar a integração social num *horizonte de valor partilhado*. Os progressos das sociedades desenvolvidas expandiram de tal modo as possibilidades de *auto-realização* que a experiência da *diferença* individual ou colectiva se tornou o ímpeto de toda uma série de movimentos políticos. A longo prazo, para HONNETH, as suas exigências só poderão ser satisfeitas se a cultura se transformar no sentido de radicalmente expandir *relações de solidariedade*. Na sua concepção *formal* da vida ética, os *valores substantivos* – que supostamente estão em posição de gerar a *solidariedade pós-tradicional* – deverão assumir a sua posição paralelamente às formas de *reconhecimento* encontradas no *amor* e nas *relações jurídicas*. Porém, saber se esses *valores substantivos* apontam na direcção de um *republicanismo político*, de um *ascetismo ecologicamente baseado*, ou de um *existencialismo colectivo*, ou se pressupõem mudanças nas circunstâncias sócio-económicas ou são compatíveis com as condições de uma sociedade capitalista, já não será uma questão para a teoria mas sim para o futuro das lutas sociais <sup>487</sup>. Postulando, assim, uma problematização dialéctica do *reconhecimento* e inserção do sujeito no(s) grupo(s), *rectius*, do «*eu no nós*» <sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> *Idem*, p. 209. «(...) wir können eine solche Art der praktischen Selbstbeziehung, für die umgangssprachlich der Ausdruck »Selbstwertgefühl« vorherrscht, in kategorialer Parallele zu den bislang verwendeten Begriffen des »Selbstvertrauens« und der »Selbstachtung« sinnvollerweise »Selbstschätzung« nennen». – *Idem*, p. 209.

<sup>486</sup> «Insoweit nun jedes Mitglied einer Gesellschaft in die Lage versetzt wird, sich selber in dieser Weise wertschätzen, läßt sich von einem posttraditionalen Zustand gesellschaftlicher Solidarität sprechen». – *Idem*, p. 209.

<sup>487</sup> *Idem*, p. 287.

<sup>488</sup> Em *Das Ich im Wir* HONNETH sintetiza como se segue os problemas da inserção do *sujeito no grupo*: «Das Ich sucht das Wir des gemeinsamen Gruppenlebens, weil es auch nach der Reifung noch auf Formen der sozialen Anerkennung angewiesen ist (...). (...) ist der Zustand der Gruppen in einer Gesellschaft stets so gut oder schlecht wie die Sozialisationsbedingungen, die in ihr jeweils vorherrschen». – Axel HONNETH, «*Das Ich im Wir. Anerkennung als Triebkraft von Gruppen*», in Axel HONNETH, *Das Ich im Wir. Studien zur Anerkennungstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2010, p. 261-279, p. 279.

### 3.3.1.2. Reconhecimento e redistribuição, entre «*identity model of recognition*» e «*status model of recognition*» (Axel HONNETH e Nancy FRASER)

Embora ambos mobilizando a mesma noção, a de *reconhecimento*, como fundamental à compreensão da subjectividade e intersubjectividade, moral, ética, e jurídica, a determinação *formal* e *substancial* da noção de *reconhecimento* de HONNETH difere, na construção e no conteúdo, da apresentada por Nancy FRASER<sup>489</sup>.

Conjugando a *redistribuição* com o *reconhecimento*, Nancy FRASER compreende este último como exigência *de justiça*, recuperando a *política do reconhecimento* para a *moral*, admitindo apenas limitadamente a sua recondução à *ética*. Posicionando deste modo a questão na relação entre *redistribuição* («*Umverteilung*») e *reconhecimento* («*Anerkennung*»), faz assentar este naquela, numa *perspectiva dualista* («*perspectival dualism*») – em que a *má distribuição* se interliga com o *não reconhecimento* ou *reconhecimento indevido* («*misrecognition*»), porém não se reduzindo a este último<sup>490</sup>.

<sup>489</sup>«Whether the issue is indigenous land claims or women’s carework, homosexual marriage or Muslim headscarves, moral philosophers increasingly use the term “recognition” to unpack the normative basis of political claims. They find that a category that conditions subjects’ autonomy on intersubjective regard well captures the moral stakes of many contemporary conflicts. And no wonder. Hegel’s old figure of “the struggle for recognition” finds new purchase as a rapidly globalizing capitalism accelerates transcultural contacts, fracturing interpretative schemata, pluralizing value horizons, and politicizing identities and differences». – Nancy FRASER/Axel HONNETH, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003 (textos de Nancy FRASER traduzidos por Burkhardt WOLF), citado aqui na versão inglesa *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, London, New York, 2003 (textos de Axel HONNETH traduzidos por Joel GOLB, James INGRAM e Christian WILKE), «*Introduction*», p. 1-5, p. 1. «As 9/11 made painfully clear, struggles over religion, nationality, and gender are now interimbriated in ways that make the question of recognition impossible to ignore». – *Idem*, p. 2. «Justice today requires both redistribution and recognition; neither alone is sufficient. As soon as one embraces this thesis, however, the question of how to combine them becomes pressing. I maintain that the emancipatory aspects of the two problematic need to be integrated in a single, comprehensive framework». – Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies...*, cit., p. 86-108, p. 87. Vide, mais recentemente, na mesma linha, Nancy FRASER, *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Columbia University Press, New York, 2009, desde logo «*Introduction: Scales of Justice, the Balance and the Map*», p. 1-11, e 1. «*Reframing Justice in a Globalized World*», p. 12 ss.

<sup>490</sup>«(...) I shall account for claims for recognition as *justice claims* within an expanded understanding of justice. The initial effect will be to recuperate the politics of recognition for *Moralität* and thus to resist to the turn to ethics. But that is not precisely where I shall end up. Rather, I shall concede that there may be cases when ethical evaluation is unavoidable». – *Idem*, p. 88. «To redress what she diagnoses as the current decoupling of claims for recognition from claims for redistribution, Fraser proposes a “two-dimensional” conception of justice that encompasses claims of both types without reducing either type to the other. (...) The result is an account in which maldistribution is entwined with misrecognition but cannot be reduced to the latter». – Nancy FRASER/Axel HONNETH, *Redistribution or*

Enquanto HONNETH apresenta um *monismo normativo* («*normative monism*»), subsumindo neste a problemática da *redistribuição*, acabando o resultado final por ser menos diverso do que à partida poderia parecer, respeitadas porém as devidas diferenças de estruturação e influência recíproca<sup>491</sup>.

Nancy FRASER distingue, assim, no âmbito da *justiça social*, entre exigências de *redistribuição* – atinentes à justa distribuição de recursos e de riqueza – e exigências de “*política de reconhecimento*” – visando o respeito pela diferença, desde logo em atenção a *minorias* étnicas, mas também raciais, de orientação sexual e de género<sup>492</sup>. Recusando as opções que seleccionam uma destas bases de determinação da justiça social em detrimento da outra, Nancy FRASER considera-as irreduzíveis<sup>493</sup> e igualmente necessárias – classificando a actual opção pelo *reconhecimento* em detrimento da *redistribuição* como *o problema de deslocamento* («*the problem of displacement*»), e a cristalização de grupos identitários como resultante do crescente contacto intercultural (acabando por promover o *separatismo* e a *intolerância*) como *o problema da reificação* («*the problem of reification*»)<sup>494</sup> –, combinando-as, a partir de uma análise

---

*Recognition?...*, cit., p. 3. «(...) I propose to develop what I shall call a “two-dimensional” conception of justice. A two-dimensional concept treats distribution and recognition as distinct perspectives on, and dimensions of, justice». – Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, cit p. 35. Vide também Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, cit., p. 88-90, 97; Nancy FRASER, *Scales of Justice...*, cit., p. 16-17.

<sup>491</sup>«(...) Axel Honneth develops an alternative approach. In contrast to Fraser’s “perspectival dualism” of redistribution and recognition, he proposes a “normative monism” of recognition». – Nancy FRASER/Axel HONNETH, *Redistribution or Recognition?...*, cit., p. 3.

<sup>492</sup>Vide Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*”, in Nancy FRASER/Axel HONNETH, *Redistribution or Recognition?...*, cit., p. 7-109, p. 7, 12, 26-27.

<sup>493</sup>«My conception treats distribution and recognition as distinct perspectives on, and dimensions of, justice. Without reducing either perspective to the other, it encompasses both dimensions within a broader, overarching framework». – Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, cit., p. 94.

<sup>494</sup>«First, this move from redistribution to recognition is occurring despite – or because of – an acceleration of economic globalization, at a time when an aggressively expanding capitalism is radically exacerbating economic inequality. In this context, questions of recognition are serving less to supplement, complicate and enrich redistributive struggles than to marginalize, eclipse and displace them. I shall call this *the problem of displacement*. Second, today’s recognition struggles are occurring at a moment of hugely increasing transcultural interaction and communication, when accelerated migration and global media flows are hybridizing and pluralizing cultural forms. Yet the routes such struggles take often serve not to promote respectful interaction within increasingly multicultural contexts, but to drastically simplify and reify group identities. They tend, rather, to encourage separatism, intolerance and chauvinism, patriarchalism and authoritarianism. I shall call this *the problem of reification*». – Nancy FRASER, “*Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics*”, in *New Left Review*, 3, May/June 2000, p. 107-120, p. 108. Vide também a similar construção apresentada em Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, cit., p. 91-92. Uma tal referência ao termo «*reification*»-*reificação* remete-nos à noção de «*Verdinglichung*», que HONNETH recupera de LUKÁCS (mormente de Georg LUKÁCS, *Geschichte und Klassenbewußtsein*, Malik, Berlin, 1923), perspectivando-a agora, filtrada pela consideração dos pensamentos de HEIDEGGER e de DEWEY, como *esquecimento de reconhecimento* («*Anerkennungsvergessenheit*»), e, assim, com implicações determinantes não apenas

que as perspectiva enquanto «*folk paradigms*» e enquanto «*normative philosophical categories*»<sup>495</sup>. Ao que acresceria o problema de desestruturação («*the problem of misframing*»), designadamente do paradigma estatal. Problemas todos estes a dificultar o relacionamento entre reconhecimento e redistribuição, na institucionalização do «*status model of recognition*»<sup>496</sup>. Em vez de um «*identity model of recognition*» – a implicar um reconhecimento de identidade de grupo susceptível de implicar maior desagregação e cristalização de grupos («*displacement*» e «*reification*») –, propõe então Nancy FRASER um «*status model of recognition*» – reperspectivando o problema do reconhecimento de forma individual, como reconhecimento da posição individual dos membros de um grupo como plenos participantes da interação social, afastando-se assim quer de HONNETH quer de TAYLOR, na medida em que estes adoptam, na perspetivação do reconhecimento, um modelo de auto-realização («*self-realization*»), em vez do modelo de posição («*status model*»). Tratando os problemas da redistribuição e do reconhecimento como questões de justiça e não de auto-realização, FRASER pretende superar a incompatibilidade entre estes critérios normativos, e, assim, apenas em situações pontuais saindo do domínio da «*Moralität*» kantiana para entrar na «*Sittlichkeit*» hegeliana<sup>497</sup>. Este segundo modelo («*status model of recognition*») seria

---

para a compreensão das relações intersubjectivas como ainda para as relações do sujeito consigo próprio – auto-reificação («*Selbstverdinglichung*»). Vide Axel HONNETH, *Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, *passim*, mormente IV. «*Verdinglichung als Anerkennungsvergessenheit*», p. 62-77. A noção de reificação na Escola de Frankfurt, e a respectiva inspiração em LUKÁCS, foi por nós já considerada in *Entre o centro e a periferia...*, *cit.*, Parte I, 2.2.2., p. 36-37, n. 90.

<sup>495</sup>«It is my general thesis that justice today requires both redistribution and recognition. Neither alone is sufficient». – Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, *cit.*, p. 9. Vide *idem*, p. 10-11. Vide *idem*, p. 26-27. «(...) I (...) consider redistribution and recognition as *normative philosophical categories*». – *Idem*, p. 27.

<sup>496</sup>«(...) the current configuration is emerging despite (or because of) the decentering of the national frame. (...)

(...) the effect is not to promote parity of participation. It is rather to exacerbate disparities by forcibly imposing a national frame on processes that are inherently transnational. I shall call this *the problem of misframing*». – *Idem*, p. 92. Vide ainda Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, *cit.*, p. 91-98, 103-104.

<sup>497</sup>Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, *cit.*, p. 27-29. «Unlike Taylor and Honneth, I propose to conceive recognition as a matter of justice». – *Idem*, p. 28. «To view recognition as a matter of justice is to treat it as an issue of *social status*. This means examining institutionalized patterns of cultural value for their effects on the *relative standing* of social actors. If and when such patterns constitute actors as *peers*, capable of participating on a par with one another in social life, then we can speak of *reciprocal recognition* and *status equality*. When, in contrast, institutionalized patterns of cultural value constitute some actors as inferior, excluded, wholly other, or simply invisible, hence as less than full partners in social interaction, then we should speak of *misrecognition* and *status subordination*.

I shall call this the *status model of recognition*». – *Idem*, p. 29. «Paradoxically, moreover, the identity model tends to deny its own Hegelian premisses. Having begun by assuming that identity is

susceptível de lograr um *reconhecimento universalista* («*universalist recognition*»), e um *reconhecimento desconstrutivista* («*deconstructive recognition*»), bem como o *afirmativo reconhecimento da diferença* («*affirmative recognition of difference*»)<sup>498</sup>. Sendo o núcleo normativo desta concepção *bidimensional* da justiça a noção de *paridade de participação* («*parity of participation*»), que compreende uma *condição objectiva* («*objective condition*»), relativa à *teoria da justiça distributiva* – consistindo numa distribuição dos recursos materiais de forma a garantir uma participação paritária –, e uma *condição intersubjectiva* («*intersubjective condition*»), referente à *filosofia do reconhecimento* – traduzindo o *igual respeito* dos padrões culturais institucionalizados por todos os participantes, conferindo igualdade de oportunidades de consecução de *estima social*<sup>499</sup>.

HABERMAS aproxima-se, de certo modo, desta construção, ao entender que, no domínio da *inclusão*, haverá que distinguir *discriminação de minorias e desfavorecimento social*, normalmente associados, este constituindo uma questão de *justiça distributiva*, aquela uma questão de *plena pertença*<sup>500</sup>. Já Rainer FORST aponta

---

dialogical, constructed via interaction with another subject, it ends by valorizing monologism – supposing that misrecognized people can and should construct their identity on their own». – Nancy FRASER, “*Rethinking Recognition...*”, *cit.*, p. 112. Vide ainda Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, *cit.*, p. 29-30. «(...) distribution comes from the Anglo-American liberal tradition and is often associated with Kantian *Moralität*. Recognition, in contrast, comes from the phenomenological tradition and is usually associated with Hegelian *Sittlichkeit*». – *Idem*, p. 33.

<sup>498</sup>«(...) the status model tailors the remedy to the concrete arrangements that impede parity. Thus, unlike the identity model, it does not accord an *a priori* privilege to approaches that valorize group specificity. Rather, it allows in principle for what we might call universalist recognition, and deconstructive recognition, as well as for the affirmative recognition of difference». – Nancy FRASER, “*Rethinking Recognition...*”, *cit.*, p. 115-116. Vide ainda Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, *cit.*, p. 30-33. Vide também Nancy FRASER, “*Rethinking Recognition...*”, *cit.*, p. 116-120, utilizando a noção de *classe* sobretudo como categoria *económica*, em sentido weberiano, do que *social*, em sentido marxista, embora a noção marxista de “modo de produção capitalista” não seja rejeitada no pensamento de FRASER, surgindo conjugadas as duas concepções referidas. – *Vide idem*, p. 117, n. 2.

<sup>499</sup>«(...) the normative core of my conception is the notion of *parity of participation*. According to this norm, justice requires social arrangements that permit all (adult) members of society to interact with one another as peers. For participatory parity to be possible, I claim, at least two conditions must be satisfied. First, the distribution of material resources must be such as to ensure participants’ independence and “voice”. This I shall call the *objective condition* of participatory parity. (...)

In contrast, the second condition requires that institutionalized patterns of cultural value express equal respect for all participants and ensure equal opportunity for achieving social esteem. This I shall call the *intersubjective condition* of participatory parity». – Nancy FRASER, “*Social Justice in the Age of Identity Politics...*”, *cit.*, p. 36. «(...) a two-dimensional conception of justice oriented to the norm of participatory parity encompasses both redistribution and recognition, without reducing either one to the other». – *Idem*, p. 36-37. Vide também Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, *cit.*, p. 94-95. «(...) participatory parity is a universalist norm in two senses. First, it encompasses all (adult) partners to interaction. And second, it presupposes the equal moral worth of human beings». – *Idem*, p. 95.

<sup>500</sup>«Inklusion betrifft einen von zwei Aspekten der staatsbürgerlichen Gleichheit. Obgleich sich die Diskriminierung von Minderheiten meistens mit sozialer Unterprivilegierung verbindet, empfiehlt es

uma *terceira via*, *infra* de imediato considerada, entre as propostas de HONNETH e FRASER, e em diálogo com estas: um “*monismo justificatório e um pluralismo diagnóstico avalidor*” («*justificatory monism and diagnostic evaluative pluralism*»), também o designando por «“*first-things-first*” approach», e assim uma abordagem *monista*, tal como em HONNETH, porém não no sentido apresentado por este, antes postulando como base uma distinta noção de *reconhecimento*, não já uma compreensão *substantiva* deste mas antes *discursiva-procedimental* – pese embora visando a realização de um sentido substantivo de *justiça* no quadro da sua *teoria crítica da justiça* –, assente no seu *princípio de justificação* e concomitante *direito à justificação*<sup>501</sup>. Reflexão em que porém, não deixará de referir-se a evolução da noção de *reconhecimento* em HONNETH, discutindo-o como *conceito ideológico*, à luz da *emancipatória* ideia de *luta pelo reconhecimento*, de sentido neomarxista, porém também em diálogo com o conceito de *poder* de FOUCAULT, e demarcando-se ainda de ALTHUSSER, assim firmando o carácter *substantivo – justificado*, ainda que, e nesse sentido, *ideológico* – do conceito de *reconhecimento* oferecido<sup>502</sup>.

---

sich, diese beiden Kategorien von Ungleichbehandlung auseinander zu halten. (...) Die politischen Kämpfe und sozialen Bewegungen, die sich gegen eine in Klassenstrukturen verankerte Statusungleichheit richten und auf eine Umverteilung von sozialen Lebenschancen abzielen, speisen sich aus Unrechtserfahrungen in der Dimension der Verteilungsgerechtigkeit. Hingegen liegt den Kämpfen, in denen es um die *Anerkennung der Integrität einer bestimmten kollektiven Identität* geht, eine Unrechtserfahrung anderer Art zugrunde: die Erfahrung von Missachtung, Marginalisierung oder Ausschluss wegen der Zugehörigkeit zu einer Gruppe, die nach Maßstäben der vorherrschenden Mehrheitskultur als »minderwertig« gilt». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 275, remetendo para Nancy FRASER, “*From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age*”, in Cynthia WILLET (ed.), *Theorizing Multiculturalism: A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford, 1998, p. 19-49, e Axel HONNETH, *Das Andere der Gerechtigkeit...*, cit..

<sup>501</sup>Rainer FORST, “*First Things First: Redistribution, Recognition and Justification*”, in *European Journal of Political Theory*, vol. 6, n. 3, July 2007, p. 291-304, p. 294 ss.: «(...) my way to address the issues I find most important will be to develop a third, alternative approach to a critical theory of justice in dialogue with both Fraser’s and Honneth’s theories. I call it the ‘first-things-first’ approach – or, more technically, an approach of *justificatory monism and diagnostic-evaluative pluralism*. From that perspective, I might be able to explain why I (still) think that recognitional accounts provide an indispensable sensorium for experiences of social suffering generally and of injustice more narrowly, yet that when it comes to the question of the criteria of the *justification of justice* claims, a procedural-deontological, discourse-theoretical account is necessary (which does not mean that we have to restrict ourselves to a ‘purely’ procedural account of justice devoid of any substantive components)». – *Idem*, p. 294. «This account suggests, unlike (at least one reading of) Fraser’s theory, a monistic approach to justice, yet unlike Honneth’s theory, it is not an approach based on a substantive account of recognition and self-realization, though it does presuppose one basic form of recognition: the recognition of the basic right of justification of every member of a basic social structure to be respected as an equal participant in procedures of effective social justification. This is what the respect for human “dignity” means in this context». – *Idem*, p. 295.

<sup>502</sup>Vide Axel HONNETH, “*Anerkennung als Ideologie. Zum Zusammenhang von Moral und Macht*”, p. 103-130, in Axel HONNETH, *Das Ich im Wir...*, cit., p. 103-130, p. 104-105. Vide *ibidem*, p. 118 e 128-130.

#### 4. Do reconhecimento à tolerância na “relação de justificação” (Rainer FORST)

##### 4.1. Reconhecimento, direito à justificação e contextos de justificação enquanto contextos de reconhecimento

Partindo da *autonomia* da moral kantiana, e fundando nela o *reconhecimento* («*Annerkennung*») do *outro* não como meio mas como fim em si mesmo, e conjugando esta noção com a compreensão hegeliana de *reconhecimento* – recuperando essencialmente, como *infra* veremos, a construção de HONNETH<sup>503</sup> –, constrói Rainer FORST a noção de *pessoa moral* («*moralische Person*») – distinta de *pessoa ética* («*ethische Person*») e de *pessoa jurídica* («*Rechtsperson*»)<sup>504</sup> –, racionalmente provida num universalmente assimilado imperativo moral kantiano, fundando assim o que designa por *direito à justificação*. Um *direito à justificação* susceptível de ser aplicado tanto na moral como no direito, sem se alhear da compreensão distinta da *justiça* que os *contextos* espaço-temporais e sócio-culturais determinem («*Kontexte der Gerechtigkeit*»<sup>505</sup>), numa conjugação ecléctica de opções em que a *universalidade* e *formalidade* da moral kantiana é intersectada pela determinação intersubjectiva (dialógica), de inspiração habermasiana – não obstante abstraindo da distinção entre “*mundo-da-vida*” («*Lebenswelt*») e “*sistema*” («*System*») –, dos contextos de formação das convicções objectivamente válidas. Como se essas convicções fossem susceptíveis de serem universalmente compreendidas, e, a partir do *direito à justificação*, exigidas, não em termos de uma justiça transnacional, mas de uma dialógica construção da intersubjectividade. E *direito à justificação* ainda também fundamento do modelo *crítico de democracia* proposto por FORST, como *terceira via* face às fundamentações *liberal* e *comunitarista* das *democracias deliberativas*, e cujo conteúdo surge circunstancial e contextualizadamente fixado, em função das *razões* aduzidas na justificação, à luz dos critérios de *reciprocidade* e *generalidade*. E isto em virtude de estes critérios terem implicações substanciais, uma vez que se fundamentam, em último

<sup>503</sup>Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, p. 413-424.

<sup>504</sup>*Idem*, p. 35-54 e 425-437.

<sup>505</sup>*Idem*, p. 347-437.

termo, no substancial *direito à justificação*, porém não se confundindo com *substantivos princípios liberais* ou *valores comunitários*, sendo antes compreendidos como *critérios procedimentais substancialmente determinados in concreto*, ou seja, critérios cuja substancialização deriva da reflexão sobre o sentido da respectiva justificação normativa, e, portanto, baseando-se a sua efectividade prática e a eventualidade de assumirem determinado conteúdo na possibilidade de constituírem *critérios de procedimentos justificatórios*<sup>506</sup>.

Assenta assim o *reconhecimento da pessoa – ético, jurídico, político e moral* – proposto por Rainer FORST na sua leitura kantiana dos *contextos de justiça*, ainda na esteira da tradição frankfurtiana, com a compreensão de matriz hegeliana de *reconhecimento* também oferecida por HONNETH, porém a ela não se reconduzindo, como *infra* se verificará<sup>507</sup>. Constituindo os quatro *contextos de justiça – ético, jurídico, político e moral* –, de um ponto de vista *horizontal*, pontos de análise das diferenças entre *liberalismo – alheio ao contexto* – e *comunitarismo – obcecado pelo contexto* – («*kontextverگessenen*« *liberal-deontologischen* und »*kontextversessenen*« *kommunitaristischen Theorien*»), e, de um ponto de vista *vertical*, uma análise da opção pela consideração da *pessoa* em cada uma dessas situações, como suas *dimensões constitutivas*<sup>508</sup>. Os quais, enquanto *contextos de reconhecimento*, se espelham por sua

<sup>506</sup>«Deliberative Demokratie ist damit die Institutionalisierung der Selbstkorrektur, und Selbstkorrektur heißt, dass die Autorität, ihre Autorität anzuzweifeln, nur bei den Begründungen der Bürger liegt, die diese einander liefern und schulden. Es gibt keine Herrschaft der Gründe ohne die Selbstbestimmung von Bürger in Form einer *diskursiven Praxis* des wechselseitigen – auch agonalen – Begründens». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., 7. «Die Herrschaft der Gründe. Drei Modelle deliberativer Demokratie», p. 224-269, p. 267 (inicialmente publicado como “The Rule of Reasons. The Theory of Deliberative Democracy as an Alternative to Liberalism and Communitarianism”, in *Ratio Juris*, vol. 14, n. 4, December 2001, p. 345-378). «(...) die Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit enthalten ersichtlicherweise wichtige und starke substantielle Komponenten, die demokratischen Prozessen und ihren möglichen Gründen bestimmte Beschränkungen auferlegen. (...) Und so es ist den richtig zu sagen, dass diese Kriterien substantielle Implikationen haben, da sie letztlich auf dem substantiellen Recht auf Rechtfertigung gründen, doch es ist falsch, daraus zu schließen, dass sie ähnlich substantieller Natur sind wie liberale Prinzipien oder gemeinschaftliche Werte, d. h. in einer *externen* Beziehung zum Begriff »fairer Begründung« stehend. Denn ihre Substanz ergibt sich nur aus einer konsequenten, rekursiven und *internen* Reflexion darauf, was normative Rechtfertigung im Grunde heißt, und sie können einzig und allein als Kriterien von demokratischen Rechtfertigungsverfahren angewandt und inhaltlich gefüllt werden. Sie sind unabhängig und stehen der Idee der Rechtfertigung doch nicht fremd gegenüber». – *Idem*, p. 265-266.

<sup>507</sup>*Vide infra*, 4.2. e 5..

<sup>508</sup>«Mit der Unterscheidung dieser konzeptuell-normativen Ebenen ist die Möglichkeit gewonnen, liberale und kommunitaristische Argumente (...) angemessen zu diskutieren, um (horizontal auf einer Ebene) zu einer Klärung der jeweiligen Probleme beitragen zu können. (...) (im Durchgang der einzelnen Probleme vertikal) in vier Stufen die Umriss einer Theorie der Gerechtigkeit, die – so die zentrale These des Buches – diesen vier *Kontexten der Gerechtigkeit* Rechnung trägt, ohne sie aufeinander zu reduzieren. Eine gesellschaftliche Grundstruktur kann als gerecht(fertig) gelten, sofern



vez também na respectiva construção da noção de *pessoa*. Com um núcleo substancial comum quanto à categoria do *reconhecimento*, traduzido no carácter *constitutivo* do *reconhecimento recíproco* (em condições de igualdade), e, portanto, da *intersubjectividade*, na construção da *subjectividade* e *autocompreensão*<sup>509</sup>. FORST não deixa de advertir também para a origem hegeliana desta noção de *reconhecimento*, patente nos primeiros escritos, porém diluindo-se progressivamente, com a recondução dos *níveis de reconhecimento intersubjectivo* a *momentos* integrantes do movimento compreensivo do Espírito Absoluto, passando-se de uma compreensão *intersubjectiva* para uma compreensão *substantiva-objectiva* da “*consciência universal*”. Porém, não pretende seguir em pormenor essa evolução do pensamento hegeliano, antes reconhecer os «*contextos de justificação*» como «*contextos de reconhecimento*», a fim de compreender diferentes formas de *auto-reconhecimento* («(...) *Selbstverhältnisse* (der Anerkennung seiner selbst) (...)»), enquanto relações de *reconhecimento recíproco*<sup>510</sup>, partindo da formulação hegeliana inicial, tal como apresentada por HONNETH, da *luta pelo reconhecimento*<sup>511</sup>.

---

sie Personen in all diesen Dimensionen »gerecht« wird». – Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit...*, cit., p. 17. «Die Analyse der Debatte zwischen den vermeintlich »kontextvergessenen« liberal-deontologischen und »kontextversessenen« kommunitaristischen Theorien führt somit zu einer Unterscheidung von vier normativen Kontexten, in denen Personen als Mitglieder verschiedener Gemeinschaften »situiert«, da heißt auf verschiedene Weisen intersubjektiv anerkannt (...). Eine *Theorie der Gerechtigkeit* ist zugleich kontextgebunden und kontexttranszendierend, sofern sie diese normativen Dimensionen berücksichtigt, ohne eine davon zu verabsolutieren. Ihr zufolge kann die *Gesellschaft* gerecht genannt werden, die diese Kontexte auf angemessene Weise vereinigt». – *Idem*, p. 18-19. *Vide* também *idem*, especialmente p. 347, 362. «(...) die Person, die im Zentrum von Gerechtigkeitsfragen steht, nicht allein als ethische Person, als Rechtsperson, als Bürger(in) oder als moralische Person verstanden werden darf, sondern als Person in alle diesen Gemeinschaftsdimensionen. Die Aufgabe einer Theorie der Gerechtigkeit besteht darin, diese Kontext der Gerechtigkeit angemessen zu bestimmen und zusammenzuführen. Ihr zufolge dürfte die Gesellschaft, die diese Kontexte vereinigt, *gerecht* heißen». – *Idem*, p. 436-437.

<sup>509</sup>«(...) der Kern des Anerkennungsgedankens: Das qualitative Selbstverständnis eines Subjekts entwickelt sich über die Anerkennung (und die Bestätigung) durch andere Subjekte, die ihrerseits eine Anerkennung von diesen Subjekten als Gleiche voraussetzt. Alle Subjektivität ist »konstitutiv« auf reziproke Intersubjektivität bezogen – und zwar auf verschiedenen Ebenen des Verhältnisses des Selbst zu anderen». – *Idem*, p. 413.

<sup>510</sup>«Es geht vielmehr darum zu zeigen, daß der Begriff der Anerkennung es erlaubt, die »Kontexte der Rechtfertigung« als »Kontexte der Anerkennung« zu interpretieren, wodurch eine differenzierte Sicht verschiedener praktischer *Selbstverhältnissen* (der Anerkennung seiner selbst) ermöglicht wird, die Verhältnisse des *Anerkanntseins* durch andere und des *Anerkennens* von anderen auf den jeweiligen Ebenen korrespondieren. Diese Analyse erlaubt es, verschiedene Formen von Individualität und Gemeinschaftsbezogenheit in subjektiv-intersubjektiver Hinsicht zu unterscheiden». – *Idem*, p. 415. *Vide idem*, p. 413-415. *Vide supra*, 3.3..

<sup>511</sup>*Idem*, p. 416.

Assim, à noção de *pessoa ética* («*Ethische Person*») diriam respeito as questões de “*vida boa*” como membro de uma comunidade ética<sup>512</sup>, com o respectivo *reconhecimento* (pelos outros) a residir na sua *singularidade* («*Einzigartigkeit*»), numa relação *recíproca* e *dialecticamente* constituída<sup>513</sup>. Diferentemente, o *reconhecimento* enquanto *pessoa jurídica* («*Rechtsperson*»), especificado pela consideração do que equipara e não do que distingue, seria delimitado pela determinação legal – enquanto definido pelo direito positivo – e de sentido mais *negativo*, enquanto delimitação da autonomia individual; ainda que compreendendo também aqui o *reconhecimento* como *categoria relacional*, no sentido de que os direitos são “relações” entre as pessoas, como *iguais* enquanto *indivíduos* independentes – mas não isolados, antes uns *perante* os outros, *reciprocamente* –, e garantes do espaço de livre conformação das *formas de vida ética*<sup>514</sup>. Se as *comunidades éticas* configuram espaços de identificação e de partilha de memórias e de valores – não necessariamente *comunidades de discurso*, mas sempre comunidades de *sentidos*, de *símbolos*<sup>515</sup> ... –, as *comunidades jurídicas*, ao

<sup>512</sup>«Ethische Fragen sind Fragen des guten Lebens einer Person als Mitglied partikularer, ethischer Gemeinschaften, mit deren Geschichte die einzigartige (»jemeinige«) Lebensgeschichte, das Narrative des Selbst – seine Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft –, verbunden ist. »Verbundet« heißt jedoch nicht »identisch«, auch wenn die Identität einer Gemeinschaft für die Identität einer Person (teil-) konstitutiv ist». – *Idem*, p. 388.

<sup>513</sup>«Ethische Fragen sind Identitäts- und Orientierungsfragen in einer gemeinschaftlichen Welt, die eine Person *für sich mit anderen* beantwortet. Ethische Personen sind in ethischen Gemeinschaften als *einzigartige* Personen anerkannt, mit einer individuellen und »einmaligen« Lebensgeschichte. Die Einzigartigkeit einer Person ist nur als anerkannte »wirklich«: Nur durch die Anerkennung durch andere erfahre ich meine eigene Identität als besondere und zugleich »verbundene«. (...) Die Dialektik ethischer Anerkennung – und das Bewegungsgesetz des ethischen Lebens – liegt in dieser Spannung zwischen Gemeinschaftlichkeit und Individualität, zwischen Vergesellschaftung und Individuierung. Das Selbst konstituiert sich über die Perspektive des »verallgemeinerten Anderen«, wie Mead sagt (...)». – *Idem*, p. 424-425.

<sup>514</sup>«Als Rechtsperson anerkannt zu sein heißt, nach Maßgabe des Rechts in seiner persönlichen Autonomie respektiert zu werden, sein Leben selbst zu bestimmen. Subjektive Rechte auf Handlungsfreiheit kommen jeder Person als Person des rechts zu, sie sind positiv-rechtlich definiert und gelten für alle Personen auf gleiche Weise. Rechtspersonen sind somit als rechtlich gesehen *Gleiche* und als selbständige *Individuen* anerkannt. Diese Anerkennungsform ist nicht als »atomistisch« zu verstehen: Personen erkennen sich diese Rechte *gegenseitig* zu – Rechte sind »Beziehungen« zwischen Personen (...) –, und sie gewähren Freiräume, in denen Personen selbst bestimmen, welche ethischen Lebensformen sie bejahen». – *Idem*, p. 430.

<sup>515</sup>«Ethische Gemeinschaften sind Identifikationsgemeinschaften, Wertgemeinschaften (...). (...) Ethische Gemeinschaften sind Erinnerungsgemeinschaften auf der Basis einer gemeinsamen Vorstellung des Guten, die individuelle und kollektive Identität in einem »way of life«, in einer ethisch »dichten« Sprache verbindet (...). Ethische Gemeinschaften können, müssen jedoch nicht Sprachgemeinschaften in einem umfassenden Sinne sein; in allen ethischen Gemeinschaften gibt es allerdings bestimmte geteilte Bedeutungen von Begriffen und Symbolen (...)». – *Idem*, p. 426-427.

contrário, congregam pessoas enquanto indivíduos independentes, respeitados como *iguais à luz da lei*<sup>516</sup>.

Por sua vez, o *reconhecimento político* («*politische Anerkennung*») – da pessoa como *cidadão* («*Staatsbürgerschaft*») – tem em conta as dimensões de *reconhecimento ético* e de *reconhecimento jurídico*, bem como a necessidade de compreender, em termos de autonomia política e realidade social, o reconhecimento da diferença ética e da liberdade jurídica e igualdade. Abrangendo as dimensões de participação política e de partilha social de recursos, reflecte a responsabilidade política e as expectativas recíprocas dos cidadãos, enquanto uma responsabilidade discursiva que exige razões gerais para normas geralmente válidas, e uma responsabilidade assente na solidariedade que possibilita aos cidadãos serem política e pessoalmente autónomos e iguais, sem discriminação face às diferentes “*formas de vida*” e aos recursos necessários a uma vida não estigmatizada em comunidade. O que compreenderia a exclusão social e legal, mas também económica, muitas vezes justapostas. O *reconhecimento político*, correspondendo a um reconhecimento como *cidadão pleno*, implicaria uma *solidariedade política*, enquanto assente numa *responsabilidade política conjunta*, geradora de *cidadãos* plenos, não *solidariedade ética*, enquanto assente em valores determinantes de identidade, cujo objectivo será manter e defender um determinado sentido comunitário de “*vida boa*”, e, concomitantemente, a *identidade individual*<sup>517</sup>.

O *reconhecimento moral* («*moralische Anerkennung*») – e, assim, da *pessoa moral* («*moralische Person*») –, num plano mais alargado, considera já os sujeitos como *estranhos*, sem ligação ética ou jurídica, apenas mantendo a comum *humanidade*, e assim instituindo o *auto-respeito* e o *reconhecimento recíproco* como *ser humano*. Com o que se demonstra a *universalidade (moral)* deste *reconhecimento*, na *comunidade humana universal*: o *auto-respeito* como ser humano reciprocamente respeitado pelos

<sup>516</sup> «Die »Maske« der Rechtsperson ist die Maske des öffentlichen Auftretens vor dem Recht, nicht des öffentlichen Auftretens als ethische Person. Rechtsgemeinschaften sind keine Erinnerungsgesellschaften; die Form anerkannter Individualität und Gemeinschaftlichkeit, die hier vorherrscht, ist die *respektierte* Selbständigkeit von Personen als Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft. (...) Es bedeutet, als Person das recht zu haben, als Gleiche behandelt und nach den Gesetzen, die für alle gelten, respektiert zu werden». – *Idem*, p. 431.

<sup>517</sup> «Durch die politische Anerkennung konstituiert sich ein »Selbstwertgefühl zweiter Ordnung«, das heißt das Bewußtsein, »vollwertiges« Mitglied der politischen Gemeinschaft zu sein. Politische Solidarität ist eine Solidarität auf der Basis gemeinsamer politischer Verantwortung, keine ethische Solidarität auf der Basis identitätsbestimmender Werte: Politisch-solidarisches Handeln hat das Ziel, eine Gemeinschaft vollberechtigter Bürger zu schaffen; ethische Solidarität hat das Ziel, ein gemeinsames gutes Leben – und damit die eigene Identität – zu erhalten und zu verteidigen». – *Idem*, p. 433.

outros como uma autoridade à qual devem uma justificação moral, em sentido kantiano, como *fins* e não como *meios* – será este o significado do *direito à justificação*<sup>518</sup>.

#### **4.2. Do direito à justificação no quadro da teoria do direito à justificação prática à concomitante pertinência da categoria tolerância**

Em FORST, de inspiração não apenas kantiana mas hegeliana, e, concomitantemente, também *crítica*, em sentido neomarxista – sobretudo seguindo a via de HABERMAS<sup>519</sup>, enquanto expressa, em especial, pelo ideal emancipatório e moral de justiça, a igual dignidade das pessoas é compreendida como a capacidade para oferecer e exigir *razões justificatórias* para as *convicções* e *atitudes* que reciprocamente assumem<sup>520</sup>. Para concluir – afastando-se aqui já de HABERMAS – que *a atenção ao outro* no que ele é *específico* não se reduzirá a uma universal discursiva *teoria da inclusão*, antes devendo enlaçar a *inclusão* e a *exclusão* que simultaneamente concretizam as pessoas na sua igualdade e na sua diferença<sup>521</sup>. *Respeitar, rectius*, para

<sup>518</sup>«Personen begegnen sich nicht nur als Mitglieder von ethischen oder politischen Gemeinschaften, sondern als »Fremde«, ohne das »Netz« gemeinsamer Werte oder gegenseitiger Rechtsansprüche. Was sie allein verbindet, ist der Kontext gemeinsamen Menschseins, und was sie voneinander verlangen, ist die Anerkennung als *Mensch*. Menschsein heißt: Mitglied der Gemeinschaft zu sein, der alle Menschen als Menschen, als moralische Personen angehören. Moralische Universalität heißt, eine jede Person als Vertreter der universalen Menschengemeinschaft, als »Mitmensch« zu achten. Personen sind somit als verletzbar und autonome *Individuen* und als Mitglieder der *Menschengemeinschaft* zugleich anerkannt.

Moralische Anerkennung ist eine Form der *Achtung* des anderen und des Geachtetseins durch andere, das die Selbstachtung als Mensch ermöglicht – die Selbstachtung als Mensch, der von anderen reziprok als Instanz geachtet wird, vor der sie sich moralisch zu rechtfertigen haben, Kantisch ausgedrückt: als Zweck und nicht als Mittel zu anderen Zwecken. Dies besagt die Rede von einem »Recht auf Rechtfertigung«. – *Idem*, p. 433.

<sup>519</sup>«Forst is not just a Kantian moral theorist; he is a Critical Theorist working in the tradition of Jürgen Habermas as well. His theory is in the end as much a critique of interpersonal power relations as it is a positive account of morality». – Bert van der BRINK, *Book Review from Rainer FORST, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischer Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007, in *Krisis. Journal for Contemporary Philosophy*, 2008, Issue 3, p. 56-61, p. 56.

<sup>520</sup>*Ibidem*.

<sup>521</sup>Sem, porém, se identificar completamente com o pensamento de HABERMAS, como também conclui António Manuel MARTINS: «Rainer Forst pertence ao número daqueles que vislumbram na teoria da democracia deliberativa virtualidades quase ilimitadas de reformular os vários aspectos da crítica liberal, comunitarista e feminista ao modelo habermasiano. A identidade colectiva de uma sociedade pluralista não se pode fundar apenas em princípios de inclusão mas sim na narrativa da exclusão e inclusão que entretecem a história das experiências comuns. (...) Apesar de todas as afirmações em contrário, não se vê bem como é que precisamente o critério de universalidade garante que nenhum “outro concreto” é excluído precisamente por ser diferente. A simples exigência normativa de não exclusão dos

FORST, *reconhecer* uma pessoa como fim em si mesma é respeitar o seu *direito à justificação* em situações práticas – em sentido, porém, como dissemos, também diferente do de HONNETH, sua fundamental inspiração, sobretudo por se centrar FORST na acentuação kantiana da *igual autonomia universal*<sup>522</sup>. O que conduzirá à percepção do *reconhecimento* como pressuposto, *rectius*, *fundamento*, da *tolerância*<sup>523</sup>.

Nesta proposta de *substancialização* da compreensão *liberal* de tolerância – de base material fundada numa construção ideologicamente marcada de emancipação, recuperando o sentido neomarxista frankfurtiano, porém acabando por fixar, em último termo, o *fundamento* da tolerância num formal-dialogante *direito à justificação* – constrói FORST uma concepção de tolerância inserta numa *teoria do direito à justificação prática* («*Theorie der praktischer Rechtfertigung*»), e assim uma construção histórico-sistemática dos conceitos e fundamentos da tolerância, e a partir daí uma construção teórica de uma concepção da tolerância de nível mais elevado e normativo assente na base do *direito fundamental* («*Grund-Recht*»), motor da dinâmica do discurso histórico da tolerância, surgindo assim a possibilidade de uma teoria da tolerância *reflexivo-moralmente fundada*, em que nenhum outro valor pode ser oferecido como fundamento da tolerância senão o próprio supra-ordenado *Princípio da Justificação* («*Prinzip der Rechtfertigung*»). Estabelecendo este, enquanto *metaprincípio*, um *dever recíproco geral de justificação* («*eine reziprok-allgemeinen Rechtfertigungspflicht*»), e assim constituindo um *princípio normativo substancial* («*als substanzielles normatives Prinzip*») de justificação das *relações de tolerância*. Um *princípio de justificação* fundamentante, assim, de uma *concepção de tolerância normativa autónoma* (de nível superior) («*eine höherstufige und normativ autonome*

---

participantes no processo discursivo não basta. A definição habermasiana do discurso democrático e da própria razão pública é demasiado restritiva para poder ser tão universal quanto pretende ser». – António Manuel MARTINS, “*Modelos de democracia*”, in *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 11, 1997, p. 85-100, p. 94, citando Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit...*, cit., p. 199, 203, 213-214.

<sup>522</sup>Vide Axel HONNETH, “*Rejoinder*”, in Bert van den BRINK, David OWEN (Ed.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 348-370, p. 364, respondendo ao texto de Rainer FORST no mesmo volume, “*To Tolerate Means to Insult’: Toleration, Recognition, and Emancipation*”, p. 215-237.

<sup>523</sup>«Toleration can be based on mutual *recognition* and respect, and it can also be an expression of disrespect and *domination*, which, however, also figures as a kind of “recognitions” of minorities. Emancipation (...) can then at the same time mean to fight for and to fight against toleration – that is, to fight against certain forms of recognition». – Rainer FORST, “*To Tolerate Means to Insult’...*”, cit., p. 215-237, p. 216. Vide *idem*, p. 236-237.

*Konzeption der Toleranz*)<sup>524</sup>. Com aquele *direito fundamental à justificação* («*Grund-Recht auf Rechtfertigung*») a constituir a base de uma *teoria da justiça* intencionada a *relações e estruturas intersubjectivas* («*intersubjektive Verhältnisse und Strukturen*») e não a *estados subjectivos ou supostamente objectivos de aprovisionamento* («*subjektive oder vermeintlich objektive Zustände der Güterversorgung*») – assente no princípio *suum cuique tribuere* –, numa *teoria da justiça como teoria crítica das relações de justificação* («*eine kritische Theorie der Gerechtigkeit als Theorie der Rechtfertigungsverhältnisse*») <sup>525</sup>.

Conferidos argumentos *morais* normativamente autónomos à tolerância – e, assim, não apenas de índole religiosa –<sup>526</sup>, a história desta reconhece-se aqui como a história da *luta pelo reconhecimento* – no sentido em que, como vimos, HONNETH mobiliza esta categoria, a partir de HEGEL<sup>527</sup> – procurando, portanto, FORST reconstruir a relação entre *poder e moral* através do *Princípio da Justificação* («*Prinzip der*

---

<sup>524</sup>«(...) eine höherstufige und normativ autonome Konzeption der Toleranz notwendig ist, die auf eben dem Grund-Recht aufbaut, das der Motor der Dynamic des historischen Toleranzdiskurses ist. So ergibt sich die Möglichkeit einer reflexiv-moralisch begründeten Theorie der Toleranz, in der *keine anderen Werte zur Grundlage der Toleranz gemacht werden als das übergeordnete Prinzip der Rechtfertigung selbst*». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 20.

<sup>525</sup>O que exemplarmente se espelha nas seguintes passagens: «Die Gerechtigkeit muss (...) einem (...) angemesseren Bild zufolge auf *intersubjektive Verhältnisse und Strukturen* zielen, nicht auf *subjektive oder vermeintlich objektive Zustände* der Güterversorgung. Nur so, durch die Berücksichtigung der *ersten Frage der Gerechtigkeit* – der Rechtfertigbarkeit sozialer Verhältnisse und entsprechend der Verteilung von »Rechtfertigungsmacht« in einem politischen Zusammenhang –, ist eine radikale, kritische Vorstellung der Gerechtigkeit möglich: eine, die an die Wurzeln ungerechter Verhältnisse rührt». – Rainer FORST, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse...*, cit., p. 32 (1. «*Zwei Bilder der Gerechtigkeit*», p. 29-52). «Der Grundimpuls gegen die Ungerechtigkeit ist nicht primär der des Etwas-oder Mehr-haben-Wollens, sondern der, nicht mehr beherrscht, bedrängt oder übergangen werden zu wollen in seinem Anspruch und *Grund-Recht auf Rechtfertigung*: Dieser Anspruch enthält die Forderung, dass es keine politischen oder sozialen Verhältnisse geben soll, die gegenüber den Betroffenen nicht adäquat gerechtfertigt werden können. (...) Die Forderung nach Gerechtigkeit ist meinem Bild nach eine emanzipatorische, die mit Begriffen wie Fairness, Wechselseitigkeit, Symmetrie, Gleichheit oder Balance beschrieben worden ist (...)». – *Idem*, p. 33. «(...) argumentiere ich für eine »politische Wende« in der Gerechtigkeitsdebatte und für eine *kritische Theorie der Gerechtigkeit als Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse*». – *Idem*, p. 41.

<sup>526</sup>«Mit dieser Rationalisierung der Macht eng verknüpft und doch in normativer Hinsicht im Widerstreit mit ihr ist die Rationalisierung normativer Argumente für Toleranz. Hier schält sich eine zunehmend eigenständig moralische Begründung der Toleranzforderung im Namen der Gerechtigkeit heraus – in polemischer Stellung primär natürlich gegen religiöse, staatliche und zivile Intoleranz, aber auch gegen einseitige, hierarchische Toleranzpraktiken. Es besteht zudem, in moralphilosophischer Perspektive, eine Tendenz zur Autonomisierung moralischer Argumente für Toleranz nicht nur gegenüber religiösen Begründungen, sondern auch gegenüber Toleranzbegründungen, die bestimmen Auffassung darüber aufrufen, was das »gute Leben« ausmacht». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 18-19.

<sup>527</sup>Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit...*, cit., p. 413.

*Rechtfertigung*)<sup>528</sup>. Apresentando o *direito à justificação* («*Recht auf Rechtfertigung*») como forma de crítica à *intolerância* ou à base da *falsa tolerância de exigência emancipatória*, e, simultaneamente, em perspectiva *normativa*, como base para a fundamentação da proposta de uma concepção *crítico-reflexiva* de tolerância<sup>529</sup>. *Direito à justificação* que denota um *direito de veto* («*Vetorecht*») qualificado contra quaisquer normas e práticas não susceptíveis de serem *recíproca* e *geralmente* justificadas. E, assim, uma modificação da noção de *direito à justificação* proposta por SCANLON, posto que face a normas susceptíveis de alteração com fundamentos *recíprocos* e *gerais*. E, assim, um *direito* cujo objecto incluiria, simultaneamente, uma *explicação factual* e uma *justificação moral* das opções vinculativas aos destinatários<sup>530</sup>. E que, na impossibilidade de concretizar o originariamente hegeliano conceito ético de *estima*, permitirá estruturar a luta pelo *reconhecimento* e por uma *tolerância justa* («*fair toleration*») como meios para a *possibilidade* de uma perspectiva *crítica* de *justiça*, convocando de FOUCAULT a *relação de poder* em primeiro lugar, mais do que a

<sup>528</sup> «Die Geschichte der Toleranz ist somit auch die Geschichte der Herausbildung eines neuen Verständnisses von Moral und einer neuen Sicht auf die ethische, rechtliche, politische und moralische Identität von Personen – eine konfliktreiche Geschichte von normativen Forderungen, Konflikten und ständigen Redefinitionen des menschlichen Selbstverständnisses». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 19. «In diesem Sinne ist die Geschichte der Toleranz auch eine Geschichte der Kämpfe um (und der Herausbildung verschiedener Formen von) Anerkennung – parallel zu A. HONNETH, *Kampf um Anerkennung* –, deren basale »normative Logik« zwischen Macht und Moral ich allerdings mit Hilfe des Prinzip der Rechtfertigung zu rekonstruieren suche». – *Idem*, p. 19, n. 8.

<sup>529</sup> «Der Geschichte der doppelten Rationalisierung legt eine Logik der Inanspruchnahme eines *Recht auf Rechtfertigung* frei, das in historisch situierter Form als konkrete Kritik an Intoleranz oder falsch Toleranz Grundlage emanzipatorischer Forderung gewesen ist und zugleich in normativer Hinsicht die Basis für Begründung der meines Erachtens konsequentesten, reflexiv-kritischen Toleranzkonzeption darstellt. Diese Grundlage ist folglich ebenso eine »historische Wahrheit« wie sie eine »Wahrheit der Vernunft« ist». – *Idem*, p. 19.

<sup>530</sup> O que FORST enuncia em passagens fundamentais, como as que se seguem: «Dem Prinzip reziprok-allgemeiner Rechtfertigung zufolge haben moralische Personen eine grundlegendes *Recht auf Rechtfertigung* – und eine entsprechende unbedingte *Pflicht zur Rechtfertigung* moralisch relevanter Handlungen. Dieses Recht verleiht einer jeden moralischen Person ein Vetorecht gegen moralisch nicht zu rechtfertigende Handlungen oder Normen. Eine jede Person kann dieses Recht geltend machen und Gründe verlangen, und eine jede Person hat die Pflicht, im moralischen Kontext solche zu liefern. In der Beachtung dieses Grund-Rechts liegt die basale Form moralischen Respekts; Kantisch gesprochen bedeutet die Achtung moralischer Personen als »Zwecke an sich selbst«, dass man ihr Recht auf Rechtfertigung anerkennt und die Pflicht, ihnen entsprechende Gründe angeben zu können». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., p. 36. «Dem Grundprinzip der Rechtfertigung entsprechend haben Personen ein fundamentales *Recht auf Rechtfertigung*: ein qualifiziertes Vetorecht gegen all die Normen und Praktiken, die nicht reziprok-allgemein gerechtfertigt werden können – oder, um Scanlons Formulierung zu modifizieren, gegen Normen, die mit reziprok-allgemeinen Gründen zurückgewiesen werden können. Dies ist das basale moralische Recht von Personen, das in einem gegebenen Gerechtigkeitskontext substantielle Form annimmt und zu institutionalisieren ist. Es bildet die Grundlage für eine Konzeption von Menschenrechten wie auch für die Rechtfertigung einer konkreten gesellschaftlichen Grundstruktur». – *Idem*, p. 370, citando Thomas M. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, p. 4 ss..

inspiração de um *reconhecimento* em sentido substantivo, de HONNETH – e, assim, embora convocando-o, não o seguindo estritamente –, e postulando em sentido *crítico* a *emancipação*<sup>531</sup>. Porém, também não seguindo a noção de *tolerância repressiva* proposta por MARCUSE, *supra* por nós analisada, posto que à significação da mesma como ocultação de *relações injustas de poder* através da ideológica neutralização da efectiva oposição pretende FORST alternativamente propor como significação de formas *repressivas* de *tolerância* a sustentação de *relações de poder injustas* através da imposição da aceitação da posição inferior aos dominados. A que responde através de uma *teoria crítica das relações de justificação*, *infra* explanada, segundo a qual a tolerância se basearia num *igual respeito-reconhecimento* assente no e traduzido pelo *direito à justificação*. E este como expressão de *igual respeito – recíproco e geral* –, e, conseqüentemente, compreendido de um ponto de vista normativo com uma absoluta prioridade quanto à respectiva dimensão *moral substantiva* e aos *critérios procedimentais* de *reciprocidade* e *generalidade* quanto às concepções de *bem*, fundando assim argumentativamente a justificação racional de tal *reconhecimento*<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup>«The main motive (...) for struggles for fair toleration, is to be treated *justly* in one's dignity as a moral being. The primary language of critique was and is the language of power and of asking for justifying reasons for norms and institutions all are subject to, not primarily the language of recognition in a more substantive sense. (...) the actors in these struggles know that such a *sittliche* – to use the Hegelian term – form of recognition is not attainable. But still they believe in the need for and the possibility of justice». – Rainer FORST, “*To Tolerate Means to Insult’...*”, *cit.*, p. 237. *Vide idem*, n. 41 e 42, respectivamente convocando FOUCAULT e demarcando-se de HONNETH. *Vide ainda idem*, p. 222-223.

<sup>532</sup>«(...) I use the term “repressive tolerance” in a way that differs from Herbert Marcuse’s classic essay “Repressive Tolerance” (...). (...) I call forms of toleration “repressive” when they help to uphold unjustifiable relations of power by forcing those who are dominated to accept their inferior position. Critical political theory, as I envision it, would primarily be based on an analysis of existing “relations of justification” among members of a social and political basic structure». – Rainer FORST, “*To Tolerate Means to Insult’...*”, *cit.*, p. 221, n. 8. «(...) the guiding idea leading from the repressive, hierarchical to the horizontal, democratic form of toleration is the respect for the basic moral right to justification: one must have come to *see* oneself and the others as mortal persons with such a right.

What this basic form of respect means in practice can only be determined by procedures of intersubjective reasoning with the help of the two criteria of reciprocity and generality – hence, without these two criteria, the normative insight into the right to justification has no content. From a normative point of view, there is an absolute priority of a *substantive* moral insight into the right to justification and the *procedural* criteria of reciprocity and generality over other conceptions of the good». – *Idem*, p. 235. *Vide*, acerca da noção de *teoria repressiva* em MARCUSE, *supra*, 3.1..



#### 4.2.1. A tolerância como «*umstrittenen Begriff*»

Surge aqui, então, a tolerância como categoria *emergente do conflito*, na *história conflitual* de uma dinâmica entre *poder e moral*<sup>533</sup>. Apresentando FORST, precisamente em *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, um quádruplo sentido para a *categoria tolerância*, na sua análise filosófica do *conceito*(-«*Begriff*») de tolerância, e propondo, a partir da análise histórica, e *genealógica*, uma compreensão da tolerância da e na actualidade, e assim uma efectiva *Teoria (Crítica) da Tolerância*<sup>534</sup>. O primeiro sentido afirma que o conceito de tolerância será só por si um *conceito de conflito* («*Konfliktbegriff*»), na medida em que a tolerância é uma *atitude*(-«*Haltung*»), uma *prática*(-«*Praxis*»), apenas necessária, requerida, exigida, em *situação de conflito*<sup>535</sup>. Deste primeiro sentido decorrerão quatro questões, a que FORST pretende responder: qual a *natureza* dos conflitos que permitem, ou mesmo exigem, a tolerância? («*Welcher Nature sind die Konflikt, die nach Toleranz verlangen bzw. Toleranz erlauben?*»); quem são os *sujeitos*, e quem ou qual o *objecto* da tolerância? («*Wer sind die Subjekte, wer oder was die Objekte der Toleranz?*»); de que tipo são os fundamentos da recusa dos tolerados e como se compreendem os seus contrários *fundamentos de aceitação*? («*Welcher Art sind die Gründe der Ablehnung des Tolerierten, und wie sind die ihnen entgegenstehenden Akzeptanzgründe zu verstehen?*»); onde se posicionam os específicos *limites*(-*fronteiras*) da tolerância? («*Wo liegen die jeweiligen Grenzen der Toleranz?*»)<sup>536</sup>. O segundo sentido determina que a *exigência de tolerância* é ínsita à explicitação de uma sociedade. A tolerância

<sup>533</sup>«(...) Geschichte der Toleranz, die ich als konfliktreiche Geschichte einer Dynamik von Macht und Moral rekonstruiert habe – wodurch schon ersichtlich ist, dass dies auch eine Geschichte der Macht und der Moral ist. Aber mehr als das: Sie ist auch eine Geschichte des Staates, des Rechts, der Freiheit, der Religion, der Autonomie, der Person, der Anerkennung, etc.; kurzum: eine facettenreiche Geschichte unserer selbst». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 529-530.

<sup>534</sup>*Idem*, p. 15. «(...) look at the present discourses and practices of toleration through the lens of what I will call a *critical theory of toleration*, based on an analysis of repressive and disciplining forms of toleration (...)». – Rainer FORST, “*To Tolerate Means to Insult*’...”, cit., p. 220.

<sup>535</sup>«Der Titel *Toleranz im Konflikt* hat eine vierfache Bedeutung. Erstens ist der Begriff der Toleranz schon dadurch ein Konfliktbegriff, dass Toleranz eine Haltung bzw. eine Praxis ist, die nur in einem Konflikt erforderlich wird. (...) »Toleranz im Konflikt« heißt: Die im Konflikt stehenden Parteien kommen zu einer Haltung der Toleranz, weil sie sehen, dass den Gründen gegenseitiger Ablehnung Gründe gegenseitiger Akzeptanz gegenüberstehen, die erstere nicht aufheben, aber gleichwohl für Toleranz sprechen bzw. sie sogar fordern. Das Versprechen der Toleranz lautet, dass ein Miteinander im Dissens möglich ist». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 12.

<sup>536</sup>*Idem*, p. 12.

estará, assim, por si própria *em/no (im) conflito*, sendo *parte*, mesmo quando a sua estrutura deva ser, tanto quanto possível, imparcial quanto aos seus fundamentos normativos, para possibilitar uma *tolerância recíproca*<sup>537</sup>. Assim, a história e a actualidade da tolerância serão sempre uma história e actualidade de *lutas sociais*. O conceito de tolerância encontrar-se-á inscrito nesta história, e, para que possa ser compreendido na sua complexidade, terá de ser *reconstruído*<sup>538</sup>. O terceiro sentido significa que a tolerância não é apenas exigida nos *conflitos* de um modo determinado, e não se apresenta apenas nas explicações-análises sociais como uma *exigência* específica de uma das partes em conflito, antes sendo já ela própria *objecto(-Gegenstand)* de conflitos<sup>539</sup>. Tanto na história do conceito como na actualidade, o significado de tolerância não é apenas *vago*, ou *confuso* («unklar»), antes profundamente *discutível*, *controverso* («umstritten»)<sup>540</sup>: enquanto para uns a tolerância é uma *virtude-exigência* proveniente de Deus, da moral, da razão ou, pelo menos, da *inteligência(-sageza)*, para outros é um gesto condescendente e paternalista, potencialmente repressivo; para alguns é expressão de autoconfiança e força de carácter, para outros uma postura de insegurança, permissividade e fraqueza; para uns um sinal de respeito pelos outros ou até de apreciação do *estrangeiro*, para outros uma postura de indiferença, ignorância e divisão<sup>541</sup>. O quarto sentido alude, por sua vez, a um *conceito* de tolerância, compreendendo diferentes *concepções* de tolerância, de construção histórica e em confronto, com diferentes *fundamentos* («Toleranzbegründungen»), dos religiosos aos político-pragmáticos, desde a teoria do conhecimento sobre os fundamentos éticos

<sup>537</sup> «Toleranz im Konflikt» heißt folglich auch, zweitens, dass die Forderung nach Toleranz nicht jenseits der Auseinandersetzungen in einer Gesellschaft angesiedelt ist, sondern in ihnen entsteht, so dass ihre konkrete Gestalt stets situationsgebunden ist. Die Toleranz steht selbst im Konflikt, sie ist *Partei*, auch wenn ihrer Struktur nach ihre normativen Grundlagen möglichst unparteilich sein sollten, um eine wechselseitige Toleranz zu ermöglichen». – *Idem*, p. 13.

<sup>538</sup> «Dem Begriff der Toleranz ist diese Geschichte eingeschrieben, und um ihn in seiner Komplexität zu verstehen, muss sie rekonstruiert werden». – *Idem*, p. 13.

<sup>539</sup> «Daran schließt die dritte Bedeutung an. Denn Toleranz ist nicht nur in Konflikten einer bestimmten Art gefordert, und sie stellt nicht nur in sozialen Auseinandersetzungen eine spezifische Forderung streitender Parteien dar, sondern sie ist selbst der *Gegenstand* von Konflikten». – *Idem*, p. 13.

<sup>540</sup> «Sowohl in der Geschichte des Begriffs als auch in der Gegenwart ist die Bedeutung von Toleranz nicht nur unklar, sondern zutiefst umstritten. Es kommt etwa vor, dass ein und dieselbe Politik oder Einzelhandlung von den einen als Ausdruck der Toleranz, von den anderen dagegen als Akt der Intoleranz angesehen wird. Aber gravierend noch: Umstritten ist sogar, ob Toleranz *überhaupt etwas Gutes* ist». – *Idem*, p. 13.

<sup>541</sup> *Idem*, p. 13-14.

específicos à moral-deontológica; identificando no interior do próprio *conceito* de tolerância um conflito, sob os *conceitos* genéricos de «poder» e «moral»<sup>542</sup>.

Tudo o que, por um lado, atestará o carácter intrinsecamente *indeterminado* e *discutível* da categoria tolerância, demonstrando-a apenas passível de parcial densificação, acentuando, porém, por outro lado, concomitantemente, a respectiva indiscutível relevância prática.

#### 4.2.2. A tolerância como conceito normativamente dependente

Não fará sentido, para Rainer FORST, falar de tolerância senão nas actuais sociedades pluralistas, marcadas por profundos conflitos éticos, religiosos e culturais – aqueles que justificam a sua perspectiva *crítica*, de herança frankfurtiana<sup>543</sup> –, em que a *virtude cívica* da tolerância – a «*tolerance*» – consistirá, diferentemente da prática de tolerância – «*toleration*» –, numa *virtude da justiça e exigência da razão*, como *infra* mais detidamente se esclarecerá<sup>544</sup>. A *virtude* da tolerância consiste, essencialmente, na capacidade e vontade de aceitar o princípio e os critérios de justificação das normas geralmente obrigatórias numa sociedade eticamente pluralista. Esta virtude é analisada nas suas componentes normativa e epistemológica. Por seu turno, a noção de *prática da*

<sup>542</sup> «Die vierte Bedeutung von »Toleranz im Konflikt« besagt schließlich, dass solche Differenz über die Verwendung und Bewertung des Begriffs daher rühren, dass es zwar ein *Konzept*, aber verschiedene *Konzeptionen* der Toleranz gibt, die sich historisch ausgebildet haben und miteinander im Streit liegen. So findet innerhalb des Begriffs der Toleranz selbst ein Konflikt statt, den ich unter die Oberbegriffe von »Macht« und »Moral« stellen werde». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 14.

<sup>543</sup> «Der philosophische und politische Diskurs der Toleranz ist zu rekonstruieren, und dabei sind die soziale Kämpfe und Machtverhältnisse innerhalb dieses Diskurses ebenso zubedenken wie die entsprechenden Argumentationskontexte; daher verbinde ich die systematische Analyse der Toleranzbegründungen stets mit einer genealogische Analyse der Praktiken der Toleranz (als Praktiken der Macht)». – *Idem*, p. 27.

<sup>544</sup> «Die zentrale These (...) wird es sein, Toleranz als *Tugend der Gerechtigkeit* und als *Forderung der Vernunft* zu verstehen». – Rainer FORST, «*Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft*», in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, cit., p. 119-143 (também em versão inglesa, «*Toleration, Justice and Reason*», in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies...*, cit., p. 71-85), p. 120. «(...) the *virtue of tolerance*. But what is it that defines this virtue? (...) I will address this question in a specific context (which does not cover all instances of that virtue): the context of a society characterized by deep ethical, religious, and cultural conflicts in which tolerance appears as a civic virtue. My thesis is that this virtue has to be understood as a virtue of justice». – Rainer FORST, «*Toleration as a Virtue of Justice*», in *Philosophical Explorations*, vol. 4, n. 3, 2001, p. 193-206, p. 193. *Vide infra*, 4.2.3..

*tolerância* – a «*toleration*» –, uma noção(-conceito) *normativamente dependente* («*normativ abhängig Begriff*», «*normatively dependent concept*»), exige como suporte uma concepção de justiça susceptível de solucionar os seus *paradoxos*, concepção de justiça essa em cujo centro se encontra um *princípio de justificação* («*das Prinzip der Rechtfertigung*») *recíproca e geral* como *metaprincípio* através do qual se torna possível uma distinção entre *normas morais* e *valores éticos* – denotando a influência frankfurtiana já *supra* verificada, espelhando directamente a tensão hegeliana «*Moralität*»/«*Sittlichkeit*». Assim, para FORST, enquanto as primeiras (*normas morais*) seriam estritamente obrigatórias e definiriam o domínio do *tolerável*, os segundos (*valores éticos*) estariam sujeitos a desacordo razoável, que apela à *prática de tolerância* («*toleration*») <sup>545</sup>.

#### 4.2.3. A tolerância como “*virtude moral da justiça*”

A concepção de tolerância edificada por FORST, expressamente distinta da proposta por RAWLS – apesar de não excluir a ideia de «*overlapping consensus*» –, assentando a noção de tolerância num fundamento *moralmente autónomo* («*eine autonome moralische Grundlage*»), alicerçado num *conceito* determinado de *razão prática* (*justificada*) e *autonomia moral* («*(...) in einem bestimmten Begriff praktischer*

<sup>545</sup>Recorramos, de novo, a uma síntese lapidar de FORST: «*(...) ich Toleranz als »normativ abhängigen Begriff« verstehe: dass er auf Begründungen einer bestimmten Art angewiesen ist*». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 29. *Vide* também *idem*, especialmente, p. 48-52. «*Der Begriff der Toleranz enthält zwar eine Reihe formaler Kriterien für Toleranzbegründungen, da er selbst aber normativ abhängig ist (...), bleiben diese unterbestimmt. Dann ergibt sich die Frage, welche Werte Wahrheiten oder Prinzipien die tragfähigste normative Grundlage für eine Theorie der Toleranz liefern können (...). (...) auf diese Frage allein eine rekursiv-reflexive Antwort gegeben werden kann: Keine anderen Werte oder Normen können die Grundlage der übergeordneten, allgemeinen rechtfertigten und selbst toleranten Theorie der Toleranz liefern als das Prinzip der Rechtfertigung selbst. Diese Metaprinzip, das die normative Grammatik der Toleranzdynamik insgesamt bestimmt, indem es alle Begründungen für Intoleranz bzw. Toleranz eine reziprok-allgemeinen Rechtfertigungspflicht aussetzt, wird es schließlich sein, das als substantielles normatives Prinzip die Basis der Toleranz bildet und die alternative Ansätze, die ja sämtlich Versuche der Rechtfertigung bestimmter Toleranzverhältnisse sind, übertrumpft (und zugleich mit ihnen verbunden werden kann). Diese reflexive Wendung hin zum Grundsatz der Rechtfertigung als im Toleranzdiskurs – im doppelten Sinne: als Diskurs der Toleranz in einer spezifischen sozialen Situation und als Diskurs verschiedener Toleranzbegründungen – historisch wirksames Prinzip und als Prinzip der praktischen, rechtfertigenden Vernunft wird die Pointe der folgenden Überlegungen sein*». – *Idem*, p. 528-529. *Vide* também Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 193, e Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 766-768.

(*rechtfertigender*) *Vernunft* und *moralischer Autonomie* begründet liegt»<sup>546</sup>. Uma concepção de tolerância cujo núcleo assenta, como se disse, numa *teoria da justificação prática*, na qual as *normas*, num determinado contexto, em que exigem uma validade-vigência(-«*Geltung*») geral e recíproca, têm de poder tornar-se *recíproca* e *geralmente* fundadas – ou, melhor: não devem poder ser *recíproca* e *geralmente* rejeitáveis.

A partir deste *princípio de razão prática* e dos *critérios de reciprocidade e generalidade* emerge a possibilidade de distinção entre respectivamente rejeitáveis normas *morais* obrigatórias e valores *éticos* que, numa consideração moral normativa independente, se podem afirmar ou rejeitar, ou mesmo ser indiferentes<sup>547</sup>. E nessa base apresentam-se à questão da tolerância diferenciações constitutivas entre as próprias “*concepções de bem*” completamente afirmadas – as *normas morais gerais vigentes* –, outras “*concepções de bem*”, criticadas ou recusadas – mas que podem (e devem) ser toleradas, por não serem *imorais* –, e ainda outras opiniões, condenadas primeiramente não com fundamentos *éticos* mas *morais* – na medida em que ferem os critérios de *reciprocidade* e *generalidade*. Pretendendo FORST que, assim, fica demonstrada a diferença entre *normas morais* e *valores éticos*, com vista a uma maior determinação e redefinição dos próprios *conflitos de tolerância* como *objecto de conflitos*, devendo ser aí ainda possível a *justificação recíproca da tolerância* – não sendo, assim, no essencial, posta em questão<sup>548</sup>.

<sup>546</sup> «Mit der Idee einer von umstrittenen ethischen unabhängigen und doch mit ihnen zu vereinbarenden, in einem gewissen Sinne »toleranten« Theorie der Toleranz schließe ich an einen zentralen Gedanken von John Rawls an, den er im Zusammenhang seiner Gerechtigkeitstheorie entwickelt. Dort liegt aber zugleich auch die größte Differenz zu Rawls, denn dies führt mich nicht zu einer »politischen« Konzeption der Toleranz, die lediglich den Schnittpunkt eines *overlapping consensus* ethischer Lehren darstelle, sondern zu einer an Kant orientierten Konzeption der Toleranz, die eine *autonome moralische* Grundlage hat, welche letztlich in einem bestimmten Begriff *praktischer (rechtfertigender) Vernunft* und *moralischer Autonomie* begründet liegt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 20, citando John RAWLS, *Politischer Liberalismus*, p. 74 («Der politische Liberalismus wendet (...) das Prinzip der Toleranz auf die Philosophie selbst an»). Vide também John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 144-154, especialmente p. 150-154.

<sup>547</sup> «Der Kern der vorgeschlagenen Konzeption der Toleranz wird im zweiten Teil zunächst in einer Theorie der praktischer Rechtfertigung dargelegt, die besagt, dass Normen in einem Kontext, in dem sie reziproke und allgemeine Geltung beanspruchen, reziprok und allgemein begründet werden können müssen – genauer: nicht reziprok und allgemein zurückweisbar sein dürfen. Mit Hilfe dieses Prinzips der praktischen Vernunft und der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit ergibt sich die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen nicht entsprechend zurückweisbaren, *moralisch* verbindlichen Normen und *ethischen* Werten, die man von moralische Erwägungen unabhängig normativ bejahen oder ablehnen kann (oder denen gegenüber man indifferent ist)». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 20-21.

<sup>548</sup> «(...) die Unterscheidung zwischen moralischen Normen und ethischen Werten angesichts bestimmter Toleranzkonflikte *selbst* zum Gegenstand des Konflikts wird und redefiniert werden muss, dabei aber in ihrer Struktur, soll wechselseitig gerechtfertigte Toleranz möglich sein, nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden kann». – *Idem*, p. 21.

À luz dos critérios de *reciprocidade* e *generalidade*, partindo da distinção habermasiana, é aqui, então, essencial a distinção entre *normas morais gerais justificáveis* («justifiable general moral norms») e *valores éticos* («ethical values»), que, não podendo ser generalizados do mesmo modo, podem ainda assim ser justificadamente sustentados como valores orientadores de comportamento em múltiplas áreas<sup>549</sup>. E isto, afirma, sem pressupor, como refere, qualquer distinção *a priori* ou *reificada* entre “*esferas de valor*” ou entre *público* e *privado*, antes pressupondo uma distinção dinâmica entre as razões-fundamentos susceptíveis de serem mobilizados para sustentar asserções («*claims*»): razões mutuamente aceitáveis – *rectius*, reciprocamente não rejeitáveis – ou, em certo nível, apelo a uma verdade “superior” revelada e não a que se chegue através de argumentação intersubjectiva, ou ainda aceitação de uma “*redenção*” (-resgate, libertação, salvação) da afirmação de validade e sua aceitação dependente da subjectividade<sup>550</sup>. FORST defende que as *afirmações normativas* («*normative claims*») devem ter aqui força categórica, no

<sup>549</sup>Rainer FORST remete neste ponto para a sugestão apresentada por Jürgen HABERMAS, in „*Vom pragmatischen, ethischen un moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft*“, in Jürgen HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, 1991, p. 110-118 (na versão inglesa “*On the Pragmatic, the Ethical, and the Moral Employment of Practical Reason*”, in Jürgen HABERMAS, *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, tradução de Ciaran P. CRONIN, MIT Press, Cambridge, Mass., 1993, p. 1-17). Para uma análise das diferenças entre FORST e HABERMAS, remete FORST para o seu “*Ethik und Moral*”, in K. GÜNTHER and L. WINGERT (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt am Main, 2001, p. 344-371. Vide ainda Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 197, n. 8. «With the help of the criteria of reciprocity and generality, rightly understood, a distinction can be made between, on the one hand, justifiable general moral norms and, on the other, ethical values that cannot be generalized in this way but may nevertheless be justifiably held as values guiding persons in many areas of their life». – *Idem*, p. 196-197.

<sup>550</sup>«There is no a priori or reified distinction between “value spheres” or between public and private at work here; rather, what is implied is a dynamic distinction between the reasons that persons can offer for their claims: can they give mutually acceptable – or better: reciprocally non-rejectable – reasons or are they at a certain stage required to appeal to a “higher” truth that is revealed to them rather than arrived at through intersubjective argument, or will they at a certain point concede that the “redemption” of their validity claim and its acceptance by a person is dependent upon this person “finding” him- or herself in his or her particular identity “accounted for” by the values in question?». – *Idem*, p. 197. FORST utiliza a expressão “*reciprocally non-rejectable*”, inspirando-se nestoutra, “*reasonably rejectable*”, oferecida por Thomas SCANLON na sua construção do *contratualismo*, alterando-lhe o contexto e o sentido. Vide T. M. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, *cit.*, 4. «*Wrongness and Reasons*», p. 147-188, e 5. «*The Structure of Contractualism*», p. 189-247: «According to contractualism, when we address our minds to a question of right and wrong, what we are trying to decide is, first and foremost, whether certain principles are ones that no one, if suitable motivated, could reasonably reject». – *Idem*, p. 189. Vide Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 197, n. 9. Quanto à segunda alternativa de ordem de razões apresentada em texto, FORST remete para T. NAGEL, “*Moral Conflict and Political Legitimacy*”, in *Philosophy and Public Affairs*, 16, 1987, p. 215-240, e *Equality and Impartiality*, New York, 1991. E, quanto à terceira, remete para Charles TAYLOR, “*The Politics of Recognition*”, in Amy GUTMANN (Ed.), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, *cit.*, p. 25-73. Vide ainda Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 197, n. 10 e 11.

sentido de que, se nas questões *éticas* cada sujeito, seja qual for a base “*superior*” que mobilize, determina a direcção a seguir, nas questões *morais* é aos *outros* que se devem as *boas razões* da decisão. Sendo que, aqui, as razões só serão *boas* se transpuserem o que FORST diz o *limiar da reciprocidade e generalidade* («*the thresold of reciprocity and generality*»), que constitui, por sua vez, uma *fronteira* entre diferentes “*contextos de justificação*” normativos («*different normative “contexts of justification”*»)<sup>551</sup>.

Assim, os valores específicos de uma comunidade concreta poderiam ser-lhe reconhecidos, enquanto especificidade de perspectiva *ética*, mas não poderiam constituir, por si só, fundamento de *vinculação geral* – dominando de uma posição minoritária, e forçando os outros a “*tolerar*” essa orientação –, a não ser que devidamente justificados e *recíproca* e *geralmente* aceites como tal. Para a *virtude da tolerância* isto significaria que os cidadãos seriam tolerantes se aceitassem a *fronteira* estabelecida pelos critérios de *reciprocidade* e *generalidade* como simultaneamente delineando a *justificabilidade* («*justifiability*») das *pretensões recíprocas* («*mutual claims*») e das *normas obrigatórias* («*binding norms*»), por um lado, e os *limites da tolerância*, por outro. Aquelas convicções e práticas *éticas* seriam toleráveis e, mais do que isso, teria que ser *tolerado* que não violariam esta fronteira. E os cidadãos tolerantes serão assim “*razoáveis*”, no sentido de que aceitariam a diferença de *contextos de justificação* ao nível das *convicções éticas* e ao nível das *normas gerais*<sup>552</sup>. Neste sentido, *justiça* e *razão* estarão interligadas: em questões de justiça certas razões justificáveis teriam de ser dadas de acordo com critérios de validade diferentes dos dos contextos *éticos*<sup>553</sup>. Culminando numa *teoria crítica da tolerância*, tendo por fundamento o *direito à justificação*<sup>554</sup>.

<sup>551</sup>«In disputes about the validity of a moral norm (...) one is required to reasonably accept or reject a normative claim that others make by employing the criteria of reciprocity and generality. (...) Thus, whereas in ethical matters it is ultimately *you* (on whatever “higher” ground) who decides about the direction of your life, in moral matters it is *others* to whom you owe good reasons. Here reasons are only good ones if they cross what I call the *threshold of reciprocity and generality* that constitutes a boundary between different normative “contexts of justification”, so to speak». – *Idem*, p. 197.

<sup>552</sup>«For the virtue of tolerance, this means that citizens are tolerant if they accept the boundary set by the criteria of reciprocity and generality as both delineating the justifiability of mutual claims and binding norms and the limits of toleration. Those ethical beliefs and practices are tolerable and, more than that, have to be tolerated that do not violate this boundary. Tolerant citizens are therefore “reasonable” in the sense that they accept the difference of contexts of justification for ethical beliefs and general norms». *Idem*, p. 197-198.

<sup>553</sup>Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit...*, cit., p. 347-437; Rainer FORST, “*Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft*”, cit..

<sup>554</sup>Vide a conclusão de Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 675-748, XII. «*Die tolerante Gesellschaft*».



A tolerância será, assim, afinal, uma *virtude moral da justiça* («*Toleranz eine moralische Tugend der Gerechtigkeit ist*»), uma *virtude discursiva da razão prática* («*eine diskursive Tugend der praktischen Vernunft*»), residindo o respectivo fundamento no respeito essencial pelo outro como *pessoa moral autónoma* («*moralisch autonome Person*»)<sup>555</sup>.

De tudo o que concluiremos que a *tolerância*, de demonstrada natureza *indeterminada* – sentido em que SCANLON aponta como *a dificuldade da tolerância*, enquanto *dificuldade* de fundamentar e de delimitar perfeitamente tal categoria<sup>556</sup> –, não se confundindo com *neutralidade* ou *indiferença*<sup>557</sup>, não opera sem um ponto de partida materialmente definido como *fundamento*, não obstante não assumido como *absoluto*, pois tal pretensão inviabilizaria qualquer possibilidade de tolerância. Perfilando-se plúrimas estruturações da exigência de tolerância, de que, apesar das diferenças que entre si apresentam, alguns pontos se recuperam para a delimitação positiva do núcleo essencial da categoria tolerância. Este um problema que também Heinz PAETZOLD reflecte, partindo precisamente da leitura de *Toleranz im Konflikt*, considerando ser ir longe demais pressupor, como FORST, um avanço na prática da tolerância («*toleration*»), sendo impossível defender o estabelecimento de um *ranking* com a *moral universal* situada no fundo e a *ética particular* no topo, como FORST pretende, ao compreender a *prática da tolerância* («*toleration*») como um *conflito* equilibrado entre *normas morais universalmente aceites* e *perspectivas éticas particulares*<sup>558</sup>. O que, de facto, nos parece fundamental nesta advertência, afastando-nos assim da determinação hegeliana da *moral* e da *ética* que conduz a este resultado, é o estabelecimento de uma *dimensão normativa materialmente fundamentante de base* que, sem pretensões de *universalidade* e sem cair em *relativismo(s)*, opere como *fundamento* da prática de tolerância.

<sup>555</sup>«So wird deutlich, inwiefern es der grundlegende Respekt für andere als moralisch autonome Personen ist, der die Basis für Toleranz darstellt, und inwiefern Toleranz eine moralische Tugend der Gerechtigkeit ist – und eine diskursive Tugend der praktischen Vernunft». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 21.

<sup>556</sup>T. M. SCANLON, “*The Difficulty of Tolerance*”, cit., p. 197-201.

<sup>557</sup>«An act of toleration is always an intentional act, and not the result of mere negligence». – Ernesto Garzón VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, cit., p. 128.

<sup>558</sup>Vide Heinz PAETZOLD, “*Review Essay: Respect and toleration reconsidered (Under consideration: Rainer Forst's Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt, und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003))*”, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 34, n. 8, October 2008, p. 941-954.



Efectivamente, se a *prática tolerante*, enquanto tal, há-de ter uma *fundamentação normativa*, as razões em que assenta a divergência de base que há-de encontrar-se subjacente à possibilidade de tolerar hão-de ter um *fundamento normativo*, não traduzir uma mera discordância contextual ou coloquial. Assentando tal prática, num primeiro nível, numa *noção de tolerância*, num segundo nível, que, por sua vez, num terceiro nível, requer, *per se*, igualmente um *fundamento normativo*<sup>559</sup>, sendo a virtude de tolerância assumida como *conceito normativamente dependente* («*normativ abhängig Begriff*»), como em FORST<sup>560</sup> – porém, não já no mesmo sentido nem com o mesmo conteúdo. Um *fundamento normativo*, ou de substancialização da normatividade da categoria, cujo sentido será insusceptível de reunir consenso, entre formulações de absoluta determinação procedimentalmente formal e construções substancialmente materiais – muitas de índole fundamentalmente *moral* –, colhendo as mais distintas posturas e construções teóricas<sup>561</sup>, e, portanto, assentes, por sua vez, nos mais variados *fundamentos*<sup>562</sup>. Tomada por nós como interlocutor privilegiado, a compreensão de tolerância de Rainer FORST, que, nas suas *condições de possibilidade – rectius, componentes –*, *infra* analisaremos, enquanto alternativa de determinação *substancial* da tolerância, assenta em pressupostos e deflui em resultados que, em último termo, reconduzem tal substanciação a uma determinação *argumentativa* – com o que acabará

<sup>559</sup>Em sentido próximo ao enunciado no texto desenha também Paulo Mota PINTO a possibilidade e o fundamento da *tolerância*: «A tolerância supõe uma *divergência*, mas esta pode cobrir atitudes ambivalentes, tanto se considerando que as ideias ou comportamentos em causa estão errados – pelo que se disse já que existe um “paradoxo da tolerância”, pela exigência tanto da divergência ou desaprovação como da renúncia à reacção –, como mascarando realmente uma aprovação tácita ou encoberta. Aparentemente, porém, mesmo a tolerância exige uma reprovação do objecto em causa. A exigência de um *específico fundamento* ético, ou moral, para a divergência ou para a renúncia à reacção, poderá talvez suscitar mais dúvidas como elemento da noção de tolerância. Todavia, quando a divergência é motivada por razões não éticas ou morais (por exemplo, entre adeptos de clubes de futebol diversos), apenas parece poder falar-se em “tolerância” em sentido translato: a verdadeira tolerância supõe uma divergência ou reprovação por *razões normativas*. E, por outro lado, a renúncia a qualquer reacção por compromissos meramente utilitaristas, de cálculo de custos e benefícios para o “tolerante”, ou pela imposição dessa renúncia (por exemplo, pela força que garante o respeito pelos direitos alheios), não parece corresponder à virtude da tolerância, tal como esta é comumente entendida». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 748-749 (itálicos no original).

<sup>560</sup>Vide Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 48-52.

<sup>561</sup>«Longe de poder escorar-se em alguma transcendência e deduzir-se apoditicamente, a tolerância remete, antes, para vínculos circunstanciais, sem chegar a projectar-se para além de um contexto determinado espacio-temporalmente. O seu fundamento, aliás, não é outro senão essa mesma ausência de fundamentos absolutos que se levanta entre um indivíduo e outro, entre uma cultura e outra, condenando por injustificado qualquer tipo de exclusão com base na natureza, na história ou nas convicções». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 104.

<sup>562</sup>Veja-se, assim, a exemplar afirmação de HORTON: «Disapproval may be either moral or non-moral (dislike). When an action or practice is morally disapproved, its toleration is usually thought to be especially problematic or even paradoxical: toleration may seem to require that it is right to allow that which is wrong». – John HORTON, “*Toleration*”, *cit.*, p. 521.

por redundar numa *procedimental instrumentalização* desta *categoria*<sup>563</sup>. Conforme se vislumbra já, e *infra* se irá demonstrar, em determinados pontos se aproxima desta, para noutros necessariamente se afastar, a orientação que nos move na construção de uma *compreensão normativamente substancial da tolerância* – próximo passo desta caminhada –, e que haverá a problematizar em projecção autonomamente jurídica.

---

<sup>563</sup>Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., XI. «Die Tugend der Toleranz», § 35. «Autonomie im Widerstreit», p. 656-666. Vide *infra*, 6.2.3.1.4. e 6.2.3.2..

**5. O reconhecimento da diferença como pressuposto da tolerância, entre a solidariedade como o outro da justiça e a luta pelo reconhecimento (de HONNETH, HABERMAS e FORST a CASTANHEIRA NEVES)**

Dentre as apresentadas opções de consideração do *sujeito* e da *intersubjectividade*, e, especificamente na intersubjectividade divergente em que emerge a tolerância, urge a consideração de uma alternativa a partir da qual, sem menoscabo das múltiplas possibilidades abertas, seja possível compreender o homem na sua dimensão e na sua projecção como pessoa *humana*, enquanto sujeito de relação num mundo crescentemente complexo, mormente enquanto em relação em situações de divergência, de marcada afirmação da diferença e respectiva reacção – *scilicet*, situações susceptíveis de accionar (ou não) o mecanismo da tolerância.

Não tratando exclusivamente o tema da juridicidade – nem tendo o respectivo horizonte por objectivo último –, HONNETH, determinantemente influenciando FORST a este nível, perspectiva-o especificamente em função do seu projecto de *definição formal de vida ética pós-tradicional*. Em que pretende, como *supra* ficou referido<sup>564</sup>, congregando, numa visão assumidamente ecléctica, a tradição kantiana, conjugada com a *crítica* hegeliana, entre outras, delinear um modelo de ética teoricamente universalizável, pois susceptível de englobar todas as *formas de vida*. Combinando-o, porém, com uma dimensão *substancial*, num outro plano, distinto do teorético, e assim procurando não descurar o conteúdo – o horizonte de valor comunitário (e, assim, convocando os *comunitarismos*) –, mas fazendo depender este das concretas *condições históricas* dos *conflitos sociais*, e ainda, concomitantemente, das próprias *condições de comunicação* – portanto também não afastando completamente o posicionamento de HABERMAS<sup>565</sup>. O direito seria, neste sentido, conseqüentemente, não uma dimensão completamente dependente da ética, mas um *nível intermédio* de afirmação subjectiva e intersubjectiva – sendo o *nível ético* o cume da intersubjectividade –, e sempre delimitado pela Modernidade, ainda que abrindo a possibilidade de introdução de elementos do nível da *estima social*, e, portanto, da *solidariedade*, embora não

<sup>564</sup>Vide *supra*, 3.3.1.1.2..

<sup>565</sup>Axel HONNETH, “Reification: A Recognition-Theoretical View”, *cit.*, p. 127.

concretizando em que termos e com que consequências, remetendo fundamentalmente para a conformação histórica que as *lutas sociais* instituem.

Não apenas em HONNETH e FORST, na fronteira entre eticidade e juridicidade, mas também em CASTANHEIRA NEVES, o *reconhecimento* surge como condição *constitutiva* da *subjectividade*, substancialmente fundante, e pressuposto da possibilidade da *intersubjectividade*<sup>566</sup>. Mas não em sentido idêntico. Se em HONNETH e em FORST o *reconhecimento* surge, globalmente considerado, como autêntica alternativa de *construção da intersubjectividade*, e, em especial, o *reconhecimento jurídico*, nas nossas sociedades, *pós-convencionais*, se identifica com um mais formalmente individualizado *modo de reconhecimento* traduzido num *respeito cognitivo* nas relações jurídicas – relegando-se para o domínio da *ética social* a *solidariedade*, fruto de um reconhecimento das características particulares de cada um na sua substancial diferença numa *comunidade de valor*, a *estima social* –, distintamente, em CASTANHEIRA NEVES, a *condição ética de emergência do direito como direito*, traduzida no *reconhecimento do homem como Pessoa numa comunidade que é sua condição vital (empírica), existencial e ontológica*, é em si *pressuposto* da sua assunção como *sujeito de direito*<sup>567</sup>.

<sup>566</sup>«(...) KANT viu, ninguém o ignora, a essência diferenciadora da *pessoa*, naquele seu absoluto a que, por isso mesmo, se imputa *dignidade* (não instrumentalidade ou preço). Só que “dignidade” é uma categoria axiológica, não ontológica, não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana, apenas emerge e é susceptível de afirmar-se pelo *respeito* (para o dizermos com KANT), ou pelo *reconhecimento* (para o dizermos com HEGEL). Daí a verdade da palavra justamente de HEGEL, “*Der Mensch ist Anerkennen*”. E di-lo ainda expressamente, nos nossos dias, o personalismo dialógico, depois de BUBER, também, de modo diferente, LÉVINAS (pela interpretação do outro como “rosto”), assim como um filósofo-jurista, ARTHUR KAUFMANN: “as criaturas humanas só se personalizam quando elas se *reconhecem reciprocamente como pessoas*”. – António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 864.

<sup>567</sup>*Vide*, desde logo, *idem*, p. 841 ss., e, especificamente quanto ao sentido de *comunidade*, enquanto *condição de existência, condição vital* e *condição ontológica*, p. 849-852. Vejamos ainda, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, esta mais recente síntese: «Quanto às condições possibilitantes, quero invocar neste momentos antes de mais a que tenho considerado a essencial para a emergência, e a diferenciação, do direito como direito, e que digo a *condição ética* – a convocar a *pessoa* enquanto o referente e o titular da humana prática jurídica. Outras duas condições são também relevantes, uma primeira, que se dirá a condição mundanal, a referir a social mediação do mundo, na sua fruição e repartição (...). Uma segunda condição, bem menos evidente e que mesmo hoje ainda em geral se recusa (...), será a comunidade, a condição comunitária, na sua irredutibilidade existencial, empírica e ontológica, e com a importância decisiva de se haver de reconhecer aí o fundamento último da responsabilidade. (...) A pessoa não é o *indivíduo*, nem o *sujeito* (...). Assim o tenho pensado e encontro reconfortante confirmação e refundamentação, posto que de perspectivas entre si não coincidentes, certamente em Lévinas, mas também em Axel Honneth e em Adela Cortina, inclusivamente em G. Jakobs (...), e em outros decerto». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Pensar o direito num tempo de perplexidade*”, *cit.*, p. 13-14. *Vide* o diálogo estabelecido por João LOUREIRO com esta impostação das *condições de emergência do direito*, projectando na responsabilidade para com as gerações futuras a expansão do sentido do direito nelas presente, in João LOUREIRO, “*Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrecht e da Fernverfassung em diálogo com*

Não diluindo o direito na ética, faz esta última compreensão da subjectividade jurídica do *reconhecimento da dignidade ética da pessoa humana* um seu pressuposto essencial.

Na compreensão de HONNETH, a pessoa jurídica é analisada naquilo que compartilha com todos os outros, como referente de generalidade, e apenas se insere na relação de solidariedade a um outro nível, moral, em que a estima social e a dignidade directamente relevam. E em FORST, dependendo a identificação da pessoa jurídica da determinação legal, a realização plena da pessoa também só na esfera da moral se torna possível. Em CASTANHEIRA NEVES este reconhecimento implica ainda um outro, como condição constitutiva, referida a um Absoluto criador<sup>568</sup>. Por outro lado, para qualquer destes autores o reconhecimento não existirá e não produzirá efeitos se não for *reconhecimento recíproco*<sup>569</sup>. Nesse *reconhecimento* reside especificamente, de novo para CASTANHEIRA NEVES, o “*imperativo ético do direito*”<sup>570</sup>. *Imperativo* este de que

---

*Castanheira Neves*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, p. 15-47, especialmente p. 18-31 e 39-40.

<sup>568</sup> «A assunção relacional do valor absoluto da pessoa ou relação de reconhecimento do puramente pessoal como verdadeiro *dom* que encontra a sua decisiva possibilidade e o seu último sentido (...) na graça de aquele outro reconhecimento provindo do Amor absoluto que nos chamou *ad imaginem et similitudinem Suam* e que, simultaneamente libertador do autêntico em cada um de nós e vinculante de cada um de nós à vocação iniludível do outro, nos faz todos irmãos na comunhão e partilha do mesmo mundo». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 865-866.

<sup>569</sup> «Por outro lado (...) este reconhecimento haverá de ser recíproco; os outros só me podem reconhecer como pessoa se eu os reconhecer também a eles como pessoas. (...) O reconhecimento é assim um diálogo ético – um diálogo de pessoas». – *Idem*, p. 866.

<sup>570</sup> «Ora, se é esta indisponibilidade (este ser fim-em-si ou esta dignidade) que, ao afirmar-se na pessoa como pessoa, dá fundamento à sua qualidade ética de *sujeito ético* (...), assim, como tínhamos igualmente compreendido que o ser sujeito ético é condição transcendental do direito, então não podemos também deixar de reconhecer, segundo o enunciado de HEGEL, que “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas”. (...) distinguindo-se embora o direito da ética, na sua perspectiva intencional e na sua normatividade específica – e uma coisa e outra em virtude da condição mundanal –, nem por isso deixa ele de ter afinal na ética a sua constituinte possibilidade. O direito não é a ética, mas tem uma dimensão ética». – *Idem*, p. 866. Em sentido embora não coincidente – não obstante relevando a essencialidade da distinção ética/direito, partindo expressamente da ética aristotélica –, por fazer assentar a fundamentação do direito numa ética, atente-se nas palavras de José de SOUSA E BRITO: «Se examinarmos as formas de argumentação que geralmente se consideram correctas na prática jurídica e as compararmos com as que geralmente se consideram correctas na discussão ética, notamos que as primeiras apresentam limites ou restrições que não existem na ética. Quer isto dizer que há argumentos éticos que se admitiriam numa discussão ética mas que não são permitidos em direito. Quando falo aqui de ética e de argumentos éticos uso as palavras num sentido amplíssimo, fazendo coincidir o domínio da ética com o do raciocínio prático, ou da praxis, de Aristóteles, que abrange a justificação das acções em vista de todos os fins possíveis. O domínio da ética coincide assim com o das razões de agir, o que não implica naturalmente que todas as razões de agir são éticas, mas apenas que todas podem ser consideradas pela ética. Também não se implica que a tarefa de justificação das acções em vista de todos os fins possíveis seja resolúvel, nem que seja eticamente justificado fazer depender as acções dessa resolução. Qualquer outra delimitação do domínio da ética poderia revelar-se afinal insuficiente para a delimitação entre si das razões ética, jurídica ou democraticamente relevantes». – José de SOUSA E BRITO, “*Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça*”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor*

decorrem duas implicações – *inferências axiológico-normativas*: o *princípio da igualdade* e o *princípio da responsabilidade*, com o homem-pessoa a apresentar-se originariamente como sujeito de direitos e de deveres<sup>571</sup>. E com uma *implicação normativa fundamental*: a compreensão do *direito como validade*<sup>572</sup>.

A perspectiva apresentada por CASTANHEIRA NEVES, de que aqui se parte e com que se tem aqui dialogado permanentemente, assenta, portanto, no *reconhecimento da Pessoa* como sujeito de ineliminável *dignidade ética* – enquanto categoria determinadamente patente na terceira condição, a *condição ética*, de *emergência do direito como direito*<sup>573</sup>. O que pressupõe, determinadamente, a definição de *comunidade* e a *integração comunitária do homem-pessoa*<sup>574</sup> – com a decorrente *responsabilidade jurídica*, sobretudo ao nível dos princípios da *igualdade* e da *corresponsabilidade*: uma responsabilidade que não se reduz a um *neminem laedere*, mas que se assume enquanto “*responsabilidade perante as condições da existência comunitária*”, “*responsabilidade por reciprocidade*” e “*responsabilidade de integração comunitária*”<sup>575</sup>, a assentar num princípio de justiça, que não se remete a uma pura

---

António Castanheira Neves..., *cit.*, Volume I – *Filosofia, Teoria e Metodologia*, *cit.*, p. 289-334, p. 325-326. «Estas limitações que o direito impõe ao raciocínio prático e que permitem distinguir a prática jurídica da prática da ética – da *praxis* aristotélica – não são, porém, contrárias à ética. Fundam-se, mesmo, em razões éticas, que o direito incorpora, fazendo-as suas, como razões do regime jurídico». – *Idem*, p. 327.

<sup>571</sup>«Por um lado, e numa mera explicitação normativa, o reconhecimento da pessoa vem a traduzir-se no *princípio da igualdade* (...).

(...) Por outro lado, permite-nos igualmente compreender que correlativo ao *princípio da igualdade* das pessoas se impõe, com o mesmo sentido fundamental, o *princípio da responsabilidade*». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 867.

<sup>572</sup>«Afirmado o reconhecimento da pessoa que funda o “imperativo” do próprio direito, o imperativo da sua própria constituição com sentido de direito, segue-se uma decisiva implicação normativa.

Desde logo, a *exigência de fundamento* para todas as pretensões que na intersubjectividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros me dirijam a mim. Um *fundamento* é a expressão de uma *ratio* em que se afirma uma *validade* – é *argumentum* de validade. E a validade é a manifestação de um sentido normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual (...).» – *Idem*, p. 868.

<sup>573</sup>*Idem*, p.861-871.

<sup>574</sup>Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – I. A crise*, Coimbra, 1967, p. 539-540, 571-573; António CASTANHEIRA NEVES, “*O papel do jurista no nosso tempo*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, 1968, p. 83-142, e também in *Digesta...*, vol. I, *cit.*, p. 9-50; António CASTANHEIRA NEVES, “*O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do Direito*”, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano IV, 1988, p. 10 e ss., e também in *Digesta...*, *cit.*, vol. I, p. 287-310 (versão citada); António CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, *cit.*, p. 32-43; António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 848-861 e 863-866.

<sup>575</sup>António CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, *cit.*, p. 43; António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 867-868.

*coexistência* comunitária, antes exige e exprime uma verdadeira *convivência* comunitária, a culminar num ideal de *solidariedade* – ideal este situado num plano *transjurídico*, postulando uma dimensão *transjurídica* de prestação positiva, cuja relevância se conferirá, em primeiro lugar, moral, e, em planos gradativamente distintos, e dogmático-normativamente justificados, se projectará juridicamente<sup>576</sup>.

Projecta-se assim, a noção de *solidariedade* de forma decisiva na significação do *reconhecimento* – e, no que aqui decisivamente importa, de *reconhecimento jurídico*. Assim, em HONNETH, as relações sociais de *estima simétrica* entre sujeitos individualizados e autónomos representam um *pressuposto* para a *solidariedade*.

Neste sentido, *estimar-se mutuamente*, em termos *simétricos*, significaria encarar-se reciprocamente à luz de valores que permitissem que as capacidades e características do *outro* surgissem como significantes para a *prática partilhada* («*gemeinsame Praxis*»)<sup>577</sup>. Relações deste tipo poderão ser consideradas casos de “*solidariedade*”, por inspirarem não apenas *tolerância passiva* mas uma preocupação activa pelo que é individual e particular na outra pessoa, pois os objectivos comuns apenas serão atingidos na medida em que cada um activamente cuidar do desenvolvimento das características do outro<sup>578</sup>. O facto de “*simétrico*” não poder aqui significar que nos estimemos mutuamente no mesmo *grau* resulta claro da abertura essencial à interpretação de todos os horizontes de valor sociais. Seria impossível configurar um conjunto de objectivos colectivos que pudessem ser quantitativamente fixados de um modo que permitisse uma exacta comparação do valor das contribuições individuais. “*Simétrico*” deverá antes designar, neste entendimento, a faculdade de cada sujeito ter a possibilidade de, sem *gradação colectiva*, não ser desconsiderado, antes ter a experiência de ser *reconhecido*, nas suas características e capacidades, na sociedade. Por esta razão, também as relações sociais aqui concebidas nos termos do conceito de

<sup>576</sup>«Para além da responsabilidade pode considerar-se a solidariedade. (...) Só que – ponto essencial – distinguindo bem responsabilidade (jurídica) e solidariedade (humana). E nesse caso não terá sequer de convocar-se uma responsabilidade que seja compreendida a exorcizar o absurdo da dor humana na assunção de uma culpa originária que nos solidarize, simplesmente aí – e uma vez mais naquele não já jurídico, mas transjurídico *princípio de responsabilidade* radical que é o *Anspruch des Seins* no homem e para o homem –, humanidade, responsabilidade e solidariedade identificam-se». – António CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, *cit.*, p. 43. Vide também, enfatizando a dimensão de pertença à comunidade ínsita nos sentidos objectivo e subjectivo de tolerância, José Casalta NABAIS, “*Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, p. 145-174, p. 146-148: «(...) a solidariedade pode ser entendida quer em sentido objectivo, em que se alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de corresponsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade, quer em sentido subjectivo e de ética social, em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade». – *Idem*, p. 148.

<sup>577</sup>Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, *cit.*, p. 209-210.

<sup>578</sup>«Beziehung solcher Art sind »solidarisch« zu nennen, weil sie nicht nur passive Toleranz gegenüber, sondern affektive Anteilnahme an dem individuell Besonderen der anderen Person wecken: denn nur in dem Maße, in dem ich aktiv dafür Sorge trage, daß sich ihre mir fremden Eigenschaften zu entfalten vermögen, sind die uns gemeinsamen Ziele zu verwirklichen». – *Idem*, p. 210.

“*solidariedade*” abrem o horizonte em que a competição individual por *estima social* pode adquirir uma forma livre de *experiências de desrespeito (Mißachtung)*<sup>579</sup>.

Se, para HABERMAS, a *solidariedade* é entendida como “o ‘*Outro*’ da justiça” («*das »Andere« der Gerechtigkeit*»), porque nela todo o sujeito atenderá reciprocamente ao bem-estar dos outros, com quem partilha, em situação de igualdade, a *forma comunicativa* de vida humana («*die kommunikative Lebensform des Menschen*») – HABERMAS fala de “*consciência de pertença a uma comunidade de comunicação ideal*” («*das Bewußtsein “der Zugehörigkeit zu einer idealen Kommunikationsgemeinschaft”*») –, para HONNETH a generalidade desta formulação deixa por clarificar os motivos específicos e as experiências que são aí assumidas como aptas a conduzir ao seu desenvolvimento. Compreendendo, diferentemente, a *solidariedade* como *princípio moral de preocupação recíproca* («*(...) Solidarität, verstanden als moralisches Prinzip der wechselseitigen Anteilnahme (...)*»), não a concebe sem uma *componente de particularismo* («*jener Element des Partikularismus*»), não se bastando com uma enunciação formal-generalizada, universalizada – mesmo *transcendente* – de *igualdade de tratamento* («*die universalistische Idee der Gleichbehandlung*»)<sup>580</sup>. E, também

<sup>579</sup>«Daß »symmetrisch« hier nicht bedeuten kann, sich wechselseitig im gleichen Maße wertzuschätzen (...); »symmetrisch« muß vielmehr heißen, daß jedes Subjekt ohne kollektive Abstufungen die Chance erhält, sich in seinen eigenen Leistungen und Fähigkeiten als wertvoll für die Gesellschaft zu erfahren. Daher auch können gesellschaftliche Verhältnisse, wie wir sie hier unter dem Begriff der »Solidarität« ins Auge gefaßt haben, überhaupt erst den Horizont eröffnen, in dem die individuelle Konkurrenz um soziale Wertschätzung eine schmerzfreie, nämlich von Erfahrungen der Mißachtung ungetrübte Gestalt annimmt». – Idem, p. 210.

<sup>580</sup>«Mit der Fürsorge (...) dieses Prinzip, das Habermas als das »Andere« der Gerechtigkeit bezeichnet (...). Solidarität ist für Habermas deswegen die andere Seite der Gerechtigkeit, weil in ihr sich alle Subjekte wechselseitig um das Wohl des jeweils anderen bemühen, mit dem sie zugleich als gleichberechtigte Wesen die kommunikative Lebensform des Menschen teilen.

Was an einer solchen generalisierten Form der Anteilnahme freilich im unklaren bleiben muß, sind die besondere Motive und Erfahrungen, die zu ihrer Herausbildung überhaupt erst führen können sollen. Habermas spricht in diesem Zusammenhang von einem Bewußtsein »der Zugehörigkeit zu einer idealen Kommunikationsgemeinschaft«, das einer »Gewißheit der Verschwisterung in einem gemeinsamen Lebenszusammenhang entspringen würde«. (...) Daher ist Solidarität, verstanden als moralisches Prinzip der wechselseitigen Anteilnahme, nicht ohne jenes Element des Partikularismus zu denken, das noch jeder Entstehung einer sozialen Gemeinschaft anhaftet, insofern sich deren Mitglieder in bestimmten, ethisch definierten Zielerzungen einig wissen und damit auch die Erfahrung spezifischer Belastungen teilen. (...) Im Gegensatz zur universalistischen Idee der Gleichbehandlung wohnt der Vorstellung einer menscheitsübergreifenden Solidarität mithin etwas abstrakt Utopisches inne; um so weniger aber kann sie als ein universalistischer Statthalter jenes moralischen Prinzip gelten, das in Form der einseitigen Fürsorge und Wohltätigkeit schon immer ein transzendierendes Element unserer sozialen Welt gebildet hat». – Axel HONNETH, “*Das Andere der Gerechtigkeit...*”, cit., p. 167-169, citando Jürgen HABERMAS, “*Gerechtigkeit und Solidarität. Zur Diskussion über ‘Stufe 6’*”, in Jürgen HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, 1991, p. 49 ss., especialmente p. 70-72. Aquilo que DERRIDA, seguindo LÉVINAS, designou por “*justiça de cuidado*” (“*fürsorgende Gerechtigkeit*”), que



diferentemente de LÉVINAS, não aceita HONNETH que o *cuidado* («*Fürsorge*») e a *benevolência* («*Wohltätigkeit*») sejam considerados os fundamentos não apenas *genéticos* mas também *lógicos* de todos os *princípios da moral*, antes afirmando que o sentido de *princípio universal de igualdade de tratamento* («*ein universalistischer Grundsatz der Gleichbehandlung*») deverá confirmar ao *cuidado* («*Fürsorge*») um lugar que lhe foi negado pela tradição da filosofia moral desde KANT, e para o que o pensamento pós-moderno veio chamar a atenção, alterando a compreensão tradicional do *princípio da igualdade de tratamento*. Assim, se a *solidariedade* constitui um contraponto necessário ao *princípio da justiça*, na medida em que a oferece de uma forma particularizada através dos impulsos afetivos do *reconhecimento recíproco*, o *cuidado* representa também um seu fundamental contraponto, uma vez que suplementa este *princípio de justiça* com um *princípio de ajuda unilateral*, completamente desinteressada («*ein Prinzip der einseitigen, vollkommen interesselosen Hilfeleistung*») <sup>581</sup>.

Mesmo no seio da construção ética moderna, os direitos teriam um efeito restritivo das relações amorosas, bem como das relações de solidariedade. Os *modelos de reconhecimento* baseados no direito expandem-se para o interior da esfera das relações primárias (dada a necessidade de proteger os indivíduos do perigo da violência estruturalmente inerente ao balanço precário dos laços emocionais...). Mas as relações jurídicas modernas também influem nas condições da *solidariedade*, embora de modo diferente, pois aqui estabelecem as limitações normativas às quais deve obedecer a formação de uma comunidade geradora de horizontes de valor («*gemeinschaftsstiftende Werthorizonte*») <sup>582</sup>. Com o que a esfera da *liberdade moral* surge a suplantar a da *liberdade jurídica* <sup>583</sup>. A plena auto-realização dos indivíduos pressuporia, assim, em

---

considera a infinita particularidade do ser humano individual, implica, ao contrário da igualdade de tratamento e da solidariedade, uma determinação completamente unilateral, não recíproca. E, para HONNETH, deveria ter apenas lugar se e quando os sujeitos conviventes em sociedade não se encontrassem em condições de, por si, articular publicamente as suas convicções e perspectivas. Vide Axel HONNETH, “*Das Andere der Gerechtigkeit...*”, *cit.*, p. 169, e n. 44, p. 170.

<sup>581</sup>«(...) wie die Solidarität insofern einen notwendigen Gegenpol zum Grundsatz der Gerechtigkeit bildet, als sie ihn auf partikularistische Weise mit den affektiven Impulsen der wechselseitigen Anteilnahme ausstattet, so stellt auf der anderen Seite die Fürsorge dessen ebenso notwendigen Gegenpol dar, weil sie ihn um ein Prinzip der einseitigen, vollkommen interesselosen Hilfeleistung ergänzt». – *Idem*, p. 170.

<sup>582</sup>Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, *cit.*, p. 284.

<sup>583</sup>Veja-se agora a formulação proposta no mais recente *Das Recht der Freiheit*, distinguindo *liberdade jurídica* e *liberdade moral*: «Der Wert der moralischen Freiheit geht daher über den der rechtlichen Freiheit hinaus: Hier besitzen wir nur das Recht, ungestört unser eigenes Leben zu ändern,

HONNETH, o *reconhecimento* de terceiro nível, portanto uma forma de *estima social* apenas susceptível de ser adquirida na base de objectivos colectivamente partilhados. Porém, nem HEGEL nem MEAD conduzem este terceiro modelo de reconhecimento de forma a ser empiricamente descoberto, compreendendo-o apenas, em termos normativos, como referindo-se a horizontes de valores éticos suficientemente abertos e plurais para conferir a todos os membros da sociedade, em princípio, a possibilidade de se saber objecto de tal reconhecimento, portanto valores comunitariamente constituídos estruturalmente compatíveis com as condições morais do direito moderno, ou seja, com a autonomia individual de cada indivíduo. Em suma, uma concepção de *solidariedade social* que seja ajustada à possibilidade de estima simétrica entre cidadãos juridicamente autónomos. Ficando em ambos os autores, porém, por oferecer uma solução adequada para o preenchimento detalhado da *ideia moderna* de *solidariedade*<sup>584</sup>.

Da *solidariedade* como “o outro da justiça” distinguir-se-á decisivamente a configuração da *solidariedade* no sentido que lhe é conferido por CASTANHEIRA NEVES, como *transjurídico* conteúdo específico de um princípio normativo *suprapositivo*. Por outras palavras, a *solidariedade* constituirá nesta última proposta uma expressão *transjurídica* da intersubjectividade, cuja conformação jurídica será contextualmente delineada, à luz do posicionamento material que o direito assuma. Não se diluindo na ética, o direito deverá assimilar selectivamente a *diferença*, procurando corrigir as desigualdades numa assunção material do *princípio da igualdade*, cujo limite material será historicamente determinado. Por outro lado, e concomitantemente, em HONNETH, o *reconhecimento*, nas suas três dimensões (*formas*) conjugadas, representa mais do que simples *autodeterminação*, todavia a visão do *reconhecimento jurídico*, e, assim, do direito, é mais determinada pela noção *moderna* de direito do que pela de *comunidade de valor*, que assenta no *terceiro modelo de reconhecimento*, portanto, na *solidariedade*, como esfera autónoma daquele. Pelo que fica aí por assumir, no nível intermédio do *reconhecimento jurídico*, uma determinação axiológica de base comunitária, e, assim, uma delimitação que confira maior amplitude à esfera de influência da juridicidade, embora assimilando – ainda que selectivamente, em termos formais, substanciais,

---

dort aber das Recht, auf die öffentliche Auslegung moralischer Normen Einfluß zu nehmen». – Axel HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Berlin, 2011, p. 205. Fazendo seguir-se-lhe uma teorização-concretização na *liberdade social*. – Vide *ibidem*, respectivamente, p. 129-172 («*Rechtliche Freiheit*»), p. 173-218 («*Moralische Freiheit*») e p. 232 ss. («*Soziale Freiheit*»).

<sup>584</sup>Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung...*, cit., p. 284-285.

espaciais e temporais – conteúdos da esfera da *solidariedade* (o que é, afinal, também caro às experiências *comunitaristas*, que HONNETH expressamente congrega para compor a sua concepção) na determinação do conteúdo do direito. Já em CASTANHEIRA NEVES o homem é *pessoa* na comunidade e *em confronto com* a comunidade, sua condição *vital, existencial e ontológica*, não é *pessoa* senão em comunidade, porém não se dissolve nela, colocando-lhe antes múltiplas exigências, decorrentes da sua autonomia, na tensão dialéctica *suum/commune*<sup>585</sup>.

Sendo o sentido de *comunidade* (*Communitas-Gemeinschaft*) aqui convocado distinto do de *sociedade* (*Societas-Gesellschaft*), demarca-se especificamente tal sentido da vinculação *contratual* que a Modernidade introduziu, situando-se para além desta, pois que a postular uma verdadeira *comunhão*, com estabelecimento de laços pré-jurídicos, de interdependência, capazes de considerar a dimensão comunitária como indissociável da dimensão individual. A *comunidade*, em CASTANHEIRA NEVES, é compreendida enquanto *horizonte de referência historicamente construído*. Sendo o *horizonte de validade*, é concebido como expressão histórica da axiologia constitutiva duma e vigente numa comunidade histórico-espacialmente concreta<sup>586</sup>, sem convocar uma ontologia ou uma determinação *transcendente/transcendental*, mas com uma *autotranscendentalidade* que pretende subtraí-la ao puro *indeterminismo*, à pura contingência histórica. O caminho que procuraremos a partir daqui traçar não opta, posto o que ficou dito, nem por um estrito *individualismo*, que isole o *homem*, nem por um absoluto *comunitarismo*, que o dilua. O homem não o será plenamente – isto é, não será *pessoa*, no sentido em que CASTANHEIRA NEVES no-la apresenta, na sua ineliminável *dignidade ética* (a *condição ética da emergência do direito*<sup>587</sup>) – senão por mediação da *comunidade*. E deixará igualmente de o ser – especificamente no que diz respeito ao direito – no momento que perca a noção da fronteira, ainda que mais ou menos oscilante, entre a sua *autonomia* e a sua *integração comunitária*. A *comunidade* assume aqui um relevo inquestionável, como condição *vital, existencial e ontológica* da compreensão do homem como *pessoa*, para o dizermos de novo com CASTANHEIRA

<sup>585</sup>António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, *cit.*, p. 844-861; “Pessoa, direito e responsabilidade”, *cit.*, p. 32-43.

<sup>586</sup>António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, *cit.*, p. 93-94; António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, *cit.*, p. 863.

<sup>587</sup>Quanto às *condições de emergência do direito* – condições *mundanal, antropológico-existencial e ética* –, vide António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, *cit.*, especialmente p. 841 ss.

NEVES. E é também na correspondente dialéctica entre os dois pólos que constituem a *pessoa* – o pólo do *suum* e o pólo do *commune* – que compreenderemos a intersubjectividade própria do Direito<sup>588</sup>.

Nesta compreensão, na primeira *condição de emergência do direito como direito*, a *condição mundanal* o homem reconhecer-se-á na sua contingência prática enquanto habitante de um mundo – de *um só* mundo – que frui por *mediação* – *positiva e negativa* – *dos outros*<sup>589</sup>. Conformando-se assim uma *inter-subjectividade* a culminar numa *condição social* de *convivência* correlativa e recíproca – com a concomitantemente pressuponente *exigibilidade* a expressar a *bilateralidade atributiva* específica do direito. Já na *condição antropológico-existencial* o homem compreende-se enquanto elemento de uma *comunidade*. E nesta como sua *condição de existência*, *condição vital* e *condição ontológica*<sup>590</sup>. *Condição de existência* enquanto suporte substancial desta; *condição vital* enquanto conjunto de meios e instrumentos possibilitantes de realização pessoal (a institucionalizada “*sociedade*”); e *condição ontológica* enquanto possibilidade de constituição e manifestação do ser *homem* e enquanto possibilidade de acessão a um nível humano-culturalmente *comunitário*, isto é, na «(...) intencionalidade de um *transpessoal* comunitariamente constituído e subsistente para além do simples correlato formal das relações inter-individuais e antes a emergir materialmente das relações “inter-subjectivas”»<sup>591</sup>. Culminando esta *condição antropológico-existencial* na condição cultural da *institucionalização de uma ordem política*<sup>592</sup>. Embora não necessariamente, na base destas duas primeiras *condições* – *mundanal* e *antropológico-existencial* –, assentará a *ordem de direito*, sendo porém várias as possibilidades alternativas de substancialização regulativa da intersubjectividade, desde uma *ordem de necessidade* – assente num *despotismo* ou numa *total sujeição* – a uma *ordem de possibilidade* – traduzida numa ordem de *pura administração* ou de *estrita eficiência* – ou mesmo a uma *ordem de finalidade* estritamente *política*<sup>593</sup>. Postulando-se, diferentemente, a *ordem de direito* como uma

---

<sup>588</sup> António CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, *cit.*, p. 32-43; José Manuel Aroso LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 6-9.

<sup>589</sup> António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 841 ss., p. 841-844.

<sup>590</sup> *Idem*, p. 844-861.

<sup>591</sup> *Idem*, p. 851.

<sup>592</sup> *Idem*, p. 860.

<sup>593</sup> *Idem*, p. 861.

*ordem* de sentido próprio, de que seria condição, em último termo e conjuntamente, uma *condição ética*<sup>594</sup>. Uma *condição ética* traduzida no *reconhecimento do sujeito ético*, que se afirma em duas notas cumulativas essenciais: a *liberdade* – enquanto *condição transcendental da normatividade*, espelhando o homem como *originarium* e como *autor* – enquanto subjectividade perante *si próprio, os outros e o tempo* – e a *pessoa* – de que as referidas dimensões do homem, enquanto *sujeito*, são também condição essencial, e que se exprime já não no plano antropológico mas no da *coexistência ética*, e portanto acrescentando-se àquele *sujeito a aquisição axiológica* que a *pessoa*, na sua ineliminável dignidade ética, constitui<sup>595</sup>.

Só se concretizando verdadeiramente na conjugação destas três condições, apresentando-se como demarcador essencial a *condição ética*, a *pessoa* constitui a subjectividade essencial na determinação desta *ordem de direito*<sup>596</sup>. Com a dimensão axiológica de fundamentação última do direito a radicar no *reconhecimento recíproco do homem como pessoa*<sup>597</sup>, sem enveredar nem por qualquer *desconstrução* linguística *formal* ou *material* da *linguagem* do direito, nem pela consideração *partisan* de *minorias*, e nem mesmo, em último termo, por uma *ética da alteridade*, em que a ampliação, ainda que não *absolutização*, da responsabilidade pelo *Outro* implicaria uma

<sup>594</sup> *Idem*, p. 861.

<sup>595</sup> «(...) a reconhecida categoria de *sujeito* (pessoa) é, já nestes termos, *condição transcendental* do direito – o direito é impensável sem ela –; e irá revelar-se-nos ainda sua *condição de possibilidade* – o direito também não existirá sem ela». – *Idem*, p. 862. «O sujeito que assim se nos impôs como pressuposto da normatividade não é um qualquer sujeito – é o sujeito *pessoal*, e, como tal, o *sujeito ético*». – *Ibidem*. *Vide idem*, p. 862-866. «As dimensões que referimos determinam o “sujeito” e a sua individualidade humana, não nos impõem a pessoa: para acedermos da individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética – a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética – numa outra palavra, a primeira é uma entidade antropológica, a segunda é uma aquisição axiológica». – *Idem*, p. 863-864.

<sup>596</sup> «(...) o direito só o teremos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como mero instrumento social de institucionalização e de organização, regulativo apenas de uma qualquer estratégia de satisfação de interesses ou de necessidades (...)». – *Idem*, p. 869-870.

<sup>597</sup> *Vide*, entre outros textos, de António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...*”, *cit.*, p. 863-865. «(...) a categoria fundamental na ordem prática não a temos no homem-sujeito-indivíduo, mas na *pessoa*, no homem pessoa e com todas as implicações da sua imediata referência ético-comunitária, de realização e de responsabilidade. Pelo que, e já por aqui, se terá de concluir que o vínculo social não pode fazer *tabula rasa* de outros vínculos humanamente pressupostos, no postulado de um vazio aberto ao incondicional alvedrio da vontade política, ainda que por mais de uma vez na história, e sempre tragicamente e em vão, assim se pensasse e tentasse na acção». – António CASTANHEIRA NEVES, “*O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*”, *cit.*, p. 19. «(...) a pessoa implica a relação ao outro num recíproco reconhecimento ético, como ser de dignidade em relação que é, como ainda em si mesma e pela sua eticidade constitutiva é não menos um ser de responsabilidade – em si e nos seus próprios direitos – e portanto é impensável sem o vínculo comunitário. Também aqui o homem não se reduz ao “sujeito” moderno». – *Idem*, p. 47. *Vide* ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...*”, *cit.*, p. 28, 40-41, 59-60, 64-67.

radical aproximação – se não mesmo uma parcial diluição... –, do jurídico à ética, acarretando inevitavelmente a perda de *autonomia* da juridicidade que esta opção *jurisprudencialista* toma como pilar crucial da afirmação do direito.

O *reconhecimento da diferença* implicará assim, desde logo num patamar *pré-jurídico* – mesmo *transjurídico* (ético...) –, admitir o *outro* como *diferente*, num primeiro patamar, para, num segundo patamar, fundadamente decidir quanto à posição a tomar perante tal *diferença*. Pelo que perspectivaremos também aqui o *reconhecimento* enquanto subjacente à *tolerância*, aliás, enquanto verdadeiro *pressuposto* da tolerância, na medida em que aquele e esta hão-de relevar na substancialização fundamentante da intersubjectividade. E *reconhecimento recíproco*, nessa condição e contingência. O que implicará ainda, neste entendimento, uma *relação* que o conforme como *tradução*, no sentido oferecido por James BOYD WHITE. E, assim, como um conjunto de práticas susceptíveis de constituir um *padrão* (*standard*) de justiça, na consciência da impossibilidade de compreender completamente o *outro* – uma prática que, em si, significará *tradução como integração*, no sentido de que aquela implica também, *per se*, *tolerância*, isto é, clarificação da *diversidade* e da *diferença*, constituindo a composição de um sentido *terceiro* a partir de dois sentidos *distintos*<sup>598</sup>. Postulando, assim, os aqui delineados sentidos de *reconhecimento* e *intersubjectividade* como essenciais a uma alternativa de dialéctica (re)construção *normativamente substancial* da *categoria* tolerância, como *infra* de imediato se expõe.

---

<sup>598</sup>«(...) the activity I call “translation” – making texts in response to others while recognizing the impossibility of full comprehension or reproduction – becomes a set of practices that can serve as an ethical and political model for the law and, beyond it, as a standard of justice». – James BOYD WHITE, *Justice as Translation...*, *cit.*, p. 258. «Translation is thus a species of what in the opening chapter I called “integration”: putting two things together in such a way as to make a third, a new thing with a meaning of its own». – *Idem*, p. 263. Vide ainda *idem*, p. 3-4 (1. «Intellectual Integration», p. 3-21).

## 6. Para uma alternativa de dialéctica (re)construção *normativamente substancial da categoria tolerância*

### 6.1. Sentido(s) de determinação de uma perspectivação *normativamente substancial da categoria tolerância*

Afastada aqui uma perspectivação estritamente formal-procedimental da categoria tolerância, própria de uma orientação dita especificamente *liberal*, não se seguirá contudo também uma linha estritamente *comunitarista*, procurando-se não obstante abraçar uma construção *materialmente substancial* da tolerância. Não, assim, uma que rejeite a emancipação racional autonomizante da Modernidade, antes uma que a assuma e a supere constitutivamente, no sentido de ver na tolerância uma *virtude* assente numa determinação moralmente constituída – enquanto expressão prática de uma exigência imposta à consciência, na linha da ligação kantiana «*Sittlichkeit*»/«*Moralität*», porém sem assumir a sua formalidade estrita. Não já, portanto, no estrito sentido hegeliano da relação entre *moral* e *ética*, tal como parcialmente assimilado por Rainer FORST, nem estritamente no sentido habermasiano de construção discursiva de uma moral condicionante.

Com o que assumimos aqui a tolerância, neste específico sentido, mais do que como mera *atitude* – de índole ética e/ou política – ou como *exigência prática*, como uma efectiva *virtude ética* – remontando também, com Diogo PIRES AURÉLIO, ao sentido de *virtude* proposto por ARISTÓTELES<sup>599</sup> –, no sentido, para o dizer agora também com Otfried HÖFFE, de uma *virtude cívica* («*Toleranz als Bürgertugend*»)<sup>600</sup> –,

<sup>599</sup> «Dizer que a tolerância é virtude pressupõe, pois, uma outra acepção do termo, por exemplo aquela que já havia surgido em Aristóteles. (...) É um *habitus*, por implicar uma certa predisposição adquirida para acolher o diferente; é uma atitude de «mediania», por ser ditada pela prudência e exigir, conseqüentemente, uma disponibilidade para a diferença que não excede os limites razoáveis e atende às circunstâncias». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 27. Vide *ibidem*, p. 25-27. Vide *supra*, Parte I, 2.1.1., 2.1.2.2., 2.2., p. 79-85, e 3.1..

<sup>600</sup> Vide, para um contexto de pluralismo democrático, a proposta de Otfried HÖFFE, de uma *tolerância enquanto virtude cívica* («*Toleranz als Bürgertugend*»), in Otfried HÖFFE, „*Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne*“, cit., p. 73-76. Vide ainda Otfried HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, cit., p. 207, e Otfried HÖFFE, *Ist die Demokratie zukunftsfähig?: Über moderne Politik*, C. H. BECK, München, 2009, Teil 1, 2.2. «*Zukunftsfähigkeit*», p. 27-34, especialmente p. 29; 4.4. «*Interkulturelle Rechtsdiskurse*», p. 68-72: «Ob man in einer Weltmetropole, einer Kleinstadt oder auf dem Lande wohnt – man muß etwas lernen: eine auch wechselseitigem Respekt getragene

constituída como efectiva *exigência prática* mas essencialmente fundada num *commune* agregador não excludente do *pluralismo*, aliás susceptível mesmo de ser constituído pelo próprio *pluralismo*. Não *relativismo*, pois tolerância não haverá, neste sentido, de implicar ausência de referencialidade objectiva de valoração, antes pressupor um horizonte intersubjectiva e dialógico-culturalmente constituído e contextualizado, a permitir a aceitação da pluralidade e da diferença, e a reacção face a esta, dentro de específicos *limites*<sup>601</sup>. Sentido este em que também Massimo LATORRE postula a tolerância, afirmando a respectiva prioridade axiológica e normativa, afastando-a de mero *relativismo*; distinguindo-se porém da posição que aqui intentamos ao permanecer na determinação de uma das posições face à(s) outra(s) e, simultaneamente, ao buscar a *significação e conteúdo da objectividade* e respectiva *valoração* nas «teorias do discurso», designadamente em HABERMAS e ALEXI, garantindo assim, discursivamente, estas *objectividade* e *valoração*, concomitantemente determinando-as como *universais*<sup>602</sup>.

Se, quando genericamente compreendida, a tolerância poderá definir-se como «*permissividade*», é quando considerada na sua natureza ética e apresentada como «*princípio ordenador específico do agir humano*» – dizemo-lo com TORRES RUIZ –, que

---

Toleranz. Für eine zukunftsfähige Demokratie steht diese Aufgabgabe an der Spitze ihrer Prioritäten». – *Idem*, p. 72.

<sup>601</sup>Em sentido próximo, percepcionando a tolerância enquanto categoria substancial objectivamente sustentada numa experiência comunitária e de construção dialógica, questionando, porém, a classificação da tolerância como *virtude*, vide Humberto GIANNINI, “*Accueillir l'étrangeté*”, in Claude SAHEL (Coord.), *La tolérance: pour un humanisme herétique*, Autrement, Paris, 1991, citado na tradução portuguesa *A tolerância: por um humanismo herético*, tradução de Cascais FRANCO, Difel, Lisboa, 1993, “*Acolher a estranheza*”, p. 21-33.

<sup>602</sup>«Para implementar la tolerancia necesitamos en definitiva afirmar la prioridad axiológica y normativa de esta, y para tal afirmación no podemos recurrir a cualquier principio de equivalencia o «relatividad». Es necesario algún principio de valor que afirme la superioridad de nuestra posición. Debemos por tanto afirmar que la tolerancia es «objetivamente», o «intersubjetivamente» (que no es lo mismo que «objetivamente», pero no es tampoco reducible a «subjetivamente»), y no sólo «relativamente», mejor que la intolerancia». – Massimo LATORRE, “*La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación 'discursiva'*”, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid*, ano 5, n.º 8, Enero-Junio 2000, p. 253-274, p. 270. «La universalidad de los valores, más que como «objetiva», basada por ejemplo en un cierto orden del universo, puede concebirse como «intersubjetiva», como el acuerdo al que todos los sujetos implicados en la situación objeto de valoración llegarían en condiciones discursivas ideales, en las condiciones determinadas por tanto sólo por la fuerza del mejor argumento, por una absoluta libertad de argumentación y por una perfecta paridad de derechos». – *Idem*, p. 271. Estabelecendo também ligação entre *objectividade* e *tolerância*, vide Gordon GRAHAM, “*Tolerance, Pluralism and Relativism*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 44-59. Note-se ainda a advertência face ao depauperamento manifestado quer pela absolutização quer do *universalismo* – determinando um núcleo comum a todas as culturas – quer do *relativismo* – acentuando as especificidades culturais –, quanto ao pluralismo de valor e ao diálogo intercultural, in Aulis AARNIO/Aleksander PECZENIK, “*On Values. Universal or Relative?*”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, December 1996, p. 321-330, p. 329.



adquire a sua configuração específica<sup>603</sup>. O que não afasta a permanente *instabilidade* da categoria-*virtude* tolerância, e o subsequente permanente apelo(-tendência) para a respectiva superação materialmente justificante e axiológica e/ou pragmaticamente justificada – por *indiferença*, *intolerância* ou *aceitação*<sup>604</sup>. Não afastando ainda também a necessidade de estabelecer correcções e articulações *formais* e/ou *substanciais*, alargando ou restringindo o respectivo âmbito de vinculação, consoante as exigências de evolução cultural e/ou intercultural. Base esta essencial para a aqui intentada construção de uma proposta *alternativa* de (re)construção *normativamente substancial* da categoria tolerância.

## **6.2. Densificação material e estruturação formal da categoria *tolerância* à luz de uma compreensão *normativamente substancial***

A *(re)construção normativamente substancial* da categoria *tolerância*, convocada esta nos mais diversos sentidos e com os mais diversos conteúdos e objectivos, requererá uma densificação dos respectivos *sujeitos*, *objecto* e *elementos constitutivos* ou *condições de possibilidade*. Adensando-se assim, progressivamente, o sentido e o conteúdo pretendido para a fixação de uma consequente objectividade legitimante e concomitantemente efectiva operatividade prática – designadamente no domínio jurídico – da categoria tolerância.

<sup>603</sup> «El concepto que imprecisamente hemos caracterizado como una indeterminada actitud de indulgencia o benevolencia hacia las opiniones y prácticas de otros – tolerancia como «permisividad» –, adquiere su preciso perfil cuando desvela su naturaleza propiamente ética y se presenta como un principio ordenador específico del obrar humano». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 109.

<sup>604</sup> «Tolerance is an unstable virtue». – George FLETCHER, “*The Instability of Tolerance*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 158-172, p. 158. «The two-step thinking required for tolerance – I do not like it, but intervening is impossible or unadvisable – is constantly replaced by the one-step logic implicit in indifference, justified intervention, or acceptance». – *Idem*, p. 171. «(...) Toleranz setzt eben diesen Respekt vor der Person und ihrer Autonomie voraus». – Stefan HUSTER, “*Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft*”, *cit.*, p. 22.

## 6.2.1. *Sujeitos da relação de tolerância*

### 6.2.1.1. *Sujeito activo e sujeito passivo da relação de tolerância*

Afastada a univocidade da compreensão colectiva – religiosa, política... – do apelo à tolerância – quer do ponto de vista dos *sujeitos activos* quer do dos *sujeitos passivos* da relação –, e posicionada agora, para além desse patamar colectivo, também no plano da subjectividade e das relações intersubjectivas *primárias* – mesmo as de *primeiro nível*, no sentido da construção hegeliana, de inspiração aristotélica –, a tolerância toma hoje múltiplas formas, longe das conformações religiosa e ético-moral tradicionalmente assumidas. Assim, o núcleo duro da tolerância não será já constituído pela relação entre grupos com sólida sedimentação axiológica, estabelecendo-se como *condição* permanente, desde a relação do indivíduo *consigo próprio* – nas suas ambiguidades, hesitações, incertezas – à relação com a sociedade, passando pelas relações interpessoais, desde as mais íntimas às mais remotas. Pelo que a tolerância, individual ou colectivamente inteligida, pressuporá sempre um *outro*, *rectius*, alguém *outro*, e assim uma percepção híbrida de um sujeito relativamente a si próprio ou, mais comumente, pelo menos *dois sujeitos* (individuais ou colectivos), o *tolerante* – *sujeito activo* – e o *tolerado* – *sujeito passivo* –, numa *relação* exactamente marcada pela ausência... de *relação*<sup>605</sup>, pressuposta porém uma certa *reciprocidade* na relação entre *tolerante* e *tolerado*.

### 6.2.1.2. *Posição relativa dos sujeitos da relação de tolerância: tolerância vertical e tolerância horizontal*

Tendo por critério a qualidade e posição dos sujeitos na *relação de tolerância*, afere a distinção entre *tolerância vertical* e *tolerância horizontal* a existência ou

<sup>605</sup>«(...) una relación intersubjetiva o de alteridad en la que intervienen necesariamente dos sujetos: un sujeto deudor o *tolerante* (sujeto activo) y un sujeto acreedor o *tolerado* (sujeto pasivo). Evidentemente los sujetos de la relación de tolerancia pueden ser titulares individuales o titulares colectivos (...).» – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 107.

inexistência de *supra-infra-ordenação* numa *relação de tolerância*, sendo geralmente sujeitos da *tolerância vertical* o Estado, por um lado, e os cidadãos, pelo outro, e na *tolerância horizontal* os cidadãos nas relações entre si, quer individual quer colectivamente considerados.

Em sentido *vertical*, a tolerância surge frequentemente como susceptível de incarnar um *princípio constitucional objectivo*, ao lado do *princípio da neutralidade estatal* – por vezes em conjugação ou em tensão/discordância com este –, constituindo parte integrante da estrutura dorsal de um Estado de Direito, e assim igualmente impondo-se directa e imediatamente ao Estado na sua actuação. Note-se, todavia, que o Estado seria aqui mais um *guardião da tolerância* do que directamente um destinatário do *princípio de tolerância*. E, em sentido *horizontal*, mesmo que não expressamente consagrado, como vinculação essencial de uma sociedade plural, expressa no respeito mútuo entre grupos, e entre os respectivos membros<sup>606</sup>. Se ao nível da *tolerância vertical* o Estado teria como função garantir a ausência de discriminação na actuação das autoridades públicas, ao nível da *tolerância horizontal* caberia ao Estado reprimir a

---

<sup>606</sup> «Por vezes postula-se a existência de um princípio de tolerância que obrigaria o *Estado*, em especial na solução de conflitos de mundividências, posições religiosas ou políticas, a uma conduta tolerante – um princípio constitucional objectivo, tal como o imperativo de neutralidade estatal. Segundo outra concepção, porém, o imperativo de tolerância dirigir-se-ia antes, primária ou exclusivamente, aos próprios *cidadãos*, que estariam vinculados, numa sociedade pluralista, a tolerar concepções e formas de vida divergentes – isto, apesar de não existir qualquer consagração expressa de um tal dever constitucional (fundamental ou não) de tolerância dos cidadãos, e de a sua indeterminação poder até, eventualmente, levantar problemas face a outros princípios, como o do Estado de direito.

Distinguindo a tolerância a que se referem estas duas concepções, autonomizou-se já uma “*tolerância vertical*” de uma “*tolerância horizontal*”. De acordo com a primeira, cabe ao Estado “assegurar que as autoridades públicas não discriminem os grupos e os indivíduos”, com a “função institucional de *guardião da tolerância (Hüter der Toleranz)* (...). Logo os termos em que a distinção está formulada tornam claro, porém, que o Estado não aparece verdadeiramente como *destinatário* do imperativo da tolerância, sendo, mesmo na dita “*tolerância vertical*”, apenas *guardião* de obrigações existentes entre grupos que lhe são estranhos. E pode, mesmo, dizer-se que, pelo menos quando está em causa a tolerância para com ideias políticas, religiosas, ou formas de vida, o modelo de um “*Estado de tolerância*” é incompatível com o imperativo de neutralidade ética que impende sobre este». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 757-758, citando Ernesto GARZÓN VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, *cit.*, p. 128 ss., e remetendo para Luís NUNES DE ALMEIDA, “*Para onde vai a tolerância em Portugal?*”, in Alfredo DINIS (Org.), *Para onde vai a cultura portuguesa?*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Filosofia, Braga, 2001, p. 93-108, p. 98-99, e, quanto à expressão *Hüter der Toleranz*, para Axel VON CAMPENHAUSEN, “*Der heutige Verfassungsgtaat und die Religion*”, in Joseph LISTL/Dietrich PIRSON (orgs.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1994, § 2, p. 62, e ainda, quanto à expressão “*Estado de tolerância*”, para Stephan HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 227-228.

intolerância – constituindo assim a *tolerância horizontal* o pressuposto da *tolerância vertical*<sup>607</sup>.

Afigura-se-nos exemplarmente ilustrativa da distinção entre *tolerância vertical* e *tolerância horizontal* a representação gráfica proposta por Ernesto GARZÓN VALDÉS, através de uma relação triádica, da existência ou inexistência de *supra-infra-ordenação* entre os sujeitos da *relação de tolerância*<sup>608</sup>. Expressando o acto de tolerar, em ambos os casos, a partir da relação triádica  $aTbX^c_{t1...tn}$ , sendo  $a$  o tolerante,  $T$  a tolerância,  $X$  o acto tolerado,  $b$  o(s) destinatário(s) da tolerância, e  $c$  a circunstância específica da tolerância,  $t1$  e  $tn$  dois momentos temporais, posto que quem tolera não o faz em princípio uma única vez, devendo manter a atitude em igualdade de circunstâncias. No caso da *tolerância vertical*, a relação triádica será sempre assimétrica, enquanto na *tolerância horizontal* se poderá verificar uma relação triádica simétrica ou assimétrica. Quando numa situação de *tolerância horizontal* se verifique uma relação triádica simétrica, e, assim, *tolerância recíproca*, haverá uma conjugação de relações triádicas:  $aTbX^c_{t1...tn}$  &  $bTaZ^{c'}_{t1...tn}$ , em que  $X$  e  $Z$  representam actos com conteúdos potencialmente diferentes, e  $c$  e  $c'$  circunstâncias potencialmente diferentes.

Cruzando aquela primeira distinção com uma outra, entre *tolerância privada* e *pública*, VALDÉS identifica como requisito essencial da *tolerância horizontal pública* –

<sup>607</sup> «Tem-se entendido, porventura, que às entidades públicas, nomeadamente, ao Estado, cabe sobretudo praticar a *tolerância vertical* – isto é, assegurar que as autoridades públicas não discriminam os grupos e os indivíduos em função das respectivas etnias, opções ideológicas ou práticas religiosas (...).

E tem-se, porventura, entendido também que, relativamente à *tolerância horizontal* – aquela que se traduz no respeito mútuo entre os distintos grupos, bem como entre os indivíduos que os compõem – a tarefa do Estado consiste principalmente em reprimir os actos de intolerância (...).

Contudo, se a raiz da intolerância reside, efectivamente, na ignorância e no medo, então a tolerância não se impõe por intermédio de medidas legislativas. Não quer isto dizer que elas não sejam importantes, principalmente, no quadro da indispensável garantia da *tolerância vertical*, que assume sobretudo uma dimensão político-jurídica; significa apenas que elas são manifestamente insuficientes, desde logo, para assegurar a *tolerância horizontal*, cuja natureza é, sobretudo, a de um dever moral, sendo certo que essa *tolerância horizontal* constitui, aliás, pressuposto de bom funcionamento da própria *tolerância vertical* (...). – Luís Nunes de ALMEIDA, “*Tolerância, Constituição e Direito Penal*”, *cit.*, p. 170-171.

<sup>608</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, in *Claves de Razón Pública*, 19, Enero-Febrero 1992, Madrid, p. 16-23; in *Estudios*, 29, ITAM, México, 1992, p. 33-50, disponível em [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras29/texto3/sec\\_1.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras29/texto3/sec_1.html) (acedido em 10/11/2011); também in *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 401-415 (versão citada), p. 404-405. No mesmo sentido, também Ernesto GARZÓN VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, *cit.*, p. 128-129: «(...) it may be useful to distinguish toleration that presupposes a relationship of superiority and subordination from toleration that does not. The first type I will call “vertical toleration”, the second “horizontal toleration”. In both cases, the act of toleration can be expressed as a triadic relationship involving: a) a tolerant person, b) the addressee(s) of the act of toleration, and c) the specific circumstances of the case».

não já da *tolerância horizontal privada* – a *reciprocidade*, representando-a do seguinte modo:  $(a, b \in C) (aTbX^c \leftrightarrow bTaX^c)$ , com  $a$  e  $b$  representando membros de uma colectividade  $C$  e  $X$  o conjunto de actos tolerados nas circunstâncias  $c$ <sup>609</sup>. Oferecendo como exemplo de *tolerância horizontal pública* o *contrato social*, VALDÉS remete para a noção de *contrato* – «*Vertragen*» – elaborada por KELSEN, considerando-o como requerendo que as partes *se tolerem* – «*sich vertragen*» –, referindo-se expressamente à ligação etimológica e significante que em alemão se estabelece entre as duas expressões<sup>610</sup>.

Assinale-se ainda, quanto ao sentido de *tolerância vertical*, que um Estado tolerante não terá de ser necessariamente um Estado *neutro*<sup>611</sup>. Ao Estado caberá, neste sentido, mais a *neutralidade* do que a tolerância, não apenas porque os sujeitos da tolerância hão-de ser *pessoas* como também porque ao Estado incumbe, principalmente, neste domínio, a manutenção da igualdade de oportunidades em igualdade de circunstâncias<sup>612</sup>. Além de que a *neutralidade*, não susceptível de garantir a tolerância,

<sup>609</sup>Ernesto GARZÓN VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 404-405. GARZÓN VALDÉS convoca para o título deste artigo o do conhecido conto de Manuel VICENT que ilustra exemplarmente a questão da tolerância, e pelo qual recebeu em 1980 o *Prémio González-Ruano* de periodismo. – Vide Manuel VICENT, *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*, Debate, Madrid, 1983. Vide ainda GARZÓN VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, *cit.*, p. 129-130.

<sup>610</sup>«En el caso de la tolerancia horizontal pública, Hans Kelsen (...) ha puesto de manifiesto la relevancia que tiene el contrato social entre iguales como fundamento de la democracia. El contrato (*Vertrag*) requiere de las partes que se toleren recíprocamente (*sich vertragen*). En castellano no es posible reflejar esta vinculación lingüística; no es ello lo importante sino la vinculación conceptual que establece Kelsen entre tolerancia recíproca o compromiso e democracia. La lesión de esta tolerancia recíproca afecta esencialmente la democracia». – Vide Ernesto GARZÓN VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 406-407, referindo-se a Hans KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1929, p. 57. Em crítica à possibilidade de ausência de hierarquia na definição de tolerância oferecida por GARZÓN VALDÉS, vide René González DE LA VEGA, “¿Es posible hablar de tolerancia entre iguales? Algunas consideraciones críticas”, in *Dianóia*, vol. 55, n.º 64, mayo 2010, p. 109-126, especialmente p. 113-116, 119-125. Acerca desta ligação etimológica, vide *supra*, Parte I, 1.2.2.

<sup>611</sup>«Uma concepção de um “Estado de tolerância” generalizado não obrigaria, na verdade, à imparcialidade ou neutralidade em termos políticos, religiosos, ou de formas de vida. (...)»

Importa, na verdade, distinguir entre o *imperativo da tolerância* e o *imperativo de neutralidade*. Nos domínios – por exemplo, religioso – em que este imperativo de neutralidade deve ser aceite, ele afigura-se incompatível com a ideia de um “Estado tolerante”, o qual pressuporia já, como vimos, a assunção pelo Estado de uma *posição parcial*, susceptível de fundar a divergência que torna possível a tolerância. Tal assunção, favorecendo uma determinada posição, está vedada pelo imperativo de neutralidade ética – pelo menos em matéria religiosa ou mundividencial ou ideológica – ao *Estado*, mas não aos *particulares*. – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 758-760.

<sup>612</sup>É este também o sentido assumido na concepção dita *perceptual* de tolerância de HEYD: «Approaching tolerance in perceptual terms also explains why governments cannot strictly be said to be tolerant. Tolerance is not only shown exclusively *to* people but also exclusively *by* people. (...) One may therefore speak only of the *neutrality* of the state, precisely in its having no concern whatsoever with the particular beliefs and lifestyles of its citizens. But neutrality is an abstract principle (...). Satisfying the

poderá ser mesmo compatível com a *intolerância* e a *repressão*. É assim que, para o próprio RAWLS, na compreensão da *justiça como equidade*, a *neutralidade – de procedimento e de objectivo*, não já *de efeito* ou *de influência* – haveria de ser compatível com a determinação de certos valores *morais*, no quadro de uma *teoria política da justiça* – e, assim, sempre por referência ao *consenso de sobreposição*<sup>613</sup>.

É igualmente neste sentido que John HORTON divisa no *princípio da neutralidade* menos um argumento a favor da tolerância do que uma reafirmação da sua desejabilidade. Embora muitas vezes assentando num *cepticismo moral* ou num *relativismo moral*, isso não significaria que qualquer uma dessas *doutrinas morais* sustentasse a tolerância, podendo mesmo ser-lhe contrárias, pois que a consideração de que uma certa *forma de vida* é tão boa quanto qualquer outra, embora compatível com a tolerância, será também consistente com a imposição intolerante de uma em detrimento de outra<sup>614</sup>. Não poderá, todavia, deixar de afirmar-se que esta segunda possibilidade já colide com a *neutralidade* estatal. É num *princípio do respeito pelas pessoas* que HORTON pretende afinal fundar a não interferência tolerante nas escolhas livres. Recuperando da filosofia moral kantiana este princípio, para concluir que reafirma a natureza autónoma e racional das pessoas, exigindo aquela *tolerância*. Alicerçando-se no *respeito* pelas pessoas, o *limite* da tolerância encontrar-se-ia aqui nas escolhas que

---

requirements of this principle does not involve any kind of tolerance in the narrow moral sense». – David HEYD, «Introduction», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 15-16. «States or nations, then, can be tolerant only in the derivative sense, namely in consisting of tolerant individuals (or communities of individuals). States can only indirectly promote moral norms that encourage tolerant attitudes in interpersonal relations». – David HEYD, «Is Toleration a Political Virtue?», cit., p. 183.

<sup>613</sup>«Justice as fairness is not, without important qualifications, procedurally neutral. Clearly its principles of justice are substantive and express far more than procedural values, and so do its political conceptions of person and society. If we do apply to it the idea of procedural neutrality, we must do so in virtue of its being a political conception that aims to be the focus of an overlapping consensus». – John RAWLS, «The Priority of Right and the Ideas of the Good», in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, 1988, p. 251-276, p. 261. Vide ainda, sensivelmente *ipsis verbis*, John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 192 (V. «Priority of Right and Ideas of the Good», p. 173-211). «(...) we may distinguish procedural neutrality from neutrality of aim, but the latter is not to be confused with neutrality of effect or influence. As a political conception for the basic structure justice as fairness as a whole can be seen as exemplifying a kind of procedural neutrality, and it also hopes to satisfy neutrality of aim in the sense that the basic institutions and public policy are not to be designed to favor any particular comprehensive doctrine. Neutrality of effect or influence political liberalism abandons as impracticable, and since this idea is strongly suggested by the term itself, this is a reason for avoiding it». – John RAWLS, «The Priority of Right and the Ideas of the Good», cit, p. 263. Vide ainda John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 194.

<sup>614</sup>«The principles of neutrality and respect for persons have both been strongly favoured by liberals. (...) the principle of neutrality seems less an argument for toleration than a mere restatement of its desirability. Often underlying the principle of neutrality is some form of moral skepticism or relativism, but it is not clear that either of these doctrines necessarily supports toleration. For example, the view that one way of life is as good as another, though quite compatible with a policy of toleration, is also consistent with the intolerant imposition of one way of life on everyone». – John HORTON, «Toleration», cit., p. 522.

não exprimam tal *respeito*<sup>615</sup>. Acabando HORTON, porém, por, reconhecendo o carácter vago do princípio, não substanciar o conteúdo material daquele *respeito*, admitindo todavia esta como a via para a determinação do *fundamento* da tolerância e dos seus *limites*. Numa solução com afinidades, afinal, com a sustentada por Rainer FORST, partilhando o ponto de partida da noção kantiana de *respeito*, para a converter em *reconhecimento*, enquanto faculdade de índole *moral*, e, nessa medida, *universal*, porque cumprindo os crivos da *reciprocidade* e *generalidade*, e assim susceptível de ser fundada num *direito à justificação*, e seu correspectivo *dever de justificação*, reciprocamente oponíveis em condições de igualdade<sup>616</sup>.

Posto o que haverá que afirmar que a *indeterminação* ínsita à noção de tolerância, mormente em virtude da multiplicidade de conteúdos susceptíveis de integrarem a sua formulação, da posição relativa dos sujeitos e da possibilidade da sua invocação reversiva pelas diferentes partes envolvidas, dificultará a respectiva invocação como princípio fundamentante<sup>617</sup>. Assim, como afirma Paulo MOTA PINTO, no contexto de *pluralismo ético* actual, em que a sociedade se desdobra em múltiplas opções quanto a *formas de vida*<sup>618</sup>, ultrapassado está o sentido *liberal* da prioridade do “*justo*” – neutral-formalmente postulado – sobre o “*bem*”, binómio este superado dialecticamente por uma panóplia de novas combinações, dentre as quais, em algumas construções, se destaca a própria recuperação, em função do *imperativo da neutralidade*

<sup>615</sup> «The principle of respect for persons does, however, offer a reason why it may be wrong to interfere with the free choices of another person. This principle, which has its roots in the moral philosophy of Kant, maintains that persons’ moral choices express their nature as autonomous and rational agents. Respect for persons as autonomous and rational agents, therefore, requires toleration of their self-chosen actions. The limits of toleration are established by the principle itself since choices that do not exhibit respect for persons should not be tolerated». – *Idem*, p. 522.

<sup>616</sup> Vide Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., p. 36.

<sup>617</sup> «Este confronto da tolerância com a neutralidade torna-se claro quando se repara, em primeiro lugar, em que a própria *ambivalência*, *indeterminação* ou carácter vago, já referidos, da ideia de tolerância tornam possível que ela seja frequentemente invocada pelos dois lados de um conflito». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, cit., p. 758, remetendo, quanto àquela *ambivalência*, para Rainer FORST, “*The Limits of Toleration*”, in *Constellations*, vol. 11, 2004, p. 312-325 (versão inglesa de Rainer FORST, “*Grenzen der Toleranz*”, in Winfried BRUGGER/Görg HAVERKATE, *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, Beiheft 84, p. 9-21; também in Ingrid CREPELL/Russell HARDIN/Stephen MACEDO (Eds.), *Toleration on Trial*, Lexington, Lanham, 2008, p. 17-30).

<sup>618</sup> Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, cit., p. 760-761, remetendo para a distinção entre pluralismo ético, pluralismo de convicções políticas e de interesses e pluralismo de valores, proposta em S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, cit., p. 88 ss., e, quanto à distinção entre “*justo*” e “*bem*”, para John RAWLS, “*The Priority of the Right and the Ideas of the Good*”, 1988, in Samuel FREEMAN (Ed.), *John Rawls. Collected Papers*, Cambridge-London, 1999, p. 449-472, p. 450-451.

do Estado, da própria precedência do “justo” sobre o “bem”<sup>619</sup>. Imperativo aquele a verificar não do ponto de vista dos *efeitos* da actuação do Estado, mas sim da sua *fundamentação*<sup>620</sup>. E insusceptível de imposição individual aos cidadãos<sup>621</sup>.

### 6.2.2. *Objecto(s) da relação de tolerância: pessoas, ideias, comportamentos (?)*

Além de sujeito(s), haverá a identificar um *objecto da relação de tolerância*, aquilo que se tolera, sendo que tal *objecto* será constituído, em algumas concepções, por *convicções* e/ou *comportamentos* – como é o caso da análise de TORRES RUIZ<sup>622</sup> –, e noutras pela própria *pessoa do tolerado* – como é o caso da análise *perceptual* de David HEYD<sup>623</sup>. E tendo ainda por *conteúdo* – continuando a acompanhar TORRES RUIZ – o que é *reciprocamente devido* ao tolerante e ao tolerado<sup>624</sup>.

Numa análise que atende mormente às consequências distintas evidentes para a determinação dos respectivos *limites*, Luís NUNES DE ALMEIDA diferencia a *tolerância*

<sup>619</sup>«(...) se nos seus efeitos e na defesa de diversas propostas políticas não pode sem dúvida impor-se ao Estado um absoluto dever de neutralidade, deve afirmar-se, por um lado, uma *precedência do “justo” sobre o “bem”*, e, por outro lado, um *imperativo de neutralidade quanto à fundamentação para a actuação do Estado*». – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 761-762.

<sup>620</sup>«O imperativo de neutralidade refere-se, na verdade, não aos *efeitos* da actuação, mas antes à sua *fundamentação*». – *Idem*, p. 763.

<sup>621</sup>«(...) a ideia de uma “tolerância estatal”, ou de um “Estado de tolerância” (e não apenas “guardião da tolerância” entre grupos) pressuporia que o Estado tivesse adoptado uma posição própria em questões de religião e mundividência, o que lhe está vedado, pois deve respeitar a igual legitimidade de todas as concepções, comportando-se, neste sentido, de modo neutral». – *Idem*, p. 764. Especificamente sobre o confronto entre *neutralidade liberal* e *tolerância liberal*, *vide supra*, 1.3..

<sup>622</sup>«(...) con un objeto, el cual no es otro que *aquello que se tolera*. (...) «opiniones», (...) «opiniones o prácticas». Con ello parece indicarse que esta indulgencia se desarrolla en los planos propios de la actividad humana, tanto en el orden especulativo como en el práctico (...). — José Ramón TORRES RUIZ, “El concepto de tolerancia”, *cit.*, p. 107-108.

<sup>623</sup>«According to the perceptual conception, only human beings are, strictly speaking, the objects of toleration. We do not tolerate opinions and beliefs, or even actions and practices, only the subjects holding disliked beliefs and the agents of detested actions». – David HEYD, «Introduction», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 14. «The personal dimension of the tolerant attitude means then that both the tolerator and the object of toleration must be persons, which explains the previously discussed claim that the state cannot strictly speaking show toleration. (...) despite common usage, practices cannot be the object of toleration, but only the individuals taking part in those practices». – David HEYD, “Is Toleration a Political Virtue?”, *cit.*, p. 186-187.

<sup>624</sup>«(...) el contenido de esta relación, es decir, *qué es lo debido por el tolerante y qué es lo adeudado al tolerado*. En definitiva, se trata de ver qué comportamiento corresponde o qué situación ocupa cada uno de los sujetos de esta relación». – José Ramón TORRES RUIZ, “El concepto de tolerancia”, *cit.*, p. 108.



em relação aos comportamentos, a tolerância em relação às ideias e a tolerância em relação às pessoas. A primeira a indicar uma concertação específica entre o princípio do pluralismo e o princípio do respeito pela dignidade humana, estabelecendo-se o respectivo limite em termos de «(...) se excluir da tolerância individual, social e jurídica aqueles comportamentos que atingem a liberdade, os interesses e os direitos de outras pessoas de outras pessoas, sejam eles individuais ou colectivos»<sup>625</sup>. A segunda a determinar o carácter absoluto da liberdade de consciência de cada um, e a estabelecer como limite da liberdade de expressão os direitos dos outros, «(...) o que exige sempre uma avaliação, a qual deve procurar compatibilizar, através de um esforço de concordância prática, esses mesmos direitos com a própria liberdade de expressão do pensamento, em função dos interesses em presença»<sup>626</sup>. E a terceira a admitir um grau acrescido de exigência, ao pressupor uma «(...) capacidade de perdoar (...)», em nome do respeito pela dignidade humana: «Na verdade, mesmo relativamente àqueles que tenham tido comportamentos ou manifestado ideias fora dos limites do tolerável, impõe-se, da parte de todos e da sociedade, um tratamento que, por dever respeitar a dignidade humana, não pode deixar de se compaginar com as exigências da tolerância, pelo menos sob a forma da necessária indulgência»<sup>627</sup>. Distinguindo Paulo MOTA PINTO, por sua vez, por referência a estes sentidos, *tolerância em relação às ideias* de *tolerância em relação aos comportamentos*<sup>628</sup>.

Constatemos as dificuldades de estabelecimento de uma distinção nítida conducente à *supra* mencionada categorização especificante do *objecto da tolerância*. Efectivamente, destringar rigorosamente *tolerância em relação aos comportamentos*,

<sup>625</sup>Luís Nunes de ALMEIDA, “Tolerância, Constituição e Direito Penal”, *cit.*, p. 166-167. Vide ainda Luís NUNES DE ALMEIDA em “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, *cit.*, 96-97.

<sup>626</sup>Luís Nunes de ALMEIDA, “Tolerância, Constituição e Direito Penal”, *cit.*, p. 168. Vide ainda Luís NUNES DE ALMEIDA em “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, *cit.*, 97.

<sup>627</sup>Luís Nunes de ALMEIDA, “Tolerância, Constituição e Direito Penal”, *cit.*, p. 168. Vide ainda Luís NUNES DE ALMEIDA em “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, *cit.*, 97-98.

<sup>628</sup>«Importa (...) distinguir, designadamente, consoante a relação entre quem tolera e o que é tolerado (parentes, amigos, vizinhos, cidadãos, estranhos, etc.) e consoante os sujeitos (indivíduos, grupos, instituições) e, sobretudo, os objectos da tolerância (ideias ou crenças, comportamentos, pessoas), pois as razões a favor da tolerância e seus limites são susceptíveis de variar de acordo com estas dimensões». – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 768, citando Michael ROSENFELD, *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, New York, 1998, p. 185, e referindo a distinção proposta por Luís NUNES DE ALMEIDA em “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, *cit.*, p. 96-97. «Parece haver aqui que distinguir-se entre diversos objectos de tolerância – designadamente, entre tolerância em relação a ideias e tolerância em relação a comportamentos». – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 775, remetendo, em nota (n. 102, p. 775), para Luís NUNES DE ALMEIDA, “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, *cit.*, p. 96 ss..

*tolerância em relação às ideias e tolerância em relação às pessoas* exigirá, em primeiro lugar, compartimentar as situações *objecto de tolerância* – e não apenas analiticamente, antes substancialmente, enquanto tipos distintos de *objectos de tolerância* –, desmembrando-as ao ponto de distinguir, em cada uma delas, os *comportamentos*, as *ideias* e as *pessoas* envolvidas. Se os primeiros são facilmente identificáveis e analiticamente isoláveis para efeitos de consideração enquanto *objecto de tolerância*, as segundas já não o serão, surgindo por via dos primeiros e sempre enquanto expressas neles. De facto, as ideias só serão passíveis de constituir *objecto de tolerância* ou de intolerância quando expressas, o que, em si, constituirá já um comportamento<sup>629</sup>. Quanto às pessoas, duas possibilidades se afiguram: a consideração da pessoa em si, nas suas condições intrinsecamente características – tais como a origem étnica e/ou cultural ou o sexo –, poderá constituir, em circunstâncias específicas extremas, *objecto de tolerância* ou de intolerância; porém, o mais verosímil será tais condições estarem associadas a e exprimirem-se manifestamente através de comportamentos e de ideias expressas em comportamentos, pelo que, de novo, será através destes que aquelas outras categorias se expressam. Sentido em que James BOHMAN afirma constituir a tolerância *abertura discursiva* («*discursive openness*»), partindo da observação de Onora O’NEILL segundo a qual a *comunicação* em si mesma é o *objecto* próprio da prática tolerante em democracia<sup>630</sup>.

A recondução do *objecto* da tolerância a *comportamentos* não exclui, evidentemente, a possibilidade de a pura e simples associação cultural da pessoa a um determinado conjunto de comportamentos típicos da sua origem poder conduzir a reacções tolerantes ou intolerantes – o que, aparentando inserir-se numa noção de *objecto de tolerância* constituído directa e simplesmente pela pessoa, antes acaba por resultar da experiência de associação de determinadas ideias e comportamentos a

---

<sup>629</sup>No mesmo sentido, mas no quadro da distinção entre *actos* e *estados de coisas* enquanto *objectos de tolerância*, afirma GARZÓN VALDÉS: «(...) someone could say that not only acts, but also states of affairs can be the objects of toleration. This is true; but it applies only to states of affairs which are the result, or consequence, of human acts. Obviously, it does not make sense to say that someone tolerates the weather». – Ernesto GARZÓN VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, *cit.*, p. 129.

<sup>630</sup>«In order to capture the obligations of public deliberation, Onora O’Neill correctly argues that it is communication itself that is “the proper object of toleration” in a democracy. (...) Toleration in this sense is at minimum discursive openness». – James BOHMAN, “*Deliberative Toleration*”, *cit.*, p. 763, citando Onora O’NEILL, “*Practices of Toleration*”, in Judith LICHTENBERG (Ed.), *Democracy and the Mass Media. A Collection of Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1990, p. 155-185, p. 167.

pessoas. Questão distinta será já a de considerar a *Pessoa, em si e por si*, como *objecto* de tolerância. Aqui haverá, a final, que concluir pela ausência de *objecto de tolerância*: a *Pessoa*, assumida na sua dignidade – independentemente dos sentidos civilizacionais de dignidade assumidos, e apesar dos problemas que de tais sentidos possam advir para a questão da tolerância... –, será um *objecto impossível* para a tolerância, na medida em que, relativamente a esta, enquanto apenas nessa qualidade, não se estará perante uma situação relacional – e isto sem esquecer a possibilidade da tolerância *para consigo próprio*... –, posto que, sendo condição comum a todo o ser humano, o facto de ser pessoa não admite a rejeição social dessa qualidade – ainda que factualmente se constatem situações patológicas de tal rejeição... Além de que a dignidade conferida ao ser humano pressupõe já uma valoração positiva que exclui a possibilidade de divergência no sentido em que é admitida no seio da problemática da tolerância.

Ora, sendo a tolerância uma categoria relacional, o seu *objecto* há-de ser constituído não por *ideias* não concretizadas numa dimensão prática nem por *pessoas* independentemente da sua actuação, mas pelo *conteúdo de situações relacionais* – ou seja, *comportamentos(-práticas)*. E nem mesmo quaisquer comportamentos, antes comportamentos manifestantes de distintas “*formas de vida*”, e, assim, enquanto susceptíveis de suscitar divergências material-axiologicamente fundadas. O que, por outro lado, se reflecte ainda na possibilidade de um mesmo *objecto-comportamento* ser qualificável como *tolerável* ou *intolerável* consoante os sujeitos nele envolvidos e/ou o contexto valorativo em que ocorram.

### **6.2.3. Elementos constitutivos/condições de possibilidade da categoria tolerância**

Postulada aqui a categoria *tolerância* como exigência *normativamente substancial*, haverá que caracterizar tal percepção, eticamente postulada – uma vez esclarecida a posição tomada quanto aos respectivos *sujeitos* e *objecto(s)* admissíveis –, quanto aos seus *elementos constitutivos*, os quais, enquanto requisitos essenciais cumulativos determinantes da possibilidade da verificação de *situações de tolerância*, se apresentarão como suas efectivas *condições de possibilidade*. O que se diligenciará

excluindo, progressivamente, possibilidades outras de densificação desta mesma categoria, a fim de reconhecer nos interstícios das diferenças que relativamente àquelas se forem identificando, finalizando com uma substancialização do que se postulará aqui como *conteúdo da tolerância*.

### **6.2.3.1. Contributos alternativos substancialmente densificadores do *conteúdo da categoria tolerância***

Concentremo-nos, então, na construção sistemática dos *requisitos, características, componentes e/ou condições de possibilidade* da categoria tolerância. Seleccionando tematicamente as enunciações dos contributos *infra* convocados à luz de um critério de enunciação-explicação de *requisitos, características, componentes e/ou condições de possibilidade* especificamente densificantes da tolerância. E, assim, dialogando quer com construções já *supra* analisadas como assumidos *modelos* ou *teorias de tolerância*, autonomamente construídos enquanto dimensão de uma *teoria política* ou de uma *teoria da justiça* – será este o caso, respectivamente, da convocação de Anna Elisabetta GALEOTTI, Joseph RAZ e Jürgen HABERMAS, por um lado, e de Andrew FIALA e Rainer FORST, por outro –, quer com outras, agora convocadas em virtude do pontual contributo para a densificação do conteúdo da *categoria* – será este o caso dos também já *supra* convocados TORRES RUIZ, Glenn NEWEY e GARZÓN VALDÉS. E cuja ordem de convocação será a da aproximação – estrutural e/ou materialmente – crescente à orientação que aqui se perfilhará. A fim de, concordando e discordando dos interlocutores evocados, fundadamente apresentarmos uma progressiva aproximação à estruturação das *condições de possibilidade/determinações de conteúdo* da compreensão da categoria *tolerância* que se nos afigura adequada ao substrato de fundamentação convocado e à conseqüente potencialidade prática da mesma. O que, além de justificar a sequência seleccionada, orientará os comentários apostos às argumentações consecutivamente observadas.

### 6.2.3.1.1. As características dos genuínos casos de tolerância em Anna Elisabetta GALEOTTI

A determinação das *relações de tolerância* a partir de relações entre grupos majoritários e minoritários conduz Anna Elisabetta GALEOTTI, na sua reconsideração do problema da prática de tolerância – de base *liberal*, mas para lá da tradicional *neutralidade liberal*, como vimos<sup>631</sup> – à identificação do que designa por *genuínos casos de tolerância* («*genuine cases of toleration*») – enquanto casos que colocam frente a frente *grupos* distintos –, que apresentariam, cumulativamente, as seguintes características: (1) resultantes de uma contenda entre maiorias e minorias existentes numa sociedade; (2) sobre características, comportamentos, convicções e práticas de grupos minoritários, classificados como diferentes e repudiados pela maioria; (3) quando esse grupo minoritário fosse compreendido como constituindo uma ameaça à ordem tradicional e à vida habitual dessa sociedade; e (4) quando tal grupo pretendesse resistir à intolerância, e exigir tolerância pública perante as suas diferenças<sup>632</sup>. Tais casos – e respectivas vicissitudes – situar-se-iam, actualmente, sobretudo, na esfera pública, tomando GALEOTTI como assente que nas sociedades democráticas liberais actuais a tolerância na esfera privada se encontra estabilizada<sup>633</sup>.

De relevante interesse na análise da tolerância pública, e, concomitantemente, na luta pelo reconhecimento de direitos de minorias, distancia-se porém a presente análise de uma consideração imediatamente intersubjectiva da tolerância. Com o mérito, porém, de avocar como condição essencial à tolerância a iniciativa de afirmação da diferença como susceptível de pôr em causa os valores estabelecidos numa sociedade e resistir à intolerância que a maioria pretendesse fazer prevalecer sobre as respectivas afirmações de *diferença*. Conduzindo, todavia, como *supra* se verificou, a uma consideração da tolerância como categoria *instrumental* – ou nível intermédio –, sem individualização

<sup>631</sup> *Vide supra*, 1.2.3..

<sup>632</sup> «(...) the argument I have developed so far reconceptualizes the circumstances of genuine cases of toleration as follows: the issue of toleration develops (a) around a contest between majorities and minorities, coexisting in a given society; (b) over traits, behavior, beliefs, and practices of minority groups, labeled as different and disliked by the majority; (c) when the minority group is perceived as posing a threat to the traditional order and the customary life of that society; and (d) when it is willing to resist intolerance, and to claim public toleration for its differences». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 93-94 (3. «*Toleration Reconsidered*», p. 85-114).

<sup>633</sup> «When toleration already exists in the private sphere, as is the case in liberal democracies, then it can also be claimed in the public domain». – *Idem*, p. 95.

específica, antes como passo para o *reconhecimento* nas sociedades liberais<sup>634</sup>. E, assim, afastando-se da densificação que aqui pretende propor-se.

### 6.2.3.1.2. Os traços da tolerância em Joseph RAZ

No quadro da respectiva proposta de compreensão da tolerância, *supra* analisada<sup>635</sup>, define Joseph RAZ, por sua vez, os seguintes traços característicos da tolerância: (1) apenas seria *comportamento intolerante* o comportamento indesejável para o seu destinatário ou normalmente visto como indesejado; (2) ser tolerante pressuporia a tendência para não o ser ou a tentação de não o ser; (3) tal tendência haveria de ser baseada em aversão ou antagonismo face ao comportamento, característica ou particularidade da existência do seu objecto; (4) a tendência intolerante haveria de ser, pelo menos para a pessoa que a experienciasse, desejável<sup>636</sup>.

Distingue Raz a sua noção de tolerância das *communmente* adoptadas pela *teoria política*, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, por considerar que existe uma tendência para tomar como única manifestação de intolerância possível uma reacção hostil, resistindo-se a admitir como comportamento intolerante a expressão de uma perspectiva hostil; e, em segundo lugar, pelo facto de usualmente se entender como tolerante apenas o comportamento de uma pessoa que julgue a outra ou o seu comportamento como *errado* ou *mau* e que, ainda assim, o tolere. Quanto ao primeiro argumento, RAZ pretende rebatê-lo afirmando que a tolerância e a intolerância identificam modos de comportamento pelos seus fundamentos e objecto, e não pelos meios mobilizados<sup>637</sup>; quanto ao segundo, insiste na consideração de que nem só o *mau*

<sup>634</sup>Vide *supra*, 1.2.3.3..

<sup>635</sup>Vide *supra*, 1.2.1..

<sup>636</sup>«My explanation relies on four features. First, only behaviour which is either unwelcome to the person towards whom it is addressed or behaviour which is normally seen as unwelcome is intolerant behaviour. Secondly, one is tolerant only if one inclines or is tempted not to be. Thirdly, that inclination is based on dislike or antagonism to the behaviour, character or some feature of the existence of its object. Finally, the intolerant inclination is in itself, at least in the eyes of the person experiencing it, worth while or desirable». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 403. Vide a referência a esta caracterização da tolerância in Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, *cit.*, p. 89.

<sup>637</sup>«If there is a concept of intolerance according to which only coercive interventions are intolerant, then this is not the ordinary notion of intolerance but one developed by political theorists to express a particular point of view. I know of no reason for sharing that point of view. The ideas of

ou o *errado* será objecto de tolerância, interligando por esta via o *pluralismo de valor* com a *tolerância*<sup>638</sup>.

Contribuição esta que consideraremos *infra*, na densificação das *condições de possibilidade* e do *conteúdo* da categoria tolerância compreendida em sentido *normativamente substancial*<sup>639</sup>. Abstraindo da fundamentação especificamente *liberal*, atentaremos na dimensão *perfeccionista*, que justifica, por um lado, os *elementos* de caracterização da tolerância, posicionando-a como categoria convocável apenas em situações de discordância fundamental, e, por outro, as tomadas de posição expostas, para considerar, por um lado, que a presença ou ausência de tolerância há-de justificar-se pelo seu *fundamento* e *objecto*, e não o pelos meios mobilizados, e, por outro lado, que a tolerância, tal como a compreendemos, terá como base o pluralismo de *valor* e de *opinião*, e uma percepção *objectiva* de *valor*.

### 6.2.3.1.3. As características gerais da tolerância na proposta de TORRES RUIZ

Na análise do *conteúdo* da categoria *tolerância*, reconhece-lhe TORRES RUIZ específicas *características essenciais*. Sintetizando, conseqüentemente, nas seguintes as *características gerais da tolerância*, e, assim, do que designa por *tolerância como «permissividade»*: (1) a tolerância implica sempre uma relação de *bilateralidade* ou *alteridade*, sendo sempre necessários dois sujeitos; (2) a tolerância poderá referir-se quer a *manifestações de opinião* quer a *realização de acções*; (3) a *relação de tolerância* implica uma actividade, por parte do tolerado, considerada excessiva; (4) o *acto de tolerância* consiste em deixar o tolerado actuar desse modo excessivo sem se lhe opor<sup>640</sup>.

---

toleration and of intolerance identify modes of behaviour by their grounds and object. They do not identify them by the means employed». – *Idem*, p. 403.

<sup>638</sup> «I have already explained the reasons for rejecting the view that only the bad or the wrong can be tolerated. The fact that intolerance can be directed at people's limitations and that those can be aspects of some other virtues which those people possess acquires special significance for those who believe in value-pluralism. It provides the link between pluralism and toleration». – *Idem*, p. 403.

<sup>639</sup> *Vide infra*, 6.2.3.2..

<sup>640</sup> «En resumen, podemos señalar como notas características del concepto de tolerancia, en la genérica acepción que nos proponíamos en este epígrafe, las siguientes:

Já como «*princípio do agir*», a tolerância constituirá aqui um *critério* regulador da vida humana, e assim, neste entendimento, (1) um *princípio* configurador da ordem social, englobando a *tolerância individual* e a *tolerância social*<sup>641</sup>. A esta característica apresentada por TORRES RUIZ teremos desde já uma objecção a apontar: podendo a tolerância constituir *princípio* e *critério* do agir humano, cumprirá distinguir, primeiramente, *princípio* de *critério*, como *infra* faremos<sup>642</sup>, e, depois, compreender a diferença entre *tolerância individual* e *tolerância social*, estabelecendo os respectivos graus de intersubjectividade.

Segue-se neste elenco (2) o estabelecimento de uma distinção entre *tolerância dogmática* – compreendida enquanto atitude de benevolência respeitante ao “*erro em si*” – e *tolerância prática* – compreendida enquanto indulgência para com as pessoas que “*estão em erro*”<sup>643</sup>. Efectivamente, inspirando-se em MARTINELL GIFRÉ, em cuja proposta a *tolerância dogmática* poderia implicar *indiferentismo* resultante de *relativismo de valores*, o que a tornaria injustificável, questionando a *verdade objectiva* e o *bem objectivo* – e isto partindo da teologia moral –, entendendo assim que só a *tolerância prática* seria admissível, para TORRES RUIZ a tolerância só faz sentido enquanto *tolerância prática*, por referência ao comportamento dos sujeitos, portanto aos que “*estão em erro*”, e não já face ao “*próprio erro*”<sup>644</sup>. A principal objecção que

— La tolerancia implica en todo caso una *relación de bilateralidad o alteridad*. Siempre son necesarios dos sujetos.

— La tolerancia puede hacer referencia tanto a la *manifestación de opiniones* como a la *realización de acciones*.

— Toda relación de tolerancia implica una *actividad considerada como excesiva* y siempre *por parte del sujeto tolerado*.

— El acto de tolerancia consiste en *dejar que el tolerado actúe extralimitadamente sin por ello oponerse*». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 109.

<sup>641</sup>«(...) puede hablarse de una *tolerancia individual*, entendida como «la manera de actuar una persona» o «disposición subjetiva», siempre y cuando hagan referencia a las relaciones del individuo con otros, y de una *tolerancia social*, entendida como una «actitud o disposición social»». – *Idem*, p. 112.

<sup>642</sup>*Vide infra*, Parte III, 3.1. e 3.2..

<sup>643</sup>«En segundo lugar, y por razón del objeto respecto del que se transige, la doctrina distingue dos especies de tolerancia: la *tolerancia dogmática*, que consiste en la actitud de benevolencia respecto del «error en sí», y la *tolerancia práctica*, que consiste en la indulgencia respecto de las personas que «están en el error». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 113, citando, em nota (n. 19), A. VERMEERSCH, *La tolerancia*, tradução de M. Cabrera y Warleta, Edit. Plantin, Buenos Aires, 1950, p. 42.

<sup>644</sup>Citando, em texto, MARTINELL GIFRÉ: ««La primera – dice Martinell Gifre – puede proceder de una actitud de indiferentismo (...); pero esto, evidentemente, no siempre es así, y, por tanto, no es moralmente lícita la tolerancia dogmática respecto a verdades evidentes de razón o de la Revelación divina».

En efecto, la tolerancia dogmática no es justificable, en cuanto que cuestiona la objetividad de la verdad y el bien en una actitud de indiferentismo, de relativismo o de franco agnosticismo». – José



entendemos apontar a esta afirmação dirige-se não à determinação do objecto da tolerância no(s) comportamento(s), que, como *supra* ficou esclarecido, também perfilhamos, mas à afirmação do carácter *absoluto* do fundamento da tolerância, como uma *verdade objectiva* ou um *bem objectivo (universais e necessários)*, de que resulta a impossibilidade do seu questionamento, impedindo assim o posicionamento do problema da tolerância do ponto de vista do seu *objecto* – avocado especificamente como “erro”... –, e reduzindo-o à consideração do comportamento dos que agem em conformidade com tal “erro”. O que, para além de desviar um dos núcleos essenciais da questão – o do *objecto da tolerância* –, favorece a manutenção da hierarquização axiológica, e estabelece um ponto de partida *necessário* – o de uma *certa* moral, com um *certo* código de valores<sup>645</sup>... –, a que não é de todo alheio – antes mostrando-se determinante – o contexto espaço-temporal em que se situa a análise aqui considerada. Assim, e diferentemente de PUY MUÑOZ – que parece estabelecer uma oposição estrita entre o *respeito* pelo bem e pela verdade e o *respeito* devido às pessoas, para acabar por, no que TORRES RUIZ diz antiteticamente, em último termo, erigir em causa legitimadora da tolerância a *boa fé*<sup>646</sup> –, TORRES RUIZ defende que o que está em causa na tolerância é a definição das *situações* em que a *regra geral de intransigência* para com o *erro* e o *vício* deve suspender a sua eficácia, sem que sejam postas em causa as noções de *verdade* e de *bem*, esclarecendo que, se a *boa fé* ou *má fé* relevam para efeitos da

---

Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 113-114, citando F. MARTINELL GIFRÉ: “*Tolerancia I. Introducción (Ética)*”, *cit.*, p. 540.

<sup>645</sup>«Cosa muy distinta es el error en las personas, o sea, el error manifestado en las opiniones o prácticas de los individuos, porque sólo en la praxis se puede producir – lo que a nivel teórico es incomprensible – una confusión entre el bien y el mal. Por ello, (...) hemos de considerar la procedencia de la tolerancia práctica». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 114-115.

<sup>646</sup>«El principio de t., por lo demás, no puede ser entendido como un imperativo categórico o incondicionado. Dada la radical difusibilidad ontológica del bien y la verdad, toda persona tiene la obligación natural de defender y propagar ambas cosas. Por tanto, el principio de t. es un imperativo hipotético o condicionado». – F. PUY MUÑOZ, in F. PUY MUÑOZ/F. MARTINELL GIFRÉ, “*Tolerancia II. Derecho. I Fundamentos filosóficos*”, in *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1975, p. 541 ss., p. 541. «(...) el razonamiento del profesor Puy al respecto no parece plenamente correcto. Este autor afirma rectamente que entre estas dos formas de tolerancia se da un abrupto conflicto entre dos supuestos: el que él denomina «radical difusibilidad ontológica del bien y de la verdad», según el cual «toda persona tiene la obligación natural de defender y propagar ambas cosas», y el necesario respeto debido a las personas. (...) concluyendo que «nadie está legitimado nunca para, combatir de un modo coactivo al que proclama otra verdad de buena fe», elevando de esta manera la buena fe a causa legitimadora de la indulgencia.

(...) No se trata de oponer dilemáticamente respeto a la verdad y al bien-respeto a la persona (ésta es una oposición ficticia), sino de sostener la verdad y el bien en la convicción cierta de que la estimación de la persona vendrá por añadidura: no se puede respetar a la persona si no es en la verdad y el bien». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 115-116, citando F. PUY MUÑOZ, in F. PUY MUÑOZ/F. MARTINELL GIFRÉ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*, p. 541.

responsabilidade dos sujeitos, já o mesmo não sucede para efeitos de fundamentação da conduta tolerante<sup>647</sup>.

Em terceiro lugar, refere TORRES RUIZ (3) o *carácter reprovável da opinião ou prática que se tolera*. Neste sentido, a classificação de uma certa convicção ou prática como reprovável implica critérios objectivos vinculantes que sustentem tal juízo de valor<sup>648</sup>. Pressupondo, assim, oposição efectiva entre duas condutas – uma positivamente outra negativamente valorada –, a tolerância encontra-se nos antípodas do *indiferentismo*, do *relativismo* e do *agnosticismo*<sup>649</sup>.

Por último, menciona TORRES RUIZ (4) a situação correspondente a cada um dos sujeitos da tolerância. Efectivamente, a base material que sustenta a transigência correspondente à tolerância consiste numa relação em conflito na sequência da actuação de um dos sujeitos nela intervenientes, e que é resolvido não a favor do tolerante, como à partida seria “*legítimo*”, mas – em virtude de justificação proporcionada por *factores externos* à relação em si – a favor do *tolerado*, com base na *legitimidade – exclusiva* ou *superior* – do *tolerante* –, *legitimidade* esta que constitui aqui uma condição necessária, sem a qual não se estaria já precisamente perante *tolerância*<sup>650</sup>... Uma relação em que a posição passiva se consubstancia no cometimento de um “*acto excedido*” ou na omissão de um “*acto devido*”, *rectius*, *sentidos* como tais, que, quer sejam explícitos quer implícitos, quer total quer parcialmente inibidores da liberdade, afectam pelo menos um *terceiro*<sup>651</sup>. E em que a posição activa não se reduz a um *non facere*, pois se assim fosse a conduta do indivíduo que desconhecesse a ofensa das suas convicções poderia ser tida por *tolerante*. Diferentemente, ao tolerante cabe alguma acção, desde o conhecimento do acto alheio à comprovação do seu carácter *extralimitado* e à sua repulsa por convicção de *ilegitimidade*, entre outras<sup>652</sup>. Pelo que TORRES RUIZ conclui, com outros autores, dentre os quais PUY MUÑOZ, que apenas existirá tolerância numa relação

<sup>647</sup> «La mala o buena fe hacen referencia a la responsabilidad o irresponsabilidad del sujeto errado, pero no a la licitud de la inhibición en que la conducta del tolerante consiste, no a la justificación del acto de tolerancia mismo». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 116.

<sup>648</sup> «La consideración de una doctrina o práctica como reprobable implica en todo caso la remisión a unos criterios objetivos u objetivados que hagan posible el enjuiciamiento y valoración en concreto». – *Idem*, p. 117.

<sup>649</sup> «La idea de tolerancia se sitúa, por tanto, en las antípodas del indiferentismo, del relativismo y del agnosticismo». – *Idem*, p. 118.

<sup>650</sup> «Lo que sucede es que – *stricto sensu* – el concepto de tolerancia exige legitimidad, exclusiva o superior, únicamente del lado del sujeto *que tolera*. En el supuesto contrario, estaríamos ante una figura que ya no sería en precisión tolerancia». – *Idem*, p. 118, n. 38.

<sup>651</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>652</sup> *Idem*, p. 121.

intersubjectiva, de um sujeito em relação a outro, e não de um sujeito em relação a si próprio<sup>653</sup>.

Já quanto à intensidade da manifestação ofensiva do tolerado, estabelece PUY MUÑOZ uma gradação em três níveis: o da mera *declaración*; o do *culto* ou manifestação sistemática, e o da *misión* ou manifestação propagandística organizada<sup>654</sup>. TORRES RUIZ, reconhecendo a origem religiosa desta classificação, e defendendo que não é necessária a reiteração, bastando um único acto para que haja ofensa, por um lado, e transigência tolerante, por outro, estabelece uma classificação, apesar de tudo, semelhante: manifestação *puntual e esporádica*, manifestação *sistemática e habitual* e manifestação *institucionalizada e propagandística*<sup>655</sup>. Haverá, porém, que apontar a TORRES RUIZ que a referida classificação de PUY MUÑOZ não implica necessariamente *reiteración*, pelo menos no nível de *mera declaración*, embora possa estar aí implícita. Não obstante TORRES RUIZ alertar para o facto de estas classificações se referirem não à *tolerância em si*, mas à *intensidade* dos actos que se toleram, pois que a tolerância haveria de ser uma conduta reiterada, não esporádica ou habitual<sup>656</sup>. O que não corroboramos, considerando, diferentemente, que uma acção isolada se basta a si própria na classificação como *tolerância* ou *intolerância*.

Na sequência da sua análise da tolerância como «princípio do agir social», TORRES RUIZ conclui, com PUY MUÑOZ, que a tolerância não é um imperativo *categorico* ou *incondicionado*, antes *hipotético* ou *condicionado*, pois assume como fundamento razões substantivas que justificam a transigência, não se bastando com uma determinação abstracta<sup>657</sup>. Do que resultaria a falta de sentido da distinção entre

<sup>653</sup> *Idem*, p. 119, citando, em nota (n. 39), PUY MUÑOZ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*, pág. 541.

<sup>654</sup> «El principio de t. se refiere solamente a la manifestación ajena de signo ideológico. No a las convicciones internas, que, en cuanto tales, son inaccesibles a los demás. De las manifestaciones externas, las fundamentales son: la mera declaración; el culto, o manifestación sistemática; y la misión, o manifestación propagandística organizada». – F. PUY MUÑOZ, in F. PUY MUÑOZ/F. MARTINELL GIFRÉ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*, p. 541. Vide também José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 119-120.

<sup>655</sup> (...) por razón de la intensidad de las manifestaciones que se toleran, propongamos la distinción entre una manifestación *puntual y esporádica, sistemática y habitual o institucionalizada y propagandística* (...). – *Idem*, p. 120.

<sup>656</sup> «(...) estas denominaciones hacen referencia no a la tolerancia en sí, sino a la intensidad de los actos que se toleran. La tolerancia no puede ser una actitud esporádica o puntual – no basta con ser transigente en una precisa ocasión para ser tolerante –, sino que ineludiblemente ha de ser una *actitud habitual*, un principio constantemente ejercido, lo cual no quiere decir que la tolerancia deba actuar siempre (...).» – *Idem*, p. 120.

<sup>657</sup> «(...) notar algo a lo que en la caracterización como «permisividad» no se ha aludido. Nos referimos a la *exigencia de causa o razón que justifique la acción benévola del tolerante*.

*tolerância absoluta ou incondicionada e tolerância relativa ou condicionada*<sup>658</sup>. A única justificação aceitável, para TORRES RUIZ, da admissibilidade da transigência-tolerância será a evitação de um mal maior<sup>659</sup>.

Tudo o que condicionará as subseqüentes tomadas de posição, também inspiradas em TORRES RUIZ – quanto aos *sujeitos*, ao *objecto*, ao *fundamento* e à *índole* da tolerância –, cujos reflexos, depois de já *supra* criticamente assumidos, *infra* se concretizarão.

#### 6.2.3.1.4. Componentes da tolerância e consequentes modelos de tolerância segundo Rainer FORST

##### 6.2.3.1.4.1. As componentes da tolerância: objecção, aceitação e rejeição

Contributo decisivo para a aqui pretendida densificação da categoria tolerância – embora com esta também em aberta divergência – surge na caracterização da *noção* de tolerância proposta por Rainer FORST, nomeadamente na fixação das respectivas *três componentes* da tolerância, de necessária verificação cumulativa – as componentes de *objecção* («*Ablehnungskomponente*»), de *aceitação*, («*Akzeptanzkomponente*») e de *rejeição* («*Zurückweisungskomponente*»)<sup>660</sup> –, sendo principalmente as duas primeiras inspiradas na estruturação já proposta por Preston KING, em *Toleration*<sup>661</sup>.

---

En efecto, la tolerancia como «principio del obrar social» no es una actitud incondicionada ni que, como tal, deba jugar en todo caso. Es necesario que existan razones proporcionadas que así lo recomienden». – *Idem*, p. 121, citando, em nota (n. 43), PUY MUÑOZ: «Por tanto, el principio de tolerancia es un imperativo hipotético o condicionado. ¿Condicionado a qué? A que haya razón suficiente para que no se aplique otro principio más radical, que es el *principio de intransigencia* (...)». – F. PUY MUÑOZ, in F. PUY MUÑOZ/F. MARTINELL GIFRÉ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*, p. 541.

<sup>658</sup>«Por ello carece de sentido la distinción propuesta por algún sector de la doctrina entre: *tolerancia absoluta o incondicionada y tolerancia relativa o condicionada*». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 121-122.

<sup>659</sup>«La única justificación que puede ser suficiente para la renuncia del sujeto que tolera es que, a través del acto transigente, se consigan salvar opiniones y prácticas más valiosas que aquellas que se han de padecer». – *Idem*, p. 122-123.

<sup>660</sup>(...) habe ich drei wesentlichen Komponenten des Konzepts der Toleranz hervorgehoben: die der Ablehnung, der Akzeptanz und der Zurückweisung». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 530. «The general concept of toleration can be explained by the three components of *objection*, *acceptance*, and *rejection*». – Rainer FORST, “*Pierre Bayle’s Reflexive Theory of Tolerantion*”, in Melissa

Em primeiro lugar, portanto, aponta FORST uma *componente de objecção* («*Ablehnungskomponente*»/«*objection component*»), segundo a qual as convicções e práticas toleradas devem ser consideradas objectáveis e *erradas* ou *más* – na ausência desta componente não se poderia falar de “tolerância” («*toleration*»), mas apenas de “indiferença” ou mesmo “afirmação”<sup>662</sup>. Em segundo lugar, enuncia uma *componente de aceitação* («*Akzeptanzkomponente*»/«*acceptance component*»), visando equilibrar a anterior, não removendo o juízo negativo mas conferindo razões *positivas* que suplantem as negativas no contexto relevante<sup>663</sup>, reforçando que, se as práticas toleradas são *erradas*, não o serão num grau de *intolerabilidade*<sup>664</sup>. Em terceiro lugar, define a necessidade de estabelecimento de *limites da tolerância* («*Grenzen der Toleranz*»/«*limits of toleration*»), traduzida por *componente de rejeição* («*Zurückweisungskomponente*»/«*rejection component*»). Acrescentando ainda, por último, a afirmação de que só se poderá falar de tolerância onde ela seja *voluntária* e não compelida, caso contrário haveria que falar de situações de sofrimento ou de impossibilidade de reacção contra práticas rejeitadas. Todavia, tal possibilidade de reacção não teria, para o autor, de ser efectiva, bastando que se concluísse que, mesmo não existindo, se existisse o poder efectivo de proibir ou interferir com determinada prática, este não seria exercido<sup>665</sup>. Já para Preston KING, que FORST convoca, a

---

S. WILLIAMS/Jeremy WALDRON (Ed.), *Tolerations and Its Limits*, New York, London, 2008, p. 78-113, p. 79.

<sup>661</sup>Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 44-54. Vide Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 30-41, 530.

<sup>662</sup>«First, it is essential for the concept of toleration that the tolerated beliefs or practices are considered to be objectionable and in an important sense wrong or bad. If this *objection component* (King, 1976, pp. 44-51) is missing, we would not speak of “toleration” but of “indifference” or “affirmation”». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 193, citando Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 44-51 («*The Objection Component*»). FORST alerta ainda para o facto de que pode relevar, em determinadas situações, a distinção entre convicções (*-beliefs*), expressões, acções ou práticas, enquanto objecto de tolerância, mas, não o considerando relevante na presente discussão, refere-se a convicções e práticas («*beliefs and practices*»). Vide Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 193, n. 2.

<sup>663</sup>«Second, the objection component needs to be balanced by an *acceptance component* (King, 1976, pp. 51-54), which does not remove the negative judgment but gives certain positive reasons that trump the negative ones in the relevant context». – *Idem*, p. 194, remetendo para Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 51-54 («*The Acceptation Component*»).

<sup>664</sup>«In the light of these reasons, it would be wrong not to tolerate what is wrong, to mention a well-known paradox of toleration (...). The said practices or beliefs are wrong, but not intolerably wrong». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 194.

<sup>665</sup>«Finally, one can only speak of toleration where it is practiced *voluntarily* and is not compelled, for otherwise one would speak of ‘suffering’ or ‘enduring’ certain things that one rejects but against which one is powerless. It is, however, wrong to conclude from this that the tolerating party needs to be in a position to effectively prohibit or interfere with the tolerated practices, for a minority that does

tolerância pressupõe a liberdade efectiva de rejeitar o comportamento objectado, acompanhada da opção por não o fazer<sup>666</sup>. O que efectivamente se apresenta, a nosso ver, com maior plausibilidade, posto que só será verdadeiramente livre o comportamento independente de constrangimentos, mesmo no momento de ponderação prévia que tenha lugar<sup>667</sup>.

#### **6.2.3.1.4.2. Os respectivos modelos de tolerância: coexistência, consentimento, respeito e estima**

A partir da caracterização das *componentes da tolerância*, propõe FORST a distinção de quatro *concepções de tolerância* – as concepções (1) de *consentimento* («*Erlaubnis-Konzeption*»), (2) de *coexistência* («*Koexistenz-Konzeption*»), (3) de *respeito* («*Respekt-Konzeption*») e (4) de *estima* («*Wertschätzungs-Konzeption*») –, cada uma delas oferecendo uma interpretação específica daquelas *componentes*, e sem que o critério de distinção entre tais concepções seja de sentido *histórico* ou de *regime de tolerância* – no sentido tomado por WALZER –, antes mostrando-se como concepções contemporâneas de tolerância, compreendidas no quadro de um Estado<sup>668</sup>. E apresentando-se, desde logo, face à *questão do fundamento* («*Begründungsfrage*»), no seio de um amplíssimo *discurso sobre relações de reconhecimento* («*Sprache von Anerkennungsverhältnissen*»), reputado *neutro*, e, assim, reconhecendo aqui uma ligação a Axel HONNETH, em *Kampf um Anerkennung*, quanto à possibilidade de

---

not have this power may very well be tolerant in holding the view that if it had such power, it would not use it to suppress the other parties». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 194.

<sup>666</sup>Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 21. Veja-se a convocação de KING por Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 40-41, e *ibidem*, n. 28, onde também refere, no sentido daquele, Bernard CRICK, “*Toleration and Tolerance in Theory and Practice*”, *Government and Opposition*, 6, n. 2, 1971, p. 144-171, p. 147, e Susan MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, *cit.*, p. 9.

<sup>667</sup>Neste sentido parece orientar-se também Paulo MOTA PINTO: «Só parece poder falar-se de tolerância se esta for praticada voluntariamente, e não imposta. Caso contrário estaremos perante obediência, ou sofrimento de algo desagradável, que se rejeita, mas contra o qual se é impotente». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 749, n. 8.

<sup>668</sup>«Vor dem Hintergrund diese Charakterisierung der zentralen Bestandteile des Begriffs der Toleranz seien im Folgenden vier Konzeptionen skizziert, die diese Bestandteile auf spezifische Weise interpretieren. Sie beziehen sich alle auf den politische Kontexte eines Staates, in dem die Bürger (als Mitglieder partikularer Gemeinschaften) normativ bedeutungsvolle, tiefgreifende Differenzen aufweisen». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 42.

resultar destas concepções uma *dinâmica normativa* de *conflitos de reconhecimento*, todavia sem uma imanente perspectiva teleológica de desenvolvimento<sup>669</sup>.

Para a (1) *concepção do consentimento* («*Erlaubnis-Konzeption*»), *tolerância* será a relação entre uma autoridade ou uma maioria e um dos valores(-*princípios*) de uma (ou mais) minoria(s) divergente(s), e subsistirá enquanto a supremacia da maioria não for posta em causa<sup>670</sup>. Situação em que a tolerância não seria *recíproca*, e, assim, não verdadeiramente *tolerância*<sup>671</sup>. A (2) *concepção da coexistência* («*Koexistenz-Konzeption*»), por sua vez, aproxima-se da *concepção do consentimento* na medida em que também não oferece um fundamento material nem assenta em valores fortes, antes busca um objectivo – prevenir conflitos –, sendo, portanto, pragmático-instrumental; e distingue-se daquela por, nesta, a tolerância deixar de ser uma relação vertical para passar a ser uma relação horizontal – um compromisso *recíproco* («*wechselseitig Kompromiss*») <sup>672</sup>. Já a (3) *concepção de respeito* («*Respekt-Konzeption*») se distingue das anteriores na medida em que assenta numa forma *moralmente* fundada («*moralisch begründete Form*») de consideração *recíproca* («*wechselseitige Achtung*») entre indivíduos ou grupos, respeitando-se mutuamente como pessoas autónomas – membros em igualdade de direitos – numa comunidade política constituída como Estado de

<sup>669</sup> «Die vier Konzeptionen werden zunächst in eine gegenüber der Begründungsfrage weitgehend neutral gehalten Sprache von Anerkennungsverhältnissen vorgestellt, die es erlaubt, diese interpersonalen Verhältnisse differenziert zu betrachten». – *Idem*, p. 42. «Das lässt weiterhin die Möglichkeit zu, innerhalb von und zwischen diesen Konzeptionen eine normative Dynamik von Anerkennungskonflikten zu lokalisieren. Dies knüpft an Honneth, *Kampf um Anerkennung*, an, allerdings ohne eine immanent aus dem Anerkennungsbegriff entfaltete, teleologische Entwicklungsperspektive». – *Idem*, p. 42, n. 32.

<sup>670</sup> «(1) Der ersten Auffassung zufolge, die ich *Erlaubnis-Konzeption* nenne, bezeichnet Toleranz die Beziehung zwischen einer Autorität oder einer Mehrheit und einer von deren Wertvorstellungen abweichenden Minderheit (oder mehreren Minderheiten). Toleranz besteht darin, dass die Autorität (oder Mehrheit) der Minderheit die Erlaubnis gibt, ihren Überzeugungen gemäß zu leben, solange sie – und das ist die entscheidende Bedingung – die Vorherrschaft der Autorität (oder Mehrheit) nicht in Frage stellt». – *Idem*, p. 42. O exemplo histórico oferecido por FORST é o do modelo de tolerância subjacente ao Édito de Nantes, de 1598. – *Vide ibidem*, p. 42-43.

<sup>671</sup> «Die Toleranzsituation ist somit nicht-reziprok: Die eine Seite erlaubt der anderen gewisse Abweichungen, solange die politisch dominante Stellung der erlaubnisgebenden Seite nicht angetastet wird. Toleranz wird hierbei als *permissio mali* verstanden (...)». – *Idem*, p. 43-44.

<sup>672</sup> «(2) Die zweite Konzeption der Toleranz, die *Koexistenz-Konzeption*, gleicht der ersten darin, das ihr zufolge Toleranz ebenfalls als geeignetes Mittel zur Konfliktvermeidung und zur Verfolgung eigener Ziele gilt und nicht selbst einen Wert darstellt oder auf auf starken Werten beruht: Toleranz wird vorrangig pragmatisch-instrumentell begründet. Was sich jedoch verändert, ist die Konstellation zwischen den Toleranzsubjekten bzw. -objekten. (...) Die Toleranzrelation ist somit nicht mehr, wie in der Erlaubnis-Konzeption, vertikal, sondern horizontal: die Tolerierenden sind zugleich auch Tolerierte». – *Idem*, p. 44. *Concepção de coexistência* esta em que Forst reconhece duas versões: uma *fraca*, resultante de conflitos e vista como trégua, de grande instabilidade e desconfiança; e uma *forte*, assente no medo, como versão modificada do *Leviatã* de HOBBS. – *Vide idem*, p. 44-45.

Direito<sup>673</sup>. Apesar das possíveis diferenças, e mesmo incompatibilidades, quanto às convicções de *bem* e *vida boa* e às práticas culturais, reconhecem-se reciprocamente como autores éticos autónomos das suas próprias vidas, ou como moral e juridicamente *iguais*, no sentido de que na sua perspectiva a estrutura fundamental comum da vida político-social – designadamente as questões de fundo da conferência de direitos e da implicada distribuição de recursos sociais – deve ser conduzida por normas que todos os cidadãos possam aceitar em igual medida e não privilegiar uma *comunidade ética* («*etische Gemeinschaft*»)<sup>674</sup>. Com fundamento no respeito pela autonomia moral dos indivíduos e no seu *direito à justificação* («*Recht auf Rechtfertigung*») de normas que exigem vigência recíproca universal («*reziprok-allgemeine Geltung*»)<sup>675</sup>. Apesar das *alternativas de justificação* («*Rechtfertigungsalternative*»), entre uma compreensão que se centraliza numa autónoma modelação da vida (de inspiração liberal), por um lado, e uma perspetivação que o fundamento da justificação imparcial das normas gerais acentua a justiça, por outro, a *concepção de respeito* não exige que as partes tolerantes tenham de perspectivar e valorar as concepções de *bem* das outras como *verdadeiras* e eticamente *boas*, antes que se possam ver como autonomamente valoradas, ou seja, não como *imorais* ou *injustas*: nesta concepção, a pessoa do outro é *respeitada*, as suas convicções e comportamentos *tolerados*<sup>676</sup>. O que leva à distinção de *dois modelos* da *concepção de respeito* – (a) o modelo da *igualdade formal* («*formale Gleichheit*») e (b) o modelo da *igualdade qualitativa* («*qualitative Gleichheit*»)<sup>677</sup>: (a) o modelo da *igualdade formal* («*formale Gleichheit*») – existente em versões *liberais* e também *republicanas* – resulta de uma separação estrita entre os espaços privado e público, em que as diferenças éticas entre cidadãos devem permanecer limitadas ao domínio privado, não devendo dirigir-se a conflitos na esfera público-política, visando defender os direitos de liberdade clássicos e evitar discriminação eticamente fundada<sup>678</sup>; (b) o

<sup>673</sup>«(3) Im Unterschied hierzu geht die *Respekt-Konzeption* der Toleranz von einer moralisch begründeten Form der wechselseitigen Achtung der sich tolerierenden Individuen bzw. Gruppen aus. Die Toleranzparteien respektieren einander als autonome Personen bzw. als gleichberechtigte Mitglieder eine rechtsstaatlich verfassten politischen Gemeinschaft». – *Idem*, p. 45.

<sup>674</sup>*Idem*, p. 45-46.

<sup>675</sup>«Grundlage hierfür ist der Respekt der moralischen Autonomie der Einzelnen und ihres »Rechts auf Rechtfertigung« von Normen, die reziprok-allgemeine Geltung beanspruchen». – *Idem*, p. 46.

<sup>676</sup>*Idem*, p. 46.

<sup>677</sup>«es lassen sich zwei Modelle der Respekt-Konzeption unterscheiden, das Modell *formaler Gleichheit* und das *qualitativer Gleichheit*». – *Idem*, p. 46.

<sup>678</sup>*Idem*, p. 46-47. O exemplo que Forst oferece para esta centralidade da igualdade política dos cidadãos é a proibição, em França, do uso de *lenço de cabeça* (*Kopftuch*) como símbolo religioso em escolas públicas. *Vide idem*, p. 47, remetendo para Anna Elisabetta GALEOTTI, “*Zu einer Neubegründung*



modelo da *igualdade qualitativa* («*qualitative Gleichheit*») reage ao modelo formal, alertando para os perigos da regulação estritamente formal da igualdade, susceptível de preferir algumas formas de vida ético-culturais, cujas convicções e práticas são facilmente compatíveis com uma tal distinção entre “privado” e “público”, e, assim, potencialmente intolerante e discriminatório face a “formas de vida” que exijam uma *presença pública* que se oponha à prática habitual e às instituições convencionais; o modelo alternativo respeita as pessoas enquanto tal, enquanto jurídico-politicamente iguais e todavia tendo identidades ético-culturais politicamente relevantes diferentes, as quais devem ser consideradas e toleradas; a *tolerância recíproca* implicará este entendimento, assumindo exceções e diferenças, de modo a reconhecer o direito dos *outros* à plena qualidade de membro na comunidade política, sem requerer a desistência da respectiva identidade ético-cultural em medida não reciprocamente exigível<sup>679</sup>. A (4) *concepção da estima* («*Wertschätzungs-Konzeption*») resulta, por sua vez, da discussão acerca da relação entre *multiculturalismo* e *tolerância*, englobando uma forma mais exigente de *reconhecimento recíproco* («*wechselseitige Anerkennung*») do que a *concepção de respeito*, uma vez que nela *tolerância* significa não apenas *respeitar* os membros de outras comunidades religiosas ou culturais como jurídico-politicamente iguais, mas também *avaliar-estimar* («*schätzen*») as suas convicções e práticas como *eticamente válidas*<sup>680</sup>. Não obstante, reconhece aqui FORST ainda uma modalidade de *tolerância*, na medida em que permanece presente a *componente de objecção* («*Ablehnungs-Komponente*»). Pelo que, teremos de enfatizar, esta *estima* («*Wertschätzung*») terá de ser necessariamente limitada, de modo a que as outras “formas de vida” não sejam, pelo menos nos seus aspectos decisivos, consideradas em posição de igualdade ou mesmo de superioridade face às do tolerante, o que evidentemente levaria a que não se estivesse já perante *tolerância* – o *limite* traduzir-se-á na *estima* por algumas dimensões dessas outras “formas de vida” em simultaneidade com a *objecção* face a outras. Com o que o domínio do tolerável é determinado através dos valores afirmados em sentido ético. Numa perspectiva *liberal*, esta concepção de *tolerância* corresponderia a uma versão de *pluralismo de valor* («*Wertpluralismus*»),

---

*liberaler Toleranz. Eine Analyse der ‘Affaire du Foulard’*”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, cit., p. 231-256 (tradução para alemão de Bernd LADWIG; existe uma versão anterior, intitulada “*Citizenship and Equality. The Place for Toleration*”, in *Political Theory*, vol. 21, n. 4, 1993, p. 585-605).

<sup>679</sup>Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 47.

<sup>680</sup>Vide , sobre a noção de *estima*, em HONNETH, *supra*, 3.1.1.2., e em FORST, 4.2., e ainda 5..

exprimindo um conflito interno de valores numa sociedade em que existam “*formas de vida*” incompatíveis, e, numa perspectiva *comunitarista*, a concepção de que existem visões divididas de “*vida boa*” de que são toleráveis variações parciais<sup>681</sup>.

No ponto em que enuncia estes *modelos*, FORST não opta ainda por nenhum deles, remetendo para reflexões adicionais acerca do *tipo de reconhecimento* subjacente a possibilidade dessa opção<sup>682</sup>. Vindo, após tal reflexão, a decidir-se por uma especificação da *concepção de respeito* («*Respekt-Konzeption der Toleranz*»), assente numa *compreensão material* do *princípio de justificação* («*Prinzip der Rechtfertigung*»), compreendido enquanto *princípio normativo-reflexivo de índole recíproca*<sup>683</sup>. O que se liga directamente com a conferência de relevância jurídica à tolerância, na medida em que a *dimensão de respeito recíproco* («*gegenseitige Achtung*») surge aqui, como *supra* se verificou<sup>684</sup>, no contexto de justificação «*direito*» – e na noção de *pessoa jurídica* – como base de *justificação* de normas<sup>685</sup>. Concepção de *respeito* esta que HABERMAS, por sua vez, reputa também compatível com a sua percepção de liberdade religiosa como direito fundamental<sup>686</sup>.

<sup>681</sup>«In den Diskussionen über das Verhältnis von Multikulturalismus und Toleranz findet sich zuweilen eine vierte Konzeption, die *Wertschätzungs-Konzeption* genannt werden kann. Sie enthält eine anspruchsvollere Form wechselseitiger Anerkennung als die Respekt-Konzeption, denn ihr zufolge bedeutet Toleranz nicht nur, die Mitglieder anderer kultureller oder religiöser Gemeinschaften als rechtlich-politisch Gleich zu respektieren, sondern auch, ihre Überzeugungen und Praktiken als ethisch wertvoll zu schätzen. Damit dies allerdings noch eine Konzeption der Toleranz ist und die Ablehnungs-Komponente nicht verloren geht, muss diese Wertschätzung eine beschränkte bzw. »reservierte« sein, bei der die andere Lebensform nicht – zumindest nicht in den entscheidenden Hinsichten – als ebenso gut oder gar besser als die eigene gilt. (...) So entspricht dieser Toleranzkonzeption bspw. – in liberaler Perspektive – eine Version des Wertpluralismus, der zufolge es innerhalb einer Gesellschaft eine Rivalität zwischen an sich wertvollen, doch inkompatiblen Lebensformen gibt bzw. – in kommunitaristischer Perspektive – die Auffassung, dass es bestimmte, sozial geteilte Vorstellungen des guten Lebens gibt, deren partielle Variationen tolerierbar sind». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 47-48.

<sup>682</sup>«Angesichts dieser vier Toleranzkonzeptionen drängt sich die Frage auf, wie zu entscheiden ist, welche von ihnen in einem bestimmten Kontext – wie dem einer ethisch pluralistischen Gesellschaft – die geeignete, bestbegründete Konzeption ist. In Begriffen der Anerkennung formuliert: Sollte diejenige bevorzugt werden, die die »dünnste« oder vielmehr die, welche die anspruchsvollste Form wechselseitiger Anerkennung impliziert, von der hierarchischen bzw. strategisch-reziproken in der Erlaubnis- bzw. der Koexistenz-Konzeption über die egalitäre in der Respekt-Konzeption bis zu ethisch »dichten« in der Wertschätzungs-Konzeption? Es scheint, dass der zunächst deskriptiv eingeführte Begriff der Anerkennung ohne weitere Zusatzannahmen nicht hinreichend ist, um hier zu entscheiden». – *Idem*, p. 48-49.

<sup>683</sup>*Vide idem*, p. 532-533.

<sup>684</sup>*Vide supra*, 4. (sobretudo 4.1.) e 5..

<sup>685</sup>*Vide* Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit...*, cit., p. 395.

<sup>686</sup>«Rainer Forst stellt der »Erlaubiskonzeption« der Obrigkeit, die religiöse Freiheiten gewährt, die »Achtungskonzeption« gegenüber. Diese entspricht unserem Verständnis der Religionsfreiheit als eines Grundrechts, das jeder Person als einem Menschen unabhängig davon zusteht, welcher Religion die jeweils anhängt». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 259.

### 6.2.3.1.5. A distinta acentuação da “*componente de objecção*” por Jürgen HABERMAS e Karl POPPER

Tomando por sua vez também como essencial à caracterização da tolerância enquanto categoria racional nas relações intersubjectivas o *elemento de rejeição*, HABERMAS qualifica a *componente de objecção* («*Ablehnungskomponente*»), no sentido conferido por FORST, em dois aspectos: a tolerância só se efectiva quando, por um lado, engloba a rejeição da consciência da *acção motivada* («(...) die Ablehnung auf die *handlungsmotivierende* Überzeugungen bezieht (...))», e, por outro lado, continua a existir dissenso no quadro de uma comunidade liberal tomada por *racional* («(...) ein Fortbestehen des Dissenses im Rahmen eines liberalen Gemeinwesens *vernünftigerweise zu erwarten ist*») <sup>687</sup>. Para a clarificação do primeiro aspecto, propõe HABERMAS uma comparação entre *tolerância* – a convicção face a *verdades* religiosas estranhas – e a atitude tomada por cientistas face a teorias concorrentes, estes últimos com consciência da *falibilidade* da sua procura da *verdade* e da *irrelevância* do seu conhecimento para a orientação da *acção ética* <sup>688</sup>.

Note-se que, já em POPPER, tal como ao progresso da ciência seria essencial o compromisso entre a *máxima tolerância* em relação às conjecturas e a *máxima tolerância* para com as tentativas de *refutação*, também no plano das relações sociais a *tolerância*, ligada ao *falibilismo*, inculca o racionalismo na organização da vida política e social <sup>689</sup>. Em tese, uma tal percepção da tolerância, em articulação com a respectiva

<sup>687</sup> «Ich will (...) die „Ablehnungskomponente“ (Rainer Forst), die in unsere vorläufige Begriffsbestimmung von Toleranz eingegangen ist, in zwei Hinsichten qualifizieren. Sinnvollerweise kann Toleranz nur zugemutet werden, wenn sich einerseits die Ablehnung auf *handlungsmotivierende* Überzeugungen bezieht, und wenn andererseits ein Fortbestehen des Dissenses im Rahmen eines liberalen Gemeinwesens *vernünftigerweise zu erwarten ist*». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 171.

<sup>688</sup> *Idem*, p. 171.

<sup>689</sup> Vide Karl POPPER, *The Open Society and Its Enemies* (1945), Princeton University Press, New Jersey, 1971, vol. I – *The Spell of Plato*, e vol. II – *The High Tide of prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*, especialmente vol. II, 24. «*The Revolt Against Revolution*», p. 224-258, p. 224-225, 231, e, sobretudo, 235-236; Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, in Susan MENDUS/D. EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, *cit.*, p. 17-34. Ouçamos Roberta CORVI: «Following in the steps of Kant, Popper held that the principle of all morality coincides with the general prohibition on regarding one’s own value as higher than anyone else’s; this is the only acceptable maxim, given the notorious difficulty of being one’s own judge. It also implies an attitude of being there for the other person, expressed in reasonableness and flowing into tolerance». – Roberta CORVI, *Invito al pensiero di Karl Popper*, Milano, 1993, citado na tradução inglesa *An Introduction to the Thought of Karl Popper*, tradução de Patrick

exigência de obviar ao *relativismo*, resultaria na conjugação de três princípios<sup>690</sup>: 1) «*I may be wrong and you may be right*» – admitindo uma *verdade objectiva* e, concomitantemente, que um ou ambos os sujeitos estejam errados, porém não já ambos correctos<sup>691</sup>; 2) «*By talking things over rationally we may be able to correct some of our mistakes*» – pressupondo directamente a tolerância, e compreendendo a *racionalidade* como prossecução dialógica daquela *verdade*<sup>692</sup>; 3) «*If we talk things over rationally, we may both get nearer to the truth*» – admitindo a manutenção do desacordo após a discussão *racional*<sup>693</sup>. Com o objectivo de aproximação da *verdade*, ainda que não resultando em acordo, mas permitindo a *tolerância mútua*<sup>694</sup>.

Partindo embora de pressupostos distintos, as posições de POPPER e HABERMAS quanto à solução conferida ao problema da tolerância não resultam tão distintas como eventualmente se poderia esperar: em ambos, o caminho para a resolução do problema encontrar-se-ia na *linguagem*, ainda que baseando-se o primeiro na *controvérsia* como factor essencial para o avanço científico, e bem assim para o consenso social, e o segundo numa *situação ideal de discurso* a constituir. A distinção em análise poderá, porém, estabelecer-se num outro ponto, que se apresenta, afinal, como determinante: se em POPPER a racionalidade, enquanto faculdade comum a todo o ser humano, permitirá

---

CAMILLER, London, New York, 1997, p. 148. *Vide idem*, p. 149. *Vide* ainda Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, *cit.*, p. 17-34.

<sup>690</sup>«(...) it is very good to say, ‘I may be wrong and you may be right’; and if both parties say it, it may even suffice for mutual toleration, and for a good society. But in order to avoid relativism we have to say more than this. What we should say is: ‘I may be wrong and you may be right; and by talking things over rationally we may be able to correct some of our mistakes and we may perhaps, both of us, get nearer to the truth, or to acting in the right way’.

(...) I will (...) divide my formulation into three parts; or, I suggest, into three principles». – *Idem*, p. 26.

<sup>691</sup>«THE FIRST PRINCIPLE

*I may be wrong and you may be right*

(...) far from implying that – if you and I differ, we may both be right – it implies that there may be a right and a wrong view of whatever the issue is; and that, indeed, we may both be wrong». – *Idem*, p. 26.

<sup>692</sup>«THE SECOND PRINCIPLE

*By talking things over rationally we may be able to correct some of our mistakes*

(...)

I will first explain what I mean by ‘talking things over rationally’. I mean by this, talking things over with the aim of finding out what is true and what is false; and what is wrong and what is right (...)). – *Idem*, p. 26-27.

<sup>693</sup>«THE THIRD PRINCIPLE

*If we talk things over rationally, we may both get nearer to the truth*

The main point here is the idea of getting nearer to the truth, perhaps even if we do not agree». – *Idem*, p. 28.

<sup>694</sup>«The third principle is that, by talking, we may both get nearer to the truth, even if we may not reach agreement. It is clear that this can be achieved, in a discussion, only by mutual tolerance (...)). – *Idem*, p. 29.

da discussão retirar o avanço, e assim a *compossibilitação das diferenças*, sem dominação hegemónica, em HABERMAS a possibilidade de *internacionalização do discurso* e das suas condições essenciais transporta desde logo consigo a pressuposição da mobilização do *modelo racional ocidental* – e dos seus *conceitos essenciais*, desde os morais aos jurídicos – como *linguagem dominante* em qualquer diálogo a estabelecer –, determinando, com base em tais pressupostos, a possibilidade da *inclusão do outro*<sup>695</sup>.

#### 6.2.3.1.6. O problema dos requisitos da tolerância como conceito supererrogatório em Glen NEWEY

Explorando, distintamente de FORST, a tolerância enquanto conceito *supererrogatório*<sup>696</sup> – o que em sentido positivo significará a acção tomada para lá de uma obrigação, podendo, porém, negativamente, traduzir excesso, superfluidade... –, define Glen NEWEY um *acto supererrogatório* como um acto não *moralmente* exigido, mas, cumulativamente, criador de *valor moral positivo* («(...) a supererogatory act is not morally required, but realises positive moral value») <sup>697</sup>.

Assim, estar-se-ia perante um acto supererrogatório quando (1) um sujeito (X) praticasse um acto (S) e da respectiva prática resultasse *valor moral positivo* («That an act S performed by agent X is *supererogatory* entails, first, that

(S1) In doing S, X intends to realise positive *moral* value, and it is good *ceteris paribus* that X does S») <sup>698</sup>.

Além de que, e em segundo lugar, (2) tal acto não lhe seria moralmente exigido («(S1) by itself is clearly insufficient for supererogation, since it is consistent with the

<sup>695</sup>Vide *supra*, 1.1.2.2..

<sup>696</sup>Glen NEWEY, diferentemente de Rainer FORST, estabelece os requisitos de reconhecimento da tolerância como virtude *supererrogatória*: «I will defend the possibility of supererogation, and argue that the good of toleration is best viewed as supererogatory». – Glen NEWEY, “Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory”, in *The Journal of Value Inquiry*, 31, 1997, p. 231–249, p. 231. Vide ainda Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 54-80.

<sup>697</sup>«To an initial approximation, supererogatory acts are acts which, while not morally obligatory, nevertheless realise moral value». – *Idem*, p. 54. «On the most obvious interpretation, a supererogatory act is not morally required, but realises positive moral value». – Glen NEWEY, “Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory”, cit., p. 232.

<sup>698</sup>Glen NEWEY, “Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory”, cit., p. 232.

view that value is realised only by the fulfilment of a duty or obligation. In addition to (S1), we also need something like:

(S2)\* When *X* did *S*, *X* was not under an obligation to do *S*»<sup>699</sup>.

Porém, estas duas condições não seriam ainda suficientes para a *supererrogatoriedade* da tolerância, haveria ainda a acrescentar (3) a responsabilidade do agente tolerante pelo acto em questão («(S3) Where (S1) and (S2) are met, *X* and *S* meet those additional conditions *C* in respect of which agents are held responsible for acts») <sup>700</sup>.

Consequentemente, nesta perspectiva, uma prática (*P*), para ser tolerada, teria de cumprir cumulativamente as seguintes exigências: (T1) ser uma prática (*P*) desaprovada pelos tolerantes com base em *fundamentos morais* (*M1*); (T2) existir uma *razão moral* (*M2*) para a abstenção de reacção contra essa prática (*P*); (T3) serem estabelecidos pelos tolerantes *limites* à tolerância, definindo, com base em *avaliação moral* (*M3*), as circunstâncias em que essa prática (*P*) não seria tolerável<sup>701</sup>.

Com esta enunciação, conclui, portanto, NEWAY que estarão reunidas as duas primeiras condições para a compreensão da tolerância como *supererrogatória*, isto é, como ficou *supra* referido, (1) o acto tolerante produz um valor moral positivo, e (2) o acto tolerante não é obrigatório. A terceira condição porém, também essencial, porá ainda a questão de saber se os tolerantes serão responsáveis pela continuação do acto

<sup>699</sup> *Idem*, p. 233.

<sup>700</sup> «But the conjunction of (S1) and (S2) is still insufficient for supererogation. For in doing *S*, I may aim to realise positive moral value, and not be under an obligation to do *S*, even though *S* is not supererogatory. The conditions set out so far, and specifically that relating to agent-intention, are insufficient to establish act ownership: for some *S*, it may be true that although *S* is an act I do in a purely attributive sense, it is not an act I *own* for the purposes of moral accounting. Talk of act-ownership is of course figurative, and requires elucidation. As a first step, we can put forward the following: (S3) Where (S1) and (S2) are met, *X* and *S* meet those additional conditions *C* in respect of which agents are held responsible for acts». – *Idem*, p. 233-234. Vide também Glen NEWAY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 56-60.

<sup>701</sup> «(...) for a given practice *P* to be eligible for toleration, that it be such that the tolerators have moral grounds for disapproving of *P*; additionally, however, there must be some moral reason for refraining from acting so as to prevent *P*. I suggested, in addition, that the tolerators must specify *limits* to toleration. They must describe circumstances in which practices *P'* would *not* be tolerable. So, expressed in terms of the tolerator's values or moral reasons *Mi*, we have

- (T1) a moral reason *M1* giving grounds for disapproving of *P*;
- (T2) a moral reason *M2* giving grounds for failing to prevent *P*;
- (T3) a moral reason *M3* giving grounds in other circumstances for preventing *P*.

As I was at pains to point out, it is *prima facie* possible that any pair or the triple of *M1*, *M2*, and *M3* may be identical, and theories of toleration could be distinguished according to their construal of this relationship». – Glen NEWAY, “Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory”, *cit.*, p. 244, remetendo para Glen NEWAY, “Fatwa and Fiction: Censorship and Toleration”, in John HORTON, Peter NICHOLSON (Ed.), *Toleration: Philosophy and Practice*, *cit.*, p. 91-107.

tolerado, pelo que (3) a tolerância só será um acto supererrogatório se não for um acto *imposto* ao *tolerante*, o que não significa que o tolerante não seja responsável pelas consequências do seu *acto tolerante*.

Distinguindo-as das *circunstâncias da tolerância* («*circumstances of toleration*»), Glen NEWEY identifica assim na estruturação básica da *tolerância* («*toleration*») as respectivas *condições de possibilidade* («*possibility-conditions*») <sup>702</sup>. Aquelas primeiras traduziriam os factos-*causa* de erupção de *questões de tolerância*, enquanto estas últimas estabeleceriam os termos que um determinado acto haveria de preencher para constituir um *acto de tolerância* <sup>703</sup>.

Nesta acepção, seriam, portanto, *condições de possibilidade* da tolerância: 1) a existência de uma prática objecto de *desaprovação* – ilustrada pela enunciação « $(T_1)$  *T* has a reason  $M_1$  for disapproving of *R*'s doing of *P*» <sup>704</sup>; 2) a existência de uma razão para que o tolerante não impeça o tolerado da prática objecto de desaprovação – ilustrada na afirmação « $(T_2)$  *T* has a reason  $M_2$  for not taking action to prevent *R*'s from doing *P*» <sup>705</sup> –, razão esta normativamente fundada – e potencialmente, embora não necessariamente, de natureza *moral* –, e que justifica como tolerante a não interferência, dada a possibilidade que assiste ao tolerante de optar pela intervenção, ainda que esta

<sup>702</sup>«The question I shall ask about toleration is this quasi-transcendental one: *What must be possible in order for toleration itself to be possible?* (...) I shall refer to prospective answers to this question as the *possibility-conditions* of toleration». – Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 3 («Introduction», p. 1-17).

<sup>703</sup>«The circumstances of toleration are, roughly, those facts of social and political life, in virtue of which the question of toleration arises». – *Idem*, p. 20 (1. «*The Basic Structure of Toleration*», p. 18-52). «By contrast, the *conditions* of toleration (...) set the terms which a given act has to meet if it is to qualify as an act of toleration. (...) The conditions of toleration are to be understood meta-theoretically. That is, they seek to create a framework within which acts of toleration are intelligible, *irrespective* of the particular value-orientations of the parties involved». – *Idem*, p. 21.

<sup>704</sup>NEWEY distingue, assim, a *desaprovação-disapproval* como condição da prática de tolerância de outras reacções negativas possíveis: «The first condition of toleration is that there is a practice, performed or projected by one party, which constitutes an object of *disapproval* for the other, the prospective tolerator. This I take to be a necessary condition of toleration. Its status as a condition of toleration, however, requires closer specification. (...)»

In setting out the conditions of toleration, I shall refer to the tolerator as *T*, the practice tolerated as *P*, and those whose practice is tolerated as *R*. Thus we can say that it is a necessary condition of *T*'s tolerating the practice in question that

$(T_1)$  *T* has a reason  $M_1$  for disapproving of *R*'s doing of *P*.

It is important to note that the reason mentioned by  $(T_1)$  is *internal*. – Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 21. NEWEY remete, quanto à distinção entre *disapproval* e *dislike*, para Preston KING, *Toleration*, cit., p. 41 ss.. – *Vide* Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 48, n. 3 da p. 21. «The conditions on toleration which I shall set out certainly demand the notion of justifiable or reasonable disapproval (...)». – *Idem*, p. 22.

<sup>705</sup>« $(T_2)$  *T* has a reason  $M_2$  for not taking action to prevent *R*'s from doing *P*». – *Idem*, p. 27.

última não seja efectiva<sup>706</sup>; 3) a existência de uma razão para tolerar em concreto situações que noutras circunstâncias não seriam toleradas – ilustrada pela proposição «(T<sub>3</sub>) T has a reason M<sub>3</sub> which in other circumstances justifies preventing actions of which T disapproves» –, constituindo mais um *constrangimento* à tolerância do que uma sua condição<sup>707</sup>. Condição (T<sub>3</sub>) esta justificada não já a nível *teorético*, mas apenas *metateorético*, deixando assim em aberto várias construções possíveis de concretas *teorias de tolerância* – consoante as relações estabelecidas entre M<sub>1</sub>, M<sub>2</sub> e M<sub>3</sub><sup>708</sup>. Assim, numa (1) teoria de tolerância baseada numa *razão fundante* («*overriding-reason theory of toleration*») surge um tipo de razão *substancial* – por exemplo, um *princípio moral* – que funda um juízo comparativo de reacção ou não reacção perante determinadas situações<sup>709</sup>. Já numa (2) teoria de tolerância baseada numa *razão deposta* («*overridden-reason theory of toleration*») surgirá, pela negativa, uma análoga razão justificante, agora da desaprovação inicial da prática e da não reacção face à mesma<sup>710</sup>. Por outro lado, uma (3) *teoria integrada de tolerância* («*integrated theory*») levaria esta estrutura mais longe, admitindo a tolerância de situações por esta em princípio não toleradas, mas de gravidade inferior, e na medida em que da reacção proibitiva pudesse

<sup>706</sup> *Idem*, p. 27-32. «In most views, the reasons which may figure in the conditions on toleration (...) may include moral reasons. (...) I shall assume that they may, though of course this is not to say that all the reasons called for the three-part structure outlined (...) must be moral reasons». – *Idem*, p. 42. Sobre as razões, mormente morais, para a tolerância, *vide ibidem*, p. 53-84.

<sup>707</sup> «(T<sub>3</sub>) T has a reason M<sub>3</sub> which in other circumstances justifies preventing actions of which T disapproves». – *Idem*, p. 32. «It may be asked why it is thought necessary to add a third condition to those already presented. For surely when we work up the two conditions (T<sub>1</sub>) and (T<sub>2</sub>) from the *endoxa* already mentioned, we already have sufficient material for an outline theory of toleration. We have then an understanding of T's reason for disapproving of a given practice, and for T's none the less refraining from preventing it. What (T<sub>3</sub>) provides is a *constraint* on toleration, it may be said, rather than a condition of it». – *Idem*, p. 33.

<sup>708</sup> «(...) the conditions met when M<sub>1</sub> applies are *pro tanto* grounds for preventing the disapproved-of practice P. So, on this view, (T<sub>3</sub>) is unnecessary.

This is right in one way and wrong in another, depending on whether theories of toleration are being viewed at a theoretical or a meta-theoretical level». – *Idem*, p. 33. «From this meta-theoretical materials we can define a typology of possible theories of toleration, differentiated by their construal of the relationship between the reasons M<sub>1</sub>, M<sub>2</sub> and M<sub>3</sub> mentioned in the corresponding conditions». – *Idem*, p. 35. *Vide ibidem*, p. 35-39.

<sup>709</sup> «(...) in what might be called an *overriding-reason* theory of toleration, there is a kind of reason, perhaps furnished by a moral principle such as that of equal respect, which provides grounds for toleration in certain cases, so that equal respect does duty for reason M<sub>2</sub>; while this same principle explains why in other cases certain other kinds of practice should not be tolerated, thus also filling M<sub>3</sub>. (...) Symbolically this structure would be represented as M<sub>1</sub>/(M<sub>2</sub>+M<sub>3</sub>)». – *Idem*, p. 35.

<sup>710</sup> «By contrast, an *overridden-reason* theory would draw on reasons of the same type-class to explain both the initial disapproval of the practice, and the grounds for none the less failing to act in order to prevent it. (...) This then has the structure (M<sub>1</sub>+2)/M<sub>3</sub>». – *Idem*, p. 35-36.



resultar maior violação da razão fundante<sup>711</sup>. Já para uma (4) *teoria da razão única* («*single-reason theory*»), as razões da reprovação serão do mesmo tipo das da intervenção coerciva em situações em que à partida a tolerância não seria adequada, mas em que surgem razões complementares justificativas da não intervenção<sup>712</sup>. A (5) teoria “*mutável*” («*diverse theory*»), por sua vez, implicaria que a razão que impõe limites à tolerância seja complementada por alguma outra ou outras razões que fundem a tolerância quando a primeira não estiver em jogo<sup>713</sup>.

Na compreensão de NEWEY, os actos tolerantes *obrigatórios* – tais como os que sejam devidos face a direitos titulados pelos tolerados, conferidos pelos tolerantes... – não serão *supererrogatórios*<sup>714</sup>. Porém, a tolerância será, aqui, em princípio e desejavelmente, uma categoria *supererrogatória*<sup>715</sup>. Pelo que teremos de advertir que, na situação em que o *tolerado* exerce um direito, não nos parece, ao contrário do que afirma NEWEY, que sequer se esteja perante um *acto de tolerância*. Admitindo em geral a viabilidade das *condições de possibilidade* da tolerância enunciada por NEWEY, haverá a estabelecer como reserva essencial o facto de entendermos que a tolerância pressupõe uma abstenção livre de reacção contra uma prática de que se discorda, pelo que não haverá lugar a tolerância quando estiver em causa o cumprimento de uma *norma* – mesmo que de ordem *moral* – que confira direitos ao hipoteticamente *tolerante*, caso em que cairia o requisito da *liberdade*. Se a *norma* surgir como resultado de uma *atitude tolerante* que pretende conferir aos *tolerados* direitos, no momento em

<sup>711</sup> «What might be called an *integrated* theory would take this structure one stage further, allowing that certain practices may give rise to disapproval, as a result of lesser breaches of the fundamental reason, which should none the less be tolerated, because prevention would itself involve a more serious breach of the same reason. (...) (symbolically  $M_{1+2+3}$ )». – *Idem*, p. 36.

<sup>712</sup> «A *single-reason* theory is one in which the reasons for disapproval are of the same type-class with the reasons for coercive intervention in circumstances in which toleration is deemed inappropriate (that is,  $M_{1+3}/M_2$ ). In certain circumstances, however, there is some ancillary reasons for non-prevention, which provides some warrant for tolerating practices even though there is also a reason to disapprove of them». – *Idem*, p. 36.

<sup>713</sup> «In a *diverse* theory, the reason which imposes limits on toleration, such as equal respect (that is, the filler for  $M_3$ ) is supplemented by some further reason which, when the first reason is not in play, provides grounds for toleration ( $M_2$ ). In addition, a reason ( $M_1$ ) can be given for disapproving of the tolerated practices which itself invokes neither of these reasons (in symbols,  $M_1/M_2/M_3$ )». – *Idem*, p. 36-37.

<sup>714</sup> «(...) a supererogatory act cannot be one which is obligatory. Accordingly, if there are obligatory acts of toleration, there are acts of toleration which are not supererogatory. It may be added that in some situations,  $M_2$  will be obligatory because it is entailed by *rights* held by practitioners of *P*». – Glen NEWEY, “*Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory*”, *cit.*, p. 245-246. Vide ainda Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 75.

<sup>715</sup> Vide Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 74. Vide *ibidem*, p. 73-80; Glen NEWEY, “*Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory*”, *cit.*, p. 247-248.

que tal se verificar deixa de se colocar o problema de tolerância: se a tolerância serviu de base ao reconhecimento do direito, como fundamento, implicou um reconhecimento positivo, e, assim, não se estará já na presença de um acto tolerante quando se cumpra tal norma. Neste sentido, e diferentemente de NEWEY – ainda que só marginalmente admita a possibilidade de actos tolerantes *obrigatórios* –, a tolerância só o será verdadeiramente se for *supererrogatória* – não fazendo sentido distinguir tolerância *supererrogatória* de tolerância *obrigatória* –, no sentido de que consiste numa não-reacção face a uma prática de que se discorda, com base numa valoração axiológica. Sentidos e terminologia que serão *infra* retomados, com conteúdo, porém, diverso<sup>716</sup>.

#### **6.2.3.1.7. A perspectivação das circunstâncias de tolerância como condições de possibilidade da tolerância em GARZÓN VALDÉS**

Mais no sentido de *condições de possibilidade da tolerância* do que no de *circunstâncias de tolerância*, na construção de NEWEY, apresenta Ernesto GARZÓN VALDÉS o que designa por *circunstâncias de tolerância*: (1) a *aptidão* («*ability*») e a (2) *inclinação* («*inclination*») para proibir um acto, e a (3) ponderação («*weighing*») de argumentos a favor e contra a proibição e a permissão do acto<sup>717</sup>.

As referidas *circunstâncias* conduziriam a distinção entre *tolerância* e outras figuras aparentemente próximas, tais como *suportar* ou *sofrer*, ou ainda *ser indiferente*, por um lado, ou mesmo *aceitar* ou até *promover* determinado(s) acto(s), por outro<sup>718</sup>. Autonomização esta cujos contributos serão aqui essenciais, ajustando-se formal e materialmente com o sentido da definição das *condições de possibilidade* da tolerância

<sup>716</sup>Vide *infra*, 6.2.3.2.1.

<sup>717</sup>«(...) la tolerancia se presenta como una propiedad disposicional que es sometida a prueba en diversas y reiteradas circunstancias a las que llamaré “circunstancias de la tolerancia”. (...)»

Si aceptan estas tres condiciones: a) competencia adecuada; b) tendencia a prohibir el acto tolerato (...) y c) ponderación de los argumentos a favor de la permisión o prohibición del acto en cuestión (...). – Ernesto GARZÓN VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 402. «These are (...) the three circumstances of toleration. There must be: a) the *ability* (competence) as well as b) the *inclination* to prohibit the act, and also c) the *weighing* of arguments for and against prohibiting or permitting the act». – Ernesto Garzón VALDÉS, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, *cit.*, p. 127-128.

<sup>718</sup>*Idem*, p. 128.

na perspectiva *normativamente substancial* que aqui se pretende construir, e, conseqüentemente, *infra* essencialmente retomados – mormente pela referenciação axiológica e a densificação de dois *sistemas normativos* determinantes da tolerância: um “*sistema normativo básico*” e um “*sistema normativo justificante*”<sup>719</sup>.

#### 6.2.3.1.8. O problema filosófico das características-requisitos da tolerância em Andrew FIALA

Numa perspectiva que designa e explicita como rigorosamente *filosófica*, estabelece Andrew FIALA uma estruturação em três requisitos-*condições* cumulativas substancialmente implicadas no significado de *tolerância*<sup>720</sup>: (1) em primeiro lugar, um juízo negativo, num mais ou menos amplo leque, desde desaprovação a repugnância, quanto a emoções, disposições, gostos, juízos de valor<sup>721</sup>; (2) em segundo lugar, um poder de negação/rejeição<sup>722</sup>; (3) e, em terceiro lugar, uma abstenção deliberada do exercício desse poder de negação/rejeição<sup>723</sup>.

Neste sentido, a (1) primeira condição – o *juízo negativo* – não constituiria total *desaprovação*, situando-se antes entre esta e a aprovação, entre repulsa e indiferença não aprovante, pois que não será necessária tolerância onde houver aprovação, e não será possível onde houver total desaprovação. Assim, a tolerância teria lugar na resistência ao resultado negativo de um *juízo negativo*, opondo-lhe um diferente *juízo*. A (2) segunda condição refere-se aqui ao poder que assiste ao tolerante de reagir negativamente face a determinada pessoa ou prática de que discorda. E (3) a terceira anota a abstenção deliberada – e motivada – de exercer o poder de repudiar a pessoa ou comportamento. Motivação que FIALA identifica em diversas razões: respeito pela autonomia, compromisso com o pacifismo, respeito por outras virtudes – tais como

<sup>719</sup>Vide Ernesto Garzón VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 406. Vide *idem*, p. 409-410; também Ernesto Garzón VALDÉS, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, *cit.*, p. 130. Vide *infra*, 6.2.3.2.1. e 6.2.3.2.3..

<sup>720</sup>Andrew FIALA, «Toleration», *cit.*, p. 1.

<sup>721</sup>«The first condition requires a negative judgment, which can be anything from disapproval to disgust». – *Idem*, p. 2.

<sup>722</sup>«The second condition states that the agent has the power to negate the entity in question. (...) (...) toleration is restraint of the power to negate». – *Idem*, p. 2.

<sup>723</sup>«The third condition states that the agent deliberately refrains from exercising his power to negate». – *Idem*, p. 2. Vide Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 18.

delicadeza e generosidade –, preocupações pedagógicas, desejo de reciprocidade, sentido de modéstia, entre outras. Distinguindo-as de outras razões, não tolerantes, de recusa de reacção negativa, tais como medo, fraqueza, benefício<sup>724</sup>. Tomando como razões fundamentais para a tolerância, acima de tudo, a *modéstia (epistémica)* e o respeito pela autonomia<sup>725</sup>. A *modéstia* aqui não tanto como aparente *simpatia social*, antes como o oposto de *orgulho, irascibilidade*, associado à ideia de *hubris*, assumindo assim sentidos ligados às virtudes aristotélicas da *enkrateia* (ἔγκρατεια), como *autocontrolo, sophrosyne* (σωφροσύνη), como *temperança*, e *epieikeia* (ἐπιείκεια), como *equidade*, fixando-se FIALA, sobretudo, no sentido de *aidos* (αἰδώς)<sup>726</sup> – e concentrando-se já Aristóteles no sentido de *modéstia*, em *gentileza(-mildness)* (*praotēs – πραότης*) e *perdão* (*sungnōmē – συγγνώμη*). Tendo o sentido aqui excluído – de *auto-abnegação* ou *humilhação* – sido por muitos autores assumido, como é o caso de SÓCRATES, SPINOZA, MONTAIGNE e VOLTAIRE<sup>727</sup>.

Quanto à capacidade de compreender o *outro* na sua posição, FIALA refere-se a uma capacidade de «*imagination*», em que, acarretando muitas vezes lapsos, se poderão distinguir *falhas intrapessoais* («*intrapersonal failures*») e *falhas interpessoais* («*interpersonal failures*»), ambas cruciais para a compreensão e construção de *comunidades dialógicas*<sup>728</sup>. Considerando que a base da crítica ao outro deverá ser o *autoconhecimento*, FIALA conclui que, na ausência de *autoconhecimento*, o

<sup>724</sup>Vide Andrew FIALA, «*Toleration*», *cit.*, p. 2.

<sup>725</sup>«Although there are many reasons that toleration is good, I focus (...) primarily on epistemic modesty and respect for autonomy. A sense of our own finitude and fallibility as well as respect for the autonomy of others gives us a good reason to be tolerant». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 19-20. Vide *idem*, p. 39.

<sup>726</sup>«I understand modesty to be the opposite of pride, irascibility and the tendency to abuse power, all of which can be included in the idea of *hubris*. Modesty is linked to Aristotelian virtues such as self-control or continence (*enkrateis*), moderation or temperance (*sophrosyne*), and fairness or clemency (*epieikeia*). Aristotle discusses something like modesty under the heading ‘mildness’ (*praotēs*) and in connection with considerateness for forgiveness (*sungnōmē*). A Greek term that comes close to what I have in mind is *aidos*, which can be translated as ‘shame’, ‘modesty’, ‘sense of honour’, or ‘propriety’». – *Idem*, p. 39.

<sup>727</sup>*Idem*, p. 39-40, 44.

<sup>728</sup>«I will approach modesty and tolerance by focusing on the limits of imagination. Modesty asks us to consider whether we are able to imagine the circumstances and experience of the other. Toleration results when I imagine that the other’s actions are autonomous, even while recognizing that I cannot imagine all the values that lead the other to act in the way she does. And so imaginative connection is required for tolerance, as is recognition of the limits of the imagination. Such a dialectic of imagination is crucial for the creation of dialogical community. (...) tolerance is required when we acknowledge the possible failure of the imagination». – *Idem*, p. 41. Vide *idem*, p. 41-42. «Failures of imagination can be divided into two categories: intrapersonal failures and interpersonal failures. It is important to recognize the possibility of the first because, as we shall see, self-knowledge is presupposed for those more robust dialogical communities towards which we would like to develop». – *Idem*, p. 45. Vide *idem*, p. 45-47.

comportamento perante os outros deverá ser *tolerante*<sup>729</sup>. Os juízos críticos serão necessários, mas não ilimitados, dadas as limitações inerentes à *faculdade de julgar*. Pelo que a tolerância será uma forma de retracção de especificamente delimitados *juízos de comparação*<sup>730</sup>.

Embora de orientação marcadamente *liberal*, aproxima-se a construção de FIALA da substancialização que *infra* adoptaremos quanto às *condições de possibilidade da tolerância*. Sendo, assim, distintas essencialmente quanto ao *fundamento* da tolerância e do respectivo *objecto*<sup>731</sup> – embora também o compreendamos como *ético*, porém em diverso sentido<sup>732</sup>. Posto que afastando-se a fundamentação materialmente axiológica da *(re)construção normativamente substancial* aqui intentada da determinação *liberal* que preside àquela também *concepção substancial de tolerância*.

### 6.2.3.2. Perspectivação crítica: *condições de possibilidade da categoria tolerância em sentido normativamente substancial*

#### 6.2.3.2.1. *As condições de possibilidade da categoria tolerância seleccionadas e respectiva justificação*

Efectivamente, a determinação de *condições de possibilidade* de verificação da tolerância demonstra-se essencial, quer para a delimitação, quer para a autonomização, quer ainda para a densificação substancial da categoria tolerância, posto que só na presença de todas elas, cumulativamente, se estará perante uma *situação de tolerância*, e só especificando o respectivo sentido se explicitará a compreensão da tolerância em presença.

---

<sup>729</sup> «(...) if we do not possess self-knowledge, i.e., if we are mysteries to ourselves, then our comportment to others should be tolerant». – *Idem*, p. 55.

<sup>730</sup> «While the imagination makes possible critical interaction with the other, self-criticism and tolerance prevent this critical interaction from becoming dogmatic and, in fact, unimaginative». – *Idem*, p. 57. *Vide idem*, p. 56-57.

<sup>731</sup> «The entity toward which an agent has a negative judgment can be an event, an object, or a person, although with regard to tolerance as a moral and political disposition, the entity is usually thought to be a person». – Andrew FIALA, «*Toleration*», *cit.*, p. 2.

<sup>732</sup> *Vide supra*, Parte I, 3. e Parte II, 5., e *infra*, 8.

Reconhecido o posicionamento da tolerância no interstício-*intervalo* entre a *negação activa* e a *aceitação*<sup>733</sup>, mais do que *componentes* da tolerância, os *requisitos* que se reconhecem dever estar reunidos para que possa estar-se perante *situações de tolerância* hão-de ser assumidos como efectivas *condições de possibilidade* de efectivação da *categoria tolerância*, de verificação necessária e cumulativa na sua substância e finalidade. Tomadas as alternativas *supra* referenciadas, e à luz de uma determinação material de conteúdo, aqui objectivo sempre presente, elencar-se-ão três *condições de possibilidade* necessárias e de verificação sucessiva: (a) *divergência de base essencial* (materialmente fundamentada); (b) *liberdade*; e (c) *renúncia à reacção*.

#### **6.2.3.2.1.1. Divergência de base essencial (materialmente fundamentada)**

A *divergência de base*, traduzindo não um qualquer *desacordo* de circunstância mas uma discordância *essencial*, por um lado, havendo de ser, por outro, materialmente fundamentada, implica estabelecer desde logo uma distinção fulcral entre aquele e esta: na tolerância, o desacordo toca pontos fulcrais das convicções axiológicas dos sujeitos, havendo, portanto, razões de fundo que determinam a discordância face ao comportamento tolerado. Não se verificando, porém, e concomitantemente, reacção contra este, posto que outras razões, também materialmente fundamentadas, se sobrepõem àquelas primeiras.

A *divergência de base*, tal como também HABERMAS a enuncia – embora sempre no quadro da afirmação da origem religiosa da tolerância –, estabelece o surgimento da tolerância como *exclusão*, isto é, *não inclusão*, e, assim, «rejeição assente na convicção» («*überzeugungsgestützten Ablehnung*»)<sup>734</sup>. Implicando desde logo como

<sup>733</sup>Vide, também neste sentido, Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 748. Veja-se ainda a forma como John HORTON incia, na *Blackwell Encyclopaedia of Political Thought* (Ed. David MILLER, Oxford, 1987), a definição de tolerância (*Toleration*): «The deliberate choice not to prohibit, hinder or interfere with conduct of which one disapproves, where one has both the requisite power and knowledge». – John HORTON, “*Toleration*”, *cit.*, p. 521.

<sup>734</sup>«Der religiöse Ursprung einer Toleranz, die heute als Kernbestandteil jeder liberalen politischen Kultur angesehen wird, hat aber auch eine systematische Bedeutung insofern, als er an die wichtige Komponente der “überzeugungsgestützten Ablehnung” erinnert». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p.169. Vide ainda Jürgen HABERMAS, “*Religious Tolerance – The*

declaração de princípio que apenas se poderá falar de tolerância quando a discordância face a certos comportamentos assentar em *fundamentos legítimos*, o que exclui de imediato certas práticas que, *material-axiologicamente injustificadas*, não conferem a qualidade de *tolerante* a quem abdique de as praticar<sup>735</sup>, não estando, portanto, aí verificada a primeira *condição de possibilidade* da tolerância apontada – a *materialmente fundamentada divergência de base*.

Assim, as *razões subjectivas* seriam necessárias mas não suficientes para que a discordância face a determinado comportamento conduzisse à tolerância. Tais razões subjectivas haveriam de ser *razoavelmente* susceptíveis de legitimação pública<sup>736</sup>. Com o que, tal como para HABERMAS, entendemos que a tolerância só começa para lá da *discriminação*, na medida em que se lhe antepõe a efectivação do *princípio da igualdade de tratamento* e/ou da *não discriminação* – sendo que, afastada esta, nem sempre restarão argumentos racionais que justifiquem a rejeição conducente à tolerância<sup>737</sup>.

Esta confirmação da essencialidade da condição da *divergência de base essencial*, tal como a entendemos, colide com uma limitação que lhe é aposta por Joseph RAZ. Assim, na sua compreensão, como *supra* esclarecemos<sup>738</sup>, a tolerância, enquanto *virtude moral*, e para o ser, implicará a supressão ou contenção de uma tendência ou desejo de perseguição ou reacção contra uma pessoa, mas também só o

---

*Pacemaker for Cultural Rights*”, in *Philosophy*, vol. 79, n. 1, January 2004, p. 5-18 (também in Lasse THOMASSEN (Ed.), *The Derrida-Habermas Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006, p. 195-207).

<sup>735</sup> «Anhand dieses Maßstabes muß sich allerdings eine kognitive Differenz als vernünftig erweisen, wenn Toleranz eine sinnvolle Antwort darauf sein soll. Toleranz kann nur greifen, wenn es für die Ablehnung konkurrierender Geltungsansprüche legitime Gründe gibt: „Wenn jemand Menschen mit schwarzer Hautfarbe ablehnt, sollten wir ihn nicht zu einer ‚Toleranz gegenüber Andersaussehenden‘ auffordern... Denn dann akzeptierten wir sein Vorurteil als ein ethisches Urteil, das der Ablehnung einer anderen Religion ähnlich ist. Ein Rassist soll nicht tolerant werden, er soll seinen Rassismus überwinden“». – Jürgen HABERMAS, “Wann müssen wir tolerant sein?...”, *cit.*, p. 173, citando Rainer FORST, “Der schmale Grat zwischen Ablehnung und Akzeptanz”, in *Frankfurter Rundschau* vom 28. Dezember 2001. *Vide infra*, a propósito do *paradoxo do racista tolerante*, 7.1.2..

<sup>736</sup> «So kann nur jemand Toleranz üben, der subjektiv überzeugende Gründe für die Ablehnung von Andersgläubigen hat. (...) dürfen die Ablehnungsgründe, die Toleranz erfordern, nicht nur subjektiv für gut gehalten werden. Sie müssen öffentlich als legitim gelten dürfen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 265. «(...) Wer tolerant ist, darf einerseits das eigene Ethos nur in den Grenzen dessen, was allen gleichermaßen zusteht, realisieren. Andererseits muss er auch das Ethos der anderen in diesen Grenzen respektieren». – *Idem*, p. 268.

<sup>737</sup> «(...) Toleranz erst jenseits der Diskriminierung beginnen kann. (...) Nach der Überwindung entsprechender Vorurteile gegen Farbige, Homosexuelle oder Frauen bliebe andererseits keine Komponente des Fremden oder »Andersartigen« mehr übrig, auf die sich eine begründete und allgemein als legitim anerkannte Ablehnung beziehen könnte». – *Idem*, p. 265-266. *Vide* ainda, no mesmo sentido, Jürgen HABERMAS, “Wann müssen wir tolerant sein?...”, *cit.*, p. 173-174.

<sup>738</sup> *Vide supra*, 1.2.1. e 6.2.3.1.2..

será, cumulativamente, se essa perseguição ou reacção for, para o tolerante, desejável<sup>739</sup>. O que não significará, não obstante, para RAZ, que só será objecto de tolerância o *errado* ou o *mau*, antes que também o poderão ser certas limitações (ou excessos...) de virtudes positivamente valoradas pelo tolerante<sup>740</sup>. Não poderemos acompanhar RAZ nesta segunda parte da sua composição da noção de tolerância, em virtude desta limitação que apõe à condição de *divergência de base*. Efectivamente, o requisito da *divergência* é essencial para que se esteja perante a categoria tolerância, como à partida RAZ, na primeira parte da sua noção de tolerância, parece também afirmar. Não sendo relativizável, como RAZ parece defender na segunda parte da conformação daquela noção, e não o sendo sob pena de se perder o critério de delimitação razoável da tolerância. Assim, face a certas limitações de pessoas e/ou comportamentos, ou 1) se afirmará que há discordância face a essas limitações, caso em que elas próprias serão objecto de divergência e, concomitantemente, de tolerância; ou, em alternativa, 2) se entenderá que as limitações não assumem relevância prática substancialmente suficiente para gerar divergência efectiva, caso em que não haverá, quanto a elas – por desnecessidade decorrente da aprovação material global da pessoa e/ou comportamento, e, assim, inexistência de objecto –, tolerância, antes *indulgência* ou mesmo *perdão*. E não procederá igualmente o argumento de que, por detrás desses limites, como seu correlato, se encontrarão *virtudes* e/ou realizações que as compensam, pois que, se este tipo de análise estivesse presente em qualquer avaliação de *divergência* que normalmente suscite tolerância, esta, pura e simplesmente, não existiria, por desnecessidade resultante da *inexistência de objecto*. Sentido este a justificar igualmente a discordância face a uma outra compreensão ampla da noção de tolerância, a apresentada pela proposta de Mary WARNOCK, na medida em que prescinde da *divergência essencial de base*, englobando pormenores de comportamento marginais relativos a pessoas cuja base moral de comportamento é positivamente valorada,

<sup>739</sup> «Toleration is a distinctive moral virtue only if it curbs desires, inclinations and convictions which are thought by the tolerant person to be themselves desirable. Typically a person is tolerant if and only if he suppresses a desire to cause to another a harm or hurt which he thinks the other deserves». – Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 401-402.

<sup>740</sup> «(...) one cannot tolerate other people because of their virtues. But one can tolerate their limitations. A person can tolerate another's very deliberate manner of speech, or his slow and methodical way of considering every issue, and so on. In all such cases what is tolerated is neither wrong nor necessarily bad. (...) When we tolerate the limitations of others we may be aware that these are but the other side of their virtues and personal strengths. This may indeed be the reason why we tolerate them». – *Idem*, p. 402.



expressamente discordando da noção mais restrita apresentada por Peter NICHOLSON, a exigir a fundamentação *moral* e a *essencialidade* da divergência<sup>741</sup>.

Diferentemente, procurando recuperar o requisito essencial da *divergência de base*, oferece Michael WALZER múltiplos *sentidos de tolerância*: (1) como *aceitação resignada da diferença em nome da paz*; (2) como *indiferença passiva e benévola perante a diferença*; (3) como *reconhecimento – de tipo estóico – de que os outros são titulares de direitos, ainda que os exerçam de formas menos atractivas*; (4) como *abertura, curiosa, e até mesmo respeitosa, aos outros*; (5) como *alicerce estético – na medida em que a diferença seja compreendida como expressão cultural da amplitude e diversidade da criação divina ou do mundo natural, se for vista, tal como no multiculturalismo liberal, como uma condição necessária para o desenvolvimento humano, conferindo sentido à autonomia individual*. Sentidos estes dois últimos, pelo menos, em que verdadeiramente já não se estará perante um comportamento tolerante, posto que deixando de verificar-se o requisito da *divergência de base*. Michael WALZER coloca o acento tónico na *prática tolerante (toleration)* e não tanto na *atitude mental da tolerância («tolerance»)*<sup>742</sup>. E numa *divergência* que, pese embora tenha historicamente assentado numa relação *supra-infra-ordenada* – em que o tolerado estaria numa posição (*hierarquicamente*) inferior à do tolerante, e este munido de *poder* sobre aquele –, não terá já de o estar, devendo, nesse sentido, a tolerância evoluir para um *respeito mútuo*; porém, este último surge muitas vezes, no dizer de WALZER, como *condição de tolerância*, e esta última como a *atitude* mais lograda em algumas circunstâncias<sup>743</sup>.

<sup>741</sup> «Mary WARNOCK, “The Limits of Toleration”, in Susan MENDUS, David EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, cit., p. 123-139, p. 125-127, referindo-se expressamente à seguinte afirmação de Peter NICHOLSON: «(...) toleration is the virtue of refraining from exercising one’s power to interfere with others’ opinion or action although that deviates from one’s own over something important and although one morally disapproves of it». – Peter NICHOLSON, “Toleration as a Moral Ideal”, cit., p. 162. Vide ainda John HORTON, “Toleration as a Virtue”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 28-43, p. 29, remetendo para a mesma afirmação de Peter NICHOLSON. Vide ainda *idem*, p. 29-33.

<sup>742</sup> «To argue that different groups and/or individuals should be allowed to coexist in peace is not to argue that every actual or imaginable difference should be tolerated». – Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 6 («Introduction: How to Write About Toleration», p. 1-7). «A defense of toleration doesn’t have to be a defense of difference. It can be, and often is, nothing more than an argument of necessity». – *Idem*, p. xii (Preface). Vide *idem*, p. 10-12. Vide ainda, referindo que na perspectiva de WALZER «(...) o que interessa não é tanto a atitude mental da tolerância (*tolerance*) mas mais o facto de tolerar (*toleration*)», Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, cit., p. 91, citando Michael WALZER, “A User’s Guide to Democracy”, in [http://www.unesco.org/courier/2000\\_01/uk/dires/txt1.htm](http://www.unesco.org/courier/2000_01/uk/dires/txt1.htm). Vide ainda Sara GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância...*, cit., p. 90, referindo-se a Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 10 ss..

<sup>743</sup> «In ordinary speech, it is often said that toleration is always a relationship of inequality where the tolerated groups or individuals are cast in an inferior position. To tolerate someone else is an act of power; to be tolerated is an acceptance of weakness. We should aim at something better than this

Efectivamente, pressupõe a tolerância uma *divergência substancial de base* face a um determinado comportamento. Exigência relativamente à qual se não seguirá também aqui o diagnóstico de D. A. CARSON, distinguindo “*velha tolerância*” («*old tolerance*») de “*nova tolerância*” («*new tolerance*»), aquela pressupondo tal *divergência* e esta última assentando na *aceitação*, especificamente admitindo todas as posições, e, assim, num *relativismo*<sup>744</sup> – ainda que com um amplo campo de sobreposição de sentido<sup>745</sup>. E não o seguiremos, sobretudo, por considerarmos que, independentemente da evolução da relação com a diferença, o *interstício-intervalo* em que a tolerância poderá ter lugar (e conteúdo) será precisamente aquele em que (ainda) se não tenha verificado a *aceitação*. Sem a verificação do pressuposto da divergência de base falar-se-á já de *rejeição*, já de *indiferença*, já de *aceitação*, porém não de *tolerância*, mesmo que “*nova*”. No pressuposto daquela distinção, não admitindo *um* sentido de *verdade*, a “*nova tolerância*” reputaria *intolerante* qualquer afirmação de verdade contrária aos *axiomas pós-modernos da equivalência de valor*<sup>746</sup>. Enquanto na “*velha tolerância*” os limites seriam substancialmente estabelecidos, em juízos de *verdade*, *dano* e *protecção da sociedade*, na “*nova tolerância*” seriam fixados em função do sentido de *intolerante*. “*Nova tolerância*” esta erigindo-se a si própria em *valor supremo*, e a *intolerância* em *vício supremo*<sup>747</sup>. Sentidos estes sobre que vale a pena reflectir, admitindo a respectiva

---

combination, something beyond toleration, something like mutual respect. (...) mutual respect is one of the attitudes that makes for toleration – the most attractive attitude, perhaps, but not necessarily the most likely to develop or the most stable over time. Sometimes, indeed, toleration works best when relations of political superiority and inferiority are clearly marked and commonly recognized». – Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 52 (4. «*Practical Issues*», p. 52-82).

<sup>744</sup>Veja-se o diagnóstico de CARSON: «To accept that a different or opposing position exists and deserves the right to exist is one thing; to accept the position itself means that one is no longer opposing it. The new tolerance suggests that actually accepting another’s position means believing that position to be true, or at least as true as your own. We move from allowing the free expression of contrary opinions to the acceptance of all opinions; we leap from permitting the articulation of beliefs and claims with which we do not agree to asserting that all beliefs and claims are equally valid. Thus we slide from the old tolerance to the new». – D. A. CARSON, *The Intolerance of Tolerance*, cit., p. 3-4. *Vide idem*, p. 6-17.

<sup>745</sup>*Vide idem*, p. 79. «(...) the new tolerance thinks of itself as intrinsically neutral, free from any ethical, moral, or religious system of thought, yet it is not so. The problem is worse than mere inconsistency, for the new tolerance regularly smuggles into the culture massive structure of thought and imposes them on others who disagree, while insisting that the *others* are the intolerant people». – *Idem*, p. 96.

<sup>746</sup>«If you begin with this new view of tolerance, and then elevate this view to the supreme position in the hierarchy of moral virtues, the supreme sin is *intolerance*. (...) To question such postmodern axioms is by definition intolerant. For such questioning there is no tolerance whatsoever, for it is classed as intolerance and must therefore be condemned. It has become the supreme vice». – *Idem*, p. 11-12.

<sup>747</sup>«(...) the old tolerance draws its limits on the basis of substantive arguments about truth, goodness, doing harm, and protecting society and its victims, while the new tolerance draws its limits on the basis of what it judges to be intolerant, which has become the supreme vice». – *Idem*, p. 14. «(...) new

prestabilidade no estabelecimento de uma dimensão materialmente fundante para a categoria *tolerância* susceptível de a *legitimar* ou *deslegitimar*, porém sem secundar a solução oferecida por CARSON quanto à substanciação do fundamento da tolerância, dada a sua expressa índole assumida como estritamente religiosa – *in casu* de índole cristã<sup>748</sup>.

Poderia ainda considerar-se estar-se aqui, quanto à *divergência de base*, perante a *componente de objecção* de FORST, enquanto *discordância*. Conforme, porém, foi aqui esclarecido, a *divergência* que aqui se intende postula uma base axiologicamente fundamentante de sentido positivo que, além de ir para lá daquela *objecção*, afasta ainda as sequentes *componentes de aceitação* e de *rejeição*, posto que, uma vez fundadas axiologicamente as razões da *discordância*, as mesmas definirão, *uno actu*, a delimitação da *intolerabilidade*<sup>749</sup>. A *tolerância* terá, assim, por requisito *necessário* – embora não sendo, *per se*, *suficiente* – uma *divergência substancial de base, essencial e fundamentada*, face a um determinado comportamento. Sem o que não fará sentido falar de tolerância.

#### 6.2.3.2.1.2. *Liberdade*

Conjuntamente com a condição de *divergência de base essencial* (materialmente fundamentada), será *condição de possibilidade* da verificação de *tolerância* uma dimensão de *liberdade*, enquanto possibilidade de reacção face ao comportamento de que se discorda. E, portanto, não já enquanto poder efectivo hierarquicamente titulado pelo tolerante sobre o tolerado. Alterando-se, assim, perante a assumida paridade essencial dos sujeitos da relação de tolerância, a perspectivação face à tradicionalmente invocada tensão *maioria-minoria* como justificação para a delimitação da tolerância – perspectivação esta que permanece, por exemplo, no sentido de que a relação entre tolerante e tolerado implica, em geral, uma assimetria que confere à parte mais forte o poder de interferir no comportamento da parte mais fraca, sob pena de se estar não já

---

tolerance swamps penetrating discussion about truth and morality: tolerance is widely perceived to be more important and more enduring than either». – *Idem*, p. 138.

<sup>748</sup>Vide especificamente *idem*, 8. «*Ways Ahead: Ten Words*», p. 161-176.

<sup>749</sup>Vide *supra*, a construção teórica proposta por FORST, criticamente reflectida em 4. e 6.2.3.1.4..

perante *tolerância* mas perante *aquiescência*, em Anna Elisabetta GALEOTTI<sup>750</sup>. Com o que, na ausência desta *liberdade paritária*, não existirá verdadeiramente tolerância.

A assimetria que se verifique, em virtude da *liberdade de reacção* face à *divergência de base*, há-de, diferentemente, resultar da posição que cada um dos sujeitos intervenientes – e não tanto já dos *grupos*, ainda que tal possa também ocorrer, perspectivando-se, então, como conjuntos de sujeitos com pretensões no mesmo sentido – ocupe em cada relação concreta de tolerância, e sempre susceptível de *inversão*, na mesma ou em distinta situação concreta. Perspectivando-se, assim, com FOUCAULT, as relações intersubjectivas como *relações de poder*, e assim mobilizando a respectiva noção *microscópica* de *poder*, e as *cristalizadas hierarquias* das relações intersubjectivas, haverá sempre que considerar, no reverso, a *resistência*, como capacidade de reacção<sup>751</sup>. A noção de *hierarquia* estando, portanto, aqui longe de ser determinante na identificação de *situações de tolerância*, verificando-se antes que a noção de tolerância aqui considerada apenas se realizará efectivamente enquanto *conceito relacional paritário*, e, assim, na ausência de hierarquia – conforme se constata, por exemplo, também, em Letizia GIANFORMAGGIO e em Ernesto GARZÓN VALDÉS<sup>752</sup>.

A completa compreensão da condição de *liberdade* aqui convocada exigirá ainda outra desambiguação: a da admissão, em algumas construções, como é o caso das de John HORTON e Rainer FORST, de que a *impossibilidade real de reacção*, e, assim, a

<sup>750</sup> «(...) toleration, be it a negative or a positive attitude, seems to imply some power of interference with or hindrance of what is disliked in the first place; otherwise we would more properly talk of acquiescence». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 22. «(...) the very concept of toleration entails asymmetrical power relations between the potential tolerator and the potential tolerated». – *Idem*, p. 89.

<sup>751</sup> Sobre o conceito de poder em Michel FOUCAULT, vide Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, cit., vol. I, *La volonté de savoir*, cit., p. 7-67, e, entre outros, Alessandro di CARO, “Genealogia e Potere in Michel Foucault”, in *Hermeneutica*, Urbino, n.º 2, 1982, p. 157-174. Vide ainda o nosso *Entre o centro e a periferia...*, cit., Parte I, 2.2.3., p. 39-50, especialmente p. 39-43.

<sup>752</sup> Neste sentido, afirma Letizia GIANFORMAGGIO: «(...) stressing the relation between toleration and power does not amount to thinking that a relationship of superiority and subordination is presupposed between the person or group who tolerates and the person or group who is (or whose acts, beliefs, etc. are) tolerated: The relationship between them can even be one of equality. (...) Among equals, then, we can either have a relation of mutual toleration; or a relation of mutual intolerance (...); or a legitimate reaction of one person or group against the expressions of an intolerant attitude of the other one». – Letizia GIANFORMAGGIO, “Tolerance and War...”, cit., p. 3. No mesmo sentido, e a partir da primeira das por si elencadas *circunstâncias de tolerância*, afirma Ernesto GARZÓN VALDÉS: «Competence, as one of the circumstances of toleration, must not be understood as necessarily implying a relation of authority between the person who tolerates and the person whose act is tolerated. It is perfectly possible to tolerate an act of someone of the same hierarchical rank». – Ernesto Garzón VALDÉS, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, cit., p. 128. Vide *supra* o elenco das *circunstâncias de tolerância* proposto por VALDÉS, 6.2.3.1.7..

*ausência de liberdade efectiva*, na presença das outras condições referidas, não obsta a que haja um *comportamento efectivamente tolerante*, e não mera *aquiescência*, na medida em que o sujeito tolerante, se fosse livre, procederia exactamente do mesmo modo. Posição que, como *supra* esclarecemos, aproximando-nos da orientação de presto KING, não configuraria verdadeira tolerância, posto que esta pressuporá a efectiva *liberdade de reacção negativa*<sup>753</sup>.

### 6.2.3.2.1.3. Renúncia à reacção

A *renúncia à reacção* surge aqui como terceira *condição de possibilidade* da tolerância, sendo efectivamente necessária à configuração da tolerância, dado que a *abstenção de reacção adversa* ao comportamento *errado* ou *negativamente valorado* pelo tolerante exprime, em último termo, o *comportamento tolerante*.

A necessária motivação normativamente fundamentante da renúncia à reacção, quando na presença das duas outras *condições de possibilidade* da tolerância – *divergência de base essencial e liberdade* –, afasta aqui, ao contrário do que algumas concepções admitem, a possibilidade de a recusa ser fundada em casusas outras que não um compromisso com o *valor da tolerância* enquanto tal. Esta discussão diz originariamente respeito a saber se a tolerância deveria ser compreendida como um *conceito descritivo moralmente neutro* ou como um *ideal moral*, prevalecendo aqui, tal como nesta enunciação, devida a HORTON, a segunda percepção enunciada<sup>754</sup>.

Efectivamente, a verificação conjunta das duas primeiras *condições de possibilidade* da tolerância terá como implicação directa o facto de não se estar já perante a figura da *tolerância* nos extremos da *aceitação*, da *indiferença* ou da *resignação* (e *aquiescência*)<sup>755</sup>. Mas será apenas através da verificação desta terceira

<sup>753</sup> «Where the power to interfere with disapproved conduct is absent a disposition to tolerate may still be distinguishable from mere acquiescence. However, non-interference which is simply the result of ignorance concerning the occurrence of disapproved conduct is not toleration». – John HORTON, “*Toleration*”, *cit.*, p. 521. *Vide*, sobre as posições de Rainer FORST e Preston KING, *supra*, 6.2.3.1.4.1., e *infra*, 7.1.3. e 7.1.4..

<sup>754</sup> *Vide*, neste sentido, John HORTON, “*Toleration*”, *cit.*, p. 521.

<sup>755</sup> «(...) “tolerar” não é todo e qualquer “suportar” algo que desagrade, antes supõe a existência de um poder ou *possibilidade de impedir* ou perturbar o objecto da tolerância. A impotência exclui a tolerância (não se tolera algo se nada se pode fazer a seu respeito). Por outro lado, a ideia, o

*condição*, de *renúncia à reacção*, e esta materialmente fundada naquilo que GARZÓN VALDÉS diz «*sistema normativo justificante*», que se justificará superiormente a tolerância<sup>756</sup>. Numa densificação assim axiológica distinta da que determina a primeira *condição*, e susceptível, em último termo, de sustentar a reacção negativa. O que também se afastará ainda da categorização de FORST, ao remeter tal fundamentação a um *princípio de justificação* de densificação *discursiva*<sup>757</sup>.

#### **6.2.3.2.2. Consequentes configurações performativas da categoria tolerância**

Efectivadas em concreto as respectivas *condições de possibilidade*, e, assim, concomitantemente, na presença da *virtude de tolerância*, operar-se-á a respectiva realização prática em plúrimas *configurações performativas*, em diversas esferas e com distintos *enquadramentos normativos* – morais, éticos e políticos. *Performatividade* esta que se equaciona e concretiza, como o próprio termo indica, na *atitude tolerante* – exemplarmente *positiva* ou *negativa*, *passiva* ou *activa* –, consoante os concomitantes *fundamento* e *objectivos*.

##### **6.2.3.2.2.1. Tolerância negativa e tolerância positiva**

Se, *ab origine*, tolerância designou abstenção voluntária de intervenção reprobatória perante práticas tidas por erradas ou negativamente valoradas, assumida portanto em *sentido negativo* – aquele com que a própria Modernidade a compreendeu –, é no seu reverso formulado um *sentido positivo* de tolerância, traduzindo aquela *não*

---

comportamento ou pessoa tolerada tem de ser *relevante* para o sujeito que tolera, e não indiferente, e tem de divergir da posição deste último. A indiferença e a concordância também excluem a tolerância (...)». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 748 (itálicos no original).

<sup>756</sup>Vide *infra*, 6.2.3.2.3. e 7.1.1..

<sup>757</sup>Vide *supra*, 6.2.3.1.4., e *infra*, 6.2.3.2.3..

*intervenção* como expressão fundada em princípios positivamente valorados e no respeito pela autonomia<sup>758</sup>.

Já em BOBBIO a *tolerância negativa* se opunha à *tolerância positiva*, aquela sobretudo enquanto *indulgência*, esta enquanto *princípio fundamental da vida livre e pacífica*<sup>759</sup>. Diferentemente, tal como a afirma Anna Elisabetta GALEOTTI, exprime a prática tolerante, como *virtude social* e *princípio político* de coexistência pacífica entre indivíduos e grupos com diferentes perspectivas e “*formas de vida*” numa mesma sociedade, não um sentido meramente *negativo* – ausência de coerção ou proibição –, mas *positivo*, tido por mais adequado à resolução dos conflitos gerados pelo *pluralismo*. Sentido *positivo* este que, em GALEOTTI, acaba por assumir a *prática tolerante* como *aceitação*, conducente a um *reconhecimento positivo* susceptível de gerar exigências dos tolerados face aos tolerantes – quer indivíduos quer grupos, quer mesmo Estados –, pretensamente susceptível de superar um dito *paradoxo da tolerância* assente no ponto de *essencial divergência* inicial.

Compreendida a bondade desta tese, teremos todavia que esclarecer que, uma vez abolido o requisito da *divergência de base*, o domínio da discussão se desloca para a *aceitação* e o *reconhecimento*, ou mesmo a *hospitalidade*, como *supra* se esclareceu, abandonando-se assim já o domínio da *tolerância*<sup>760</sup>. Não haverá já tolerância, portanto, se e quando se aceita a *diferença*. O que, por si só, não coloca obstáculos à resolução dos conflitos decorrentes do *pluralismo*, antes modifica a via por que se procura tal solução. Se a via de resolução dos conflitos for o *reconhecimento* assente na *aceitação*, as exigências dos grupos divergentes serão de índole diversa – previsivelmente mais ampla – da que assumirão se a via for a da *tolerância* – em que permanece a

<sup>758</sup>«Locke’s account establishes the long-enduring understanding of tolerance as the act of refraining from interfering with the other when one has the power to so interfere. (...) Such an account construes tolerance negatively as drawing a limit to acts of intolerance and does not foreclose the possibility of looking condescendingly, with loathing and disdain upon the other whom one tolerates». – Trudy D. CONWAY, “*From Tolerance to Hospitality...*”, *cit.*, p. 5. No sentido de superação da concepção *negativa* de tolerância própria do Liberalismo Clássico por uma concepção *afirmativa* de tolerância através da *ética do discurso*, vide Karl-Otto APEL, “*Plurality of the Good?...*”, *cit.*, cuja concepção é considerada *supra*, 2.2.. Vide ainda, criticando esta última concepção, Danilo ZOLO, “*Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron*”, *cit.*, e *supra*, 2.2..

<sup>759</sup>Neste sentido, vide Norberto BOBBIO, *L’età dei diritti*, *cit.*, p. 235-252 («*Le ragioni della tolleranza*»), p. 244-246.

<sup>760</sup>Vide *supra*, 6.2.3.2.1.1., e *infra*, 6.2.3.2.3.. Vide, considerando, ainda que em termos não coincidentes com os aqui apresentados, a distinção entre *tolerância* e *hospitalidade*, e projectando juridicamente esta em detrimento daquela, Polyana Washington de PAIVA, *O princípio jurídico da hospitalidade: da tolerância à hospitalidade na protecção dos direitos do outro homem*, Coimbra, 2008, especialmente p. 183-194.

*divergência de base*<sup>761</sup>. Diversamente, a tolerância há-de traduzir uma atitude individual ou colectiva de convivência que consiste em não assumir negativamente a diversidade-*-alteridade*, ao mesmo tempo que não se baseia numa determinação *positiva* – tal como também afirma Letizia GIANFORMAGGIO<sup>762</sup>.

Haverá que reconhecer, assim, uma gradação na própria consideração *positiva* da tolerância. Entre a postura *negativa* – susceptível de redundar em *indiferença*, o que também já não configuraria *tolerância*, ou mesmo em *recusa* – e a *aceitação* – traduzida em *reconhecimento* ou, ainda mais amplamente, em *hospitalidade* – várias dimensões se perfilam.

A consubstancialização dos requisitos da tolerância *supra* tematizada atesta a relação entre a *divergência essencial*, a *liberdade* e a *opção pela não reacção*: a tolerância opera no *intervalo* entre a *reacção hostil* e a *aceitação*, em ambos os casos *exclusive*<sup>763</sup>. O grau de divergência não poderá, portanto, ser de ordem a impedir a coexistência com a *diferença* de que se discorda, pelo que a *tolerância* será insusceptível de solucionar todas as questões suscitadas pelo dito *pluralismo*. E, assim, inerente à tolerância estará sempre uma noção cultural de *distância*, plurissignificativa, num espectro que se estende espácio-temporalmente da mais negativamente manifestada *recusa*, *exclusive*, à mais positivamente admitida reserva de um *espaço para a diferença*, igualmente *exclusive*, posto que havendo que deixar de fora a efectiva *aceitação*<sup>764</sup>.

Distinguiremos, assim, também, uma dimensão meramente *negativa* e uma outra, *positiva*, à tolerância, posto que não coincidentes com as opções acima expressas. Assim, a *dimensão negativa* da tolerância, identificada com a *inacção*, consistirá na *não*

<sup>761</sup>«Whether toleration is given a negative or a positive meaning has consequences for its value. (...) The point is that the adoption of a negative or a positive view of toleration depends on the understanding of the circumstances under which issues of toleration arise (...)». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 21-22.

<sup>762</sup>Neste sentido, vide Letizia GIANFORMAGGIO, “*El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*”, cit., p. 45.

<sup>763</sup>Ainda que não expressa exactamente no mesmo sentido, a noção de *intervalo* é ainda fundamental para a compreensão da tolerância em Diogo PIRES AURÉLIO: «A tolerância representa-se como uma espécie de margem ou intervalo entre o que a lei e os costumes aprovam e aquilo que aparece como inaceitável face a normas comumente aceites». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, cit., p. 109.

<sup>764</sup>Explorando espácio-temporalmente a noção de *distância* (e de espaços partilhados – «*shared spaces*») no que ao problema da tensão *tolerância/intolerância* e à multiplicidade de possibilidades de consideração da *diferença* diz respeito, vide Kirsten HASTRUP, “*Making Room for Difference*”, in Kirsten HASTRUP/George ULRICH (Ed.), *Discrimination and Toleration: New Perspectives*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2002, p. 73-87, especialmente p. 82-86.



*interferência* face a uma prática de que se discorda, assente em plúrimas razões de fundamentação possíveis. E a sua *dimensão positiva*, não excluindo a *divergência de base* e a *não interferência*, espelhará a admissão de práticas divergentes como uma expressão de liberdade não totalmente condenável, e se e enquanto não aceitável – por modo a ver na tolerância, em algumas compreensões, um instrumento de realização de valores *outros*, noutras um valor e um fim em si<sup>765</sup>.

Estas, portanto, não duas *formas* distintas de tolerância – uma *negativa* e outra *positiva* – mas duas dimensões complementares constituintes da categoria *tolerância*<sup>766</sup>. E com projecções necessariamente distintas no domínio da juridicidade, num leque amplíssimo, que se abre desde a conferência de uma relevância meramente *negativa* à tolerância – tal como, ainda que em sentidos distintos, reconhece APEL, conforme *supra* considerado<sup>767</sup>, e ainda, exemplarmente, SCARMAN, como *infra* se analisará<sup>768</sup> – a uma consideração positiva da tolerância *como reconhecimento* – como *supra* verificámos defender Anna Elisabetta GALEOTTI<sup>769</sup>.

#### 6.2.3.2.2.2. Tolerância passiva e tolerância activa

O termo *tolerância passiva* denota só por si a ausência de reacção face a comportamentos de que se discorda. Puramente analisada como *reciprocidade*, a tolerância, na sua concepção *moderna*, constituiria a *passiva aceitação recíproca dos erros*. Em tentativa de superação (*pós-moderna(?)*) daquele entendimento, uma enorme pléiade de possibilidades é englobada por uma agora pretendida *tolerância activa*, no limite transmutando a tolerância em categorias outras, em abordagens susceptíveis de perder, e mesmo – intencionalmente ou não – desvirtuar o seu sentido material, desde a

<sup>765</sup>Vide, neste sentido, também Peter NICHOLSON, “*Toleration as a Moral Ideal*”, *cit.*, p. 163-164. E a respectiva dimensão positiva será justificada pelo facto de a tolerância ser encarada como um bem em si mesma, não um mal necessário, mas um bem positivo, uma virtude efectiva.

<sup>766</sup>«(...) although the positive side of toleration is in several ways the opposite of the negative, none the less the two are complementary, so that the moral ideal of toleration must be understood as the unity of the two sides». – *Idem*, p. 166.

<sup>767</sup>Vide *supra*, 2.2..

<sup>768</sup>Vide *infra* Parte III, 3.1.2.3., e J. G. SCARMAN, “*Toleration and the Law*”, in Susan MENDUS, David EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, *cit.*, p. 49-62, e a remissão para este efectuada por Francesco Margiotta BROGLIO, “*Tolerance and the Law*”, *cit.*, p. 253.

<sup>769</sup>Vide ainda *supra*, 1.2.3., sobretudo 1.2.3.3..

simples abertura ao diálogo até ao reconhecimento e integração da diferença. A tolerância desenvolver-se-á, assim, como afirma Guy HAARSCHER, num *espectro* de possibilidades entre a assimétrica *tolerância passiva* e o *princípio categórico* da *tolerância activa*, expressão de *reconhecimento de direitos*<sup>770</sup>.

Tudo o que, delimitando essencialmente a questão entre a *necessidade* e a *insuficiência* da categoria tolerância, determina a premente explicitação dos objectivos por esta prosseguidos. Dependendo dos fundamentos invocados os respectivos sentido, âmbito e limites. E, assim, prosseguindo objectivos específicos, cuja concretização se baste com a não intervenção perante práticas objecto de discordância, distintos, portanto, daqueles que exijam efectiva realização de equiparação material de circunstâncias. De diferentes feições – ideológicas e normativas – e amplitudes, consoante os domínios – político, social, jurídico... – em cuja intervenção se exija. Operando, portanto, a tolerância na mais ou menos estreita faixa de acção entre a *indiferença* e a *aceitação – exclusive –*, de contornos indefinidamente variáveis, consoante as valorações em cada momento prevalentes numa determinada sociedade e as respectivas opções políticas – e concernente relevância normativa e equilíbrio relativo das esferas pública e privada<sup>771</sup>. E, assim, configurando-se aqui como tolerância *passiva* e/ou *activa*, consoante as exigências espaço-temporalmente justificadas da intersubjectividade, ainda que em qualquer dos casos tolerância *positiva*, no *espectro* de vigência das respectivas *condições de possibilidade –*, respeitando, portanto, determinadas *fronteiras, limites* e/ou *paradoxos*, que *infra* se exporão<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup>«What does tolerance mean in contemporary societies? It can be defined on a broad spectrum. At one end, tolerance is identified with a sort of passive acceptance of the “other” (...). (...) However, one must not underestimate such an idea of prudential or “self-interested” tolerance: It is of course much less legitimate than *active* tolerance, based on a principled attitude, a “categorical imperative” in the Kantian sense. But it means beginning with an imperfect, an “impure” tolerance, based on enlightened self-interest. (...)

*Active* tolerance is related to a quite different intellectual framework. Such an attitude has an essentially ethical character: Freedom of conscience is affirmed as being a categorical principle». – Guy HAARSCHER, “*Tolerance of the Intolerant?*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 236-246, p. 236-237.

<sup>771</sup>«Tolerance is surely and advance on intolerance, but is it not possible to do better than either of these?». – Anne PHILLIPS, “*The Politicisation of Difference: Does this Make for a More Intolerant Society?*”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Toleration, Identity and Difference*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 1999, p. 126-145, p. 126. *Vide idem*, especialmente p. 126, 132 e 142-143.

<sup>772</sup>*Vide infra*, 7.

**6.2.3.2.3. Relevância normativamente fundamentante da densificação das condições de possibilidade da categoria tolerância: o conteúdo normativamente substancial da categoria tolerância**

Apresentando-se verdadeiramente como *condições transcendentais* da mesma, enquanto *condições de possibilidade* de verificação da virtude e prática de tolerância – não, assim, evidentemente, no sentido rigorosamente primeiro da referência kantiana, relativamente a esta mantendo, todavia, reconhecíveis afinidades –, perfilam-se os *supra* referenciados *requisitos* de *divergência de base essencial, liberdade e renúncia à reacção*, no seu carácter necessário e cumulativo, em termos de, na ausência de um deles, não se estar já perante a figura da tolerância. Não é, todavia, como *supra* se verificou, unânime a determinação de tais *condições*. Algumas noções de *tolerância* admitem a presença desta na ausência da primeira ou da segunda daquelas *condições de possibilidade*, mantendo, porém, como condição necessária a terceira. Situações ambas estas em que já não haverá, verdadeiramente, em nosso entender, tolerância: no primeiro caso, de ausência de *divergência de base*, poderia configurar-se uma situação de *indiferença*, ou mesmo, no pólo oposto, de *aceitação*; no segundo, de *ausência de liberdade*, poderia encontrar-se uma situação de *aquiescência* ou de *resignação*.

Por outro lado, da conjugação da *divergência de base* com a *liberdade*, sem a *renúncia à reacção*, resultará *intolerância*; e, conjugada a *liberdade* com a *renúncia à reacção*, sem a *divergência de base*, poderá resultar *indiferença*, por um lado, ou *aceitação*, por outro, porém nunca *tolerância*; conjugada, por sua vez, a *divergência de base* com a *renúncia à reacção*, sem *liberdade*, poderá verificar-se *aquiescência*, *resignação* ou mesmo *submissão*. Em nenhum dos casos, porém, se verificando a existência de *tolerância*.

Consistindo a tolerância na *não reacção* – sendo esta possível – contra convicções e/ou comportamentos tidos por *errados*, ou *desviantes*, a sua origem não será necessariamente o *reconhecimento* – diferentemente do apontado por Anna GALEOTTI –, pese embora a necessidade do *reconhecimento da diferença*, como *supra*

explanado<sup>773</sup>, e este não tanto como o *reconhecimento do outro*, como *radicalmente outro*, ou como *o outro de mim*, mas o *reconhecimento do outro* enquanto *diferente*. O *reconhecimento da diferença* como pressuposto da tolerância corresponderá apenas, assim, à admissibilidade de existência de valores e convicções distintos, e à não reacção contra estes. O *reconhecimento da diferença* não implicará, na sua compreensão, necessariamente, a aceitação positiva das suas opções práticas, o que constituirá antes uma sua possível consequência. Constituindo, assim, um pressuposto fundamental da possibilidade da tolerância, ainda que não se confunda com esta última. *Reconhecimento*, *tolerância* e *aceitação* são inconfundíveis, enquanto noções e enquanto conteúdos. Não constituindo, conseqüentemente, o *reconhecimento da diferença*, tal como vai aqui entendido, uma *condição de possibilidade autónoma*, mas antes um pressuposto e uma componente da *condição de divergência de base essencial materialmente fundamentada* – e, assim, um elemento crucial desta fundamentação material.

Por outro lado, não incluímos nas *condições de possibilidade* da tolerância a *reciprocidade* – pese embora a respectiva essencialidade em múltiplas das *supra* analisadas construções ético-morais de tolerância –, posto esta não ser, em nosso entendimento, componente do *fundamento* da tolerância – materializando-se este axiologicamente na dignidade intrínseca à condição humana –, nem um seu elemento necessário, cuja presença determinasse a existência ou a inexistência de tolerância. Não obstante a relevância da reciprocidade na relação de *tolerância mútua*, a possibilidade de verificação de *tolerância unilateral* conduz a uma especificidade que permite concluir pela respectiva não indispensabilidade para a verificação da mesma. O que poderá justificar o posicionamento do próprio FORST, em conformidade com a respectiva distinção entre *ética* e *moral*, pondo ao nível desta última os critérios de *generalidade* e *abstracção* – e, assim, como limite máximo de justificação –, e ao nível daquela primeira a *possibilidade da tolerância*<sup>774</sup>. Com o que a *reciprocidade* se situaria ao nível dos pressupostos da *moral*, não surgindo assim como *componente de tolerância*, ainda que assumindo-se como contributo essencial para o estabelecimento do objectivo da *tolerância recíproca*. Problema este que, na distinta opção por nós aqui apresentada, situando com distinta fundamentação a tolerância como categoria *ética*,

<sup>773</sup>Vide *supra*, especialmente 5..

<sup>774</sup>Vide *supra*, 4.2.2. e 4.2.3..

diferentemente enunciado, a remeter a uma fundamentação axiológica a possibilidade da tolerância, também não exigirá, porém por razões distintas, a presença de *reciprocidade* para que verifique a existência de *tolerância* – o que não excluirá, todavia, a pertinência do objectivo da *tolerância recíproca*, onde e quando as respectivas *condições de possibilidade* se verificarem simultaneamente em ambos os lados da *relação de tolerância*. Porém, não condição necessária à verificação de tolerância. O que também não precluirá a possibilidade de verificação de uma efectiva relação, apenas enuncia a possibilidade de não revestirem necessariamente ambas as partes na mesma relação – e, assim, com o mesmo objecto – as posições de tolerante e de tolerado. O carácter relacional da categoria tolerância não depende daquela reciprocidade, embora possa postulá-la como objectivo.

Uma vez afastada, também, a tradicional tese da *hierarquia*, que implicaria a *verticalidade*, com a superioridade e benevolência do tolerante face ao erro, resta o *horizontal reconhecimento da diferença*, e o reconhecimento da igual dignidade do homem enquanto tal, independentemente da sua tradição cultural e do seu contexto sócio-económico. Nessa horizontalidade se posicionará aqui a possibilidade da tolerância<sup>775</sup>. O que se afasta também da tese relativista de «*anything goes*», pois que não implica a renúncia aos valores e convicções (de *verdade*) de cada contexto espaço-temporal. Nem se esgota, por outro lado, na determinação de uma *consensual situação ideal de diálogo*, para o dizer com HABERMAS, ou numa *contratualizada definição social de determinação maioritária*, numa aproximação a RAWLS. Implica, antes, ainda *dialogicamente*, e ainda *democraticamente*, mas também, sobretudo, *axiologicamente*, a ponderação material de valores que permita a adequação contextualizada de soluções.

Consubstancia-se, neste sentido, eticamente, a categoria tolerância, em aproximação à *supra* referenciada proposição ética de APEL, porém em divergência com esta pela menor ênfase conferida à determinação dialógica da mesma, para a substancializar num horizonte axiológico de referência *praticamente* constituído e pensado, e assim não tanto *argumentativamente* estabelecido. E, pela mesma razão, em maior divergência ainda face à proposta de HABERMAS. Diferindo assim, em último

---

<sup>775</sup>Vejam, quanto a este ponto, as palavras de FERNANDO CATROGA: «Hoje, continua perguntar-se se “tolerância” pode exprimir e reconhecer a existência de relações de alteridade situadas no plano da reciprocidade igualitária, dúvida que será ultrapassada desde que se aceite que palavras velhas podem conotar ideias novas, enquanto termos novos podem não passar de mera retórica». – Fernando CATROGA, *Entre deuses e césores...*, cit., p. 66-67.

termo também, e essencialmente, de Rainer FORST – embora com este sempre em diálogo privilegiado –, na sua construção de inspiração nitidamente kantiana e habermasiana, em que a *tolerância* surge compreendida como uma *virtude* assente em ponderações *morais*, o que evidencia uma característica fundamental da *tolerância* – já *supra* enunciada – a de *conceito normativamente dependente* («*normativ abhängig Begriff*», «*normatively dependent concept*») <sup>776</sup>, isto é, na determinação de que, por si só, a categoria *tolerância* seria demasiado *indeterminada*, *vazia*, para responder a questões referentes ao cariz das razões de *objecção*, de *aceitação* e de *rejeição*. Necessitando, portanto, de *recursos normativamente independentes* («*independent normative resources*») que lhe confirmam *sentido*, *substância*, *conteúdo* e *limites*, os quais, por sua vez, a fim de evitar qualquer acusação de arbitrariedade, deveriam assentar num tipo de imparcialidade de ordem superior, que simultaneamente transcendesse o domínio dos valores e concepções de *bem* disputados numa sociedade pluralista <sup>777</sup>. O *conceito*(-*Begriff*) de tolerância é, todavia, e concludentemente, *normativo*, e, ainda neste sentido, não *conceitualmente dependente*, pelo que não susceptível de ser assumido como *forma* acriticamente compatível com qualquer *conteúdo*. Antes buscando como fundamentos *princípios* ou *valores* eles próprios *normativamente autónomos* («*normativ eigenständig*»), não, por sua vez dependentes de outros, o que redundaria num regresso *ad infinitum*. E *princípios* estes de carácter *superior* («*höherstufig Charakter*»), a fim de mediar conflitos práticos, tornar a tolerância vinculativamente recíproca e estabelecer imparcialmente as respectivas fronteiras <sup>778</sup>. Características estas constituindo condição

<sup>776</sup>«(...) in Bezug auf die Frage, welche der unterschiedlichen Begründungen der Toleranz, die in den verschiedenen Konzeptionen angesprochen wurden, die richtige ist, dieser Begriff offen ist. (...) bleibt doch der Begriff der Toleranz selbst ein *normativ abhängigen Begriff*: ohne andere normative Grundlagen ist er unbestimmt und leer». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 49. Vide *supra*, 4.2.2..

<sup>777</sup>A consideração da tolerância como *virtude* e como *prática* surge nesta construção de FORST de forma à partida clara. Todavia, na utilização da língua inglesa a mobilização das referências a *tolerance* e a *toleration* nem sempre ocorre com a clarificação suficiente (o que poderá dever-se a questões de tradução...). Veja-se o seguinte excerto: «The discussion so far shows that tolerance needs to be understood as a *moral* virtue, as based on moral considerations. And it also points to an important characteristic of the concept of toleration: that toleration is a *normatively dependent concept*. By itself it is too empty and indeterminate to answer the question about the character of the reasons of objection, acceptance, and rejection. It needs therefore further, independent normative resources in order to have a certain substance, content, and limits; and more than that, in order to avoid the charge of arbitrariness, these resources must allow for a kind of higher-order impartiality that at the same time transcends the realm of the values and conceptions of the good that are disputed in a pluralistic society». – Rainer FORST, «*Toleration as a Virtue of Justice*», cit., p. 196.

<sup>778</sup>Veja-se a síntese de FORST: «Aus dem Begriff der Toleranz selbst folgen allerdings wichtige Kriterien für die gesuchten normativen Grundlagen – denn das Konzept ist normativ, nicht begrifflich abhängig oder gar amorph. Erstens müssen diese Grundlagen (Prinzipien oder Werte) selbst *normativ eigenständig* sein und nicht wieder von anderen Grundlagen abhängen, was zu begrifflichen Unschärfen

essencial para que as componentes de *aceitação* («*Akzeptanzkomponente*») e de *rejeição* («*Zurückweisungskomponente*») desvelem a *faculdade normativa* («*normative Kraft*») de que necessitam para a interligação de diferentes concepções de valor e possibilitação da *tolerância recíproca*<sup>779</sup>.

Com esta estruturação pretende FORST oferecer uma concepção de tolerância, no contexto de uma sociedade pluralista, que se apresente com um *fundamento específico*, que harmonize os critérios de *autonomia normativa*, *obrigação moral* e *imparcialidade* e seja superior a todos os outros fundamentos. No fundo, aquela que logre solucionar os *paradoxos da tolerância*<sup>780</sup>. Um *conceito de tolerância*, assim, controvertido não no seu *conteúdo nuclear* («*Kerngehalt*») mas nas suas utilizações e nos padrões da sua utilização, bem como nas suas interpretações, optando por uma linha que converge na assunção do *conceito de tolerância* como *normativamente dependente*, a que estão ligadas diferentes fundamentações<sup>781</sup>. O que só se torna possível em virtude da mobilização da distinção de RAWLS entre *conceito* e *concepção*, no sentido de que aquele traduz o significado central de um conceito, ao passo que esta traduz uma ou múltiplas interpretações das *componentes* naquele incluídas<sup>782</sup>. Desde logo, em primeiro lugar, perfila-se a determinação específica do *contexto da tolerância* – englobando a questão dos *sujeitos* e do *objecto* da tolerância, aqueles podendo ser individuais ou

---

und zur Gefahr eines unendlichen Regresses führen würde. Und zweitens müssen diese Grundlagen einen *höherstufigen* Charakter haben, so dass sie in der Lage sind, in einem praktischen Konflikt zu vermitteln und insbesondere die Toleranz wechselseitig *verbindlich* zu machen und die Grenzen der Toleranz *unparteiisch* zu ziehen». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 50.

<sup>779</sup>«Es liegt in der Logik des Begriffs der Toleranz, dass er auf solche Begründungen höherer Ordnung angewiesen ist, denn anders können die Akzeptanz- und die Zurückweisungskomponenten nicht die normative Kraft entfalten, derer sie bedürfen, um Personen mit *verschiedenen* Wertvorstellungen zu binden und gegenseitige Toleranz zu ermöglichen». – *Idem*, p. 50.

<sup>780</sup>«Diese Forderung erlaubt es letztlich, worauf es mir in dieser Untersuchung ankommt, nicht nur eine der Konzeptionen der Toleranz als im Kontext einer pluralistischen Gesellschaft zu bevorzugende auszuzeichnen, sondern auch eine spezifische Begründung für sie zu liefern, die den Kriterien normativer Eigenständigkeit, moralischer Verbindlichkeit und Unparteilichkeit am besten entspricht und allen anderen Begründungen überlegen ist. Sie erweist sich als die Konzeption, die in der Lage ist, die Paradoxien des Begriffs aufzulösen». – *Idem*, p. 50.

<sup>781</sup>«Umstritten« ist der Begriff der Toleranz somit nicht in seinem »Wesen« und den Standards seiner Verwendung, wohl aber in seinen Interpretationen, denn mit ihm sind eine Reihe von sich in Einzelfragen widerstrebenden Konzeptionen vereinbar, die, da der Begriff der Toleranz normativ abhängig ist, mit verschiedenen Begründungen verbunden sind». – *Idem*, p. 51.

<sup>782</sup>«Ich folge daher John Rawls' (in Bezug auf den Begriff der Gerechtigkeit gemachten) Vorschlag, zwischen *concept* und *conception* zu unterscheiden (...).» – *Idem*, p. 30 (I. «*Toleranz: Konzept und Konzeptionen*», p. 30-41), referindo-se a John RAWLS, *A Theory of Justice*, (Harvard, Oxford 1971), Revised Edition, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 5, e, com este, a H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford (1961), 2<sup>nd</sup> Ed., 1994, p. 156.

colectivos, estes diversos tipos de “consciência” ou “prática”<sup>783</sup>. Em segundo lugar, surge a conotação negativa dos tipos de “consciência” ou “prática” tolerados – como *errados* ou *maus* –, ou *componente de objecção*, essencial à definição da tolerância, sob pena de se cair em figuras próximas, porém intencional e substancialmente distintas, tais como *indiferença*, ou, no extremo oposto, *afirmação*<sup>784</sup>. E *objecção normativa substancial* («*normativ gehaltvolle Ablehnung*»), sustentada numa fundamentação não exclusivamente *moral*, mas “*objectiva*” («*objektive*») ou “*geral divisível*” («*allgemein teilbare*»), susceptível de configurar uma *objecção “racional”* («*vernünftige Ablehnung*»)<sup>785</sup> – e os *fundamentos da objecção* haveriam de ser “*justificáveis*” («*vertretbar*»)<sup>786</sup>. Sendo os *fundamentos de objecção* convicções éticas particulares, não-de estar sedimentados e não atingir um específico *limite moral*, em que já não possa falar-se da *tolerância* como *virtude*. A solução deste primeiro *paradoxo* consistiria então na consciencialização de que a *virtude de tolerância* necessita de um *fundamento moral*, através do qual seja possível determinar esses *limites*<sup>787</sup>. Em terceiro lugar, apresenta-se a *não reacção* contra comportamentos *errados* ou *maus*, alicerçada no facto de os fundamentos da *objecção* não ultrapassarem os limites da valoração moral essencial, no sentido de, no contexto relevante, embora os fundamentos negativos prevaleçam, e a *objecção* se mantenha, as razões (*positivas*) que permitem admitir tais comportamentos implicarem uma *não reacção* – esta a *componente de aceitação*<sup>788</sup>.

<sup>783</sup>«(I) Zunächst ist es wichtig, den *Kontext der Toleranz* näher zu bestimmen. Damit ist an erster Stelle die Beziehung zwischen den Tolerierenden und den Tolerierten gemeint (...). Je nach Kontext werden sich die Gründe für oder gegen Toleranz verschieben, im einen etwa mag Toleranz aus Liebe geübt werden, in einem anderen aus einem pragmatische Kalkül heraus oder auf der Basis wechselseitigen Respekts». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 31.

<sup>784</sup>«(2) Von größer Bedeutung für den Begriff der Toleranz ist es, dass die tolerierten Überzeugungen oder Praktiken in einem normativ gehaltvollen Sinne als falsch angesehen bzw. als schlecht verurteilt werden; dies lässt sich im Anschluss an Preston King als *Ablehnungs-Komponente* bezeichnen. Ohne diese Komponente würde man nicht von Toleranz sprechen, sondern entweder von Indifferenz (dem Fehlen einer negativen oder positiven Bewertung) oder von Bejahung (dem Vorliegen einer allein positiven Bewertung)». – *Idem*, p. 32, referindo-se a Preston KING, *Toleration*, cit., p. 44-51 («*The Objection Component*»).

<sup>785</sup>Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 32.

<sup>786</sup>*Idem*, p. 34.

<sup>787</sup>«Die Auflösung dieser ersten Paradoxie ist somit ein erster Hinweis darauf, dass die Tugend der Toleranz einer moralischen Begründung bedarf, durch die diese Schwelle bestimmt werden kann». – *Idem*, p. 34.

<sup>788</sup>«(3) Neben der Ablehnungs-Komponente gehört zur Toleranz, wie bereits angedeutet, eine *Akzeptanz-Komponente*, der zufolge die tolerierten Überzeugungen oder Praktiken zwar als falsch oder schlecht verurteilt werden, doch nicht in einem solchen Maße als falsch oder schlecht, dass nicht andere, positive Gründe für ihre tolerierung sprechen. Wichtig ist dabei, dass die positiven Gründe die negativen Gründe nicht aufheben dürfen, sondern ihnen gegenübergestellt werden, so dass sie zwar die negative Gründe (...) übertrumpfen und in diesem Sinne Gründe höherer Ordnung sind, die Ablehnung dabei aber



Cumprirá aqui acentuar, como também faz FORST, que David HEYD trata esta questão com distinta designação, considerando que a *justificação da não reacção* reside em *razões de segunda ordem* («*second-order reasons*»), que, de *ordem superior*, sustentam a ausência de reacção negativa às particulares ocorrências de comportamentos *errados*<sup>789</sup>. Constituindo, mais do que um confronto entre *duas ordens de razões*, uma sintética e racional mudança de atitude num determinado contexto, tradução de uma concepção da tolerância («*toleration*») que se diz então *perceptual*<sup>790</sup> – não já centrada no equilíbrio-*balancing* entre aquelas ordens de razões, e bem assim na particular consideração contextual do objecto de desaprovação, mas na humanidade do sujeito respectivo – e este como o único *objecto* possível para a prática tolerante, e não já as suas convicções ou comportamentos –, e, assim, permitindo uma *forma geral* para a *opção tolerante* e uma *justificação* mais *sistemática* para a *prática tolerante*<sup>791</sup>. Concepção *perceptual* esta cujo elemento essencial – na medida em que a tolerância é compreendida como uma *virtude relacional*<sup>792</sup> – será a “*personalização*”<sup>793</sup>. E racional mudança de atitude que, respeitando a determinado contexto, poderá racionalmente alterar-se noutro, apresentado tal *prática de tolerância* limites, ao contrário de uma *virtude* (na medida em que esta é tomada como *absoluta*). Sendo aqui os valores essenciais a autonomia, o respeito, a autenticidade, a integridade e o reconhecimento e aceitação intersubjectivos. Numa alteração de posição («*Gestalt switch*») que, assente num sentimento de *caridade*, confere à *prática de tolerância* («*toleration*») a configuração de uma conformadora *virtude social*<sup>794</sup>. E, tomando como *objecto da*

---

bestehen lassen». – *Idem*, p. 34-35, referindo-se a Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 51-54 («*The Acceptation Component*»), e David HEYD, «*Introduction*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 13.

<sup>789</sup>«(...) toleration calls for *reasons* (...). The tolerator must therefore appeal to *second-order reasons*, such as the intrinsic value of autonomy, human respect, the overall value of the whole way of life of which the particular (wrong) belief or action are but a part (...), and so on». – David HEYD, «*Introduction*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 13.

<sup>790</sup>«The perspective I wish to outline can be called “perceptual”. It treats toleration as involving a perceptual shift (...). (...) The virtue of tolerance consists in a switch of perspective, a transformation of attitude, based not on the assessment of which reasons are overriding but on ignoring one type of reason altogether by focusing on the other». – *Idem*, p. 11.

<sup>791</sup>*Idem*, p. 13.

<sup>792</sup>«(...) focuses primarily on the ethical, rather than the political, context, that is, on toleration as a virtue of individuals relating to other individuals». – *Idem*, p. 10.

<sup>793</sup>«The essential element in this perceptual shift might be called “personalization”. (...) This personal dimension introduces a categorically different kind of judgment, to which tolerance belongs». – *Idem*, p. 11.

<sup>794</sup>«The Gestalt switch of toleration is grounded in the charitable way we want to treat people who are not too distant (to whom we feel indifferent) or too close (whom we wish to change or mold).

*tolerância* as pessoas, e não já os seus comportamentos ou convicções, pretende libertar a tolerância do *relativismo* e do *multiculturalismo*<sup>795</sup>. No mesmo sentido, Andrew FIALA entende que a tolerância se situa no *intervalo* entre uma reacção contrária de *primeira ordem* («*first-order reaction against something*») e um compromisso de *segunda ordem* («*second-order commitment*») com o respeito pela autonomia ou um compromisso com a modéstia ou com o autocontrolo, que, superando aquele, justifica a *não reacção*<sup>796</sup>. Em quarto lugar, emerge a determinação dos limites-*fronteiras* da tolerância («*Grenzen der Toleranz*»), em virtude do frágil equilíbrio verificado em sede de tolerância entre fundamentos positivos e negativos, e do facto de surgirem situações em que estes últimos são de tal modo acentuados que os primeiros não serão suficientes para justificar a tolerância: «Der Raum der Toleranz ist ein prinzipiell begrenzter Raum»<sup>797</sup>. O que, ao mesmo tempo que demonstra a inconsistência de uma *tolerância ilimitada*, susceptível de conduzir, seguindo o afirmado por POPPER, ao desaparecimento da *tolerância*, a uma sua *auto-abolição* («*Selbstabschaffung*») – o que se poderá designar por *paradoxo da autodestruição* («*Paradoxie der Selbstzerstörung*») –<sup>798</sup>, procura uma *fundamentação material* para a tolerância, o que *infra* se analisará sistematicamente<sup>799</sup>. Em quinto lugar, a noção de tolerância pressupõe *liberdade* por parte do tolerante, consistindo no poder de decidir entre rejeitar ou não o comportamento objectado. Não

---

Toleration is consequently seen to be also a specific social virtue, a virtue that not only presupposes but also promotes the social cohesion of a community». – *Idem*, p. 14.

<sup>795</sup>«(...) the perceptual vision frees tolerance from its dependence on relativism and multiculturalism. Toleration of the practices and beliefs of other peoples and cultures involves recognizing the intrinsic value of the human beings who are committed to certain cognitive systems or who autonomously choose and follow certain systems of rules and values. It does not require any weakening of certainty, confidence, or commitment to our own beliefs and values». – *Idem*, p. 15.

<sup>796</sup>*Vide supra*, 1.2.1.1., e *infra*, 7.2.1., sobretudo a referência a Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, *cit.*, p. 23-25.

<sup>797</sup>«(4) Der Begriff der Toleranz impliziert die Notwendigkeit der Bestimmung der *Grenzen der Toleranz*, der Grenzen zum Nicht-Tolerierbaren. (...) Der Raum der Toleranz ist ein prinzipiell begrenzter Raum». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 37.

<sup>798</sup>«Es ist widersprüchlich, »alles« tolerieren zu wollen, den dann müsste man zugleich eine Praxis tolerieren und auch tolerieren, dass sie nicht toleriert wird. Aber auch aus praktischen Gründen ist unbegrenzte Toleranz nicht möglich, denn sie würde laut Popper zu der Paradoxie führen, dass dadurch die Toleranz insgesamt verschwinden würde: Erstreckt sich die Toleranz auch auf die Feinde der Toleranz, so führt sie zu ihrer Selbstabschaffung (man könnte dies die *Paradoxie der Selbstzerstörung* nennen). Diese Paradoxie wird aufgehoben, wenn deutlich wird, dass Toleranz legitimerweise begrenzt ist, und wenn sie als eine Sache der Reziprozität aufgefasst wird, so dass die Intoleranz nicht toleriert werden muss (und unter Umständen auch nicht toleriert werden darf)». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 37-38, referindo-se a Karl POPPER, *Die offene Gesellschaft un ihre Feinde*, I. *Der Zauber Platon*, P. Feyerabend, Francke, Bern, 1957, p. 256, Anm. 4, e Karl POPPER, «Toleration and Intellectual Responsibility», *cit.*, p. 17-34, p. 17-20; e ainda a John HORTON, «Three (Apparent) Paradoxes of Toleration», in *Synthesis Philosophica*, 17, 1994, p. 7-20.

<sup>799</sup>*Vide supra*, 4.2.2., 4.2.3., e *infra*, 7.1..

obstante, para FORST, mesmo que o tolerante não seja, como *supra* se verificou, efectivamente livre para exercer tal prerrogativa, ainda assim haveria aí tolerância, se se concluísse que o tolerante, neste sentido, se pudesse efectivamente reagir na situação, o não faria<sup>800</sup>. Por último, aponta-se a necessidade de optar pelo significado da noção de tolerância – enquanto faculdade *colectiva* ou *individual*, por um lado, e enquanto *prática* ou enquanto *virtude*, por outro<sup>801</sup>. FORST propõe o recurso a um *conceito, rectius*, uma *concepção de justiça* para a resolução dos *paradoxos da tolerância* e para a conferência de uma *base normativa* imparcial e auto-subsistente<sup>802</sup>. No centro dessa concepção de justiça política e social deveria situar-se um *princípio de justificação intersubjectiva de normas* que pudesse razoavelmente assumir-se *recíproca* e *geralmente válido*<sup>803</sup>.

Entre a defesa de um conceito *único* de tolerância e o simples inventário de *significados* de tolerância abre-se, assim, caminho para uma concepção *complexa, normativa*, de tolerância, que FORST procura densificar, partindo da conjugação das conhecidas abordagens *históricas, normativas*, e mesmo de “*ética aplicada*”<sup>804</sup>.

<sup>800</sup> «(5) Der Begriff der Toleranz ist weiterhin dadurch gekennzeichnet, dass Toleranz *aus freien Stücken* geübt werden muss und nicht in einem Maße erzwungen sein darf, dass die tolerierende Partei keinerlei Möglichkeit hat, ihre Ablehnung zu äußern bzw. entsprechend zu handeln. Denn in diesem Fall würde man eher von einem »Erdulden« oder »Ertragen« von Praktiken reden, gegen die man machtlos ist». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 40. Vide *idem*, p. 40-41.

<sup>801</sup> «(6) Schließlich ist zu beachten, was im Vorangehenden bereits mehrfach von Bedeutung war, dass mit dem Begriff Toleranz sowohl eine *Praxis* als auch eine individuelle *Haltung* oder (bei entsprechender Begründung) Tugend bezeichnet werden kann (...).» – *Idem*, p. 41.

<sup>802</sup> «I want to suggest that one needs to take recourse to the concept – or rather, a conception – of *justice* in order to solve the paradoxes (...) and to provide such a freestanding and impartial normative basis». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, cit., p. 196.

<sup>803</sup> «(...) I think that at the center of a conception of political and social justice there should be a principle of the intersubjective justification of norms that can reasonably – that is, with good reasons – claim to be reciprocally and generally valid. (...) The realm of justification must be identical with the realm of the validity of a norm. This does not mean that there can be no valid norm until everybody has actually been convinced to agree, for there will always be people who do not want to compromise their views and interests; rather, it means that a norm’s validity is insufficiently established as long as there are counterclaims that can reciprocally and generally be raised and justified». – *Ibidem*. Vide ainda Rainer FORST, “*Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft*”, cit., p. 119-143.

<sup>804</sup> «Die umfangreiche Literature zu diesen Probleme spiegelt jene oben gennante analytische und normative Urklarheit und Konflikthaftigkeit des Begriffs der Toleranz wider, so dass es gute Gründe dafür gibt, uhn einen »philosophisch schwer fassbaren begriff« zu nennen. Ich selbst spreche von einem »umstrittenen« Begriff, bin aber der Auffassung, das sich die Gründe für diese Streit historisch erklären und systematisch klären lassen. Jenseits der Alternative zwischen einer eindimensionalen Verteidigung eines bestimmten Toleranzverständnisses unter Ausblendung der anderen und der Bloßen Bestandsaufnahme all diese Bedeutungen bleibt der Weg für eine komplexe, normative Konzeption der Toleranz offen. (...) Ich habe versucht, diese Perspecktiven zusammenzuführen». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 16, citando David HEYD, «*Introduction*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 3 («*philosophically elusive concept*»).

Diferindo em pontos essenciais da consubstanciação da *virtude da tolerância* proposta por Rainer FORST, orientar-nos-emos por uma consideração da tolerância enquanto *conceito ético normativamente dependente* – porém sem a determinação hegeliana da relação entre *Sittlichkeit* e *Moralität*, e excluindo ainda a definição última por um *direito à justificação* de construção essencialmente argumentativa. Haverá, no sentido aqui a construir, e tal como refere Ernesto GARZÓN VALDÉS, dois *sistemas normativos* determinantes da tolerância: o “*sistema normativo básico*” – o sistema que regula o acto tolerado como não permitido – e o “*sistema normativo justificante*” – o *sistema normativo superior* que fundamenta a abstenção da proibição<sup>805</sup>. Por outras palavras, sendo a tolerância um *conceito normativamente dependente*, como refere FORST, dependerá de *conceitos normativamente independentes* para a respectiva *justificação* – ou, diferentemente, agora tal como aqui a compreenderemos, para a respectiva *fundamentação*<sup>806</sup>.

Perspectivando como densificação de *conteúdo* a concretização substancial correspondente às respectivas *condições de possibilidade*, postulamos à categoria tolerância um *conteúdo ético-prático comunitariamente constituído* – porém à vinculação comunitária não se reduzindo, antes sempre em confronto com a dimensão individual e constituído por diferenciação dialéctica relativa, através da prática sociocultural. E este como *horizonte de referência* cuja constituenda delimitação e progressiva sedimentação se afere criticamente à luz da respectiva experimentação, determinante do sentido da dialecticamente contínua geração. Numa conjugação de uma dimensão dialógica – excluída a redução *discursiva* – com uma substancialização comunitária – não *comunitarista* – de valores sempre constituendamente revisíveis.

Este o cunho e a projecção do *normativamente substancial* sentido aqui avocado para a categoria *tolerância*. Para cuja construção haverá ainda que reconhecer os respectivos *paradoxos* e/ou *limites (negativos)*.

---

<sup>805</sup> «La tolerancia está doblemente referida a sistemas normativos. Por una parte, la tendencia a no permitir el acto finalmente tolerado proviene del sistema a cuya regulación está sujeto. Llamaré a este sistema «sistema normativo básico». Por otra, la superación de esta tendencia resulta de la consideración de principios y/o reglas de un sistema normativo superior. Llamaré a este sistema «sistema normativo justificante». – Ernesto Garzón VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 406. *Vide idem*, p. 409-410; também Ernesto Garzón VALDÉS, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, *cit.*, p. 130.

<sup>806</sup> *Vide supra*, 4.2.2..

### 7. (Im)possibilidade vs. necessidade de determinação de fronteiras normativas à tolerância: paradoxos vs. limites da categoria tolerância

Uma vez definidos os *limites positivos* da categoria *tolerância* no entendimento aqui abraçado, isto é, a determinação dos *sujeitos*, *objecto*, *fundamento*, *componentes/condições de possibilidade* e *conteúdo* da categoria tolerância, a fixação de conteúdos normativamente objectivos à categoria *tolerância* – enquanto *virtude* e enquanto *prática* –, susceptíveis de vinculatividade trans-subjectiva, exigirá, como condição de delimitação face a distintas regulamentações de conteúdo positivo materialmente fundamentadas – especificamente resultantes de um reconhecimento positivo normativamente densificador –, a substancialização de *fronteiras*, e, conseqüentemente, dos respectivos *limites negativos*.

Constituindo a categoria tolerância, na prática, uma *atitude livre de não reacção face a um comportamento de que se discorda*, a percepção da sua relevância normativamente constitutiva dependerá mesmo, em última instância, da definição dos respectivos *limites*. *Limites* estes das mais diversas naturezas, em virtude do surgimento, como *fundamento(s)* e como *critério(s)*, de múltiplas convicções subjectiva e objectivamente éticas e morais. E, concomitantemente, de múltiplos *paradoxos*, de cuja *desconstrução* se procurará retirar um adensamento da significação *semiótica* e *normativo-material* da categoria tolerância.

Longe de se oferecer já em puros termos de tensão dialéctica entre *verdade* e *falsidade*(-erro), o sentido aqui pertinente da questão da tolerância e dos respectivos *limites* estabelecer-se-á numa *zona cinzenta* de significações, em que a relevância do domínio da convicção se apresenta passível de dificultar – se não mesmo de inviabilizar... – a pretensão de objectividade na determinação do conteúdo dos *conceitos*<sup>807</sup>. Pretensão esta que se transmuta em *exigência normativa* quando se pretenda conferir à tolerância um conteúdo *normativamente autónomo*.

---

<sup>807</sup>Neste sentido, vide Julie SAADA-GENDRON: «Les variations de sens dont a été affectée l'idée de tolérance n'en supprime pas l'ambiguïté. (...) il ne s'agit plus seulement de supporter l'erreur, le vice, les écarts par rapport à une règle de vérité ou à une instance normative. Le déplacement n'est pas moindre: qui tolère peut y trouver un bénéfice. Tolérer n'est plus se rendre complice d'un mal». – Julie SAADA-GENDRON, *La Tolérance*, cit., p. 41 («Vertu publique, vertu privée: les limites de la tolérance», p. 11-41).

Tomadas neste sentido *negativo* por *limites da tolerância* as fronteiras da determinação do que pode ser incluído na *virtude de tolerância* e nas exigências da *prática tolerante* e do que já não o pode ser. E isto, por um lado, por se perder a base estruturante que justifica a *não reacção* face à discordância, o que conduzirá, potencialmente, à *intolerância*, e, por outro, por se perder o *referente* da divergência, que conduzirá ao *reconhecimento e/ou aceitação*, deixando-se assim o domínio daquela *virtude*, e destas exigências – e passando-se, então, a outro conteúdo temático, com outras exigências e outras regras, inscrevendo-se noutras dimensões de fundamentação da acção intersubjectiva<sup>808</sup>, esta referência determinante do conteúdo da categoria *tolerância*, conferindo-lhe os mais diversos fundamentos, e desenvolvendo-se num amplo espectro de orientações, desde o *radical formalismo da tolerância procedimental* à *substancialização comunitarista*, passando pelos *utilitarismos* e pela *determinação axiologicamente material dos respectivos fundamento e conteúdo*, esta última também nos mais diversos sentidos, do *consequencialismo* à *fundamentação ética e moral*. Neste sentido identifica David HEYD a *estreita esfera* reservada à tolerância, ou, digamo-lo claramente, o *intervalo da tolerância* – e, assim, numa tentativa de dilucidação do que diz constituir o respectivo carácter *indeterminado, elusivo*, enquanto espectro de variabilidade decisivamente determinante<sup>809</sup> –, na *exígua linha* remanescente entre fenómenos *totalmente inaceitáveis* e fenómenos *não objectáveis*<sup>810</sup>. Reconhecidamente, tal como expressamente afirma, uma das maiores dificuldades da delimitação do sentido da tolerância sobrevém da necessidade de determinação do que *não seja* tolerância. Distinguindo HEYD duas perspetivações metodológicas desta determinação, e centrando-se essencialmente na segunda: 1) a *perspetivação ampla*, cuja tarefa

<sup>808</sup>«Whether tolerance is inclusionary or exclusionary depends on the relevant context, and whether a policy of inclusion or exclusion is more desirable under given circumstances seems more a matter of substantive value preferences than one of predominantly pragmatic considerations». – Michael ROSENFELD, *Just Interpretations...*, cit., p. 185.

<sup>809</sup>«Our philosophical analysis of the concept of toleration has demonstrated that the concept is elusive. The pure concept turns out to have little concrete application, since the space between what should not be opposed to begin with and what should not be tolerated is very narrow». – David HEYD, *“Education to Toleration: Some Philosophical Obstacles and their Resolution”*, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies...*, cit., p. 196-207, p. 205.

<sup>810</sup>«(...) the indeterminacy of the (...) concept of toleration is due to its being “compressed” between two spheres: phenomena that by no means should be tolerated (like cruelty and murder) and phenomena that should not be objected to in the first place (like gender or racial identity). The remaining sphere left for this narrow (but morally valuable) concept of tolerance consists of beliefs and actions that are justifiably (and maybe morally) disapproved of and yet are said to be immune from negative interference». – David HEYD, *«Introduction»*, cit., in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, cit., p. 10-11.

consistirá em analisar a multiplicidade de contextos e usos linguísticos da noção de *tolerância* – e cujo método será *histórico* e *sociológico* –; e 2) a *perspectivação restrita*, que se ocupa da definição dos contornos daquela noção à luz das suas características teoricamente distintivas – e cujo método será *filosófico* e *normativo*<sup>811</sup>. Apontando como exemplos de tais perspectivações, respectivamente, as propostas por Michael WALZER e Joseph RAZ<sup>812</sup>, e advertindo simultaneamente para a impraticabilidade da mobilização exclusiva de apenas uma delas<sup>813</sup>.

O esclarecimento dos significados da enunciação do(s) *paradoxo(s) da tolerância*, dada a diversidade de construções mobilizadoras de tal significante, e da noção contígua, porém não sinónima – pese embora a verificação de inumeráveis equívocos –, de *limites da tolerância*, exigirá a desambiguação do sentido destes últimos – objecto de múltiplas orientações, sobretudo, e alternativamente, 1) identificando tais limites em si mesmos, 2) considerando-os como *paradoxos da tolerância*, ou 3) assimilando-os como consequências dos *paradoxos da tolerância*. Propondo-se responder fundamentalmente às mesmas questões: onde, e com que fundamento, situar o *limite* da tolerância? Obviamente com as mais distintas respostas, encontrando-se esse limite em diferentes entidades e/ou momentos: no *intolerante*, na *ordem social*, no *bem comum*, no *intolerável*<sup>814</sup>... Na busca de clarificação – no cerne

<sup>811</sup> «As everybody familiar with the vast literature on toleration knows, the major obstacle in the philosophical analysis of the concept is characterizing what it is *not*. Two methodological approaches for such a characterization suggest themselves: the broad view, which tries to do justice to the large variety of contexts and linguistic uses with which the concept is and has been associated, and the narrow view, which delineates the contours of the concept in the light of its theoretically distinguishing features. The first method is historical and sociological in nature, whereas the second is philosophical or normative». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 171-172. «The conception of toleration I discuss is the strict or narrow one, namely, that which is distinguished from other types of restraint, like indifference or pragmatic compromise». – David HEYD, «*Introduction*», in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, *cit.*, p. 10.

<sup>812</sup> «Michael Walzer and Joseph Raz are typical contemporary proponents of these two respective approaches to the study of toleration». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 191, n. 1 da p. 172, remetendo para Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, e Joseph RAZ, “*Autonomy, Toleration and the Harm Principle*”, in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration...*, *cit.*, p. 155-175.

<sup>813</sup> «In effect, neither of these two methods should be followed in a pure and exclusive way. To put it in Kantian terms, an historical study of toleration with no theoretical guidance is blind; a philosophical-normative analysis of the concept with no regard to its evolution is vacuous». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 172.

<sup>814</sup> Paulo OTERO analisa a relevância e os perigos da intolerância na construção de um Estado de direitos humanos, distinguindo intolerância social, intolerância religiosa e intolerância política. Estabelecendo, no entanto, um limite à intolerância social que vai além do considerado em texto, pois pretende assumir como resultado necessário do reconhecimento da diferença o reconhecimento de ideologias defensoras de intolerância social, porém estabelecendo-lhe limites: «O Estado de direitos humanos depara hoje com a ameaça de deixar de encontrar uma base sociológica consensual de apoio nas modernas sociedades europeias. E o facto é tanto mais grave quanto se observa a existência de uma

da *ambiguidade* dos termos – do que poderá hoje qualificar-se como *tolerável*, *tolerante*, *intolerável*, *intolerante*<sup>815</sup>... *Ambiguidade* traduzida numa *intolerância-sacrifício*, como HEIDEGGER a enuncia, na *ambiguidade* da *Differenz-Austrag*-relação<sup>816</sup>... E *ambiguidade* que, por outro lado e noutro sentido, já de análise cultural que conduz à delimitação do significado de *tolerável* e *intolerável*, RICOEUR expressamente testemunha, determinando como *intolerável* – pólo oposto da *intolerância* –, em último termo, o *intolerante*<sup>817</sup>.

---

contraditória conciliação de interesses: se, por um lado, a intolerância social mina os alicerces de uma democracia humana, sendo inconcebível qualquer solução que passe pela negação a quem quer que seja de direitos humanos universais, a verdade é que, por outro lado, o reconhecimento do direito à diferença não pode também deixar de reconhecer ideologias defensoras de uma postura de intolerância social.

(...) a tolerância não pode permitir uma intolerância sem limites, nem o respeito pela diferença pode deixar de admitir uma intolerância limitada». – Paulo OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, Almedina, Coimbra, vol. I, 2007, p. 659. *Vide ibidem*, sobre a consideração da tolerância (política) como elemento fundamental na construção de um Estado de direitos humanos, p. 601-602, e, sobre a diferenciação entre os tipos de tolerância referidos, p. 655-663.

<sup>815</sup>«There is something intolerable about the concept of ‘tolerance’. For if one concedes or promotes a power to tolerate, one equally concedes or promotes a power not to tolerate». – Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 9.

<sup>816</sup>«La brève remarque de l'*Einführung* [...] sur l'intolérance est soutenue par une pensée du sacrifice (...)». – Jacques DERRIDA, “*L’oreille de Heidegger...*”, *cit.*, p. 414 (Chapitre 4. «*Tautologie, monologie, otologie. Le sacrifice de Heidegger*», p. 403-419). «Dans son sens courant, *Austrag* pourrait se laisser traduire par distribution, règlement (...). Nous avons vu comment, dans *Die Sprache*, Heidegger l’entendait aussi comme la portée, voire la gestation et la portée à terme de la différence aussi bien que de l’intimité (*Innigkeit*)». – *Idem*, p. 417. «Quand écouterez-vous la voix de cet étrange ami que votre *Dasein* porte chez lui (*bei sich trägt*), de cet ami-ennemi qui vous parle au cœur d’une *Feindseligkeit*, de cette inimitié originaire qui à jamais nous rassemble pour le meilleur et pour le pire?». – *Idem*, p. 419. *Vide supra*, Parte I, 1.1..

<sup>817</sup>«Et l’intolérable? Eh bien, je dirai, paradoxalement, qu’à ce niveau de profondeur seul l’intolérant est intolérable». – Paul RICOEUR, “*Tolérance, intolérance, intolérable*”, *cit.*, p. 311. «The intolerable is what we would not want to tolerate, even though we could or even we should. In this sense, the intolerable is the polar opposite of intolerance, this behavior of reprobation and of prevention that tolerance wanted to surmount». – Paul RICOEUR, “*The Erosion of Tolerance and the Resistance of the Intolerable*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, *cit.*, p. 189-201, p. 197. Atente-se ainda na explicitação de Diogo PIRES AURÉLIO, referindo-se a Paul RICOEUR, “*Tolérance, intolérance intolérable*”, *cit.*: «Conforme sublinha Ricœur [op. cit., pp. 294-311], a palavra *intolerável*, à semelhança do que acontece com a tolerância, é igualmente ambígua. (...) a verdadeira dificuldade está (...) na identificação desses limites, na definição de um critério pelo qual distinguir o intolerável do tolerável, sendo que, ao menos na concepção tradicional da tolerância, aquilo que se tolera é já um erro ou um mal, embora ainda não o seja em grau suficiente para ser declarado intolerável». – Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 115.



### 7.1. Paradoxos da tolerância

Criticamente perspectivando a recorrentemente presente enunciação, em múltiplas propostas de delimitação-*reconhecimento* de *limites* à tolerância, de respectivos *paradoxos*, como que inevitáveis perante a dificuldade de fundamentar e justificar a *atitude tolerante* perante a manifestação de posturas *divergentes* ou mesmo *erradas*, cumprirá denunciar o respectivo carácter meramente *aparente*. Com o que demonstraremos que, à essencial determinação de *limites* à tolerância – sob pena de se perderem os horizontes de referência fundamentantes, e, assim, a própria viabilidade da categoria, então relegada para um *radical relativismo* –, não estarão necessariamente subjacentes quaisquer *paradoxos*. Desmistificando, assim, uma paradoxalidade aparente, que envolve, desde logo, o próprio *termo* tolerância, e se propaga, nos mais diversos sentidos, na análise do correspondente *conteúdo* e *limites*.

Dentre plúrimas e distintas enunciações de *paradoxos da tolerância* sobrevém também como exemplarmente ilustrativa a classificação de Rainer FORST, cujo sentido e alcance aqui criticamente se perspectiva e se toma como ponto de partida, posicionando-a em diálogo com outras, para uma demarcação substantivamente positiva da categoria tolerância aqui em construção. Evidenciando a devenida de tais *paradoxos* da já *supra* esclarecida enunciação das *componentes da tolerância* e do consequente elenco dos *modelos de tolerância*<sup>818</sup> – e distinguindo assim, respectivamente, o *paradoxo da tolerância em si mesma*, o *paradoxo do racista tolerante*, o *paradoxo da tolerância moral* e o *paradoxo do estabelecimento de limites*...

#### 7.1.1. O paradoxo da tolerância em si mesma

Haverá a problematizar em primeiro lugar, na sistematização de FORST, a própria *paradoxalidade da noção de tolerância*, e, assim, o *paradoxo da tolerância – rectius*, o *paradoxo da tolerância em si mesma*... –, enquanto *não reacção* a comportamentos *errados* ou *reprovados*, em virtude de razões superiores determinantes da ausência de

<sup>818</sup>Vide, sobretudo, *supra*, 6.2.3.1.4..

reacção, que FORST estrutura na definição das *componentes da tolerância*, localizando-se entre a *objecção* face a determinados comportamentos e a sua não completa *rejeição*, em virtude de princípios superiores justificantes<sup>819</sup>.

Nesta perspectiva, os *limites* da tolerância situar-se-ão no ponto em que as razões de *rejeição* sejam mais fortes do que as razões de *aceitação*. Havendo a acentuar que as razões conducentes à *rejeição* não terão de identificar-se com as conducentes à *objecção*<sup>820</sup>, podendo ser destas últimas independentes, ou, o que FORST diz mais provável, internamente relacionadas com as razões de *aceitação*, na medida em que especifiquem certas *condições* e *limites* para essa *aceitação*<sup>821</sup>. Neste ponto se encontrariam envolvidos dois *limites*: o primeiro situado entre o domínio normativo das *práticas* e *convicções* objecto de concordância e o das práticas toleráveis, consideradas erradas mas susceptíveis de continuarem a não ser rejeitadas; e o segundo situado entre este segundo domínio e o do *intolerável*, o estritamente rejeitado (o *limite da tolerância* propriamente dito). Pelo que existiriam, neste sentido, conforme a enunciação aqui pressuposta, três, e não apenas dois, domínios normativos num *contexto de tolerância*<sup>822</sup>.

Compreendendo-se claramente ambos estes *intervalos* e os respectivos três domínios normativos, não compreenderemos já no mesmo sentido a respectiva relevância para a definição dos *limites* da tolerância: se o primeiro *intervalo* é constituído por práticas e convicções objecto de *concordância*, e, portanto, *aceitação*, sendo o limite definido pelas práticas *toleráveis*, ou seja, consideradas erradas mas susceptíveis de continuarem a não ser rejeitadas – e desde que *exclusive* –, não haverá

<sup>819</sup>Sobre este *paradoxo da tolerância*, dialogando sobretudo com FORST, vide Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 768-769.

<sup>820</sup>«On this point, see Newey (1999), pp. 32-34, from whom I differ, however, in the understanding of the nature of the reasons of objection, especially. This difference explains why he argues that toleration is a supererogatory virtue (p. 74), whereas I argue that it is a virtue demanded by duties of justice». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 194, n. 3, remetendo para G. NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*.

<sup>821</sup>«(...) the *limits of toleration* need to be specified. They lie at the point where there are reasons for rejection that are stronger than the reasons for acceptance (...). It is important to see that the reasons for rejection need not be identical with the reasons for objection; they may be independent or (what is more probable) internally connected to the reasons of acceptance insofar as they specify certain conditions and limits for that acceptance». – Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 194.

<sup>822</sup>«(...) there are two limits involved here: the first one lies between (1) the normative realm of those practices and beliefs one agrees with and (2) the realm of the tolerable practices and beliefs that one finds wrong but can still accept in a certain way; and the second limit lies between this latter realm and (3) the realm of the intolerable that is strictly rejected (the limit of toleration, properly speaking). There are thus three, not just two normative realms in a context of toleration». – *Idem*, p. 194.

ainda aí *tolerância*; esta apenas se verificará no segundo *intervalo*, constituído precisamente por *práticas toleráveis*, e, portanto, consideradas erradas mas susceptíveis de continuarem a não ser rejeitadas, sendo o respectivo limite definido pelo *intolerável*, o estritamente rejeitado. Com o que apenas neste segundo *intervalo* se estabelecerá quer a *necessidade* quer a *possibilidade* de *tolerância*. Questão para a qual é, desde logo, oferecida resposta por GARZÓN VADÉS, na distinção, *supra* explicitada, entre «*sistema normativo básico*» – que determina o acto tolerado como *não permitido* – e «*sistema normativo justificante*» – que fundamenta (*superiormente*) a *abstenção da proibição*<sup>823</sup>. Efectivamente, a existência de um domínio normativo fundamentante na efectivação da possibilidade da *tolerância* – estabelecendo o fundamento de determinação da fronteira entre *aceitação*, *não rejeição* e *rejeição* – constitui, por si só, resolução para o *paradoxo da tolerância em si mesma*, permanecendo este, apenas, então, diremos, como *paradoxo aparente*.

### 7.1.2. O paradoxo do racista tolerante

Em directa conexão com a *componente de objecção*, refere FORST o *paradoxo do racista tolerante*, consistindo este em considerar tolerante o racista tão só por refrear o seu sentimento racista, e tanto mais quanto mais forte esse seu sentimento. Situação em que conclui não existir verdadeira *tolerância*, dada a subjectividade do critério e respectiva graduação. Sendo, assim, afastado tal *paradoxo* pela afirmação da necessidade de objectivação de um *fundamento de razoabilidade* – não implicando necessariamente que as razões de objecção sejam partilháveis em geral, porém exigindo que não assentem em preconceitos e ódios *irracionais* –, uma base *ética* inteligível e aceitável, susceptível de conferir à *tolerância* o carácter de *virtude*<sup>824</sup>. No mesmo sentido

<sup>823</sup>Vide Ernesto GARZÓN VALDÉS, “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, *cit.*, p. 406. Vide *idem*, p. 409-410, e “Some Remarks on the Concept of Toleration”, *cit.*, p. 130, e *supra*, 6.2.1.2., 6.2.3.1.7. e 6.2.3.2.3.. Vide ainda Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 768-769, n. 82.

<sup>824</sup>Rainer FORST, “Toleration as a Virtue of Justice”, *cit.*, p. 194-195. Vide ainda Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 33. «(...) die Paradoxie des »toleranten Rassisten«, nach der jemand, der andere aufgrund rassistischer Vorurteile ablehnt, umso mehr die Tugend der Toleranz aufweist, je tiefer und reichhaltiger seine Vorurteile sind, wenn er nur nicht auf ihrer Grundlage handelt. (...) Allein die

considera também HABERMAS que a tolerância tem início apenas para lá da *discriminação*, e, assim, do *racismo*<sup>825</sup>.

Não se verificará aqui, portanto, qualquer *paradoxo*, antes uma necessária demarcação da *tolerância* face à *discriminação*. O que resulta claro, desde logo, em FORST, da própria estruturação e conteúdo das *componentes da tolerância*, e, na perspectiva *normativamente substancial* aqui perfilhada, das *supra* definidas *condições de possibilidade da tolerância*<sup>826</sup>.

### 7.1.3. O paradoxo da tolerância moral

O *paradoxo da tolerância moral* respeitaria já, para FORST, à *componente de aceitação*, consistindo em considerar – assumindo-se como “*morais*” as razões que conduzem à *objecção* e à *aceitação* – como moralmente correcto, ou até moralmente exigido, tolerar o que fosse tido por *moralmente errado*<sup>827</sup> – apenas fazendo, efectivamente, sentido falar aqui em *moral* no pressuposto da *teoria da justificação* que lhe subjaz<sup>828</sup>. Nesta circunstância, a *virtude da tolerância*, se se mantivesse possível, poderia também implicar que seria *moralmente correcto* tolerar actos ditos *imorais*, dependendo das razões de *aceitação*.

Para FORST, a resolução deste *paradoxo* implicaria uma distinção entre vários tipos de razões “*morais*”, algumas das quais teriam de ser razões de *ordem superior*, inultrapassáveis, e simultaneamente *fundamento* e *limite* da *prática de tolerância* – o que também só se compreenderá pressupondo a correspondente distinção de base entre

---

*Tugend* der Toleranz kann jemand, der rassistische Überzeugungen vertritt, nicht ausüben. Er sollte nicht tolerant werden, sondern seinen Rassismus ablegen». – *Idem*, p. 530.

<sup>825</sup>«(...) we can talk of toleration only if the parties involved base their rejection on a *cognitive conflict between beliefs and attitudes that persists for good reasons*. It goes without saying that not every rejection can be construed as reasonable (...). A racist should not be tolerant, he should overcome his racism”». – Jürgen HABERMAS, “*Intolerance and Discrimination*”, *cit.*, p. 3, citando Rainer FORST, “*Der schmale Grat zwischen Ablehnung und Akzeptanz*”, in *Franfurter Rundschau*, 28 Dezember, 2001. *Vide* ainda Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 173. *Vide* também *supra*, 6.2.3.2.1.1..

<sup>826</sup>*Vide supra*, 6.2.3.2.1.

<sup>827</sup>«(...) die *Paradoxie moralischer Toleranz*, der zufolge es moralisch richtig bzw. geboten erscheint, das moralisch Falsche oder Schlechte zu tolerierten». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 531.

<sup>828</sup>Sobre este ponto, *vide supra*, 4.2..

razões “éticas” e razões “morais”, e, assim, em último termo, a pertinência da fundamentação *moral* à luz de um *princípio de justificação recíproca e geral*<sup>829</sup>. Em FORST, a à partida contraditória conjugação da *componente de objecção* com a *componente de aceitação*, manifestada quando os fundamentos de ambas as *componentes* forem de natureza similar, enquanto *fundamentos morais*, e não haja entre eles possibilidade de hierarquização – no sentido de que uma mesma ordem de fundamentação poderá simultaneamente exigir *objecção* e *aceitação* –, constitui, portanto, o problema do *paradoxo da tolerância moral* («*Paradoxie moralischer Toleranz*») – «(...) *wie es moralisch richtig oder gar geboten sein kann, das moralisch Falsche oder Schlechte zu tolerieren*»<sup>830</sup>.

Opção esta que FORST não deixa de confrontar criticamente com outras<sup>831</sup>. Demarcando-se, assim, de Preston KING, que se propõe solucionar este *paradoxo aparente* através do estabelecimento de um *sistema de prioridades de objecções*: a não reacção a um determinado *objecto de objecção* estaria justificada pelo conflito entre este e outro *objecto* pelo sujeito superiormente *objectado* na escala de prioridades<sup>832</sup>. E de D. D. RAPHAEL, que, diferentemente, especifica a segunda *objecção* – e, com isso, o *limite da tolerância* – com o critério da *ofensa de direitos*, no sentido de que a *fronteira do*

<sup>829</sup>Sobre este ponto, *vide* igualmente *supra*, 4.2.. *Vide* especificamente Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 195. «In dem Fall nun, in dem sowohl die Ablehnungs-als auch die Akzeptanzgründe als »moralisch« bezeichnet werden, ergibt sich die *Paradoxie moralischer Toleranz*, der zufolge es moralisch richtig bzw. geboten erscheint, das moralisch Falsche oder Schlechte zu tolerieren. (...) Jede Toleranzbegründung lässt sich als – mehr oder weniger plausibel – Versuch verstehen, solch eine Basis bereitzustellen. Und sofern diese selbst wechselseitig und allgemein akzeptabel sein muss, erscheint hier, wie gesagt, das Prinzip der wechselseitigen und allgemeinen Rechtfertigung geltender Normen selbst als die aussichtsreichste Grundlage». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 531.

<sup>830</sup>«Wenn (...) die Gründe für die Ablehnung wie auch für die Akzeptanz als moralisch bezeichnet werden, steigert sich die Paradoxie zu der Frage, *wie es moralisch richtig oder gar geboten sein kann, das moralisch Falsche oder Schlechte zu tolerieren*. Diese Paradoxie, die ich *Paradoxie moralischer Toleranz* nenne, ist in der neueren Toleranzliteratur ausführlich diskutiert worden und hat zu den unterschiedlichsten Vorschlägen geführt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 35 (itálicos do Autor).

<sup>831</sup>FORST afirma o desacordo com a posição assumida quanto a este paradoxo por múltiplos autores, tais como J. EBBINGHAUS, “*Über die Idee der Toleranz*”, in *Archiv für Philosophie*, 4, 1950, p. 1-34, p. 1 ss.; Preston KING, *Toleration*, *cit.*, p. 31; D. D. RAPHAEL, “*The Intolerable*”, in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration...*, *cit.*, p. 137-153, p. 147; Susan MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, *cit.*, p. 161 ss.; John HORTON, “*Three (Apparent) Paradoxes of Toleration*”, *cit.*, p. 13; Glen NEWBY, *Virtue, Reason and Toleration...*, *cit.*, p. 73 ss..

<sup>832</sup>«Preston King schlägt vor, sie durch eine Prioritätensetzung von Ablehnung zu lösen, der zufolge das Handeln nach der ersten Ablehnung zu einer Konsequenz führen würde, die man noch stärker ablehnt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 35, citando Preston King, *Toleration*, *cit.*, p. 31: «The “paradox” of tolerance is eliminated as a paradox where we accept that any given objection is only one among a variety of *competing* objections, such that to implement one will necessarily subvert action against another or others. (...) The key to the situation is a clear stipulation of priorities».

*intolerável* se situa no ponto em que à discordância se junta a ofensa de direitos – aquela sem esta permitiria a *tolerância*, o contrário já não<sup>833</sup>. E de HORTON, cujas soluções para este *paradoxo* se encontrariam quer quando a tolerância se justificasse com base em *razões pragmáticas* quer quando, com base em *reflexões fundamentais* («*prinzipieller Überlegungen*»), se tornasse nítido que a ausência de tolerância colocaria em perigo um *valor superior*, como a *liberdade* ou a *autonomia*<sup>834</sup>. E ainda de Susan MENDUS, que se orienta no sentido de um regresso a uma reflexão *comunitária-socialista* («*kommunitär-sozialistischen*») de construção de uma sociedade *inclusiva*<sup>835</sup>, e Glen NEWEY, sobretudo pela determinação da suficiência da consideração dos *fundamentos da objecção* como *morais*, de forma a que não poderia existir um *dever* referente à tolerância («*Verpflichtung zur Toleranz*»), posto que compreendida como comportamento *supererrogatório*<sup>836</sup>.

FORST conclui que a solução do *paradoxo da tolerância moral* depende da determinação da natureza dos *fundamentos da objecção*, para admitir sem contradição um *fundamento moral*, uma superior *componente de aceitação*. A que sucede a necessidade de distinguir entre fundamentos *éticos* e *morais*, e os respectivos juízos sobre convicções e práticas *erradas* ou *más*. Sendo que a resolução deste paradoxo apresenta um correlativo fundamento para uma específica *fundamentação moral* da tolerância<sup>837</sup>. Um tal paradoxo teria ainda um correspondente *epistemológico*, resultante

<sup>833</sup>«D. D. Raphael versucht, die zweite Ablehnung mit dem Kriterium der Verletzung von Rechten zu spezifizieren». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 35, citando D. D. RAPHAEL, “*The Intolerable*”, cit., p. 147: «My tentative conclusion, then, is that the boundary of the intolerable is fixed by infringement of rights».

<sup>834</sup>«John Horton zufolge sind Lösungen der Paradoxie möglich, wenn entweder pragmatische Gründe für Toleranz sprechen oder wenn aufgrund prinzipieller Überlegungen deutlich wird, dass fehlende Toleranz einen übergeordneten Wert wie Freiheit oder Autonomie gefährden würde». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 36, referindo-se a John HORTON, “*Three (Apparent) Paradoxes of Toleration*”, cit., p. 13, e apontando para uma solução de sentido semelhante em Joseph RAZ, “*Toleranz, Autonomie und das Schadensprinzip*”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz...*, cit., p. 77-102.

<sup>835</sup>«Nach Susan Mendus muss über liberale Begründungen hinaus auf den kommunitär-sozialistischen Gedanken zurückgegriffen werden, nach dem die Toleranz dessen, was man ablehnt, das aber doch zur Identität von Personen gehört, geboten ist, um eine inklusive Gesellschaft zu schaffen, der sich alle zugehörig fühlen können». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 36, referindo-se a Susan MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, cit., p. 161 ss..

<sup>836</sup>«Glen Newey wiederum kommt aufgrund der Auffassung, dass die Ablehnungsgründe als moralische hinreichend sind, eine Überzeugung oder Praxis pro tanto zurückzuweisen, und somit keine Verpflichtung zur Toleranz bestehen kann, zu dem Schluss, sie müsse als supererrogatorische Haltung bestimmt werden». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 36, referindo-se a Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 73 ss.. Vide ainda Glen NEWEY, *Virtue, Reason and Toleration...*, cit., p. 53-84 (2. «*Toleration and Moral Reasons*»).

<sup>837</sup>«(...) die Auflösung der Paradoxie moralischer Toleranz davon abhängt, genauer zu klären, welcher Natur die Ablehnungsgründe sein müssen, um eine moralisch begründete, höherstufige

da consideração da *veracidade* ou *falsidade* das convicções, na medida em que as *convicções objectadas* seriam objecto de um *juízo de aceitação* – este seria o *paradoxo da relativização da verdade*. Não obstante, a tolerância, apontando a exigência de um modo de relativização e delimitação das próprias convicções-consciências, sem colocar fundamentalmente em causa a consciência da sua verdade, corporalizaria, portanto, uma *relativização sem relativismo* («*Relativierung ohne Relativismus*»)<sup>838</sup>.

Tal como os anteriores, o *paradoxo da tolerância moral* será, em último termo, *meramente aparente*. Havendo um *sistema normativo superior fundamentante* – mesmo que de *ordem moral*, no sentido tomado por FORST –, os problemas aqui apresentados serão, à partida, solucionados através da *dupla valoração*. A distinção entre *ética* e *moral* em que FORST permanece acaba por suscitar, assim, em virtude da necessidade de uma *justificação geral e recíproca* que espelhe a admissibilidade ou inadmissibilidade *moral*, dificuldades argumentativas quanto ao concreto horizonte de fundamentação convocado, daí resultando – evidentemente por opção – a orientação por uma solução discursivamente alcançada por um *direito à justificação*, por sua vez fundado num *princípio de justificação* geral e recíproca.

#### 7.1.4. O paradoxo do estabelecimento de limites – o limite da intolerância

Como que no reverso daquele *paradoxo moral*, a necessária delimitação das *fronteiras da tolerância* («*Grenzen der Toleranz*») exigiria, para FORST, a terceira *componente da tolerância*: a *componente de rejeição* («*Zurückweisungskomponente*»/«*rejection component*»). No sentido de que, uma vez verificada esta, identificar convicções e práticas que, criticadas à luz da *componente de objecção*, fossem insusceptíveis de serem tomadas como *objecto de tolerância* em

---

Akzeptanzkomponente ohne Widerspruch zuzulassen; und dazu wird es nötig sein, auf die Unterscheidung zwischen *ethischen* und *moralischen* Gründen (...) zurückzugreifen (...). Die Auflösung dieser zweiten Paradoxie stellt somit einen zweiten Grund für eine spezifisch moralische Begründung der Toleranz dar». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 36.

<sup>838</sup>«Die erwähnte Paradoxie hat ihre Entsprechung auf einer epistemologischen Ebene. Denn versteht man die Ablehnung »falscher« Überzeugungen vor dem Hintergrund eines Überzeugtseins von der Wahrheit der eigenen Wertvorstellungen, so ergibt sich die *Paradoxie der Wahrheitsrelativierung*. (...) einer *Relativierung ohne Relativismus* sozusagen». – *Idem*, p. 37.

consequência do equilíbrio conferido pelos efeitos da convocação da *componente de aceitação*<sup>839</sup>. Afasta-se também aqui Rainer FORST de Preston KING, que não considera esta uma terceira componente da tolerância, referente à definição dos seus limites, mobilizando antes, quando considera esta questão, a expressão «*rejeição*», mas já na caracterização da *intolerância*<sup>840</sup>.

O *fundamento de rejeição* («*Zurückweisungsgründe*») poderia ser aqui, para FORST, do mesmo tipo do *fundamento da objecção* («*Ablehnungsgründe*») ou do *fundamento da aceitação* («*Akzeptanzgründe*»), porém também poderia ser de tipo distinto, e, no caso de tolerância *moralmente* fundada, não haveria homologia entre os *fundamentos da objecção* e da *rejeição*, antes entre os fundamentos (*morais*) que exigem uma *tolerância delimitada* e os fundamentos (*morais*) que, noutras circunstâncias, exigem a *rejeição*. Os *fundamentos da aceitação* incluindo já, por sua vez, a determinação dos seus *limites*<sup>841</sup>. O que implica a distinção, já *supra* referida quanto ao *paradoxo da tolerância em si mesma*<sup>842</sup>, entre dois tipos de limites-*fronteiras* (*Grenzen*): o limite-*fronteira entre* (a) o domínio normativo em que se verifica *afirmação sem objecção*, e (b) o *domínio do tolerável*, em que se verifica *objecção normativa* e simultaneamente “*aceitação*”, o que conduz à *tolerância*, limite que, constituindo o verdadeiro *limite da tolerância*, que se verifica entre o último domínio referido e (c) o domínio do *não tolerável-intolerável*, estritamente *objectado e rejeitado*<sup>843</sup>.

Posto o que outro *paradoxo* aqui se afiguraria – decorrente da necessária *delimitação* («*Grenzbestimmung*») da *tolerância*, a implicar que esta se transformasse

<sup>839</sup>«Wie aber wird die Grenze der Toleranz markiert? Hier ist es wichtig zu sehen, dass es neben den Gründen der Ablehnung und denen der Akzeptanz eine dritte Kategorie von Gründen geben muss: solche der Zurückweisung von Überzeugungen und Praktiken – einer Zurückweisung, die nicht mehr durch Akzeptanzgründe aufgefangen werden kann. Man kann folglich von einer *Zurückweisungs-Komponente* sprechen». – *Idem*, p. 38.

<sup>840</sup>«KING, *Toleration*, 55, spricht von »rejection«, fürth dies allerdings nicht näher in Bezug auf Ablehnung und Akzeptanz aus und charakterisiert dadurch allein die Intoleranz, nicht die legitimen grenze der Toleranz». – *Idem*, p. 38, n. 22.

<sup>841</sup>*Idem*, p. 38.

<sup>842</sup>*Vide supra*, 7.1.1..

<sup>843</sup>«Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, dass sinnvollerweise zwei Grenzen zu unterscheiden sind. Erstens die Grenze zwischen (a) dem normativem Bereich dessen, mit dem man ganz übereinstimmt, wo Affirmation besteht und keine Ablehnung – der Bereich des »Eigenen«, wenn man so will –, und (b) dem Bereich des Tolerierbaren, in dem normative Ablehnung besteht und doch auch eine Akzeptanz, die zur Toleranz führt. Die zweite Grenze – die eigentliche Grenze der Toleranz – verläuft zwischen diesem letztgenannten Bereich und (c) dem Bereich des nicht Tolerierbaren, das strikt abgelehnt und zurückgewiesen wird. Hinsichtlich der Toleranz sind demnach drei normative Bereiche zu unterscheiden, nicht nur zwei». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, *cit.*, p. 38.



no seu contrário: exactamente o *paradoxo da delimitação* («*Paradoxie der Grenzziehung*») <sup>844</sup>. O que, não se identificando com a *intolerância*, reforçaria ainda assim, *et pour cause*, a necessidade da fundamentação *moral* da tolerância <sup>845</sup>.

No *paradoxo do estabelecimento de limites* estariam em causa, para FORST, os *limites da prática de tolerância* – com o *paradoxo* a ser inerente à ideia segundo qual se a prática de tolerância é uma questão de *reciprocidade*, os intolerantes não necessitariam de ser, nem poderiam ser, tolerados, ideia dominante nas reflexões das mais diversas índoles sobre a categoria tolerância. Porém, o carácter vago e potencialmente perigoso do *slogan* “não tolerar o intolerante” surge aqui também como potencialmente conducente, só por si, à intolerância, posto que a definição de *intolerante* será muito frequentemente resultado de *unilateralidade* e *intolerância*. O que, numa leitura dita *desconstrutivista*, será passível de levar a uma conclusão fatal para a compreensão da tolerância, precisamente a de que não existe *tolerância* se esta implicar sempre uma definição dos *limites* contra o *intolerante* e o *intolerável*: uma vez que qualquer definição de um limite seria ela própria, mais ou menos, um acto intolerante, arbitrário, e que não existe nível superior de *moralidade* para definir tais limites, a tolerância terminaria no seu próprio *início* – logo que seja definida por uma fronteira, *arbitrária*, entre “*nós*” e o “*intolerante*” e “*intolerável*” –, o que parece reverter àquilo que FORST designa por paradoxos da *autodestruição* («*Paradoxie der Selbsterstörung*») e da *delimitação* («*Paradoxie der Grenzziehung*») – suscitados pelo *fundamento da rejeição*, o primeiro a significar que a tolerância não fundamentada, *ilimitada*, corre o risco de se *autodestruir*, o segundo a determinar a *imperatividade* da *delimitação da tolerância*, sob pena de esta se tornar no seu contrário <sup>846</sup>.

<sup>844</sup>«Die *Paradoxie der Grenzziehung* lautet also, dass Toleranz stets in ihr Gegenteil, die Intoleranz, umschlagen muss, wenn sie die unumgängliche Grenzbestimmung zwischen dem Tolerierbaren und dem Nicht-Tolerierbaren vornimmt». – *Idem*, p. 39, remetendo para Stanley FISH, “*Mission Impossible. Settling the Just Bounds between Church and State*”, *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, p. 2255-2333, e Martha MINOW, “*Putting Up and Putting Down: Tolerance Reconsidered*”, in Mark TUSHNET (Ed.), *Comparative Constitutional Federalism: Europe and America*, Greenwood Press, New York, 1990, p. 77-113.

<sup>845</sup>Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 40.

<sup>846</sup>Rainer FORST, “*Tolerance as a Virtue of Justice*”, cit., p. 195. Vide ainda Rainer FORST, “*Grenzen der Toleranz*”, cit., p. 10-12, e, especialmente, Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 531-532: «Hinsichtlich der Zurückweisungsgründe ergaben sich wiederum zwei Paradoxien. Erstens die *Paradoxie der Selbsterstörung*, nach der eine unbegrenzte Toleranz Gefahr liefe, sich selbst aufzuheben, in dem sich auf jegliche Abgrenzung gegenüber der Intoleranz verzichtete. Wird dies nur vermieden, indem bestimmte *Grenzen der Toleranz* gezogen werden, so ergibt sich damit die schwierigere zweite *Paradoxie der Grenzziehung*: Wenn eine Grenze zwischen dem Tolerierbaren und dem Nicht-

O *limite da tolerância* situar-se-á, concomitantemente, neste sentido, no ponto em que os sujeitos, mesmo discordantes acerca da natureza do *bem* e da *vida verdadeira*, toleram todas as outras perspectivas dentro dos limites da *reciprocidade* e *generalidade*. Do que FORST conclui que a tolerância é uma *virtude da justiça*<sup>847</sup>. E do que resultará também a perda de sentido e simultânea resolução dos três anunciados *paradoxos da tolerância*. Assim, a *componente de objecção*, consistindo no juízo de que as convicções ou práticas a tolerar são erradas à luz de certos valores éticos, traduzirá uma *objecção* minimamente razoável se não for baseada em *preconceito* e não violar o *respeito moral básico*. Consequentemente, não existirá um “*racista tolerante*” nem se verificará o respectivo *paradoxo*. Já a *componente de aceitação*, conferida através do *dever moral de justiça* de respeitar igualmente todas as pessoas e garantir-lhes o *básico direito à justificação*, implicará que, na medida em que não violem o seu dever de *reciprocidade*, as suas perspectivas e práticas tenham de ser toleradas com base em *razões de justiça* («out of reasons of justice»). Com o que capitula também o *paradoxo da tolerância moral*, pois, segundo esta posição, não será *moralmente* exigido tolerar convicções ou práticas *imorais* – o que, seguindo ainda FORST, deixa em aberto duas questões: em primeiro lugar, a do significado desta afirmação para o tipo apropriado de interferência, e, em segundo lugar, a de saber se poderão existir outras razões (*prudenciais*) justificantes da tolerância de convicções ou mesmo de acções *imorais*<sup>848</sup>. Não sendo aqui, por fim, os *limites da tolerância* delineados com base em valores éticos ou concepções do “*bem*” *razoavelmente* rejeitáveis, mas de um modo discursivo e reflexivo, por definição aberto à crítica, não existirá também *paradoxo de definição dos limites*<sup>849</sup>.

Apresenta-se-nos, pois, a *intolerância*, enquanto comumente mobilizado limite da *tolerância*<sup>850</sup>, de difícil identificação, enquanto *limite externo – delimitação negativa*

---

Tolerierbaren gezogen wird, liegt darin selbst die Gefahr der größten Intoleranz (...)». Quanto à *leitura desconstrutivista* da tolerância, vide Stanley FISH, “*Mission Impossible...*”, *cit.*, p. 2255-2333.

<sup>847</sup> «Persons are tolerant to the extent that, even though they disagree with others about the nature of the good and true life, they tolerate all other views within the bounds of reciprocity and generality. This is why tolerance is a virtue of justice». – Rainer FORST, “*Tolerance as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 198.

<sup>848</sup> *Vide idem*, p. 198, n. 12.

<sup>849</sup> Rainer FORST, “*Tolerance as a Virtue of Justice*”, *cit.*, p. 198.

<sup>850</sup> Vejam-se, exemplarmente, as seguintes afirmações: «Tolerance (...) is a reflexive virtue in wait of reciprocity. This is equivalent to saying that the first intolerable is intolerance itself». – Paul RICOEUR, “*The Erosion of Tolerance and the Resistance of the Intolerable*”, *cit.*, p. 198. «(...) not all who rightly restrain themselves from acting so as to interfere with conduct to which they object act tolerantly. It almost seems natural to say that though such people resist acting intolerantly, they do not

da tolerância por via do confronto com o seu contrário –, em virtude da ausência de delimitação objectiva de critérios de prevalência que definam a posição de tolerante e de tolerado e de especificação de fronteira entre *tolerância* e *intolerância*<sup>851</sup>.

Assim, se em LOCKE os *limites da tolerância* se estabeleciam – evidentemente à luz dos fundamentos da sua concepção – segundo entretecidos critérios teístas e políticos –, espelhados na determinação de intolerância face aos católicos – porque submetidos a um outro *príncipe* que não o governante – e ainda aos que negassem a existência de Deus<sup>852</sup> –, em BAYLE tal delimitação assumir-se-ia estritamente como questão de política, e sem distinção de credos<sup>853</sup>. Já em VOLTAIRE se encontraria tal demarcação no *limite do crime*, tanto mais amplo quanto maior o fanatismo, inimigo da tolerância<sup>854</sup>. E na estrita perspectiva liberal de MILL<sup>855</sup>, o único limite da tolerância – compreendido este como razão válida para não tolerar certo tipo de comportamento –, e que MILL designa por «*simple principle*», residiria na afirmação de que o comportamento causa *danos* a outros sujeitos que não os que o praticam. Não obstante a designação «*simple principle*», múltiplas são as ambiguidades apontadas a esta delimitação – desde logo por Mary WARNOCK, referentes à determinação do que possa ser compreendido como *dano*, e depois como *objecto de dano*, e ainda ao tipo de conexão entre *prática tolerante* e *direito*, mormente a destrição dos conteúdos a tolerar *moralmente* face aos conteúdos juridicamente sancionáveis, designadamente o que

---

necessarily manifest the virtue of tolerance. Do we have here the hint of another paradox of toleration?». – John HORTON, “*Toleration as a Virtue*”, *cit.*, p. 41.

<sup>851</sup>Neste sentido, *vide* Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 334-336 («*Grenzen der Toleranz*»). *Vide* ainda *ibidem*, p. 340-341 («*Der indifferente, der intolerante und der tolerante Mensch*»); Hans OBERDIEK, *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, *cit.*, p. 11-12; Raphael COHEN-ALMAGOR, *The Scope of Tolerance: Studies on the Costs of Free Expression and the Freedom of the Press*, Routledge, London, New York, 2006, especialmente p. 238-263 («*Conclusion*»).

<sup>852</sup>«(...) qui numen esse negant, nullo modo tolerandi sunt». («(...) those who deny the existence of the Deity are not to be tolerated at all»). – John LOCKE, *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration*, *cit.*, p. 134-135. *Vide supra*, Parte I, 2.1.2.1, p. 65-68, e p. 66, n. 134.

<sup>853</sup>Pierre BAYLE, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ: "Contrain-les d'entrer" ou Traité de la tolérance universelle*, *cit.*. *Vide supra*, Parte I, 2.1.2.1., p. 66, e *ibidem*, n. 127.

<sup>854</sup>«Pour qu'un gouvernement ne soit pas en droit de punir les erreurs des hommes, il est nécessaire que ces erreurs ne soit pas des crimes; elles ne sont des crimes que quand elles troublent la société: elles troublent cette société, dès qu'elles inspirent le fanatisme; il faut donc que les hommes commencent par n'être pas fanatiques pour mériter la tolérance». – VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, *cit.*, p. 121.

<sup>855</sup>*Vide* John Stuart MILL, *On Liberty*, *cit.*, sobretudo I. «*Introductory*», p. 7-30, p. 21-22, III. «*Of Individuality, As One Of The Elements Of Well-Being*», p. 100-133, p. 100-102, e IV. «*Of The Limits To The Authority Of Society Over The Individual*», p. 134-167.

haverá de ser moralmente *errado* – e, assim, *tolerado*, ou não... – e juridicamente *lícito* ou *ilícito*<sup>856</sup>.

Uma tal percepção da delimitação da tolerância, mesmo para lá da estruturação liberal clássica, porém mantendo-se num quadro especificamente *liberal*, postulando um *pluralismo razoável*, em que a tolerância tenha lugar, estabelece o respectivo limite num *harm principle*. Cujo cariz liberal não implicaria já, porém, necessariamente, em algumas construções, como é o caso da de Catriona MCKINNON, as mesmas soluções jurídicas que a posição *liberal* tem normalmente por garantidas<sup>857</sup>. Em sentido, porém, distinto daquele em que também para Joseph RAZ o limite da tolerância se situará numa compreensão liberal do *harm principle*, agora compatível com o *perfectionist liberalism*, e, assim, de extensão variável<sup>858</sup>. E, por outro lado, no sentido assumido por SCANLON, delimitando também a *tolerância do intolerante*, e assim manifestando a paradoxalidade da confrontação de pretensões recíprocas, postulando o equilíbrio e a legitimidade da *afirmação das diferenças*<sup>859</sup>. E ainda por Bernard WILLIAMS, questionando desde logo a própria possibilidade da tolerância enquanto *virtude*,

<sup>856</sup> «Mill's contention is that the only limit to toleration, the only valid reason for not tolerating a kind of behaviour, is that this behavior causes harm to people other than those who practise it.

It has to be said that Mill's statement of his position, which he calls a "simple principle", is full of ambiguities». – Mary WARNOCK, *The Limits of Toleration*, cit., p. 123. Vide *idem*, p. 125.

<sup>857</sup> «(...) drawing the limits of toleration with a harm principle that makes the violation of individual rights intolerable does not – given the reasonableness defence – straightforwardly or obviously recommend the legislative solutions to these problems that liberals very often take for granted». – Catriona MCKINNON, *Toleration: A Critical Introduction*, cit., p. 173 (11. «Conclusion: New challenges for liberal toleration», p. 172-174).

<sup>858</sup> Vide Joseph RAZ, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, cit., p. 155-156, 174-175. Vide ainda Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., p. 412-429. Vide também, *supra*, sobre o *harm principle* em Joseph RAZ, 1.2.1.2..

<sup>859</sup> Esta a conclusão retirada de afirmações como as seguintes: «(...) is it intolerant to enforce tolerance in behavior and prevent the intolerant from acting on their beliefs? Surely not. The rights of the persecuted demand this protection, and the demand to be tolerated cannot amount to a demand to do whatever one believes one must.

(...)

(...) If a group maintains that I and people like me simply have no place in our society, that we must leave or be eliminated, how can I regard this as a point of view among others that is equally entitled to be heard and considered in our informal (or even formal) politics? To demand this attitude seems to be to demand too much». – T. M. SCANLON, *The difficulty of tolerance*, cit., p. 196-197.

apontando também o *intolerável* como limite<sup>860</sup>. Limite este também estabelecido por BOBBIO, ao recusar a *tolerância do intolerante*<sup>861</sup>.

Sentidos todos estes em que se ressalva a liberal individualidade. E por si susceptíveis de conduzir a um outro *paradoxo*: sendo o *grau de tolerância* directamente proporcional ao *grau de liberalismo* – dizemo-lo agora com Anna GALEOTTI –, também o será o risco de invasão por forças *intolerantes*. A salvaguarda do liberalismo implicaria, assim, a *limitação da tolerância*, e, com esta, *paradoxalmente*, a limitação do próprio liberalismo – seria este o *paradoxo pragmático da tolerância*, susceptível de ser exemplificado através do *racismo*, este tido como o *oposto* da tolerância<sup>862</sup>. Do que se distinguirá absolutamente um dito *paradoxo ético da tolerância*, este já substancialmente assente nos *fundamentos da tolerância*, na impossibilidade *moral e lógica* de admitir o que se desaprova<sup>863</sup>.

Como reconhece WALZER em cada um dos seus *modelos de tolerância*<sup>864</sup>, múltiplas ilustrações do “*paradoxo da tolerância*” se vislumbram – entre a eventualidade de o tolerante ter de tolerar o “*intolerável*” e a confirmação do posicionamento da tolerância entre duas *fronteiras*, a da *aceitação* e a da *rejeição* total, com múltiplas combinações intermédias entre factores –, sustendo sempre em latência réstias de *intolerância* – identificando mesmo WALZER, por outro lado, *regimes de*

<sup>860</sup>«The difficulty with toleration is that it seems to be at once necessary and impossible. (...)

(...) We need to tolerate other people and their ways of life only in situations that make it very difficult to do so. Toleration, we may say, is required only for the intolerable. That is its basic problem». – Bernard WILLIAMS, “*Tolerating the Intolerable*”, in Susan MENDUS (Ed.), *The Politics of Toleration...*, cit., p. 65-75, p. 65. Vide ainda Bernard WILLIAMS, “*Toleration: An Impossible Virtue?*”, cit., p. 18, 26-27.

<sup>861</sup>Vide, neste sentido, Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 235-252 («*Le ragioni della tolleranza*»), p. 248-251.

<sup>862</sup>Vide Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 143, remetendo em nota para a noção de *paradoxo pragmático de tolerância* de BOBBIO, in Norberto BOBBIO, “*Le ragioni della tolleranza*”, in P. C. BORI (ed.), *Eguali e diversi nella storia*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 243-257, e Norberto BOBBIO, “*Tolleranza e verità*”, in *Lettera Internazionale*, 15, 1988, p. 16-18. Vide Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 143, n. 5. Vide ainda Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 235-252 («*Le ragioni della tolleranza*»). «(...) can racism, which is the exact opposite of toleration, be tolerated? (...)». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 139. «(...) if there is not a clearly identifiable breach of rights, should racism be tolerated, despite being acknowledged as intolerable? Here we are confronted with the pragmatic paradox of toleration and the difficult balance between the liberal imperative to use a minimum level of coercion and the necessary limits to toleration». – *Idem*, p. 167.

<sup>863</sup>Vide Brenda COHEN, “*An Ethical Paradox*”, in *Mind*, 76, n. 302, 1967, p. 250-259, citado por Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 143, n. 5.

<sup>864</sup>«Should we tolerate the intolerant? This question is often described as the central and most difficult issue in the theory of toleration. But that can't be right, because most of the groups that are tolerated in all four domestic regimes are in fact intolerant». – Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 80-81.

*intolerância*, de intencional assimilação unificante, designadamente em algumas sociedades imperialistas, Estados-nação e sociedades de imigrantes<sup>865</sup>.

Expressão de múltiplos e recíprocos limites de uma e outra, na tensão entre *tolerância* e *intolerância* a assumida negatividade desta não determinará a necessária positividade daquela. Espelhando esta última potencialmente ainda consequências negativas eventuais de determinações positivas. Atente-se no exemplo de Garrett FITZGERALD, delimitando em dois níveis, *parcial-(comunitário)* e *universal*, a *solidariedade*, e concomitantemente reconhecendo a possível *intolerância* da primeira, positiva no respectivo contexto interno, quanto ao exterior do grupo<sup>866</sup>.

Tudo o que, transferindo-se o problema para uma apreciação substancial da categoria *tolerância* e respectivos limites, alterará necessariamente, em consequência de tudo o que ficou dito, o correspondente posicionamento, e a convocação de uma base material fundamentante. Conforme alerta GARZÓN VALDÉS, no *paradoxo-limite da intolerância* caberá, também no *limite*, a questão da *razoabilidade*, mormente do efeito perverso da *tolerância não razoável* quando confrontada com a própria *intolerância*: se a *intolerância* assenta em infundadas *razões negativas* justificantes da proibição, a *tolerância não razoável* assenta em infundadas *razões* justificantes do alargamento do campo da permissividade<sup>867</sup>.

<sup>865</sup> *Idem*, p. 83-84.

<sup>866</sup> «I use the term “human solidarity” to mean the solidarity of the human race, because it has to be recognised that there are solidarities that are less than universal, for example solidarities between individuals belonging to a particular group. These partial solidarities are not necessarily components of a wider human solidarity, and they may even be strongly inimical to it, for a partial solidarity is almost always in some degree directed *against* those not included within it, or may indeed derive its strength from a fear of other outside groups. In either event this kind of solidarity can be associated with intolerance rather than tolerance». – Garrett FITZGERALD, “*Toleration or Solidarity?*”, in Susan MENDUS (Ed.), *The Politics of Toleration...*, *cit.*, p. 13-25, p. 13.

<sup>867</sup> «Intolerance bears a negative connotation which prohibitions do not necessarily have. The problem with intolerance is that it is based on bad reasons. In this respect, intolerance is similar to unreasonable tolerance. The difference between the two is that intolerance relies on bad reasons to justify prohibitions, while unreasonable tolerance, on the contrary, uses bad reasons in order to extend the sphere of permissions. In many cases (...) unreasonable toleration may cause manifest injustice which hardly differs from that brought about by intolerance». – Ernesto GARZÓN VALDÉS, “*Some Remarks on the Concept of Toleration*”, *cit.*, p. 136.

## 7.2. Perspectivação crítica do sentido e alcance dos *paradoxos* e *limites* da *tolerância* – superação da *paradoxalidade*: a *autolimitação racional* da *tolerância*

### 7.2.1. A justificação *recíproca* e *geral* da *tolerância* enquanto “*problema moral*” ou “*ético*” – entre *ontologia* e *discursividade*

O carácter, sobretudo conceitualmente, embora também praticamente, indeterminado da categoria *tolerância* espelha dificuldades de estabilização substancial e formal, estabilização essa que, se de concretização absoluta impossível, mesmo não afastando – nem tendo, em último termo, que afastar – tal carácter paradoxal, auxiliaria, enquanto esforço de densificação, a pacificação da mobilização e operatividade prática da categoria.

É por essa razão que, ainda seguindo FORST, importa clarificar o significado da por este dita *componente cognitiva* da *virtude de tolerância*, um *correspondente epistemológico* do *paradoxo da tolerância moral* – o *paradoxo da relativização da verdade* («*die Paradoxie der Wahrheitsrelativierung*»). Qualquer concepção de tolerância implica uma certa forma de *autodomínio* («*self-restraint*») e *auto-relativização* («*self-relativization*», «*Selbstrelativierung*») – uma *auto-relativização* materialmente fundada, não um *relativismo* («*Selbstrelativierung ohne Relativismus*») <sup>868</sup>–, e FORST propõe que tal seja entendido como uma «*exigência da razão*» <sup>869</sup>. *Razão* aqui assumida como aceitação do *limiar da reciprocidade e generalidade como exigência razoável* (sem cair num *cepticismo* ou num *relativismo* ou mesmo num *liberalismo compreensivo*). Uma atitude razoável como *forma moderada*

<sup>868</sup>«Die gennante Paradoxie hat eine epistemologische Entsprechung, die *Paradoxie der Wahrheitsrelativierung*, nach der es scheint, als hielte die tolerante Person in der Ablehnung der anderen Überzeugung die eigene für wahr, während sie sie in der Akzeptanz der anderen aber zugleich auch einklammere bzw. in Frage stelle. Dies ist nur zu umgehen, wenn eine Form der *Selbstrelativierung ohne Relativismus* gefunden werden kann, eine begrenzte Relativierung, die das Festhalten am eigenen Wahrheitsanspruch mit dem Vorrang der Toleranz verbindet (...). – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 531.

<sup>869</sup>«It is important to clarify the cognitive component of the virtue of tolerance. Obviously, every conception of tolerance implies a certain form of ethical self-restraint and “self-relativization”; and in the conception that I am proposing this is understood as a “demand of reason”. – Rainer FORST, “*Tolerantation as a Virtue of Justice*”, cit., p. 198.

de auto-relativização ética nem estrategicamente ou pragmaticamente motivada nem justificada como parte da ideia de *bem* “em sentido forte”<sup>870</sup>.

Reconduz FORST a consideração dos *paradoxos da tolerância* à sua proposta de *Teoria da Tolerância*, assente no *princípio da justificação* como princípio normativo-reflexivo, excluindo a unilateralidade, e abrindo várias possibilidades de fundamentação que ultrapassem os referidos *paradoxos* e evitem que *argumentos de tolerância* ocultem *argumentos de intolerância*. O que traduzirá uma *dialéctica* nos *fundamentos da tolerância*: para FORST, só uma fundamentação determinada da *concepção de respeito* («Respekt-Konzeption») da tolerância poderá evitar tais perigos, posto que, partindo do *princípio da justificação*, conferirá ao *conceito normativamente dependente* de tolerância uma configuração que efective os critérios de resolução dos paradoxos da *tolerância moral*: os critérios da *independência do nível superior* («höherstufige Eigenständigkeit»), da *imparcialidade* («Unparteilichkeit») e do *compromisso* («Verbindlichkeit») <sup>871</sup>. Configurando-se tal *princípio* como garante racional dos critérios de justificação *generalidade* e *reciprocidade* no *contexto moral* («Prinzip reziprok-allgemeiner Rechtfertigung») <sup>872</sup>.

Distintamente, porque numa perspetivação *ética* da tolerância, também para Andrew FIALA o *paradoxo da tolerância* redundava numa falsa questão, na medida em que, estabelecendo-se a tolerância no espaço entre a aceitação, *exclusive*, e a rejeição total, *exclusive*, não haverá o perigo de o sujeito tolerante ter de vir a tolerar algo que lhe é intolerável, mas agora por entender que aí já não se colocará um *problema de*

---

<sup>870</sup>«(...) this capacity of reason is characteristic of people who accept the threshold of reciprocity and generality as a reasonable demand without being either skeptics or relativists or comprehensive liberals. For a theory of toleration must not be built upon such a rather particular ethical point of view. (...) What is required is a ‘reasonable’ attitude of persons as a mild form of ethical self-relativization that is neither strategically or pragmatically motivated nor justified as part of the person’s idea of the good in a strong sense.

I call this form of ethical self-relativization ‘mild’ because accepting the argumentative threshold of reciprocity and generality does not imply questioning the ethical truth of one’s own beliefs». – *Ibidem*. *Vide idem*, p. 198-200.

<sup>871</sup>«(...) nur eine bestimmte Begründung der Respekt-Konzeption der Toleranz von diese Gefahr frei ist; sie kann auf der Grundlage des Prinzips der Rechtfertigung dem normativ abhängigen Begriff der Toleranz eine Gestalt verleihen, die die Kriterien der höherstufigen Eigenständigkeit, der Unparteilichkeit und Verbindlichkeit erfüllt». – Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt...*, cit., p. 532-533.

<sup>872</sup>«Reziprozität und Allgemeinheit sind somit die entscheidenden Rechtfertigungskriterien im Kontext der Moral (...). In diesem Kontext ist das allgemeine Prinzip vernünftiger Rechtfertigung somit als *Prinzip reziprok-allgemeiner Rechtfertigung* zu verstehen». – Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung...*, cit., p. 34.



*tolerância*<sup>873</sup>... Com pressupostos e argumentação distintos, portanto. O *intolerável* constituiria, aqui, assim, o *limite da tolerância*, estabelecendo-se em paralelo com a “*grosseira violação de direitos humanos*”<sup>874</sup>... FIALA pretende, assim, evitar perspectivas *bivalentes*, em que a desaprovação excluiria de imediato a possibilidade da tolerância, não deixando espaço para uma categoria intermédia («(...) a third category midway between approval and disapproval (...)»)<sup>875</sup>, oferecendo como exemplos de perspectivas bivalentes o *fanatismo* e, interligado com este, o *dogmatismo*<sup>876</sup>. A tolerância implicaria, assim, um posicionamento entre uma *reacção negativa de primeira ordem* («*first-order reaction against something*») e um *compromisso de segunda ordem* («*second-order commitment*») com o respeito pela autonomia ou com a *modéstia* ou com o *autocontrole*<sup>877</sup>. A tolerância instalar-se-ia, portanto, no *intervalo* entre a *impossibilidade total* e a *possibilidade total* de compreensão do *outro*, embora com o *limite essencial* – inspirando-se em MILL – do *dano* provocado ao *outro*<sup>878</sup>. Com a determinação, também expressão do *paradoxo da tolerância* – e, de certo modo, incompreensível... –, da impossibilidade de recurso à força, pelos *tolerantes*, para expandir a sua “*verdade*” – sob pena de sobrevir, assim, a *intolerância* –, mas da possibilidade já de recorrerem à violência para defender a tolerância, baseada num ideal

<sup>873</sup> «Toleration asks us not to enact the negative consequences of our negative judgements. This becomes paradoxical when we find ourselves confronting persons, attitudes or behaviours that we vigorously reject: we might then, paradoxically, have to tolerate that which we find intolerable. I think that this supposed paradox really misunderstands the range of activities to which toleration applies. If we were asked to tolerate everything including the intolerable (as the paradox suggests), then toleration would be a pernicious idea that would undermine the process of judgement (...). (...) toleration is for a restricted range of activities, i.e., those that fall short of ‘the intolerable’». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 20, destacando, em nota, Karl POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, vol. I – *The Spell of Plato*, Princeton University Press, New Jersey, 1966, p. 265, n. 4; Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, cit.; Bernard WILLIAMS, “*Toleration: An Impossible Virtue?*”, cit., p. 18-27. Vide Hans OBERDIEK, *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, cit., p. 9-21; Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 36-37, n. 5 da p. 20.

<sup>874</sup> «(...) we might consider there to be an analytic relationship between the idea of “the intolerable” and the idea of “gross violation of human rights”». – *Idem*, p. 21.

<sup>875</sup> «That which is tolerated is not approved but neither is that disapproved and viewed as intolerable. The difficulty here is that our language and ideas tend to be bivalent. But toleration opens up the possibility of a third category midway between approval and disapproval». – *Idem*, p. 21.

<sup>876</sup> «A strictly bivalent view is typical of what might be called fanaticism, where fanaticism is understood to mean the idea that my values are right and all other alternatives are wrong and intolerable. Fanaticism is closely linked to dogmatism». – *Idem*, p. 21.

<sup>877</sup> «Toleration indicates a conflict between a first-order reaction against something and second-order commitment to respect for autonomy or commitment to modesty or self-control. These second-order commitments are supposed to trump first-order reactions». – *Idem*, p. 23. Vide *idem*, p. 23-25. Vide *supra*, 6.2.3.2.3.

<sup>878</sup> «(...) the rule of thumb we should adopt, following Mill, is that we can only consider toleration when there is no harm done to others. Harm to others is the limit of toleration». – Andrew FIALA, *Tolerance and the Ethical Life*, cit., p. 47.

de *justiça justificada* («*justified justice*») – uma “*violência tolerante*” («“*tolerant violence*”») cujo objectivo seria a *paz* («What might be called “tolerant violence” will be committed to modest goals and will be primarily concerned with peace»)... Visando uma *convergência pluralista* («*pluralistic convergence*»), tida como um conjunto de objectivos *modestos*, apoiando-se na ideia de «*just war*» proposta por WALZER<sup>879</sup>.

### 7.2.2. A limitação racional da tolerância pela intolerância

Diversamente, entrevendo na *tolerância ilimitada* – e respectivo *relativismo*, que, ilustrado pelo *falibilismo*, procura, através desse mesmo *falibilismo*, rebater<sup>880</sup> – o *paradoxo destrutivo da tolerância*, afirma Karl POPPER a *limitação racional da tolerância pela intolerância* – esta um efectivo *direito* das sociedades tolerantes<sup>881</sup> –: «(...) the *paradox of tolerance*: Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we extend unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them»<sup>882</sup>. Assim, a nosso ver

<sup>879</sup>«What might be called “tolerant violence” will be committed to modest goals and will be primarily concerned with peace. Fanatical violence is aimed at total conversion or total extermination of the other. Tolerant violence is aimed only at resisting fanaticism and establishing coexistence with the hope of producing a sort of pluralistic convergence». – *Idem*, p. 175, referindo-se a Michael WALZER, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 1977.

<sup>880</sup>«Human fallibility means that we all may err, and that we must not rely on what appears to us as true, or as morally right, because it may not be true, or morally right. But this implies that there is such a thing as truth, and that there are actions that are morally right, or very nearly so. Fallibilism certainly implies that truth and goodness are often hard to come by, and that we should always be prepared to find that we have made a mistake. On the other hand, fallibilism implies that we can get nearer to the truth, or to a good society». – Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, *cit.*, p. 25.

<sup>881</sup>*Vide*, sobretudo quanto à questão da tolerabilidade de minorias que aceitam o princípio da intolerância, Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, *cit.*, p. 17-34, e Roberta CORVI, *An Introduction to the Thought of Karl Popper*, *cit.*, p. 150: «(...) we should heed the advice of the great champions of toleration – men like Mill and Voltaire who, although they did not envisage such a dilemma, clearly indicated that tolerance can exist only on a reciprocal basis and therefore finds its natural limit, so to speak, in intolerance itself. Popper goes further than this. Concerned about the practical difficulty of defining where rational debate ends and violence begins, he proposes that we should not tolerate even the threat of intolerance, especially if it becomes serious (...)». *Vide idem*, p. 150-154, referindo-se a Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, *cit.*. *Vide* ainda Diogo PIRES AURÉLIO, *Um fio de nada...*, *cit.*, p. 111-113, e Jürgen EBACH, “*Toleranz. Annäherungen an einen schwierigen Begriff*”, in Sabine HERING (Hrsg.), *Toleranz: Weisheit, Liebe oder Kompromiss?: multikulturelle Diskurse und Orte*, Verlag-Leske+Budrich, Opladen, 2004, p. 15-32, p. 30-32.

<sup>882</sup>Karl POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, *cit.*, vol. I, n. 4 do capítulo 7 (p. 123), p. 265-266, p. 265. «A questão normalmente considerada mais difícil que a utilização da noção de “tolerância”

adequadamente situando o *limite último* da tolerância, para POPPER haveria que conferir alguma liberdade às *minorias intolerantes*, no sentido de lhes permitir a publicitação das suas teorias como propostas racionais, porém tal tolerância terminaria no ponto em que tais minorias se tornassem violentas, pondo em causa a estrutura democrática<sup>883</sup>.

Com conclusões aproximadas quanto à dialéctica *tolerância/intolerância*, porém com pressupostos distintos, e partindo do paradigma da *tolerância religiosa* – admitindo-o analogicamente aplicável a outras *moralidades* –, John RAWLS, assumindo como questões-limite as que se prendem com a legitimidade de um *grupo intolerante* para pretender ser tolerado, as condições em que *grupos tolerantes* têm direito a não tolerar os *intolerantes*, e, quando tal direito seja reconhecido, com que fins poderá ser exercido, conclui, em nome do *sentido político de justiça*, pela ilegitimidade da tolerância face ao *intolerante*, com o *limite* da salvaguarda dos fundamentos constitucionais – mormente a *liberdade* e a *segurança* – assumidos na *posição original* – sentido em que os próprios *intolerantes* os assumiriam<sup>884</sup>... A configuração da *razão pública*, no quadro desta *concepção política de justiça*, estabelece também uma

---

levanta (...) é, justamente, a de saber quais são os limites da tolerância exigível, e, designadamente, se pode haver “*tolerância com os intolerantes*”.

Uma primeira resposta, aparentemente simples, ao problema, é a de que os limites da tolerância estão *onde começa a intolerância* (...).

Esta perspectiva assenta também no referido *paradoxo destrutivo* da tolerância. Assim, para a Popper, a “tolerância ilimitada tem de conduzir ao desaparecimento da tolerância. Se alargarmos a tolerância ilimitada mesmo àqueles que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra a ofensiva dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos, e com eles a tolerância (...)”». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 770-771, citando Karl POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, *cit.*, vol. I: *The Spell of Plato*, New York, 2003 (1.<sup>a</sup> Ed. de 1945), n. 6 do capítulo 7, p. 293 (*vide* a aqui em texto citada n. 4 do capítulo 7 (p. 123), p. 265).

<sup>883</sup>Karl POPPER, “*Toleration and Intellectual Responsibility*”, *cit.*, p. 18-19. «(...) minorities (...) who are unwilling to reciprocate the tolerance offered to them by the majority: minorities who accept a principle of intolerance; who accept a theory of the necessity of violence and who may even act violently. These minorities, we have reason to think, would try to abolish democracy, freedom of speech, and toleration, if they succeeded in gaining power even for a day». – *Idem*, p. 18. «(...) as long as these intolerant minorities discuss and publish their theories as rational proposals, we should let them do so freely. But we should draw their attention to the fact that toleration can only exist on a basis of mutuality, and that our duty to tolerate a minority ends when the minority begins to act violently. The question arises: Where does rational debate end and violent action begin? This will not be easy to decide in practice, for it begins with such acts as incitement to violence or conspiracy to overthrow the democratic constitution». – *Idem*, p. 19.

<sup>884</sup>«Let us now consider whether justice requires the toleration of the intolerant, and if so under what conditions. (...)

(...) The only principles which authorize claims on institutions are those that would be chosen in the original position». – John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, p. 190-191. «The conclusion, then, is that while an intolerant sect does not itself have title to complain of intolerance, its freedom should be restricted only when the tolerant sincerely and with reason believe that their own security and that of the institutions of liberty are in danger. The tolerant should curb the intolerant only in this case». – *Idem*, p. 193.

reciprocidade de valores que, constituindo o *consenso de sobreposição*, se manifestam susceptíveis de, não correspondendo necessariamente às convicções subjectivas dos cidadãos, manter o quadro de reciprocidade e entendimento que fundamenta a democracia constitucional, estabelecendo assim também a *razão pública* limites à tolerância, entre os membros de uma *sociedade bem-ordenada*<sup>885</sup>.

Conclusão próxima é, afinal, também a de Peter P. NICHOLSON, embora baseando-se na compreensão da tolerância como *categoria moral – rectius, ideal moral*. Neste entendimento, a tolerância estabeleceria os seus próprios limites, posto que enquanto *ideal moral* pressuporia um *princípio* ou *assunção moral* como parte da sua *justificação*, excluindo, *per se*, por um lado, tudo o que contrarie tal base *moral* – de índole *material* –, e, por outro lado, numa especificação daquele primeiro limite, tudo o que contrarie o *ideal de tolerância* em si mesmo. Podendo, assim, implicar a tolerância de *opiniões intolerantes*, porém não já de actos praticados em execução de tais opiniões<sup>886</sup>.

Afirmando também à tolerância um limite *constitucional*, especificamente vendo a Constituição enquanto repositório do ideário político de uma *comunidade moral*, cujas normas e práticas são plenamente aceites pelos seus membros – defendendo-se não autoritariamente mas pelo diálogo, e admitindo, assim, na *desobediência civil* uma expressão de interlocução –<sup>887</sup>, divisa HABERMAS ainda, na base de um *reconhecimento recíproco* de regras da *relação de convivência tolerante*, a dissipação também de um pretense *paradoxo* – proveniente de GOETHE – da tolerância como sentido e prática *ofensiva*, porque de *benevolência condescendente*. Um *paradoxo* interno, uma vez que cada *acto prático de tolerância* («*Tolerierung*») teria como sinal característico o que

<sup>885</sup>Vide John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 214, e, especificamente sobre a ideia de *razão pública*, neste sentido, John RAWLS, *The Law of Peoples*, cit., p. 121-128, e *ibidem*, John RAWLS, “*The Idea of Public Reason Revisited*”, cit., p. 131-152.

<sup>886</sup>«Toleration sets its own limits, as must any moral ideal. (...) (...) the ideal stipulates two major limits. First we should reject whatever contravenes the moral base on which the ideal of toleration rests, namely, respect for all persons as full moral agents. (...) The second major limit, which is a special case of the first, is that we should reject whatever contravenes the ideal of toleration itself». – Peter NICHOLSON, “*Toleration as a Moral Ideal*”, cit., p. 169. «It is, of course, very hard to specify the boundaries of toleration and locate precisely the limits to it. (...) The crucial practical problem is to be able to distinguish between the expression of opinions, which must always be tolerated, and the acting out of opinions, which need not always be tolerated». – *Ibidem*.

<sup>887</sup>«(...) scheint sich das Paradox einer Intoleranz, die jeder Grenzen ziehenden Toleranz innewohnt, mit der reziproken Verallgemeinerung der religionsfreiheit zu einem Grundrecht nicht ganz aufzulösen, sondern im Herzen des demokratischen Verfassungsstaates selbst wiederzukehren. Eine Toleranz hewährleistende Verfassungsordnung muss sich präventiv gegen Feinde der Verfassung schützen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, cit., p. 261. *Vide idem*, p. 263.

inclui. E, assim, a tolerância teria de, simultaneamente, estabelecer uma fronteira, posto que não haverá, neste entendimento, *inclusão* sem *exclusão*. Não um estabelecimento de fronteiras autoritário, unilateral, antes com base numa igualdade que permitisse, com base naquele *reconhecimento recíproco, tolerância recíproca*<sup>888</sup>. O legislador democrático partiria desta *reciprocidade* para a junção do *acto jurídico de tolerância mútua* com a *autovinculação* constituída pelo *comportamento tolerante* enquanto manifestação de *virtude*<sup>889</sup>. Com o que, indo aqui implicada na noção de *pessoa jurídica* a de *inclusão*, na medida em que a individualização da *pessoa natural* se faz através da *socialização* e numa estrutura de *reconhecimento recíproco*, a *pessoa jurídica* será definida pelos *direitos* que constitutivamente protegem a sua integridade individual. No que se incluem os *direitos culturais* necessários ao seu desenvolvimento como pessoa pertencente a uma comunidade cultural, mas sem conduzir a uma segmentação social. O *multiculturalismo* haveria, assim, de envolver a integração de todos os cidadãos e o *reconhecimento recíproco* das suas pertenças *subculturais*, com o limite da pertença a uma mesma *comunidade política*, pelo que quer o *reconhecimento da diferença* quer os seus limites se encontrarão aqui nas *normas constitucionais*<sup>890</sup>.

Já em DWORKIN é a *responsabilidade*, enquanto *virtude moral*, o *limite da tolerância*. A *comunidade* («*community*») e a *civilidade* («*civility*»), requerendo um *elevado* nível de tolerância, implicariam tratar com respeito sujeitos e opiniões discordantes que, assentes numa mesma noção de respeito pela *vida humana*, o fossem

---

<sup>888</sup>«Auf der Grundlage einer *reziproken* Anerkennung von Regeln des toleranten Umgangs läßt sich auch jenes angebliche Paradox auflösen, das bekanntlich Goethe veranlaßt hatte, Toleranz als beleidigendes, weil herablassendes Wohlwollen abzulehnen. Das Paradox soll darin bestehen, daß jeder Akt der Tolerierung einen Merkmalsbereich dessen, was hinzunehmen ist, umschreiben und damit der Toleranz zugleich eine Grenze ziehen muß. Keine Einbeziehung ohne Ausschluß. (...) Die möglicherweise Betroffenen müssen den Perspektiven der jeweils anderen Rechnung tragen, wenn sie sich gemeinsam auf die Bedingungen einigen sollen, unter denen sie gegenseitig Toleranz üben wollen». – Jürgen HABERMAS, “*Wann müssen wir tolerant sein?...*”, *cit.*, p. 168-169. Vide também Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 260; HABERMAS, “*Intolerance and Discrimination*”, *cit.*, p. 5.

<sup>889</sup>«Aus der Sicht eines demokratischen Gesetzgebers, (...) verschmilzt auch der Rechtsakt, der gegenseitige Tolerierung gebietet, mit der tugendhaften Selbstverpflichtung zu tolerantem Verhalten». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 261.

<sup>890</sup>«(...) ein Multikulturalismus, der sich nicht missversteht, bildet keine *Einbahnstraße* zur kulturellen Selbstauptung von Gruppen mit je jenger Identität. (...) Die kulturellen Berechtigungen und Ermächtigungen finden ihre Grenze an den normativ Grundlagen der Verfassung, aus der die sich rechtfertigen». – *Idem*, p. 278. Vide *idem*, p. 276-277 e p. 314 ss. (IV).

em boa fé, quanto à sua significação prática. Situando-se, portanto, com base naquele respeito, o respectivo *limite* nessa *responsabilidade*<sup>891</sup>.

### 7.2.3. Os limites da tolerância numa compreensão normativamente substancial

Para lá da consideração da refutação, por FORST, de alguns dos *paradoxos da tolerância* por si próprio enunciados, concluímos, à luz da perspectiva aqui intentada de *compreensão normativamente substancial da categoria tolerância*, pela circunscrição do âmbito de significação da categoria tolerância entre POPPER e DWORKIN – e, assim, entre a flexibilização da compreensão da *delimitação* da tolerância pela *atitude intolerante*, e não pela mera *intolerância* não exercida formalmente identificada, proposta por aquele, e a *delimitação* da tolerância por uma *responsabilidade comunitária*, proposta por este.

Conferiremos, assim, à categoria *tolerância* e à respectiva *prática tolerante* uma *amplificação de conteúdo*, ao estabelecer como seu estrito *limite* o *limite negativo* da *ordem pública*, enquanto tutela da *liberdade do outro*, o que verdadeiramente constitui simultaneamente o seu *limite positivo*, o do livre desenvolvimento da personalidade de cada um em tudo o que não interfira com o livre desenvolvimento da personalidade do(s) outro(s). O que será também ilustrável, pelo lado oposto – e até às últimas consequências –, pela consideração da *delimitação* da tolerância pela *violação de direitos* – com o *intolerável* situado nessa *violação* –, no sentido em que expressamente o assume D. D. RAPHAEL<sup>892</sup>. Note-se neste ponto, ainda, a afirmação, por Arthur KAUFMANN, do carácter *limitado* da tolerância, e do posicionamento desse *limite* não necessariamente na *intolerância*, mas apenas na *intolerância que ponha em perigo a*

<sup>891</sup>«Community and civility (...) require a high level of tolerance: we cannot treat everyone who disagrees with us as a moral outlaw. We must respect the contrary opinions of those who accept the equal importance of all human lives but who disagree with us, in good faith, about what that means in practice. We must respect them, however, only so far as they accept the burden of responsibility we have canvassed (...), because only then do they *really* accept that equal importance». – Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011, p. 112-113 (6. «Moral Responsibility», p. 99-122).

<sup>892</sup>Atente-se na proposta de D. D. RAPHAEL, in “*The Intolerable*”, *cit.*, p. 147, e *supra*, 7.1.3..

*liberdade*<sup>893</sup>. Neste sentido, dir-se-á, acompanhando também Luís NUNES DE ALMEIDA, que o *limite da tolerância* não será simplesmente a *intolerância*, ou o *intolerante*, antes se situará muito mais além: o *comportamento intolerante* só não deverá ser *tolerado* se e quando puser em causa «(...) a liberdade ou, em geral, as condições de possibilidade da tolerância»<sup>894</sup>.

Quer nos domínios social, ético, religioso, moral, quer, no que aqui relevará primordialmente, no jurídico, serão inultrapassavelmente configuráveis como *limites à tolerância*, e assim imputáveis a qualquer dos sujeitos da *relação de tolerância*, a possibilidade de exercício da *liberdade* por parte do *outro*, por um lado, e a *responsabilidade*, por outro. O que projecta o desafio e a exigência de tolerância para lá de intenções político-ideológicas, submetendo a coerência de um comportamento tolerante a uma ponderação fundadamente material, em nome da estabilidade e da manutenção da *ordem pública*, e, simultaneamente, da *fundamentação material* mobilizada para a tolerância<sup>895</sup>. E a que haverá ainda a aditar o posicionamento dos *limites* à tolerância – ainda que numa sua compreensão a implicar *respeito* e *reciprocidade* – no ponto em que as razões para a *rejeição* se tornem mais fortes do que as razões para a *não reacção*, não obstante as dificuldades e consequências da respectiva colocação. *Limites* esses que, numa sociedade democrática, dependerão, evidentemente, do *contexto* dos equilíbrios pretendidos pelos cidadãos, e, dentre estes, primordialmente, dos *objectivos* a conferir à categoria normativa *tolerância*<sup>896</sup>.

---

<sup>893</sup>«(...) Toleranz endet nicht unbedingt an der Intoleranz, sondern nur an der freiheitsgefährdenden Intoleranz». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 341. Vide *idem*, p. 334.

<sup>894</sup>«(...) o que deve determinar a tolerabilidade deste ou daquele indivíduo, grupo ou comportamento, não é a tolerância ou intolerância de que dão provas, mas o perigo efectivo que implicam: uma acção intolerante – ou um grupo intolerante – devem ser interditos se, e só se, ameaçam efectivamente a liberdade ou, em geral, as condições de possibilidade da tolerância». – Luís Nunes de ALMEIDA, *“Tolerância, Constituição e Direito Penal”*, cit., p. 167.

<sup>895</sup>Neste sentido, vide Paulo Mota PINTO, *“Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”*, cit., p. 772-773.

<sup>896</sup>«Num Estado de direito democrático, a tolerância é uma prática e uma virtude cívica, e os próprios cidadãos devem ter presente uma linha para a sua limitação». – *Idem*, p. 775. Vide *idem*, p. 777-778.

## 8. A tolerância como intervalo: limite normativo, entre *ajuridicidade* e *juridicidade*

Tudo o que acabou de dizer-se conduzirá à efectivação da tolerância como operante num intervalo-espectro entre *rejeição* e *aceitação*. E, assim, verificadas as respectivas *condições de possibilidade*, numa atitude de *não reacção livremente determinada face a comportamentos objecto de discordância de base materialmente fundamentada numa valoração axiológica*. Este o *intervalo* em que competirá também a discussão da viabilidade da projecção jurídica da categoria *tolerância*, aqui objecto.

Tal concretização da compreensão e respectiva projecção prática de tal perspectivização da tolerância *como intervalo* – entre *rejeição* e *aceitação*, em ambos os casos *exclusive* –, e operando num específico *intervalo* – aqui especificamente o *intervalo* entre *moralidade* e *juridicidade* –, não poderá substancializar-se sem apelar à fundamental clarificação oferecida por Wolfgang FIKENTSCHER, na sua percepção *meta-ética* de *tolerância*, a partir da sua construção da *racionalidade sinepeica* – e, assim, *consequencial*, não *consequencialista* –<sup>897</sup>, designadamente no nível *Synepeics III*. Nível este em que se opera uma analítica *metateórica* de diversos «*modos de pensamento*» («*modes of thought*»<sup>898</sup>), susceptível de conduzir a resultados distintos da análise operada em *Synepeics I* – a análise *teórica* (por oposição a *metateórica*) *intracultural* (“*interna*”) de um *modo de pensamento* –, posicionando-se num nível superiormente *comparativo* entre diferentes «*modos de pensamento*»<sup>899</sup> – para lá do *nível de confronto*, *Synepeics II* – o nível da descoberta do *outro* –, susceptível de gerar *tolerância*, mas também *intolerância*, consoante a posição assumida perante a

<sup>897</sup> «The theory of thought-modal analysis will be called “synepeics”. Synepeia means consequence, and synepeics call for consequential reasoning in any given mode of thought». – Wolfgang FIKENTSCHER, *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen (1995), 2nd. edition revised, 2004, p. 130. *Vide*, sobre a tomada de posição face ao consequencialismo, p. 116, e n. 1, *ibidem*, e n. 34, p. 131.

<sup>898</sup> «A mode of thought is, first of all, a research object of cultural anthropology, and it should be regarded as an influential factor for sociocultural themes. It should be the respected property of its cultural participant to the same extent as other cultural properties». – *Idem*, p. 130.

<sup>899</sup> «Since comparison of modes of thought is possible through analysis, synepeics lead to a meta-reasoning and provide for concepts on a meta-level (such as space, time, causality, risk, personhood, and human dignity)». – *Idem*, p. 130-131. *Vide idem*, p. 132-136.



diferença<sup>900</sup> –, e projectando-se *consequencialmente* em *soluções estratégicas* – no nível *Synepeics IV*<sup>901</sup>.

Assim, surgindo a *intolerância* como exemplo do ocorrido no nível *Synepeics II* – designadamente por referência à abordagem da *intolerância religiosa* em Arthur KAUFMANN<sup>902</sup> –, propor-se-á a tolerância como *metadiscurso*, efectivamente “terceiro”, em *Synepeics III*<sup>903</sup>, face aos discursos construídos em *Synepeics I* e conflituantes em *Synepeics II*, e, assim, *princípio de resolução de conflitos*<sup>904</sup>. E, portanto, em nosso entender, material fundamento de identificação do *lapso* intencional em que, entre os extremos da *recusa* e da *aceitação*, se projecta como *modo de pensamento* distinto, capaz de reconhecer a (des)necessidade de regulação jurídica, e, assim, de constituir a *ponte* para um nível – possivelmente um nível *Synepeics IV* – em que se assume no seu próprio conteúdo como *projecto* a efectivar na prática ou projectando-se em valorações positivas ou negativas outras, fundamentantes da relevância jurídica, quer para uma sua tutela positiva efectiva quer para uma sua delimitação como ilícito juridicamente sancionável. E assim também espelhando na tensão “émico”/“ético” – partindo da significação linguística de Kenneth PIKE, porém dela evoluindo para os fenómenos sociais, mormente a *cultura* – a distinção essencial entre os *níveis I, II e III*<sup>905</sup>.

Do que concluímos que será, portanto, num nível de discussão como o *supra* descrito *nível III*, se não já mesmo no momento anterior, da passagem – como *interstício-intervalo* – do *nível II* ao *nível III*, que se efectiva a *possibilidade da tolerância*: a passagem em si, enquanto *intervalo* entre a descoberta do *outro* e a possibilidade de encontrar um *tertium comparationis*, aqui enquanto *denominador comum*, para a redução da *complexidade cultural*, por um lado, e o também já aí presente *nível III*, como *espaço* substancialmente dedicado à análise comparativa *metateórica* que concretiza a *tolerância*<sup>906</sup>. E projectando-se como possibilidade de

<sup>900</sup> *Idem*, p. 131. *Vide idem*, p. 136-140.

<sup>901</sup> *Idem*, p. 145-147.

<sup>902</sup> «(...) when speaking of modes of thought or religions, intolerance presupposes that one has made up his mind to confine oneself to synepeics I». – *Idem*, p. 138.

<sup>903</sup> «Spoken on levels I or III of synepeics, the same words imply either near-intolerance or tolerance». – *Idem*, p. 131. *Vide idem*, p. 140-145.

<sup>904</sup> *Vide infra*, Parte III, 3.1.2..

<sup>905</sup> Wolfgang FIKENTSCHER, *Modes of Thought*, *cit.*, p. 116-125, especialmente 119-121, por referência a Kenneth Lee PIKE, *Language in Relation to a Unified Theory of the Structure of Human Behavior*, Summer Institute of Linguistics, Glendale, 1954.

<sup>906</sup> «A systematic treatment of the similarities and dissimilarities of the modes of thought requires common denominators of comparison, otherwise the view of the other remains dualistic and *naive* (Synepeics II). One may venture the proposition that, under an evolutionist-linguistic approach, the

tolerância enquanto discussão *metateórica* de valores – naquilo a que FIKENTSCHER anteriormente designara «*Wertfähigkeit der Person*»<sup>907</sup>. Estabelecendo este nível *metateórico* a *reciprocidade* entre «*modos de pensamento*», e, assim, a possibilidade de *tolerância recíproca*<sup>908</sup>. Fixando-se como limites desta *análise comparativa de nível III* alguns valores essenciais-limite, em último termo a *condição humana*. *Condição humana* esta aqui afinal assimilada como *limite da tolerância*, estabelecendo-se assim na *vida, liberdade, personalidade-pessoalidade* («*personhood*») e *dignidade humana*<sup>909</sup>.

Esta mais uma hipótese, entre outras, inumeráveis – algumas das quais *supra* analisadas –, de definição dos *limites da tolerância*, cujo conteúdo se manifesta em si próprio problemático, e, assim, potencialmente *indiscutível* e/ou *intraduzível* – em sentido diverso daquele em que FIKENTSCHER assume a *indiscutibilidade*, e, assim, não pela sua definição objectivamente assente e a tutelar, mas pela plasticidade das respectivas apresentações formais e determinações substanciais nos diferentes contextos culturais ou «*modos de pensamento*». Com o que, pensamos, afinal se reforça a necessidade daquele *intervalo* como *possibilidade*, porém não como resposta objectiva aos *limites da tolerância*, e assim como *abertura ao diferente, modelo* comparativamente racional susceptível de permanecer na abertura à diferença, ainda que na ausência de resposta objectivável. Implicando ainda *denominadores comuns* necessariamente formais quando comuns a todos os «*modos de pensamento*»<sup>910</sup>. O que não significa que todos o sejam, ou que originariamente o sejam, ainda mais quando se estabelece uma diferenciação entre *is-(meta)concepts* e *ought-(meta)concepts*, como

---

cognitive step from the early dual (...) to the numeric entity *two* (...) rather precisely describes the transitions from synepeics II to synepeics III. This is the step when a common ground of attributes is conceived in order to bring the items to be compared into some order (not necessarily, but possibly, into a system). Synepeics III is a reduction of cultural complexity (...).» – Wolfgang FIKENTSCHER, *Modes of Thought*, cit., p. 140.

<sup>907</sup>«As to *values*, the meta-level is even harder to define. The right to ask for and to discuss values must be included in synepeics III (...). The duty to listen and to be tolerant of the values of a participant of another mode of thought is the corollary to the right to explore values. The ability to be one who is asking about values, and who would like to discuss evaluation, is another requirement for the meta-level. In (1979a: 82 ff.) and (1983a: 105) this characteristic was called the *Wertfähigkeit der Person*». – *Idem*, p. 142, remetendo para Wolfgang FIKENTSCHER, *Synepeik in Recht und Gerechtigkeit* (ein vervielfältigtes Manuskript), München, 1979, e Wolfgang FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, vol. I: *Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 1983.

<sup>908</sup>«Every mode of thought is entitled to be accepted as long as it accepts the others». – Wolfgang FIKENTSCHER, *Modes of Thought*, cit., p. 142.

<sup>909</sup>«(...) more is needed to be a common denominator on the level of synepeics III than the ability of being free to ask and to evaluate (...). Hence, on the level of synepeics III it is necessary to set some absolutes that safeguard the human condition». – *Idem*, p. 143.

<sup>910</sup>«*Concepts common* to all modes of thought must necessarily be of higher formal quality». – *Idem*, p. 143.

FIKENTSCHER, determinando, assim, dois *sub-níveis* dentro do *nível III*, e, concomitantemente, uma substância específica aos *denominadores comuns*, estabelecendo como *condição de possibilidade* para a comparação analítica superior do *nível III* a *tolerância recíproca*<sup>911</sup>. Concluindo que a análise de *nível III* não conduz a uma *uniformização cultural*<sup>912</sup>.

No domínio do direito, ainda quando afirmando um fundo material-axiológico comum a uma *comunidade* contextualizada – em termos mais ou menos amplos, dependendo das próprias *fronteiras* desta (*internas* e *externas*) –, apenas se admitirá uma influência normativa directa no conteúdo dos comportamentos na medida da *reciprocidade* estabelecida pela dialéctica *suum/commune* subjacente à intersubjectividade<sup>913</sup>. O limite dessa influência só no seu específico contexto poderá ser situado, consoante o domínio do direito em causa. Não obstante, o seu fundamento há-

<sup>911</sup>«(...) empirical investigation and compilation must be followed by an evaluative selection. Joining in this second process on the level of synepeics III can only be permitted to those models of thought which are mutually tolerant and “willing to learn”.

Hence, on the level of synepeics III there are *is-(meta)concepts*, and *ought-(meta)concepts*. (...) It is by virtue of these *ought-concepts* that synepeics III is able to develop models for cross-cultural coexistence and cooperation». – *Idem*, p. 145.

<sup>912</sup>«(...) If due attention is paid to the plurality of the modes of thought and if due attention is also paid to synepeic III (...), there is no grounds for fearing uniformity and disorder. All one needs, is a meta-understanding of the modes of thought». – *Ibidem*. Não deixa FIKENTSCHER de exemplificar a dinâmica dos diversos níveis de análise synepeica com o problema da tolerância, em que afinal se projecta privilegiadamente, designadamente a *tolerância oriental* e a *tolerância cristã moderna*, o que haveria de implicar, para lá de uma comparação, no nível II, uma consideração metateórica, de nível III, em termos do *denominador comum tolerância* – e, assim, de certo modo, por parte dos cristãos, superar a aquela *tolerância oriental* –, através da sua *tolerância cristã* de outros modos de pensamento tolerantes – e, assim, em termos de *reciprocidade*: «After comparing Eastern and (alleged or intended) Christian tolerance (synepeics II), more “sense” can be found on the level of synepeics III: Christianity may exhort its followers to obey the commands of Christian tolerance, and at the same time to be of service to people believing in other tolerant modes of thought. This then is tolerance in terms of a common denominator (synepeics III). It may considerably change at least Christian attitudes towards Easterns (synepeics IV). – *Idem*, p. 147. E, no nível IV, potenciando uma mudança de atitude recíproca. E, assim, especificamente afastando uma pretensão universalizante, procurando antes substituir uma atitude etnocêntrica ocidental sobre a potencial universalidade do *émico* ocidental como *ético* pela *supra* explanada atitude *metatorética* do *ético* face ao *émico*: «For synepeics, western thinking remains “emic”. Thus, synepeics avoid the identification of western = etic = analytical. (...) “Meta-” instead of “western” (concealed as “etic”), this is all the difference». – *Idem*, p. 148.

<sup>913</sup>Seguindo aqui de perto a orientação oferecida quanto a esta dialéctica por António CASTANHEIRA NEVES (vide, exemplarmente, António CASTANHEIRA NEVES “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...*”, cit., p. 837-871, p. 844-861, e “*Pessoa, Direito e Responsabilidade*”, cit., p. 32-43) e José Manuel AROSO LINHARES (exemplarmente, José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, cit., p. 6-9, e “*Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, cit., p. 109-174, p. 152-154), tal como no nosso “*Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre JACK BALKIN e CASTANHEIRA NEVES*”, cit., p. 198-201, 206-207.

-de ser, em último termo, o *respeito recíproco*, e o seu critério o da *não interferência prejudicial*. Com o que o direito deverá abster-se de toda a ingerência susceptível de comprometer a esfera de *liberdade juridicamente delineada*.

Efectivamente, nem sempre o conteúdo das convicções ideológicas, ético-morais, religiosas, ou outras, influi no do direito, e nem sempre o conteúdo deste influi no daquelas. Haverá uma zona de *não interferência* – de *tolerância*, então... – na qual a única intervenção legítima ao direito será a da *delimitação externa* dos comportamentos – em nome da dita *liberdade juridicamente delineada* dos *outros*. Nessa *zona de não interferência* – cujos contornos serão espaço-temporalmente constituídos –, as convicções ideológicas, ético-morais, religiosas, entre outras, mesmo que maioritárias, não poderão sobrepor-se ao livre desenvolvimento de distintas – e até mesmo *contrárias* – “*formas de vida*”, até ao *limite* em que estas conflituem com o *princípio do respeito recíproco*, isto é, façam perigar o *intervalo da intersubjectividade*.

Aqui se estabelecerá a *fronteira-limite* da tolerância, no que ao direito respeita: os conteúdos das múltiplas “*formas de vida*” conviventes numa sociedade complexa e globalizada não-de ser aferidos à luz do e nos limites do *respeito recíproco*, orientado por um *critério material de não interferência* – *critério* no sentido de mecanismo imediatamente mobilizável para a resolução de conflitos concretos, e *material* porque não constituído determinadamente por *regras de discurso*, embora sendo estas também imprescindíveis –, compreendido como repositório espaço-temporalmente contextualizado do conteúdo material daquele *respeito recíproco* como fundamento, também material e histórico-comunitariamente constituído – a postular na *condição humana*<sup>914</sup> do homem –, e em permanente processo de crítica superação.

*Limite* este que, no sentido a assumir aqui da juridicidade, se reconhece como o de efectiva intersubjectividade que exige do direito uma resposta – e, assim, não toda ou qualquer intersubjectividade. Pelo que haverá a acentuar a relação entre o pólo do *suum*

<sup>914</sup>Admitindo por *condição humana* mais do que Hannah ARENDT pretende significar, e, assim, englobando também aquilo que esta autora designa por *natureza humana*. Ficando, assim, aquém e além daquele significado: «A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. (...)

(...) a condição humana não é o mesmo que a natureza humana (...).» – Hannah ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 21-22. Vide, para uma consideração da relação da expressão *condição humana* em Hannah ARENDT com a categoria tolerância, explorando essencialmente a possibilidade de diálogo plural, Margaret CANOVAN, “*Hannah Arendt and Toleration*”, in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration...*, cit., p. 177-198: «Arendt’s approach is unusual. Unlike so many of the saints of liberalism, she does not believe that toleration of diversity will eventually lead to truth and harmony». – *Idem*, p. 193-194. Vide ainda *idem*, p. 198.

e o pólo do *commune*, nos termos em que aqui vai expressa, à luz da perspectiva *jurisprudencialista* invocada, e, assim, correspondentemente, entre *autonomia* e *responsabilidade*<sup>915</sup>. E isto na medida em que no âmbito da tolerância não se verificará uma *bilateralidade* estrita, entre direito e dever, constituindo condição essencial à tolerância a possibilidade, por parte do *tolerante*, de agir de forma intolerante na situação, e a livre opção pela inactividade, não se verificando assim nem a existência de um *dever de tolerância* por parte deste nem de um *direito à tolerância* por parte do *tolerado*. Com o que não fica, porém, a categoria *tolerância* necessariamente privada de conteúdo e relevância jurídicos – desde logo no que respeita a potenciais consequências da *intolerância*, mas também, dependendo do âmbito de valoração que seja eventualmente reconhecido por um sistema jurídico ao *princípio da tolerância*. Já a determinação do respectivo conteúdo/objecto – directamente correlativo do contexto espaço-temporal – reconduz à inferência de que a categoria tolerância, na confluência das suas *condições transcendentais* – *divergência de base* (materialmente fundamentada), *liberdade* e *renúncia à reacção* –, a assumir uma posição na juridicidade, a efectiva enquanto elemento *extrajurídico* condicionante do conteúdo jurídico, e não autonomamente. A categoria tolerância, enquanto *conceito normativamente dependente*, exige *conceito(s) normativamente independente(s)* que lhe confirmam base material fundamentante e conteúdo normativo. Estando potencialmente na origem de outros princípios, densificados a partir dela – e, com isso, dela se autonomizando e a partir dela se especializando –, ou posicionando-se *ao lado* desses mesmos ou de outros princípios enquanto elemento extrajurídico de fundamentação da autonomização dos mesmos, não se assumindo nesta hipótese autonomizada enquanto princípio positivamente conformador de afirmações subjectivas em virtude do seu carácter de *ultima ratio* – entenda-se de tutela de última instância, eventualmente apenas possível, neste caso, enquanto *princípio residual* face a outros princípios. O que demarcará decisivamente a pertinência, possibilidade e sentido da projecção jurídica da categoria tolerância.

Sentidos e limites estes da *projecção jurídica* da categoria *tolerância* sobre cujas possibilidades iremos, de imediato, reflectir.

---

<sup>915</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “Uma reconstrução do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, *cit.*, p. 26-29, e *supra*, Parte I, 2.2.2., p. 133.



## PARTE III

**O INTERVALO DA TOLERÂNCIA NA JURIDICIDADE: PROJEÇÃO JURÍDICA DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA – POSSIBILIDADE E SENTIDO(S) DA RESPECTIVA INVOCAÇÃO E PROJEÇÕES FILOSÓFICA, TEÓRICA E METODOLOGICAMENTE JURÍDICAS...**

«Though I do not hold law to be the last word in ethics, politics, or anything else, though this unity of force and law (...) is not only *utopic* but *aporetic* (...), I continue to believe that it is faith in the possibility of this impossible and, in truth, undecidable thing from the point of view of knowledge, science, and conscience that must govern all our decisions».

Jacques DERRIDA\*

### **1. Para uma *projecção jurídica de uma normativamente substancial (re)construção da categoria tolerância***

A *projecção jurídica* de uma categoria como a *tolerância*, na compreensão *normativamente substancial* desta aqui enunciada – explicitadas que foram as respectivas *condições de possibilidade, conteúdo e limites* –, pressuporá como essencialmente fundamentante uma sedimentação do sentido de *juridicidade* subjacente, e aqui já igualmente *supra* justificadamente enunciado<sup>1</sup>. Por outras palavras,

---

\* Jacques DERRIDA, in Giovanna BORRADORI, “*Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides*”, *cit.*, p. 115.

<sup>1</sup>Vide *supra*, Parte I, 3.2., e Parte II, especialmente 6., 7. e 8..

compreender a *projecção jurídica* da *supra* (re)constituída *categoria de inteligibilidade* tolerância, enquanto *virtude ética*, leva pressuposta uma específica compreensão do sentido do que seja *o direito*.

Tal sentido, por sua vez, e dado tudo o que foi dito até aqui, não se compreenderá senão também enquanto *materialmente* fundado. O que pressupõe uma constituenda base axiológica material histórico-concreta, e transforma o direito numa dimensão de um projecto civilizacionalmente contextualizado, e, não obstante, *autónoma*, cujos princípios se vão intersubjectivamente sedimentando no espaço e no tempo. Posto o que, no confronto com *matrizes* culturais de conteúdos histórico-axiologicamente diversos, caberá analisar as possibilidades de mútua compreensão, filtrando as divergentes afirmações através da abertura à compreensão da *matriz* subjacente, e ao *reconhecimento recíproco* das diversas *matrizes* em confronto. O que também só será possível através de um *princípio de tradução* axiologicamente cunhado, cujo conteúdo parta do *reconhecimento e respeito* recíprocos<sup>2</sup>. Para o que os préstimos da análise semiótica dos termos será imprescindível: sendo directamente proporcional a amplitude do campo semântico do termo *tolerância* à respectiva relevância normativamente prática, os *significados* dos *significantes* convocáveis em tal campo semântico – nos respectivamente seleccionados *signos* –, de plasticidade variável, suscitarão, evidentemente, consoante o contexto, diferenciados níveis de reconhecimento intersubjectivamente relevante. Postulando-se assim o *signo* tolerância como condição preliminar de entendimento, enquanto possibilidade de comunicação entre *diferentes*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>Neste sentido, veja-se Petra RÜDIGER e Konrad GROSS: «Translation here is used as a wider term covering the interaction of cultures, the transfer of cultural experience, the concern with cultural borders, the articulation of liminal experience, and intercultural understanding». – Petra RÜDIGER/Konrad GROSS (Ed.), *Translation of Cultures*, Rodopi V. B., Amsterdam, New York, 2009, p. ix («Introduction», p. ix-xiv).

<sup>3</sup>«(...) in a semiotic perspective, “understanding” – that is, the way how we attribute meaning to signs and systems of signs – always presupposes communication (...). From this point of view, tolerance can be defined as the preliminary condition of understanding: a continuous effort to maintain the communication among the different members and groups of society». – István H. SZILÁGYI, “The Roma Way”, in ANNE WAGNER/Vijay K. BHATIA (Ed.), *Diversity and Tolerance in Socio-Legal Contexts: Explorations in the Semiotics of Law*, Farnham, Burlington, 2009, p. 65-80, p. 80. Essencial à classificação do sentido e relevância do significante *direito* e respectivo(s) significado(s), na determinação da forma e conteúdo de uma linguagem e de um discurso jurídicos, é o contributo de Bernard JACKSON, exactamente distinguindo formal e substancialmente o *discurso jurídico* de outros *discursos*. Sentido este em que vai também referenciada em texto a semiótica, como factor complementar, porém não determinante, na autonomização formal e substancial do direito. Vide Bernard JACKSON, *Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995, desde logo a Introdução, p. 1-16, p. 1-4, e Bernard JACKSON, *Making Sense*



Assim, posta assumidamente de lado a possibilidade de considerar a *tolerância* como uma categoria *ab origine* jurídica<sup>4</sup>, compreender se tal virtude (1) permanece inalterada perante a sua actualmente já abundante convocação prática pelas instituições jurídicas, como determinação *extrajurídica* do *jurídico* – convocação esta cuja legitimidade e título haverá também que aferir –, ou se (2) derrama o seu conteúdo para o domínio do direito, mas por forma a adquirir um sentido *outro*, autónoma e especificamente *jurídico*, susceptível de densificação estritamente jurídica, remanesce na dependência da perspectivação da própria juridicidade e da sua função prática. É assim que, exemplarmente, talvez mais no sentido daquela segunda hipótese, para HABERMAS, da perspectiva do legislador democrata, o *acto jurídico de tolerância recíproca* («*der Rechtsakt der gegenseitigen Tolerierung*») se funde com o *auto-dever virtuoso* («*tugendhafte Selbstverpflichtung*») do *comportamento tolerante* («*tolerantes Verhalten*»)<sup>5</sup>. Distintamente, porém, uma vez excluída a compreensão estritamente procedimental da tolerância e do direito, e, portanto, diferentemente de HABERMAS, fazendo-se basilarmente assentar a tolerância numa culturalmente sedimentada *material divergência essencial de base*, e concebendo-se o direito como erigido a partir de uma fundamentante material valoração comunitariamente assente quanto à substância da normatividade, tornando-se impossível a especificação de princípios e/ou critérios jurídicos onde não seja possível estabelecer uma tal substanciação, prejudicado resulta qualquer projecto de estabelecimento de paralelismo entre as funções especificamente regulatórias da tolerância e da juridicidade, e daquela através desta. O que não significa desistir da aferição da relevância jurídica da categoria tolerância, antes questionar a possibilidade de a considerar enquanto estrito *critério* ou *princípio* de índole

---

*in Jurisprudence*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1996, sobretudo a Conclusão, p. 339-347, p. 345-347. «It is the elaboration of the pluralism of sense construction within the legal system which is the particular contribution of a semiotic jurisprudence». – *Idem*, p. 345.

<sup>4</sup>No sentido defendido no texto, quanto ao específico ponto referenciado, postula Maria J. ROCA a consideração da tolerância enquanto critério e princípio jurídico, posto que, a final, não concluindo no mesmo sentido: «(...) es claro que la tolerancia no es ni primaria ni exclusivamente un concepto jurídico. (...)

No obstante, la jurisprudencia, así como también la doctrina, han hecho uso de este término atribuyéndole el valor de «mandato» o de «principio». Esto lleva a considerar que para el adecuado entendimiento del concepto es necesario también recurrir a la categoría dogmática de los principios jurídicos». – Maria J. ROCA FERNANDÉZ, «*Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español?...*», *cit.*, p. 204.

<sup>5</sup>«Aus der Sicht eines demokratischen Gesetzgebers, der die Adressaten des Rechts zu dessen Autoren erhebt, verschmilzt auch der Rechtsakt der gegenseitigen Tolerierung mit der tugendhaften Selbstverpflichtung zu tolerantem Verhalten». – Jürgen HABERMAS, «*Wann müssen wir tolerant sein?...*», *cit.*, p. 169.

especificamente jurídica. O que também, por sua vez, não significa que o direito, estando comprometido com uma determinada densificação axiológica, exclua outras possibilidades de comportamento – tal postura eliminaria a própria possibilidade de no conteúdo do direito se vislumbrar a presença da categoria *tolerância*<sup>6</sup>... A *tolerância* consistirá, assim, no domínio jurídico, em, na sequência da adoção de uma posição axiológica material de base – não permanecendo, portanto, num *relativismo* –, divergente relativamente a outras posições materiais de base, não reagir negativamente a estas. Pelo que se discordará aqui também da posição de Francesco Margiotta BROGLIO, ao rejeitar a possibilidade de consideração de um conteúdo positivo à tolerância no domínio jurídico na presença de convicções substanciais absolutas, posto que a fixação de um sentido substancialmente firmado do jurídico não implicará, *per se*, a intolerância<sup>7</sup>.

Filtrando progressivamente a *matriz irreduzível da exigência de tolerância* a partir dos seus conteúdos históricos originários, de índole ética, moral, política, sociológica, entre outras – sem, todavia, abdicar deles, e tomando-os como ponto de partida –, indaga-se assim a existência nesta de uma dimensão especificamente jurídica, de autónoma relevância, deste ponto de vista, como figura a densificar, desde logo, a partir da filosofia e da teoria jurídicas. A fim de compreender, em último termo, se a *exigência de tolerância*, de evidente relevância na vivência comunitária, e com reflexos na compreensão do direito, poderá reconhecer-se como exigência de relevância especificamente jurídica, ou já como elemento complementar na configuração do direito. E, se assumida aquela primeira possibilidade, questionar se a tolerância poderá configurar um autêntico e autónomo *princípio (normativo)*<sup>8</sup>; ou se, diferentemente, se

---

<sup>6</sup>«What interests us, on this occasion, is the role and importance of the positive legal dimension of tolerance, especially in that area of international law that governs relations among States and guarantees respect for human rights. (...) from a legal point of view, tolerance presupposes disagreement and the existence of incompatible spiritual worlds and systems of thought». – Francesco Margiotta BROGLIO, “*Tolerance and the Law*”, *cit.*, p. 252.

<sup>7</sup>«In protecting freedom of conscience, tolerance requires law to deny the very existence of absolute truth, or of any form of “revelation”. Any such presumption would entail potential intolerance (...) which, in legal terms could be used to justify coercion and violence. Contrarywise, tolerance does not imply, for those who believe they possess absolute truth, any renunciation of their cultural and religious identity». – *Idem*, p. 253.

<sup>8</sup>No sentido assumido na estruturação pluridimensional do sistema jurídico proposta por António CASTANHEIRA NEVES, a configurar o sistema jurídico como constituído por vários estratos – *princípios normativos, normas legais, dogmática jurídica, jurisprudência judicial* –, reconhecendo a concomitante unidade intencional na respectiva conjugação dialéctica: «Unidade essa que não poderá, pois, ser apenas lógica – uma lógica de relações entre normas –, nem só de sistémica consistência – uma estrutural relação funcionalística com a complexidade –, mas que haverá de constituir-se em termos de levar pensada a

deve, quando deva, reconhecê-la como subdimensão normativa constituinte de algum ou alguns *princípios*, designadamente os *princípios da igualdade e da responsabilidade* (sem esquecer uma específica relação dialéctica com o *princípio da liberdade*); ou, ainda, se se deverá reconhecê-la como *critério jurídico* concretizante de um *princípio* ou *princípios* constituintes do – e já estabilizados no – sistema jurídico. E, se assumida a segunda possibilidade, determinar a que título a categoria tolerância haverá de interferir na construção e realização concreta do direito, e qual a respectiva relação com os ditos *princípios* e *critérios*. Apontando-se ainda, como referente essencialmente diferenciador na aferição da projecção jurídica da categoria tolerância assim perspectivada, e, portanto, como sua essencial *condição de possibilidade*, a *tercialidade* própria do direito, sem a qual qualquer valoração normativa ficará privada de juridicidade – e, assim, recuperando mais proximamente a determinação da *tercialidade* do direito a partir de LÉVINAS – visando a determinação de um *terceiro* em concreto identificando a necessidade de delimitação jurídica, interrompendo o *continuum* da entrega ao *outro*<sup>9</sup> – do que propriamente de Bruno ROMANO – remetido à determinação linguística e sistémico-abstracta do direito<sup>10</sup>.

Na exploração de uma tal projecção e conformação jurídica da categoria *tolerância* – filtrada esta, portanto, quer pela *tercialidade* quer pelo *conteúdo* próprios do direito –, vários canais argumentativos se perfilam – autenticamente diversas *conformações* que a categoria tolerância poderia, nessa determinação jurídica, assumir.

---

natureza materialmente normativa do jurídico». – António CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in *Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Teixeira Ribeiro*, 1979, vol. II, p. 73-184; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 95-180 (versão citada), p. 165-166. «Unidade, pois, de normativo-problemática totalização ordenadora – ou *unidade de dialéctica totalização e a posteriori*.

E unidade, por último, a que só pode corresponder um *sistema aberto* e de *reconstrução dialéctica*». – *Idem*, p. 170-171. *Vide ibidem*, p. 172 ss.. *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito: lições proferidas a um curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra, 1971-1972, p. 127-128. «O primeiro desses estratos formam-no os *princípios* – princípios normativo-jurídicos *positivos*, *transpositivos* (e em que se incluirão as “cláusulas gerais” mais relevantes) e *suprapositivos* –, a manifestarem o momento de “subjectividade” do sistema, no sentido ontológico do termo. O momento em que a intenção axiológico-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa *validade fundamentante* se postula, e graças ao qual o direito não se esgotará num *normatum*, do mesmo modo que excluirá do próprio sistema a natureza apenas de um *ordinatum*, para impor antes, na normatividade jurídica que exprime, o dinamismo constitutivo de um *normans*, capaz de conferir ao direito-sistema a índole de um *ordinans*». – António CASTANHEIRA NEVES, *Apostamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 89 (p. 49, na versão A4). *Vide ibidem*, p. 88 ss. (p. 48 ss., na versão A4). *Vide* ainda Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 627 ss.. *Vide infra*, 3.1.2.2..

<sup>9</sup>*Vide supra*, Parte II, 3.2. e 5..

<sup>10</sup>*Vide supra*, Parte I, 2.2..

O que exigirá, pelo respectivo préstimo substancialmente fundamentante, e também argumentativo, uma abordagem crítica de um amplo leque de sentidos possíveis de projecção jurídica da categoria tolerância – que se estende, por um lado, desde a assunção da categoria *tolerância* como *exigência extrajurídica* de fundamentação do sentido do direito à sua efectiva configuração como verdadeiro *princípio jurídico* – e, assim, em qualquer dos casos, fundamento de diferenciação entre *juridicidade* e *ajuridicidade*; e, por outro lado, desde a possibilidade de a conceber como *critério extrajurídico* eventualmente coadjuvante da decisão judicial à sua intelecção como específico *critério jurídico* directamente convocável para a realização judicativo-concreta do direito. Tarefa que procuraremos agora empreender.

## 2. A tolerância jurídica enquanto intervalo de não aplicabilidade de consequência jurídica – tolerância legal ou tolerância da norma jurídica(?)

Pressuporá o questionamento da possibilidade da tolerância enquanto categoria normativo-materialmente determinante do sentido e conteúdo do direito um esclarecimento prévio, e respectiva demarcação, face a uma *dogmaticamente* admitida *tolerância jurídica*. E isto na medida em que esta última configura sobretudo uma *tolerância legal* – uma *tolerância da lei* –, apenas, assim, se compreendendo numa perspectiva de determinação da juridicidade *como* legalidade. Consistindo, então, na *tolerância* manifestada por uma previsão legal, traduzida num espaço-*intervalo* não de determinação da *fronteira da juridicidade* – questão que aqui ficaria rigorosamente excluída, posta a definição *legal* da juridicidade... –, mas antes de não aplicabilidade da *consequência jurídica*.

Estarão, portanto, aqui em causa fundamentalmente dois tipos de situação: a situação-hipótese em que (a) uma norma jurídica demonstra, de certo modo, uma certa *tolerância* face ao seu incumprimento, por um lado, ou a situação-hipótese em que (b) uma norma jurídica estabelece, já explícita, já implicitamente, a *tolerância* como *circunstância de facto* determinante de *irrelevância jurídica*. Sendo, porém, e conseqüentemente, em ambas as situações a *tolerância* assumida *em abstracto* – em consonância com a pressuposição *legal* em que assenta e que a determina –, antes e independentemente da convocação da norma como critério para a concreta decisão judicativa. E, portanto, em sentido distinto do que aqui se projectará como dimensão problemática crucial para a reflexão acerca da relevância jurídica da categoria *tolerância*.

(a) Consistirá, especificamente, esta agora convocada *tolerância jurídica(-legal)* menos na consagração expressa de critérios jurídicos inspirados em ou includentes da categoria *tolerância* no seu conteúdo normativamente regulativo e mais na condescendência de uma norma jurídica face ao seu incumprimento – e, assim, numa determinação pragmática, pela realidade concreta, de não aplicação de consequência jurídica. Consistindo, portanto, na não aplicação da respectiva *sanção*. O que não se justificará por ausência desta última – e assim, não por se tratar de uma *lex minus quam*

*perfecta* ou propriamente *imperfecta*<sup>11</sup> –, antes por se encontrar numa determinação *em abstracto* da respectiva *ratio legis*, e, assim, da respectiva intencionalidade prático-regulativa, e, especificamente, por esta permanecer intocada perante a eventualidade de não aplicação da consequência jurídica da norma. Por outras palavras, haveria, neste sentido, *tolerância jurídica* se e quando a prescrição constante de uma previsão legal resultasse incumprida em função da verificação de uma *factualidade* insusceptível de ser considerada nela integrável, não conduzindo, assim, à aplicação da respectiva estatuição. Neste sentido, a figura da *tolerância jurídica* corresponderia à situação em que uma norma jurídica, verificada a sua hipótese, se e quando o incumprimento fosse insusceptível de criar a situação que a norma intenciona e, concomitantemente, sanciona, não mobilizasse, em virtude de tal justificação, a respectiva sanção. E isto por o objecto tutelado pela norma não se encontrar presente, pelo que a violação não resultaria na lesão do bem por ela protegido, com o que o objectivo prático da norma não seria frustrado pela não aplicação da respectiva sanção.

Surge como exemplar, quanto a este ponto, a densificação de um tal sentido dogmático de *tolerância jurídica* apresentada por TORRES RUIZ, que aqui criticamente se reflectirá, projectando-se em diferentes significados possíveis, e que analisaremos a partir da diferenciação que estabelece entre três tipos de tolerância: a *tolerância ético-social*, a *tolerância jurídica* e a *tolerância social*<sup>12</sup>. Não incluindo TORRES RUIZ nesta classificação um *tipo de tolerância política*, por entender que «(...) en gran parte, su contenido sería asumido por la tolerancia ética o, na medida que el Estado moderno se ajusta en su proceder al Derecho, pela tolerancia jurídica»<sup>13</sup>. Neste sentido, a *tolerância ético-social* iria referida a doutrinas e práticas morais, isto é, acções que se orientam para a realização dos *fins naturais* da pessoa, e, concomitantemente, o seu *objecto* seria o das *acções ético-sociais* e o seu objectivo o *bem comum*, pelo que não estariam aqui em causa as *acções ético-individuais*<sup>14</sup>. E também os próprios *sujeitos* seriam aqui distintos dos intervenientes nas *relações ético-individuais*. Assumindo-se como *sujeito*

<sup>11</sup>Vide Mário REIS MARQUES, *Introdução ao Direito I*, cit., p. 379-380.

<sup>12</sup>José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, cit., p. 123-124.

<sup>13</sup>*Idem*, p. 124, n. 48.

<sup>14</sup>«La tolerancia ético-social es aquella que se ejerce respecto de las doctrinas y prácticas morales, esto es, respecto de aquellas acciones que se orientan a la realización de los fines naturales de la persona, realización que sólo se puede alcanzar en el bien. (...)

(...) el objeto sobre el que incide esta especie de la tolerancia es el de los actos ético-sociales, esto es, el de las acciones orientadas al bien común, así como también el de las opiniones que respecto de la praxis social se puedan mantener». – *Idem*, p. 125.

*activo* da tolerância neste domínio – i. é, a entidade com poder para determinar a transigência ou intransigência face a um comportamento – a *legítima autoridade social*, e, como *sujeito passivo*, os indivíduos, enquanto membros do todo social, ou enquanto membros de grupos sociais intermédios, os quais, em circunstâncias determinadas, poderiam eles próprios revestir, em relação aos seus membros, a qualidade de *sujeitos activos* de tolerância<sup>15</sup>. Com o que o acto a tolerar, alvo de juízo reprobatório, haveria de ser um acto desviante face ao fim próprio da ordem social, isto é, ao *bem comum*, aferido por *exigências objectivas e permanentes* manifestantes das *inclinações ontológicas da natureza humana, reconhecidas pela razão, universal e permanente*. Fazendo, assim, assentar a justificação da tolerância numa teoria ética de prossecução de um *bem superior* ou de um *mal menor*, relacionada com um requisito de *razão suficiente*<sup>16</sup>. Implicando uma gradação racional dos diversos *bens* e *males*, hierarquizando-os<sup>17</sup>. A *tolerância social*, por sua vez, seria aqui compreendida como uma *forma menor* de tolerância, relativamente à *tolerância ético-social* e à *tolerância jurídica*, respeitando às opiniões e manifestações práticas relativas aos usos e/ou convenções sociais<sup>18</sup>. O *objecto* deste tipo de tolerância seria, portanto, constituído por condutas e opiniões que, não colocando em causa os valores basilares da sociedade, se situassem num nível inferior, o dos usos e convenções sociais<sup>19</sup>. Os *sujeitos*, por sua

<sup>15</sup>«El sujeto activo de la tolerancia en esta dimensión social, es decir, el sujeto a quien corresponde determinar si es conveniente o no la transigencia es a la legítima autoridad social, en cuanto que solamente ella está facultada para imponer la intransigencia o renunciar a ella.

(...) el sujeto pasivo podrá ser – en primer lugar – los distintos individuos miembros de la comunidad, pero – en segundo lugar – no debemos olvidar (...) los grupos sociales intermedios. Por ello, (...) también estos grupos pueden ser sujetos acreedores de transigencia y (...) también cuentan con una instancia rectora o autoridad, capaz de actuar – respecto a sus miembros – como órgano activo de tolerancia». – *Idem*, p. 125-126.

<sup>16</sup>«(...) Para que exista el necesario juicio reprobatorio, se precisa que el acto tolerado sea un acto desordenado respecto del fin que es propio del orden social, o sea, respecto del bien común.

A estos efectos, se cuenta con el inapreciable auxilio de las exigencias objetivas y permanentes que manifiestan las inclinaciones ontológicas de la naturaleza humana y con la razón, también universal y constante (...). (...)

(...) En relación con el requisito de razón suficiente, la única justificación que puede haber es que a través del acto que se tolera se consigan salvar opiniones y prácticas más valiosas que aquellas que se han de padecer, es decir, la legitimación del acto de tolerancia sólo puede fundarse en la teoría ética del bien superior o del mal menor». – *Idem*, p. 126.

<sup>17</sup>*Idem*, p. 126-127.

<sup>18</sup>«(...) el área de aplicación de esta tolerancia estaría constituido por las prácticas sociales irrelevantes para la Moral y el Derecho – las normas de cortesía y urbanidad, las reglas del trato social, etc. –, así como por las opiniones que sobre ellas se formulen». – *Idem*, p. 132.

<sup>19</sup>«El objeto sobre el que entiende esta especie menor de tolerancia, es decir, aquello sobre lo que versa la discrepancia entre el tolerante y el tolerado, son aquellas conductas u opiniones que no implican una intrínseca valiosidad, sino que se desenvuelven en la esfera de «lo opinable» o «lo simplemente

vez, seriam os membros de uma comunidade histórico-cultural, dado que, a este nível, o juízo reprobatório implicaria a partilha de uma base social convencional<sup>20</sup>. O juízo reprobatório basear-se-ia, neste nível, na quebra do consenso social, de modo que a conduta não seria qualificável como *legítima* ou *ilegítima*, antes como *conforme* ou *desconforme* com a prática habitual, posto que o fundamento racional da tolerância seria aqui de índole sobretudo pragmática<sup>21</sup>. Quanto à especificamente intencionada *tolerância jurídica*, aqui enquanto respeitante às doutrinas e práticas pertencentes à ordem de direito – e, assim, mormente de *justiça* e *segurança jurídica*<sup>22</sup> –, haveria a distinguir os seus sentidos *restrito* – como conferido por LALANDE – e *amplo*: no primeiro, a tolerância jurídica teria como objecto a transigência relativamente a um acto que violasse uma lei ou outra norma jurídico-positiva<sup>23</sup>; no segundo, admitir-se-iam outras possíveis infracções como objecto de tal transigência além das referentes a normas escritas promulgadas pelo legislador – neste entendimento, estatal ou eclesiástico... –, tais como as relativas a normas consuetudinárias e/ou princípios informadores do ordenamento jurídico – aceites pelo legislador enquanto fontes formais do direito –, e mesmo as atinentes a preceitos jurídico-naturais<sup>24</sup>. Quanto aos *sujeitos*, serão aqui, naturalmente, os sujeitos da relação jurídica, sendo o *tolerante* o *sujeito activo* da relação jurídica – público ou privado –, e, assim, o sujeito afectado pelo acto que *ultrapassa os limites* e que é, por isso, *tolerado*<sup>25</sup>.

---

establecido», careciendo – por tanto – de otro fundamento que no sea la pura convención». – *Idem*, p. 132.

<sup>20</sup>*Idem*, p. 132-133.

<sup>21</sup>*Idem*, p. 133.

<sup>22</sup>«La tolerancia jurídica es aquella que se ejerce respecto de las doctrinas y prácticas pertenecientes al orden del Derecho, es decir, respecto de las acciones que aspiran a una regulación de la vida social, en especial, desde las exigencias del bien común, de la justicia y de la seguridad jurídica». – *Idem*, p. 127.

<sup>23</sup>«Restrictivamente se ha considerado que la tolerancia jurídica tiene como objeto la transigencia con un acto que viola una lei o qualquer otra norma jurídico-positiva (...)». – *Ibidem*, citando em nota (*ibidem*, n. 51) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, PUF, Paris, 1960. Voz «Tolerance»: «manière d’agir d’une autorité qui accepte ouvertement, en vertu d’une sorte de coutume, telle ou telle dérogation aux lois ou règlements qu’elle est chargée de faire appliquer».

<sup>24</sup>«(...) sin embargo, habrá de contemplarse un marco más amplio de las posibles infracciones jurídicas que puedan ser objeto de esta forma de transigencia, no limitándose solo a la norma escrita promulgada por el legislador estatal o eclesiástico – en su caso –, sino que habrá que considerar igualmente las restantes normas jurídico-positivas e, incluso, los preceptos jurídico-naturales». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 127.

<sup>25</sup>«En cuanto a la tolerancia jurídica, parece claro que el sujeto que está legitimado activamente para decretar la tolerancia es el titular activo de la relación jurídica que ha sido afectado por el acto extralimitado que se tolera, así, en ocasiones (...) podrá ser (...) la autoridad civil, o (...) el particular titular del derecho.



Deixando para já de lado o tratamento específico daquele primeiro sentido, *restrito*, de *tolerância jurídica* – a retomar pormenorizadamente *infra*<sup>26</sup> –, foquemos a significação do último sentido aqui enunciado, *amplo*. O que se justifica por haver a considerar, contra a noção oferecida por TORRES RUIZ, em nosso entender, dois problemas resultantes daquele sentido *amplo*, o segundo dos quais constituindo ainda, por sua vez, dois outros problemas distintos.

Em primeiro lugar, (1) põe-se a questão de saber que tipo de critérios jurídicos se encontra, em rigor, abrangido por este sentido *amplo*. Verificado que TORRES RUIZ refere neste campo que a obrigação jurídica violada pelo sujeito passivo poderá resultar não já de uma disposição legal escrita mas de uma norma consuetudinária ou de um princípio informador do ordenamento jurídico, aceites pelo legislador enquanto fontes formais do direito, cumpre referir que não leva até às últimas consequências a reflexão acerca do fundamento de admissibilidade da tolerância enquanto transigência face ao incumprimento de qualquer dos mencionados *critérios normativos*. De facto, a tolerância que uma norma consuetudinária admita face ao respectivo incumprimento será análoga à verificada quanto a uma norma jurídico-positiva – em causa está a vigência efectiva ou não da norma consuetudinária, pese embora o respectivo incumprimento possa não vir a ser susceptível, em qualquer caso, de sancionamento efectivo –, e isto se e enquanto aceite tal norma consuetudinária enquanto verdadeira fonte de direito, não apenas enquanto relevante em função da sua absorção pelas normas legais positivadas<sup>27</sup>. O que, só por si, não poderá ser fundamento nem critério de admissibilidade de tolerância. Já quanto aos princípios informadores do ordenamento jurídico haverá a advertir que, admitida que seja, como aqui também se perfilha, a sua directa convocabilidade para a regulação das relações jurídicas – aqui compreendidos

---

El sujeto pasivo no puede ser otro sino aquél que está sometido jurídicamente a una obligación, ya sea ésta una obligación específica o una obligación genérica». – *Idem*, p. 128.

<sup>26</sup>Vide *infra*, p. 449.

<sup>27</sup>No sentido da admissibilidade do costume como verdadeira fonte do direito, *vide*, em superação de uma *perspectiva político-constitucional*, de índole legalista, por uma *compreensão fenomenológico-normativa*, assumindo a questão das *fontes do direito* como processo de constituição e manifestação da normatividade jurídica vigente – e, assim, considerando as *experiências jurídicas constituintes consuetudinária, legislativa e jurisdiccional*, António CASTANHEIRA NEVES, “*Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem aos Profs. Doutores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, vol. LVIII, II, 1982, p. 169-285; também in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 7 a 94 (versão citada), especialmente p. 18-23, 35, 38-45, 54-56, 70-72.

enquanto estritos *princípios normativos*<sup>28</sup> – ao nível da judicativo-concreta realização do direito sem a mediação de critérios normativos pré-objectivados no sistema jurídico – por inexistência destes –, também aqui a sua vigência se não encontrará diminuída, no sentido de haver mais ampla admissibilidade de infracção – e, neste sentido, maior *tolerância*... –, nem mesmo pela sua menor densificação e determinação em relação às normas legais<sup>29</sup>. O que, também *per se*, não será fundamento nem critério de admissibilidade de tolerância, posto que o conteúdo e limites dos princípios, uma vez definidos, delimitam rigorosamente o respectivo âmbito material, e, assim, a margem de conformação/adequação da prática à sua normatividade. Com o que também aqui a *tolerância* não será substancialmente distinta da que seja admitida pelas normas jurídico-positivas. Haveremos, então, de concluir que não fará sentido uma tal distinção entre um sentido *restrito* e outro *amplo* de *tolerância jurídica*. O problema dogmática e metodologicamente suscitado será, afinal, aqui, o mesmo em ambos os casos, pelo que se torna desnecessário estabelecer como critério de distinção o carácter legislativo ou não legislativo dos critérios mobilizados.

Em segundo lugar, (2) coloca-se um problema referente aos preceitos ditos *jurídico-naturais*. Assim, se se estiver aqui a considerar as obrigações naturais («*obligaciones jurídico-naturales*»)<sup>30</sup>, o cumprimento destas últimas, não sendo, efectivamente, à luz do direito positivo, juridicamente exigível, terá todavia relevância jurídica quando efectuado, gozando o credor de *solutio retentio*, e não gozando o devedor de *conditio indebiti*<sup>31</sup>. Pelo que não fará sentido relativamente a estas falar em

<sup>28</sup>Sobre a directa relevância jurídico-normativa e estritamente metodológica dos *princípios normativos*, vide Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 627-632, 635, e muito especialmente p. 641-646: «(...) os princípios normativos não cumprem tão-somente uma função subsidiária (não operam, metodonologicamente, apenas quando não houver, pré-objectivado no sistema jurídico, um critério mobilizável (...)), antes intervêm sempre, quer o problema da judicativo-decisória realização do direito se processe por mediação, quer sem a mediação de critérios pré-disponíveis, ainda que de modo naturalmente mais difuso na primeira e mais nítido na segunda hipótese». – *Idem*, p. 641-642. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito...*, cit., p. 125-130; António CASTANHEIRA NEVES, “*A unidade do sistema jurídico...*”, cit., p. 172; António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 88-90 (p. 48-49 na versão A4); José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 2008-2009, p. 93-98, especialmente p. 97. Vide, especificamente, *infra*, 3.1.1.1.2. e 3.1.1.2..

<sup>29</sup>«Formam estes princípios o estrato superior, mas o menos denso, e de natureza puramente axiológico-normativa. São os fundamentos da juridicidade positiva e é por eles que o direito positivo define a sua particular índole normativa e assume o seu dinamismo histórico-jurídico». – António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito...*, cit., p. 125.

<sup>30</sup>Vide José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, cit., p. 128.

<sup>31</sup>Cfr., entre nós, os artigos 402.º, 403.º e 404.º do Código Civil Português, e respectivas anotações, in Fernando Andrade PIRES DE LIMA/João de Matos ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 351-354. Vide andá João de Matos ANTUNES VARELA,

*tolerância jurídica* no sentido acima referenciado, posto que tais obrigações não constituem uma vinculação jurídica efectivamente exigível. Situação diferente se figurará se se estiver a assumir por preceitos jurídico-naturais as *normas de direito natural*.

Neste ponto, duas possibilidades, e, assim, dois outros problemas, se colocam imediatamente: (2.1.) se se admitir o direito natural como verdadeiro *fundamento suprapositivo do direito* – tal como parece suceder em TORRES RUIZ, embora num sentido *racionalista formal*, ao invocar a *universalidade das determinações ontológicas da pessoa*<sup>32</sup> –, esta *tolerância* poderia pôr em causa os próprios *fundamentos de validade do direito*, e, assim, não apenas das normas jurídico-positivas; (2.2.) se não se assumir uma postura *jusnaturalista*, não relevarão juridicamente já os preceitos ditos *jurídico-naturais*, perdendo assim sentido o tema da admissibilidade da questão da tolerância a este nível – sem embargo de se poder considerar a questão da tolerância ao nível dos *fundamentos do direito*, seja dos *supra* referenciados *princípios normativos* seja da base axiologicamente civilizacional a partir da qual estes se constituem. Com o que a questão novamente se deslocará para o plano da delimitação das *fronteiras – jurídica e não jurídica...* – dos sentidos da categoria *tolerância*. Além de que o juízo reprobatório próprio desta *tolerância jurídica* não será também ilimitado, antes compreendendo um limite máximo dentro do qual a renúncia é admissível, como afirma ainda TORRES RUIZ. O que não deverá, todavia, admitir, ao contrário do que também afirma, o estabelecimento de tal limite na Constituição, quanto ao direito positivo, e – em consonância com a referência *jusnaturalista* de que parte – nos *primeiros princípios*, quanto ao direito natural, concedendo em tal possibilidade quanto às *conclusões remotas*<sup>33</sup>. O *limite dos limites*, quer num caso quer noutra, consistiria na

---

*Das Obrigações em Geral*, 10.<sup>a</sup> Ed. (5.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de 2000), vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 719-741; Manuel Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, (1958), 3.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 1966, p. 73-97; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 171-193. Quanto ao Código Civil Espanhol, perante a ausência de artigo que genericamente defina o regime jurídico específico das obrigações naturais, *vide* a reflexão, a partir do Direito Romano, apresentada em Diego Espín CÁNOVAS, “*Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código Civil*”, in *Anales de la Universidad de Murcia*, 1952-1953, vol. XI, 3.<sup>o</sup> trimestre, p. 673-688, especialmente p. 681-688, disponível em <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6577/1/N%201%20Apuntes%20sobre%20la%20obligacion%20natural%20en%20nuestro%20Codigo%20Civil.pdf> (acedido em 25/08/2012).

<sup>32</sup>Vide *supra*, p. 439, n. 16.

<sup>33</sup>«En el ámbito del derecho positivo se viene normalmente designando como marco máximo el referido a la Constitución o Ley Fundamental. (...) Pero no basta con hacer referencia al ámbito del

intransponibilidade das *bases jurídicas fundamentais*, preceitos tidos por essenciais. Ora, tal essencialidade não admitirá, substancialmente – e em qualquer das suas concretizações materialmente particularizadas –, qualquer transigência, antes verificando-se, *ab origine* e *ab initio*, uma efectiva violação do sentido substancialmente fundamentante do preceito, pelo que não terá aí já lugar a figura da *tolerância jurídica* – de novo, ao contrário do afirmado por TORRES RUIZ.

Problematizando já diferentemente, porém, por outro lado, o *princípio da tolerância*, seguindo PUY MUÑOZ, afirma TORRES RUIZ que tal *princípio*, enquanto presente no direito positivo<sup>34</sup>, estrutura a sua actividade em quatro níveis diferentes: (1) *declaração geral do princípio da tolerância*, (2) *delimitação da esfera* em que rege, (3) *possibilitação jurídica do princípio*, e (4) *protecção jurídica do princípio*. Níveis estes que percorrem os diferentes graus ou categorias da hierarquia normativa do ordenamento jurídico: lei fundamental, leis orgânicas, leis ordinárias, decretos, regulamentos... (1) Tal *declaração geral* do princípio da tolerância teria lugar na Constituição, ou Lei Fundamental, unida à – mas não identificada com a – declaração da liberdade de expressão. (2) Quanto à *delimitação da esfera* em que rege o princípio da tolerância, a extensíssima amplitude do mesmo ficaria limitada apenas por referência aos critérios gerais de *contrário à moral* e de *ofensa aos bons costumes*, por um lado, e à tutela do próprio Estado – no que tangesse a defesa nacional, a segurança do Estado e a manutenção da ordem pública interna e da paz externa, por outro. (3) No que diz respeito à *possibilitação jurídica* do princípio, caberia ao direito impedir o desequilíbrio potencialmente decorrente da supremacia de um sujeito face ao outro. (4) E, por último, a *protecção jurídica* do princípio seria assegurada pela imposição de sanções aos infractores<sup>35</sup>.

---

derecho positivo, sino que también hay que considerar el del derecho natural». – José Ramón Torres RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 129.

<sup>34</sup>Para TORRES RUIZ, quanto à determinação da natureza da tolerância jurídica no seio da realidade da ordem de direito, haverá que notar o maior desenvolvimento da tolerância jurídica ao nível do direito canónico, em virtude da proximidade com a tolerância religiosa. *Vide idem*, p. 129.

<sup>35</sup>«El principio de tolerancia se hace presente en el derecho positivo estructurando su actividad en cuatro niveles diferentes (declaración general del principio de tolerancia, delimitación de la esfera en que rige, possibilitación jurídica de dicho principio y protección jurídica del mismo) que recorren los diferentes grados o rangos de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico (ley fundamental, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos, reglamentos, etc.)». – *Idem*, p. 129, citando em nota F. PUY MUÑOZ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*, p. 542. *Vide* especificamente, quanto a estes quatro níveis, F. PUY MUÑOZ, “*Tolerancia II. Derecho*”, *cit.*.

Argumentação esta que teremos também que rebater, na linha da compreensão da categoria tolerância que tem vindo a ser definida no presente estudo. E isto desde logo quanto à admissibilidade *ab origine* da tolerância como categoria jurídica, ou como categoria de origem diversa – no caso da argumentação que agora se refuta, mormente religiosa –, convertida em categoria jurídica – em qualquer dos casos, assumida como categoria formal e substancialmente jurídica.

Assim, quanto (1) à *declaração geral do princípio da tolerância* na Lei Fundamental, ligada à mas não identificada com a declaração da liberdade de expressão, cumprirá contrapor que, de acordo com a afirmação do carácter de tutela de *ultima ratio* conferida ao direito – deixando de lado outras ordens normativas comprometidas com distintas dimensões substanciais da vida humana, mesmo que apenas da vida social, como é o caso da moral –, a delimitação positiva de um princípio da liberdade de expressão, podendo admitir ou mesmo pressupor na origem da sua conformação uma certa ligação a uma exigência de tolerância, a considerará apenas como *limite negativo* do seu conteúdo, o qual absorveria qualquer conteúdo autónomo a conferir ao princípio de tolerância, demonstrando assim a desnecessidade de o configurar como princípio jurídico autónomo. Por outras palavras, a tolerância existiria apenas como delimitação negativa de comportamentos susceptíveis de ferir a liberdade de expressão, não se aproximando materialmente do conteúdo deste último princípio senão por esta via, o que transformaria um tal princípio de tolerância numa duplicação parcial de conteúdo do princípio da liberdade de expressão, desnecessária à tutela jurídica dos comportamentos objecto deste último.

Por outro lado, quanto à (2) *delimitação da esfera* em que rege o princípio da tolerância, a extensíssima amplitude referenciada demonstra exactamente a ausência de delimitação formal e material do princípio, preenchendo este, por defeito, todos os espaços deixados pela definição positiva do conteúdo de outros princípios. Além de que se está hoje já muito longe de uma delimitação apenas por referência aos critérios gerais de *contrariedade à moral* e de *ofensa aos bons costumes*, não só pela progressiva menor densificação social e conseqüente volatilidade do conteúdo possível de tais critérios, como também pela sua progressiva dificuldade em constituir base material fundamentante para o direito. Ao que acresce a ineficácia da referência à tutela do próprio Estado – a defesa nacional, a segurança do Estado e a manutenção da ordem pública interna e da paz externa –, ainda que a sua convocação no plano interno logre a

qualidade de *limite da tolerância*, posto que insusceptível de convocação nos planos internacional e intercivilizacional, em que o problema da tolerância se coloca com maior acuidade.

Quanto à (3) *possibilitação jurídica* do princípio, ao direito cumpriria a correcção dos desequilíbrios potencialmente decorrentes da supremacia de um sujeito face ao outro. O que o direito garantirá por via da realização material do *princípio da igualdade*, tornando, neste sentido, supérflua a referência a um *princípio de tolerância*, mesmo que este assumisse uma função residual, de tutela das situações não directamente previstas pelos critérios normativos disponíveis.

Com o que também, e por último, a (4) *protecção jurídica* do princípio, assegurada pela imposição de sanções aos infractores, não ganha autonomia normativa. A tutela do princípio da tolerância seria aqui lograda através do sancionamento da violação de critérios concretizadores de outros princípios, de estabelecimento juridicamente já estabilizado – como sejam, v. g., o princípio da liberdade de expressão, o princípio da igualdade, o princípio da não discriminação –, e não por uma sua autónoma consideração como princípio jurídico. Com o que a definição da admissibilidade jurídica de um *princípio de tolerância* exigirá uma sua rigorosa diferenciação formal e material face a figuras próximas, cujo conteúdo surja, à partida, como partilhado por esse *princípio*.

TORRES RUIZ apresenta ainda, em conexão com esta determinação legal de tolerância, reticências à consideração de que de um *acto de tolerância* resulte a concessão de um efectivo *direito* ao tolerado. E o argumento mobilizado para tal afirmação reconduz-se à consideração de que a realização de um acto de transigência apenas poderá dar origem a um direito para o tolerado na medida em que os actos jurídicos – especialmente os que implicam uma reacção jurídica – estejam submetidos a um prazo de *prescrição*, decorrido o qual não será já oportuno reagir juridicamente contra o ofensor – com o que se estabiliza a posição do ofensor, conferindo-lhe, nesse sentido, um direito. O que, como o próprio autor reconhece, não poderá ser reputado como um efeito jurídico da tolerância, mas antes como uma consequência do instituto jurídico da prescrição extintiva<sup>36</sup>. Ora, cumpre acrescentar, contrapondo, que nem todos

---

<sup>36</sup>«(...) nos mostraremos reticentes a admitir que la realización de un acto de tolerancia conceda derecho alguno. Desde nuestro punto de vista, la realización de un acto de transigencia sólo puede dar nacimiento a un derecho para el tolerado en la medida en que todos los actos jurídicos – especialmente aquellos que implican una reacción jurídica – están sometidos a un plazo de prescripción, transcurrido el cual ya no es oportuno actuar las medidas de defensa del derecho atacado y se consolida la situación del ofensor. Pero esto, en ningún caso, puede considerarse como un efecto jurídico de la tolerancia, sino como una consecuencia del instituto de la prescripción extintiva, que es otra cosa». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 130.

os actos jurídicos – e nem mesmo todos os actos jurídicos que implicam uma reacção jurídica –, bem como nem todos os direitos subjectivos, estão sujeitos a *prescrição* – sendo o exemplo paradigmático o do conjunto de faculdades jurídicas secundárias que compõe o direito de propriedade... Além de que, se a tolerância configurar, nas relações intersubjectivas juridicamente relevantes, diferentemente da respectiva prefiguração face ao incumprimento de uma norma, um *critério* para o exercício de direitos subjectivos, como *infra* se confirmará<sup>37</sup>, consistindo na abstenção por parte do titular do direito de o exercer, fazendo-o valer nos seus efeitos, em ponto algum tal abstenção, sejam quais forem as razões que a justifiquem, se confundirá com os efeitos resultantes da prescrição. O que não significa que não possam coincidir, em termos fácticos, no espaço e no tempo, e mesmo determinar as mesmas consequências jurídicas. Porém, o que significa efectivamente é que uma coisa é um direito prescrever, por força de determinação legal, independentemente da causa que o justifique – incluindo a abstenção deliberada, por parte do seu titular, de o exercer... –, outra é o não exercício deliberado de um direito motivado por tolerância... Com o que constatações de facto idênticas poderão revestir situações jurídicas já semelhantes já radicalmente distintas. Ao que acresce ainda o facto de, no âmbito do direito privado, a verificação de condescendência nas relações jurídicas ser comumente verificada por parte do sujeito activo, sem que isso signifique, em geral e *per se*, a conferência ao sujeito passivo de um verdadeiro *direito* – não obstante tal possa verificar-se<sup>38</sup>... –, e ainda menos que, a verificar-se tal efeito, ele seja resultado dum acto tolerante<sup>39</sup>. Por outro lado ainda, também segundo TORRES RUIZ, em caso algum a tolerância jurídica poderá significar a conferência de direitos a terceiros alheios à concreta relação de tolerância, excepto se

<sup>37</sup>Vide *infra*, 3.2.2..

<sup>38</sup>Veja-se, desde logo, os casos de prescrição aquisitiva, ou usucapião, nos termos dos artigos 1287.º a 1300.º do Código Civil, mormente a alínea a) do artigo 1293.º, excluindo a possibilidade de aquisição por usucapião de servidões prediais não aparentes, mas não já quanto à invocação de usucapião baseada em utilização contínua ou descontínua tolerada pelo proprietário. A *tolerância* do proprietário obstará, assim, em princípio, à afirmação de *animus possidendi* por parte do pretendo possuidor, podendo, porém, tal tolerância acabar por produzir tal efeito – se e quando for visível a utilização e a respectiva aceitação pelo proprietário. Situação esta em que, pensamos, teria de considerar-se haver não já mera tolerância mas aceitação efectiva. O mesmo se dizendo para o caso da posse violenta ou oculta, prevista no artigo 1297.º para o bens imóveis, e, por remissão do n.º 1 artigo 1300.º, para os bens móveis. Vide Fernando Andrade PIRES DE LIMA/João de Matos ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, respectivamente p. 72-82, mormente 72-73, 77-79 e 81-82. Veja-se ainda o caso da acessão industrial mobiliária e imobiliária, nos termos dos artigos 1333.º a 1343.º daquele Código, *ibidem*, p. 150-172. E o mesmo se verificando, por exemplo, quanto à *mora*, nos termos dos artigos 790.º a 816.º do Código Civil, e ainda para a *representação sem poderes* e o *abuso do poder de representação*, nos termos dos artigos 268.º e 269.º do mesmo Código. Vide, respectivamente, Fernando Andrade PIRES DE LIMA/João de Matos ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 41-88, e *idem*, vol. I, *cit.*, p. 248-250. Vide, considerando especificamente as situações enunciadas como exemplos de tolerância nas relações jurídicas, Salvatore PATTI, “*Tolleranza (Atti di)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 701-720, p. 702-711.

<sup>39</sup>Neste sentido, note-se a distinção de Salvatore PATTI entre *tolerância* e *aquiescência*, correspondendo esta última a uma declaração de vontade, implicando a aceitação das respectivas consequências, mesmo que desfavoráveis, mas não já aquela primeira, podendo antes constituir uma não reacção merecedora de tutela: «(...) l’uso del termine acquiescenza viene preferito quando si tende ad attribuire al comportamento passivo il significato di una dichiarazione di volontà. La tolleranza non esprime invece la volontà di accettare gli effetti sfavorevoli ma soltanto l’atteggiamento di chi, pur essendo a conoscenza, non reagisce ed in tal modo, tra l’altro, può determinare un affidamento meritevole di tutela». – *Idem*, p. 702.

relativamente a estes se verificarem as mesmas circunstâncias – não só *de jure*, mas também *de facto* – que determinaram a não aplicação de uma determinada norma<sup>40</sup>.

Em suma, para TORRES RUIZ, a tolerância, no âmbito do direito, comporta-se como uma “*exceção*”, não no sentido processual mas no sentido de *derrogação especial* de uma norma geral, justificada por uma circunstância especial, na ausência da qual se aplicaria a regra geral<sup>41</sup>. Circunstância particular esta que, no caso específico da tolerância, será necessariamente determinada pela evitação de um *mal jurídico maior* do que aquele que é objecto de transigência<sup>42</sup>.

Recuperando agora ainda aquele primeiro sentido, *restrito*, de *tolerância jurídica*, haverá a considerar que, no que diz respeito às normas jurídico-positivas, se se estiver a considerar a *tolerância* enquanto capacidade de transigência de uma norma jurídica dispositiva, portanto na medida em que seja admitida a disposição dos sujeitos da relação jurídica em sentido diverso – e estando esta formal e materialmente submetida ao critério normativo-legal, e isto quer se trate de uma norma interpretativa quer de uma norma supletiva da vontade –, haverá que dizer que já não será aqui

<sup>40</sup>«(...) en ningún caso un acto de tolerancia puede dar lugar a un derecho para terceros ajenos a la concreta relación de tolerancia, a no ser que también respecto de ellos se produzca el cúmulo excepcional de circunstancias de todo tipo – no sólo de derecho, sino también de hecho – que motivaron la no-aplicación de la norma». – José Ramón TORRES RUIZ, “*El concepto de tolerancia*”, *cit.*, p. 130.

<sup>41</sup>A determinação da categoria *tolerância jurídica* exigirá ainda, para TORRES RUIZ, a distinção entre a *ideia de tolerância* e algumas *ideias* afins, que aqui se retoma. Em primeiro lugar, a tolerância não se confundirá com a “*dispensa*”, pois que esta última derroga a lei, anulando a sua validade para qualquer caso, enquanto a primeira simplesmente interrompe a sua eficácia para um caso concreto, mantendo-se a norma plenamente vigente para os restantes casos nela considerados. Em segundo lugar, a tolerância não se confundirá com a “*dissimulatio*”, embora esta coincida com a tolerância quanto à justificação – *ad vitanda peiora mala* –, mas verificando-se nesta última uma não aplicação da norma resultante de uma ficção, a do desconhecimento das circunstâncias que conduziriam à sua aplicação, mas não permitindo essa não aplicação através de um acto positivo. Em terceiro lugar, não se confundirá a tolerância ainda com um conjunto de institutos e situações jurídicas com resultados semelhantes aos daquela – tais como o costume *contra legem* ou a *taciturnitas* –, diferenciando-se porém dela precisamente quanto à justificação, pois não são motivados pela *evitação de um mal maior*, antes por razões de utilidade – *propter aliquam utilitatem* – que conduzem a uma conduta contrária à lei. *Vide idem*, p. 130-131, citando, *ibidem*, n. 55, quanto à *dissimulatio*, J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: “*Tolerancia III. Derecho Canónico*”, in *Gran Enciclopedia Rialp*, *cit.*, pág. 543, e, quanto à *taciturnitas*, igualmente por referência à mesma obra, p. 544, *idem*, p. 131, n. 56.

<sup>42</sup>«A nuestro entender, en el ámbito del Derecho la tolerancia se comporta como una excepción, si bien hemos de aclarar que, aunque habitualmente en Derecho se hable de «excepciones» para referirse a instrumentos de oposición procesal (...).

(...) la forma en que la tolerancia opera en el orden del Derecho. (...) la indicación de cuál puede ser la circunstancia particular que puede dar lugar a la no-efectividad de la norma jurídica, la cual (...) ha de hacer referencia necesaria a la evitación de un mal jurídico mayor que aquél que se transige». – *Idem*, p. 131.



convocável a figura da tolerância, posto que a margem de conformação do conteúdo da relação jurídica deixado na disponibilidade das partes tem como limite o próprio critério legal que o possibilita, ou o conjunto dos critérios legais imperativos reguladores da relação jurídica em apreço. Com o que, *a minori ad maius*, estando em causa normas imperativas, muito mais restritamente ainda se entreverá a simples possibilidade da tolerância<sup>43</sup>. Com o que muito estreito resulta o interstício de relevância normativamente prática desta tolerância jurídica-legal.

(b) Distinta da noção anteriormente analisada será a determinação, *expressa* ou *implícita*, através da própria previsão legal, da *irrelevância jurídica* de um certo *facto* ou *acto*, com base na *tolerância* como *circunstância de facto*. Pelo que a *tolerância* será agora já convocada como *causa* legalmente definida de determinação de *irrelevância jurídica* – originária ou supervenientemente, por um lado, *expressa* ou *implicitamente*, por outro. Com as mais díspares determinações de conteúdo, consoante a fixação que lhe seja conferida. Erigindo-se aqui a categoria tolerância como *conceito especificamente legal*, ou, pelo menos, de determinante influência na juridicidade de um comportamento ou na conformação da possibilidade de exercício de um direito, e mesmo, em último termo, da existência deste, e, portanto, também como *causa de perda da relevância jurídica* do mesmo.

Constituirá exemplo desta determinação *implícita* de tolerância, neste sentido, a admissibilidade da prática de actos processuais nos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, nos termos do n.º 5 do artigo 145.º do Código de Processo Civil – sendo que o *facto* de se tratar de *tolerância legal* – e, assim, não já de *concordância*... – é reforçado por, paralelamente à admissibilidade da prática do acto para lá do termo do prazo, se aplicar uma *multa* cujo montante sobe a cada um dos três dias estipulados, nos termos do n.º 6 do artigo 145.º do referido Código – a essa se resumindo, portanto, a sanção resultante do incumprimento do prazo<sup>44</sup>.

Será, por outro lado, exemplo de determinação *expressa* de *tolerância legal* neste sentido a determinação de *perda de relevância jurídica* de um comportamento em virtude da previsão legal de tolerância face ao mesmo, o previsto na Directiva 2008/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008, que

---

<sup>43</sup>Sobre a caracterização das normas *imperativas* e *dispositivas*, vide Mário REIS MARQUES, *Introdução ao Direito I*, cit., p. 269-271, 370-374; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 6.ª Ed., 2012, p. 146-148; José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito: Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 110.

<sup>44</sup>Vide, sobre o sentido desta *tolerância*, o recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 462/2011, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110462.html> (acedido em 25/08/2012).

aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas<sup>45</sup>, revogando a Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmonizava as legislações dos Estados-Membros nesta matéria, a Directiva 89/140/CEE<sup>46</sup>, mantendo um artigo 9.º, com o mesmo regime jurídico, e, assim determinando, no respectivo n.º 1, a *preclusão por tolerância*, preceituando que: «Quando, num Estado-Membro, o titular de uma marca anterior tal como referida no n.º 2 do artigo 4.º, embora tendo conhecimento do facto, tiver tolerado o uso, nesse Estado-Membro, de uma marca registada posterior por um período de cinco anos consecutivos, deixará de ter direito, com base nessa marca anterior, quer a requerer a declaração de nulidade do registo da marca posterior, quer a opor-se ao seu uso, em relação aos produtos ou serviços para os quais a marca posterior tenha sido usada, salvo se o registo da marca posterior tiver sido efectuado de má-fé». Regime jurídico este com directa refracção, praticamente *ipsis verbis*, no n.º 1 do artigo 267.º do Código da Propriedade Industrial Português, desde a versão inicial, do Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março<sup>47</sup>. A figura jurídica da *preclusão por tolerância* aqui patente configura uma causa de perda de exigibilidade, e, assim, de efectividade jurídica, e, concomitantemente, de relevância jurídica, de um comportamento.

Distinguirão-se fundamentalmente, por tudo isto, a aqui referenciada *tolerância jurídica-legal* e o sentido de *projecção jurídica da categoria tolerância* que constitui o objecto do presente estudo. Não apenas por aquela *tolerância jurídica-legal* se apresentar, afinal, como determinação de uma *normativística* consideração de uma norma jurídica *em abstracto* – e, assim, de uma perspectiva que, tal como parece ser, em último termo, a de TORRES RUIZ, em que a *tolerância legal* se determinaria como *tolerância da lei* enquanto considerada *em si e por si...* –, isto é, independentemente da respectiva convocação para a resolução de uma controvérsia concreta, como ainda, e sobretudo, por o sentido de tolerância aí pressuposto significar mais precisamente

---

<sup>45</sup>Vide a Directiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (Versão codificada), publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L299, de 08/11/2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:PT:PDF> (acedido em 08/11/2011).

<sup>46</sup>Vide a Directiva 89/140/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L40, de 11/02/1989, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:040:0001:0007:PT:PDF> (acedido em 08/11/2011). Esta directiva foi revogada pelo artigo 17.º da *supra* citada Directiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008.

<sup>47</sup>O Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, foi já alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 318/2007, de 26 de Setembro, e 360/2007, de 2 de Novembro, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 24 de Julho, pela Lei 52/2008, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, não tendo o citado artigo 9.º sofrido alterações. Vide, como exemplo, fixando este conceito de tolerância como um conceito de direito da União Europeia, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-482/09, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0482:PT:HTML> (acedido em 08/11/2011).

*tolerância do critério jurídico*, reconduzindo-se especificamente à consideração da possibilidade de um critério jurídico – mormente uma *norma* – suportar a violação da sua previsão num *intervalo* delimitado, sem aplicação da respectiva consequência jurídica, ou já de determinação directa – expressa ou implícita – da irrelevância jurídica de determinados actos ou factos.

O *intervalo de tolerância* considerado no presente estudo implicará, antes e independentemente daquelas determinações, uma reflexão da(s) possibilidade(s) de conferência de sentido e relevância jurídica à categoria tolerância, implicando, então, reconhecer a esta categoria uma metanormatividade, muito além da respectiva conformação enquanto critério positivado. E, assim, situando-se nesse outro plano de reflexão, referente à relevância teórica e metodológica da categoria tolerância, quer como *princípio* quer como *critério*. O que de imediato analisaremos.

### 3. O intervalo da tolerância na juridicidade: pertinência, legitimidade e título da convocação da categoria *tolerância* na delimitação do jurídico

#### 3.1. A (im)possibilidade da convocação da categoria *tolerância* como *princípio* no domínio jurídico

##### 3.1.1. Determinação selectiva da *tolerância* como *princípio*

A projecção jurídica da tolerância (*tolerance*), directamente constatável na prática de tolerância (*toleration*), na *perspectiva material-normativamente reconstruída* aqui perfilhada, pressuporá uma reflexão prévia de base acerca da possibilidade de a categoria de inteligibilidade *tolerância*, tal como aqui vai enunciada, lograr uma substancialidade que lhe confira a efectiva qualidade de fundamento de sentido convocável no plano jurídico. Por outras palavras, procurando discernir se comportará em si o comumente convocado *princípio da tolerância* um específico sentido jurídico, normativamente material fundamentante, que justifique a sua qualificação enquanto princípio juridicamente relevante, ou mesmo já enquanto específico princípio jurídico.

Tal enunciação da hipótese-problema da assimilação principiológica da categoria *tolerância* – de um explicitamente assumido *princípio da tolerância* – pressuporá uma reflexão tendente à compreensão da *natureza* da categoria agora àquela associada, a de *princípio*, entre a polissemia do vocábulo e a incomensurável multiplicidade das respectivas propostas de substancialização – no que aqui e agora se intende – jurídica<sup>48</sup>. Caminho este que agora percorreremos.

---

<sup>48</sup>Face à polissemia que reveste esta figura jurídica, afirma GOMES CANOTILHO: «Em meados da década de sessenta do século XX, Josef Esser, ao iniciar a sua estimulante dissertação sobre princípio e norma, alertava os estudiosos para a necessidade de se proceder a uma urgente desambiguação do vocábulo princípio. E a avaliar pela nutrida literatura ultimamente produzida sobre a distinção metódico-dogmática entre normas e princípios e princípios e regras, a polissemia e equívocidade parecem sobrecarregar cada vez mais estas fórmulas mágicas da ciência jurídica do último meio século». – José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Princípios: entre a Sabedoria e a Aprendizagem”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006, p. 1-14 (também in Jorge de Figueiredo DIAS, José Joaquim Gomes CANOTILHO, José de Faria COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, cit., Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, cit., p. 375-387), p. 3, citando Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956; 4. Auf., 1990). Vide ainda, considerando princípios jurídicos e normas como duas espécies de *normas*, qualitativamente distintas – constituindo aqueles «(...)

### 3.1.1.1. Compreensão teórico-metodológica pertinente de *princípio*

Perspectivando-se aqui o problema do fundamento da juridicidade dos *princípios* num contexto assumidamente *pós-positivista*, distinguem-se neste ponto algumas possibilidades que de múltiplas compreensões do direito, muitas delas ditas, em certos casos, ou mesmo já auto-intituladas, noutros, *positivistas*, resultam para a construção, significação e relevância normativamente prática de tais figuras jurídicas, mormente diferenciando estritos *princípios gerais de direito*<sup>49</sup>, especificamente assumidos como *ratio* – enquanto derivação por *abstracção generalizante* obtida a partir de *normas* –, ou ainda, já distintamente, como *princípios* consubstanciados como *intentio* – mormente, porém não sempre, no sentido da respectiva determinação pela necessidade da *positivação* para se efectivarem como *direito* –, e isto numa multiplicidade de significações que se afastam de uma sua efectiva compreensão como *jus*. Para, a partir exactamente das noções de *ratio*, *intentio* e *jus*, substancializar a assunção de um sentido específico a conferir aos princípios jurídicos – designadamente, como *jus* –, seguindo, assim, com CASTANHEIRA NEVES, a enunciação de Rudolf STAMMLER, ainda que com conclusões nem sempre coincidentes<sup>50</sup>.

---

fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.» –, José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1159-1162, p. 1161. Sendo, portanto, os princípios jurídicos então compreendidos «(...) na sua qualidade de verdadeiras *normas*, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas». – *Ibidem*. Vide ainda, aproximando-se de ESSER na construção dos *princípios normativos*, Fernando PINTO BRONZE, *A metodonomia entre a semelhança e a diferença...*, cit., sobretudo p. 493-496.

<sup>49</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito...*, cit., p. 127-130. Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito: Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 2008-2009, p. 94-96; e, especificamente quanto aos *princípios gerais de direito*, José Manuel AROSO LINHARES, “Os desafios-feridas da *Allgemeine Rechtslehre*: um tempo de Teoria do Direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro Tempo de Teoria”, in Augusto Silva DIAS/João António RAPOSO/João Lopes ALVES/Luís Duarte D’ALMEIDA/Paulo de Sousa MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 261-314, especialmente p. 296-303 (3.1.); e José Manuel AROSO LINHARES, “Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc> (acedido em 07/11/2012), p. 33-34, n. 95.

<sup>50</sup>Vide José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito: Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 94-105; José Manuel AROSO LINHARES, “Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema”, cit., respectivamente, acerca da relação

Problematizar-se-á aqui, assim, a pertinência da categoria *tolerância* como *princípio* no seio de tal significação, assumida em progressiva consideração selectivamente densificante. E isto porque, na multiplicidade de pensamentos hoje em presença, muitas orientações escapam àquela determinação *triádica*, e ainda porque, mormente no que respeita às hoje predominantes orientações do pensamento jurídico de expressão anglo-saxónica, e às por estas influenciadas, se digladiam na discussão da delimitação entre *direito (law)* e *moral-moralidade (moral/morality)* – e esta tomada com diferentes significados, desde uma *moral* essencialmente *material* a uma *moral* estritamente *discursiva* – *positivismos* e *não-positivismos* das mais diversas índoles. Discussão esta que surge como requisito fundamental na determinação do sentido de *princípio* aqui assumido, e da subsequente reflexão acerca da pertinência e sentido de um *princípio de tolerância*, justificando-se portanto por se mobilizarem aqui múltiplos discursos em cujo contexto hoje se discute a pertinência, sentido, conteúdo e limites de uma *categoria-princípio* de tolerância, como *supra* se demonstrou – na análise crítica ao actual confronto entre *liberalismo* e *comunitarismo*<sup>51</sup> –, sendo tal temática sobretudo, porém não exclusivamente – conforme *infra* de novo se observará –, desenvolvida no âmago de concepções ditas *liberais* do direito e da teoria jurídica.

Pelo que criticamente se ponderam, agora, com intuito justificante do(s) sentido(s) a assumir por um juridicamente convocado *princípio de tolerância*, diversos sentidos de *princípio jurídico*, assimilados em distintas construções do sentido da juridicidade. E, portanto, com o estrito objectivo de demonstrar a necessidade de diferenciação, face àquele(s) sentido(s) de *moralidade (morality)*, de um sentido autonomamente constitutivo e substancialmente específico a reconhecer ao *direito*, e, concomitantemente, com vista à autonomização da noção de *princípio* por que se orientará aqui a apreciação da pertinência de uma categoria como esta de *tolerância*, aqui intencionada, enquanto *princípio* e *critério* no e do domínio jurídico.

---

*fundamentos/critérios* e correspondente relevância metodológica, p. 29-34 (3.1. e 3.2.), e do significado da distinção entre *ratio*, *intentio* e *ius*, por referência a STAMMLER, p. 33-34, n. 95; José Manuel AROSO LINHARES, “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, STVDIA IURIDICA*, 106, Ad Honorem – 6, Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 395-421. Vide a enunciação originária em Rudolf STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902, e a respectiva reflexão *infra*, p. 477-478, e p. 478, n. 147.

<sup>51</sup>Vide *supra*, Parte II, sobretudo 1. a 4..

**3.1.1.1.1. Dos princípios como *ratio* aos princípios como *intentio*: perspectiva crítica da pertinência da “moralidade” («*morality*») na actual discussão dogmática entre *positivismo(s)* e *não-positivismo(s)***

Longe já da pretensa *pureza* dos discursos *formalistas* das *teorias gerais do direito* do século XIX, uma amplíssima panóplia de densificações de sentido e conteúdo dos *princípios jurídicos*, em vertentes mais ou menos assumidamente *positivistas*, ou mais ou menos assumidamente *não-positivistas*, continua actualmente a disseminar-se no pensamento jurídico. Contexto(s) em que exemplarmente emergem, com os mais variados sentidos, as noções de *moralidade* («*morality*»), em certos casos, ou de *moralidade política* («*political morality*»), noutros, susceptíveis de serem simultaneamente convocadas como *base material* (*fundamento*) de que parte o conteúdo do direito e como sua *instância crítica* – não obstante a irrefragável polissemia da expressão «*morality*». E isto desde o *positivismo “exclusivo”* – como é o caso de Joseph RAZ, entre outros – ao *positivismo “inclusivo”* – de Jules COLEMAN, e, também, ao *não-positivismo “inclusivo”* de Robert ALEXY, por exemplo –, ou às concepções mais *materialmente* fundadas – como seja a *jurisprudencialista* de Ronald DWORKIN, ou ainda a da *teoria liberal* de RAWLS –, ou ainda, no extremo oposto, pelas *concepções críticas* – dentre as quais poderá destacar-se o *Critical Legal Studies Movement*, e, neste, mormente Roberto Mangabeira UNGER, Duncan KENNEDY e Jack BALKIN<sup>52</sup>. «*Morality*» esta permanentemente convocada, porém nem sempre se esclarecendo especificamente o seu sentido nem as possibilidades de influência material na determinação do sentido e conteúdo da juridicidade, tomada antes quer como pressuposto na conformação substancial do direito quer como instrumento da sua interpretação e realização prática. Com efeitos directamente comprometedores desde logo no pensamento jurídico anglo-saxónico, mormente norte-americano, e muito mais noutros, como o europeu, cujas matrizes significantes e correspondentes significados se distinguem fundamentalmente dos daquele, pese embora alguma convocação directa por vezes hoje constatada. Conduzindo ainda ao perigo de assumir a «*morality*», enquanto

<sup>52</sup>Problema este por nós já considerado, quanto aos autores referidos, no nosso *Entre o centro e a periferia...*, cit.. Vide, a final, *ibidem*, Parte IV., 6.2. e 6.3., p. 267-286.

«*political morality*», como “*a moral*”, *tout court*, e assim não apenas de estabelecer equívocos irremediáveis, como também – o que se afigura muito mais grave – de conferir imediata influência material determinante a essa *moralidade-moral* na modelação e preenchimento material dos princípios fundamentantes do direito, desde logo, e, conseqüentemente, dos preceitos jurídicos, pondo em risco uma distinção doutrinal secular essencial entre *moral* e *direito*, por um lado, e resultando numa equiparação equívoca e errônea da realidade das valorações comunitárias e da relação do direito com estas, por outro<sup>53</sup>.

### 3.1.1.1.1. O não-positivismo inclusivo de Robert ALEXY, entre o positivismo exclusivo de Joseph RAZ e o positivismo inclusivo de Jules COLEMAN e Mathew H. KRAMER

É quanto a este ponto exemplar a construção de Robert ALEXY, postulando “*The Dual Nature of Law*”<sup>54</sup>, reconduzindo a uma *morality* a base fundante do direito positivo, ao reconhecer ao direito, ao lado de uma *dimensão real ou factual* – enquanto dimensão de autoridade e eficácia social –, uma *dimensão ideal ou crítica* –

<sup>53</sup>E, assim, postulando sentidos de *moralidade do direito* também já distintos do proposto por Lon FULLER, de «*inner morality of law*», posto ser esta centrada na interdependência e reciprocidade da relação entre os cidadãos e o Estado, e, portanto, nos limites recíprocos aí delineados, assim condicionantes e constituintes da *validade do direito*. Vide Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, London (1964), revised edition, 1969, sobretudo 1. «*The Two Moralities*», p. 3-32, especialmente p. 4-6, 19, 21, e 2. «*The Morality That Makes Law Possible*», p. 33-94, especialmente p. 40-42, reconhecendo uma «*inner morality of law*» que, na confluência de uma «*morality of aspiration*» e uma «*morality of duty*», se baseia na *reciprocidade*: «The inner morality of law (...). (...) embraces a morality of duty and a morality of aspiration». – *Idem*, p. 42. Vide ainda Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011, p. 153-162: «Fuller is best known for his claim that there is an internal morality of law. (...) claim is rooted in his interactional conception of law.(...) This interdependency and reciprocity generate a moral relationship between these parties in virtue of which they have conditional responsibilities and obligations to each other. (...) he argued that this constitutes the internal morality of law (...)». – *Idem*, p. 153.

<sup>54</sup>Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*Law’s Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate*”, in *International Journal for the Semiotics of Law – Review internationale de sémiotique juridique*, vol. 25, 2012, p. 489-503, e José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *cit.*.



compreendida como «*moral correctness*» –, e assim pretendendo erigir sobre esta «*dual-nature thesis*» um *não-positivismo*<sup>55</sup>. Tal *tese da natureza dual* permanece, todavia, em *abstracto*, necessitando de uma explicação no quadro de um *sistema* – cuja *forma política* seria a de um *constitucionalismo democrático* ou *discursivo* (uma «*deliberative democracy*») –, para atingir um *conteúdo* concreto e uma *estrutura* definida<sup>56</sup>. Com a *dimensão ideal* identificada com uma *moralidade*<sup>57</sup> que vem a compreender-se através da “*teoria do discurso*”<sup>58</sup>. Uma *dimensão ideal* que, ao pretender impor-se a todos, será, mesmo se *formal*, orientada a uma *objectividade* – e, assim, intencionando uma *universalidade* –<sup>59</sup>, não se reconduzindo à *dimensão real ou factual* do direito<sup>60</sup>.

Nesta relação entre a delimitação das *fronteiras do direito* e a *tese da natureza dual*, destringa ALEXY duas versões de *positivismo* – *positivismo exclusivo* e *positivismo*

<sup>55</sup>«The law has a dual nature (...). The dual-nature thesis sets out the claim that law necessarily comprises both a real or factual dimensions and an ideal or critical one. (...) If one claims that social facts alone can determine what is and is not required by law, that amounts to the endorsement of a positivistic concept of law. Once moral correctness is added as a necessary third element, the picture changes fundamentally. A non-positivistic concept of law emerges. Therefore, the dual-nature thesis implies non-positivism». – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 167.

<sup>56</sup>«Democracy and constitutional rights are the main elements of democratic constitutionalism. Both are required by discourse theory and both have a dual nature.

(...)

(...) Decision, along the lines of the majority principle, is the real side of democracy. Argumentation, as public discourse, is its ideal side. The only possibility for the political realization of the ideals of discourse theory is the institutionalization of a democracy that unites both sides. The name of this unity is “*deliberative democracy*”. – *Idem*, p. 177-178. Sobre a natureza dos direitos constitucionais em ALEXY, *vide supra*, Parte I, 2.2.2., p. 123-124. «To be sure, as thus stated, the dual-nature thesis remains abstract and formal. In order to arrive at concrete content and a clear structure, the thesis has to be explicated within a system. The overarching idea of this system is the institutionalization of reason. The political form manifested by the system is democratic or discursive constitutionalism». – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 167. *Vide idem*, p. 177.

<sup>57</sup>«At a first step, the ideal dimension of law has to be established. My argument turns on the thesis that law necessarily raises a claim to correctness, and that this claim comprises a claim to moral correctness. This claim to correctness is the source of the necessary relation between law and morality». – *Idem*, p. 168.

<sup>58</sup>*Vide idem*, p. 172-173.

<sup>59</sup>«The claim to correctness is a claim that is addressed to all. In this respect, it is similar to the claim to truth. A claim that is addressed to all is, at the same time, a claim to objectivity. As such, both are, indeed, formal. (...) Objectivity is not only anything but trivial, it also belongs necessarily to the ideal dimension of law. Thus, the claim to correctness, notwithstanding its formal character, points to the ideal dimension of law». – *Idem*, p. 170. *Vide ainda* José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *cit.*, p. 518-520.

<sup>60</sup>«(...) the claim of law to correctness always has reference not only to social facts but also to morality». – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 171. *Vide ibidem*, p. 170-172. *Vide ainda* José Manuel AROSO LINHARES, “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *cit.*, *loc. cit.*. A aspiração a uma *correção-«correctness»*, enquanto intenção a uma justiça *objectiva*, exigiria aqui a distinção entre *dois níveis de correção*: uma *correção de primeira ordem*, exclusivamente referida à *dimensão ideal*, e, portanto, à justiça enquanto tal; e uma *correção de segunda ordem*, de índole mais compreensiva, referida tanto à *dimensão ideal* como à *dimensão real*, e, portanto, quer à justiça quer à certeza jurídica. *Vide* Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 174.

*inclusivo*<sup>61</sup> – e três versões de *não-positivismo* – o *não-positivismo exclusivo*, o *não-positivismo superinclusivo* e o *não-positivismo inclusivo* – afirmando optar por este *não-positivismo inclusivo*. Assim, se o *positivismo exclusivo*, ilustrado preeminentemente na proposta de Joseph RAZ, implicaria a exclusão da *moralidade* do domínio do direito<sup>62</sup> – embora RAZ afirme a *autonomia relativa* do pensamento jurídico face à «*morality*», compreendendo-o como uma espécie do género *pensamento moral*, ainda que podendo distanciar-se de sentidos tidos por *moralmente correctos*, e mesmo adquirir alguma *autonomia*, uma vez esgotado o sentido da *moral*, o que, por sua vez, só em concreto será determinável<sup>63</sup>... –, já o *positivismo inclusivo*, exemplificado por ALEXY no pensamento de Jules COLEMAN, menos radical, afirma que a «*morality*» poderá estar ou não incluída no direito – o que tornaria impossível demonstrar a

<sup>61</sup>«In the present context only the relation between the idea of an outermost border and the dual-nature thesis is of interest.

In order to determine what this relation comes to, two versions of positivism and three versions of non-positivism have to be distinguished. The two versions of positivism are exclusive and inclusive positivism». – *Idem*, p. 175.

<sup>62</sup>«Exclusive positivism, as advocated most prominently by Joseph Raz, maintains that morality is necessarily excluded from the concept of law (...).» – *Idem*, p. 175. Sobre a determinação da validade do direito enquanto determinação da respectiva efectividade prática, por diferenciação progressiva face à heterodeterminação dita de *direito natural*, vide Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 2nd. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 146-159 (8. «*Legal Validity*» – inicialmente publicado in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 63, n. 3, 1977), especialmente p. 150, 158-159.

<sup>63</sup>«Is legal reasoning *sui generis*? Or is it just ordinary reasoning applied to law? (...) What is special to the law is its object matter not its logic. (...) The question as here understood is about the autonomy of legal reasoning in its use of its specific material. Legal reasoning is a species of normative reasoning». – Joseph RAZ, «*On the Autonomy of Legal Reasoning*», in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 1, March 1993, p. 1-15, p. 1. E, quanto ao momento em que tal *autonomia* se manifesta: «I have rejected the strong thesis of the autonomy of legal reasoning. Legal reasoning is an instance of moral reasoning. (...)

When morality runs out, however, the requirements of proper institutional conduct bar reliance by the courts on their personal tastes and preferences. (...) In those cases legal doctrine takes on a life of its own. There it is quite properly independent of – rather than having to reflect – moral considerations. Within these bounds legal reasoning is autonomous». – *Idem*, p. 15. Vide Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, cit., p. 350-353, 377-385. Vide ainda, confrontando directamente ALEXY, Joseph RAZ, *The Authority of Law...*, cit., p. 313-335 (17. «*The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*» – inicialmente publicado in G. PAVLAKOS (Ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart, Oxford, Portland, 2007, p. 17-36), especialmente p. 314-319. E, ainda no sentido da existência de conexões necessárias entre *law* e *morality*, vide Joseph RAZ, «*About Morality and the Nature of Law*», in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, p. 1-15, agora também in Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009, capítulo 6, p. 166-167 (versão citada), p. 168, 170, 179; e Joseph RAZ, «*Incorporation by Law*», in *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 1-17, agora também in Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation...*, cit., capítulo 7, p. 182-202 (versão citada), sobretudo p. 189, 191-193, reconhecendo a pressuposição da *morality* pelo direito, e p. 201-202, concluindo pela *desnecessidade* da *incorporação*.

necessidade da *tese da natureza dual*<sup>64</sup>. Com o que só o *não-positivismo* seria compatível com a *tese da natureza dual* do direito, e mesmo este não em todas as suas modalidades, apenas o logrando o *não-positivismo inclusivo*<sup>65</sup>. Já o *não-positivismo exclusivo* defenderia, à luz desta classificação, que qualquer *injustiça*, qualquer deficiência do ponto de vista *moral* de uma norma, preclui a sua validade jurídica, a sua manutenção como norma de direito<sup>66</sup>. O *não-positivismo superinclusivo*, no extremo oposto, afirmará que a validade jurídica não é afectada por deficiências *morais* ou incorrecções *morais*, fazendo prevalecer, no limite, o princípio da certeza jurídica sobre o princípio da justiça, solução que o *não-positivismo inclusivo* permite evitar, fazendo prevalecer este sobre aquele<sup>67</sup>. O *não-positivismo inclusivo*, por sua vez, admite um “território” intermédio, em que alguma injustiça, abaixo do limiar da “*injustiça extrema*”, poderá ser admitida como direito válido, embora *com insuficiências* («*defective*»)<sup>68</sup>.

Tudo o que, projectado na relação entre *princípios* e *normas*, permitirá concluir que, em ALEXY, as *normas* se inserem na *dimensão real do direito*, ao passo que os princípios parecem adquirir uma natureza “outra”, tocando a *moral* numa *dimensão ideal do direito* que só não conduz a uma compreensão jusnaturalista porque acaba por assentar numa *teoria do discurso*<sup>69</sup>. Assumindo a natureza dos *princípios* como

<sup>64</sup>«Inclusive positivism, defended, for instance, by Jules Coleman, is less radical. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. (...) With this approach, however, one is unable to grasp the necessity of the dual nature of law». – Robert ALEXY, “*The Dual Nature of Law*”, *cit.*, p. 175.

<sup>65</sup>«Non-positivism alone is compatible with the dual nature of law. This, however, is not to say that all versions of non-positivism meet its requirements. Two versions of non-positivism do not, namely, exclusive and super-inclusive non-positivism. A third version alone, inclusive non-positivism, adequately represents the dual nature of law». – *Idem*, p. 176.

<sup>66</sup>«Exclusive non-positivism is the most thoroughgoing version of non-positivism. It claims that every injustice, every moral defect, of a norm precludes its being legal valid, its being law». – *Idem*, p. 176.

<sup>67</sup>«Super-inclusive non-positivism goes to the other extreme. It maintains that legal validity is in no way whatever affected by moral defects or moral incorrectness». – *Idem*, p. 176.

<sup>68</sup>«Inclusive non-positivism claims neither that moral defects always undermine legal validity nor that they never do. Following the Radbruch formula (...), inclusive non-positivism maintains that moral defects undermine legal validity if and only if the threshold of extreme injustice is transgressed. Injustice below this threshold is included in the concept of law as defective but valid law (...). In this way, both sides of the dual nature of law are given there due weight». – *Idem*, p. 177.

<sup>69</sup>«In the application of law, rules as well as principles play an essential role. Rules express a definitive or real “ought”, principles a *prima facie* or ideal “ought” (...). The theory of principles attempts to develop on this basis a theory of proportionality that essentially includes a theory of balancing. (...) principles theory completes the variety of considerations we have made on our journey through the different fields of the dual nature of law by a norm-theoretic argument (...)». – *Idem*, p. 180. *Vide* essencialmente, para uma reconstituição da racionalidade prático-discursiva proposta por ALEXY, Robert ALEXY, “*Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*”, in Robert ALEXY/Ralf DREIER

*qualitativamente* distinta da das *regras*, e, assim, rejeitando entre elas uma mera *diferença de grau* – pretendendo, aqui, aproximar-se quer de ESSER quer de DWORKIN –, porém acabando por considerar os *princípios* como *normas* de determinação mais geral, como «*mandatos de optimização*» («*Optimierungsgebote*»), passíveis de efectivação em diferentes graus, cuja distinção face às *regras* se fará, sobretudo, por, nestas últimas, e não já naqueles primeiros, se encontrarem efectivas *determinações* directas de comportamentos<sup>70</sup>. E admitindo, também diferentemente de DWORKIN, a possibilidade de *ponderação de princípios* quando perante a verificação de *colisão* entre diferentes princípios<sup>71</sup>.

Diferentemente, Matthew H. KRAMER assume expressamente a defesa do *positivismo jurídico inclusivo* – e de uma versão moderada de *incorporacionismo* (admitindo que, em casos justificados, evidentemente «*hard cases*», *princípios morais* possam ser assumidos como *normas jurídicas*)<sup>72</sup> –, distingue *positivismo jurídico inclusivo* («*inclusive legal positivism*») e *incorporacionismo* («*incorporacionism*»), por um lado, de *positivismo jurídico exclusivo* («*exclusive legal positivism*»), por outro. Definindo o *positivismo jurídico inclusivo* pela possibilidade, mas não necessidade, de a *consistência* de uma *norma* («*norm*») com exigências de *moralidade* («*morality*») constituir *condição necessária* prévia ao seu reconhecimento como *norma jurídica*<sup>73</sup>, e o *incorporacionismo* pela possibilidade, mas não necessidade, de a *correção* de uma *norma* como *princípio moral* («*moral principle*») constituir *condição*

---

(Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* – Beiheft 51, XV. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Göttingen, 18-24 August 1991, Band 1, vol. 1, p. 11-29.

<sup>70</sup>«(...) Prinzipien Normen sind, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote* (...).

Demgegenüber sind *Regeln* Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. (...) die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien eine qualitative Unterscheidung und keine Unterscheidung dem Grade nach ist. Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip». – Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2985, Zweite Auflage, 1994, p. 75-77 (2. «*Prinzipien als Optimierungsgebote*», p. 75-77), remetendo directamente, quanto ao carácter qualitativo da diferenciação, para J. ESSER, *Grundsatz und Norm...*, cit., 3. Auflage, 1974, p. 95, e, quanto à admissão da diferença entre *regra* e *princípio*, ainda que salvaguardando a distinção fundamental decorrente da admissão dos princípios como «*mandatos de optimização*», para Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 2nd. Edition, 1978, London, p. 22 ss. e 71 ss.. Vide ainda Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 117-122 (3. «*Das Regel/Prinzipien-Modell*», p. 117-125).

<sup>71</sup>Vide *idem*, p. 77-87 (3. «*Prinzipienkollisionen und Regelkonflikte*»).

<sup>72</sup>Matthew H. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, «*Introduction*», p. 1-13, e p. 43-44 (1. «*How Moral Principles can Enter into the Law*», p. 17-44).

<sup>73</sup>«Inclusive Legal Positivism (...) consists in the following thesis: it can be the case, though it need not be the case, that a norm's consistency with some or all of the requirements of morality is a precondition for the norm's status as a law (...).» – *Idem*, p. 2. Vide *idem*, p. 17.

suficiente para o seu reconhecimento como *norma jurídica*<sup>74</sup>; e o *positivismo jurídico exclusivo*, opondo-se àqueles, pela incompatibilidade do direito com a convocação de *princípios morais* como *normas jurídicas* ou como *critério de validade* de normas jurídicas, qualificando os *princípios morais* invocados no direito como *standards extrajurídicos* («*extra-legal standards*») convocados ao lado de critérios jurídicos, determinando assim decisões baseadas em critérios *jurídicos* e *não jurídicos*<sup>75</sup>.

Ainda na esteira de um *positivismo jurídico inclusivo*, Jules COLEMAN aponta para uma consideração pragmática da relevância da «*morality*» no direito, aferida à luz da prática jurídica<sup>76</sup>. Conferindo a uma certa «*morality*» a faculdade de influir no direito positivo e na prática jurídica<sup>77</sup>, não perspectiva os *princípios* na sua superior *justificação moral*, antes os buscando desde logo na prática jurídica, propondo uma abordagem *pragmática* da respectiva construção – numa efectiva «*practice of principle*»<sup>78</sup>. Não, porém, sem, mais recentemente, propor uma *nova arquitectura do pensamento jurídico* («*The Architecture of Jurisprudence*»)<sup>79</sup>, em que acaba por aproximar o que no debate em apreço se dirá *jusnaturalismo* com um certo *positivismo exclusivo* – o que reconhece em RAZ. E isto na medida em que a discussão acerca da relação entre uma *certa* moralidade («*morality*») e um *certo* direito («*law*») se haveriam de relacionar de forma diversa da estabelecida tradicionalmente nesta distinção – a,

<sup>74</sup>«Incorporationism (...) consists in the following thesis: it can be the case, though it need not be the case, that a norm's correctness as a moral principle is a sufficient condition for its status as a legal norm (...).» – *Idem*, p. 2-3. *Vide idem*, p. 17.

<sup>75</sup>«Exclusive Legal Positivists maintain that the very nature of law is inconsistent both with the role of moral principles as legal norms and with their role as criteria for validating legal norms. While gladly acknowledging that moral principles often get invoked in the adjudicative and administrative activities of legal officials, the Exclusivists contend that those principles are extra-legal standards». – *Idem*, p. 3.

<sup>76</sup>«All inclusive positivists agree that morality can be a condition of legality. However, there are notable differences between my version of inclusive legal positivism and the versions offered by various other theorists. One such point of difference concerns the theoretical motivations for inclusive legal positivism, and the criteria by which theories of law are to be evaluated». – Jules COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, p. 109 (Lecture 8: «*Inclusive Legal Positivism*», p. 103-119).

<sup>77</sup>*Vide idem*, p. 110-111.

<sup>78</sup>«(...) I wish to make clear at the outset the relationship between the moral or justificatory questions and the explanatory project. (...)

(...)

The analytic strategy of starting in the middle, with the actual practices of law, is one of the broadly pragmatic features of the method exemplified here, and the deeper motivations of this strategy are to be found in the fuller development of the pragmatic method». – *Idem*, p. 5-6 (Lecture 1. «*The Pragmatic Method*», p. 3-12).

<sup>79</sup>*Vide* a progressiva mudança de posição iniciada em Jules COLEMAN, «*The Architecture of Jurisprudence*», in *The Yale Law Journal*, 121, n. 1, October, 2011, p. 1-80, primeira parte de uma trilogia em construção, conforme explicitado *ibidem*, p. 76-80.

convencionalmente assumida como *essencial* ao positivismo, *tese da separabilidade* («*the separability thesis*»)<sup>80</sup> –, no que à relação entre *moral* e *direito* respeita<sup>81</sup>. Indo COLEMAN, na caracterização do *positivismo exclusivo*, nomeadamente na proposta de RAZ, ao ponto de reconhecer uma maior aproximação a uma certa *vinculação* – também substancial, ainda que sobretudo *por diferenciação* – a uma *moralidade substantiva* («*substantive morality*») do que a verificada em alguns *positivismos inclusivos*, como é o caso do de HART – e, assim, ao ponto de verificar uma relação necessária com essa *moral/moralidade* quer no *jusnaturalismo* quer no *positivismo exclusivo*, deixando portanto em aberto o critério de distinção entre estes, e sobretudo entre este último e o *positivismo inclusivo*<sup>82</sup>. Afirmando a compatibilidade do positivismo, em geral, quer com a aceitação quer com a rejeição da *tese da separabilidade*, busca COLEMAN nesta nova *arquitectura* as respostas para o problema da fundamentação do direito – mormente substituindo a posição potencialmente procedimental de HART na determinação de um “*ponto de vista interno*” («*internal point of view*»), que conduz à legitimação do direito à luz de uma «*rule of recognition*» – nomeadamente a perspectivização da legitimação do direito em HART a partir da prática dos *operadores jurídicos*<sup>83</sup> –, por um predominantemente substancial “*ponto de vista do direito*” («*law’s point of view*») enquanto instância de legitimação do conteúdo do direito, e, assim, nível superior, de determinação da determinação do conteúdo do direito<sup>84</sup>.

<sup>80</sup>Vide *idem*, p. 5-6, e especialmente 28-33. «The separability thesis is inadequate to distinguish legal positivism from natural theory, either as a claim about laws or legal systems». – *Idem*, p. 31. Vide ainda Jules COLEMAN, “*Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n. 4, 2007, p. 581-608; Jules COLEMAN, “*Beyond Inclusive Legal Positivism*”, in *Ratio Juris*, vol. 22, n. 3, September 2009, p. 359-394, p. 365-367, 383-385, 391.

<sup>81</sup>Vide Jules COLEMAN, “*The Architecture of Jurisprudence*”, *cit.*, p. 5-6.

<sup>82</sup>Vide *idem*, especialmente p. 54-61.

<sup>83</sup>Neste sentido, de que a “*rule of recognition*”, tal como formulada por HART, não é essencial ao positivismo, vide também Jules COLEMAN, “*Beyond Inclusive Legal Positivism*”, *cit.*, especialmente p. 361-362, 365-368, 373-375, 380-383.

<sup>84</sup>Vide Jules COLEMAN, “*The Architecture of Jurisprudence*”, *cit.*, p. 21-28, especialmente p. 23-24. «To adopt the law’s point of view is to be disposed to regard the rule as morally legitimate and to act accordingly». – *Idem*, p. 25. Vide ainda *idem*, p. 49, sobre a relação entre «*morality*» e «*law*», nos ditos *incorporacionismos*, em que COLEMAN, assumindo-se como *positivista inclusivo*, se insere, mas agora sobretudo no sentido, distinto do originariamente assumido pelo *incorporacionismo*, de que não é o *direito* que *incorpora* a *moral-morality*, mas esta que *incorpora* o *direito*, pelo menos enquanto determinação de *segundo grau* do que deva ser o *conteúdo legítimo* deste último. Ainda que admitindo – e também com isso afastando-se do *tradicional* entendimento da «*separability thesis*» – que o efectivo conteúdo do direito, enquanto «*normative concept*», se não identifique com aquele conteúdo «*moral*», e seja, neste sentido, «*imoral*». Vide também *idem*, p. 11-21. No que se reconhece uma aproximação a RAZ, nomeadamente à ideia de que o direito pressupõe a *moral*, e esta o *incorpora*, e não o contrário, porém considerando que o que muitas vezes surge como *incorporacionismo*, na verdade, não o é, uma vez que a

### 3.1.1.1.2. A crítica de Ronald DWORKIN aos “positivismos”

Contrária à complexidade classificatória destes *positivismos* – com base na presença e/ou ausência de uma «moral» ou «*morality*», de contornos comumente difusos –, não obstante se encontrem em contínuo diálogo, quer por iniciativa daqueles, quer desta(s), a vertente da *liberal rule of law* protagonizada por DWORKIN reconhece o direito como um «*interpretive concept*»<sup>85</sup>. E, assim, já rejeitando o modelo de autonomização da *moral* («*morality*») face ao *direito* («*law*»), isto é, uma *perspectivação de dualidade de sistemas* («*two-systems picture*») – cuja afirmação seria, afinal, igualmente compatível com aqueles *positivismos*, e que estava, em DWORKIN, ainda subjacente, como o próprio reconhece, embora em diferenciação face àqueles, na enunciação do seu «*intepretivism*» em *Taking Rights Seriously*<sup>86</sup> –, antes propondo uma *perspectivação de sistema único* («*one-system picture*»), designadamente uma *estrutura em árvore* («*tree structure*»), em que o *direito* constitui um *ramo* daquela «*moral*». E «*moral*» que, recusando os sentidos *convencionalista* e *relativista*, acaba por apresentar-se como determinação *objectiva* de *validade* – mesmo de *verdade*... –, estabelecendo, nessa determinação, a possibilidade de convocação de uma *ética* («*ethics*») fundante de uma *moral pessoal* («*personal morality*»), e,

---

«*morality*» surge, afinal, como *pressuposto* do direito. Neste sentido, vide Joseph RAZ, “*Incorporation in Law*”, *cit.*, p. 190-202.

<sup>85</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 87, e António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*”, «*Excursão*» in António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 349-444, p. 349-354 (inicialmente publicado in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117.º, n.º 3722, 1984, p. 129-132, a ano 134.º, n.º 3922, 2001, p. 3-10, e posteriormente in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA, 61 – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 263-345; e in *Digesta*..., vol. III, *cit.*, p. 413-495). Vide Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, *cit.*, p. 5-21, e a nossa recensão desta obra, *cit.*, p. 980-981. Vide ainda os recentes desenvolvimentos desta conexão ente *morality* e *law*, *infra* também expressos em texto, in Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 404-405 (19. «*Law*», p. 400-415). Vide, para um panorama da teoria de DWORKIN, Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, *cit.*, p. 401-456 (especificamente sobre a perspectivação *interpretativa* e a noção de *integridade*, vide *idem*, p. 425-456).

<sup>86</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 401-402, remetendo para Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, 1984, 2. «*The Model of Rules I*», p. 14-45.

decorrente desta, uma *moralidade política* («*political morality*»)<sup>87</sup>. E, assim, distinguindo «*political rights*» – potencialmente a consagrar pelo direito – de «*legislative rights*» – determinantes da construção legislativa numa comunidade concreta – e de «*legal rights*» – enquanto um subtipo de «*political rights*», distinguindo-se por directamente invocáveis perante as instâncias judiciais, sem necessidade de intervenção legislativa ou de outra modalidade constitutiva de direito<sup>88</sup>. Afirmando, concomitantemente, a existência de *princípios* que – embora podendo apontar em direcções contrárias, implicando soluções diversas para a mesma controvérsia concreta – constituiriam um *escape à indeterminação* das «*rules*»: nas situações em que os princípios parecessem indicar soluções contrárias, deveriam ser reflectidos entre si, a fim de concluir pela resposta *correcta* para o caso *sub judice*. O que exigiria um “*metacrítério*”, que permitisse sopesar os princípios, fornecido pela «*soundest theory of the settled law*»<sup>89</sup>, teoria simultaneamente descritiva e normativa construída sob a égide do juiz *Hércules*<sup>90</sup>. «*Metacrítério*» este alvo de críticas, pela impossibilidade de encontrar um tal critério objectivo suficientemente estabelecido, por parte, entre muitos outros, dos *Critical Legal Scholars*, opondo-lhe estes, através da *tese da indeterminação*, a possibilidade de *construir* o direito à luz de opções ideológico-políticas – mormente de pendor *emancipatório* – projectadas nas decisões concretas<sup>91</sup>.

<sup>87</sup>Vide a recente síntese sobre este ponto apresentada por DWORKIN, em *Justice for Hedgehogs*: «We have now scrapped the old picture that counts law and morality as two separate systems and then seeks or denies, fruitlessly, interconnections between them. We have replaced this with a one-system picture: we now treat law as a part of political morality. (...)

(...) We saw how personal morality might be thought to flow from ethics and then how political morality might be seen to flow from personal morality. (...) We can easily place the doctrinal concept of law in that tree structure: law is a branch, a subdivision, of political morality». – Vide Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 405.

<sup>88</sup>«Political rights can be distinguished from personal moral rights only in a community that has developed some version of what Hart called secondary rules (...). Legal rights can sensibly be distinguished from other political rights only if that community has at least an embryonic version of the separation of powers Montesquieu described. (...) Legislative rights are rights that the community’s lawmaking powers be exercised in a certain way (...). Legal rights are those that people are entitled to enforce on demand, without further legislative intervention, in adjudicative institutions that direct the executive power of sheriff or police». – *Idem*, p. 405-406. «Legal rights are political rights, but a special branch because they are properly enforceable on demand through adjudicative and coercive institutions without need for further legislation or other lawmaking activity». – *Idem*, p. 407.

<sup>89</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, cit., p. 356, e Ronald DWORKIN, “*Objectivity and Truth...*”, cit..

<sup>90</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, cit., p. 360, e Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 105-123 (4. «*Hard Cases*», p. 81-130).

<sup>91</sup>Juan A. PÉREZ LLEDÓ, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 269-270. Para uma análise desta proposta, no contexto do confronto com a perspectiva dos *princípios* apresentada por algumas das vertentes nucleares dos *Critical Legal Studies Movement*, vide a nossa análise sistemática do tema em *Entre o centro e a periferia...*, cit., Parte IV, 5.3., p. 231-241. Vide ainda



A dicotomia «rules»/«principles» surge agora transmutada em relação de fundamentação «principles»/«rules», por via de uma materialização do direito assente na convocação da *supra* mencionada «morality» enquanto base material de fundamentação do direito. E isto na medida em que, embora no quadro do *liberalismo*, DWORKIN congrega como *horizonte de fundamentação* uma «community of principle»<sup>92</sup> – de *feição* liberal, em que os *princípios* são expressão de *direitos*, portanto em que a *fundamentação* dos *princípios* residirá ainda na *autonomia* dos sujeitos. Numa distinção entre «arguments of policy» – enquanto *standards* definidores de um *programa final* – e «arguments of principle» – enquanto *standards* resultantes de uma exigência *comunitária* de *justiça* ou *equidade* ou outra dimensão de «morality», que constituem, em último termo, uma expressão de *direitos* –<sup>93</sup>, DWORKIN traduz então o direito como questão de *moralidade política* («political morality»)<sup>94</sup>, desenhando assim «principles of political morality», posto que aqui “política” designa determinadas *convicções* que os juízes convocam para a realização do direito, exigindo-se também a intervenção de

---

José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (A): ‘As alternativas da ‘violência mística’ e da ‘escolha racional’ – I. A Correção situada das injustiças ou a procura frustrada de uma violência mística?’*, Coimbra, 2001-2002, 6. e 7., p. 16-20.

<sup>92</sup>Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 93. A titularidade de direitos decorre aqui da inserção numa *comunidade*: a dimensão da autonomia tem maior peso do que a dimensão da responsabilidade – todas as exigências comunitárias se traduzem na realização em concreto do homem individual. Sobre o conceito de *comunidade* em DWORKIN, *vide* Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue...*, *cit.*, p. 211-236 (5. «Liberal Community»), especialmente p. 224-227. *Vide*, equilibrando a relevância relativa de direitos e responsabilidades numa comunidade jurídica, António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, *cit.*. *Vide* também António CASTANHEIRA NEVES, “Dworkin e a interpretação jurídica...”, *cit.*, p. 353, 358, 363-364.

<sup>93</sup>«I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (...). I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality». – Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 22 (2. «The Model of Rules I», p. 14-45). «Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals». – *Idem*, p. 90. *Vide idem*, p. 82 ss.. *Vide* ainda Ronald DWORKIN, “Is Law a System of Rules?”, in Ronald DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, p. 38-65, p. 43-49; Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, p. 72-103 (“Principle, Policy, Procedure”). *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, “Dworkin e a interpretação jurídica...”, *cit.*, p. 363-364.

<sup>94</sup>*Vide* Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 5-6 («Baedeker», p. 1-19) e p. 405-407. Para um confronto com a distinção entre *principles* e *policies* em DWORKIN, *vide* Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1977-78), Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 259-264 («Excursus to Chapter IX», p. 259-264); Neil MACCORMICK, “Argumentation and Interpretation in Law”, in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 1, March 1993, p. 16-29, p. 24, 28-29 (também publicado em Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005, p. 121-142 – 7. «Arguing about Interpretation»); Jacques LENOBLE, “La théorie de la coherence narrative en Droit. Le débat Dworkin-McCormick”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33, 1988, p. 121-139.

“valores” que correspondam a uma interpretação dos “valores da comunidade”, pois o critério decisivo da “validade” será a “coerência comunitária”<sup>95</sup>. Distinguindo-se, assim, da perspectiva *constructiva* da *justiça política* do *liberalismo político* de RAWLS, em que a ideia de *princípio* – no âmbito dos valores políticos de uma democracia constitucional – vai directamente ligada à legitimação democrática: o *princípio* como contingente *constructo* integrante do *consenso de sobreposição*<sup>96</sup>, numa *autonomia doutrinal*<sup>97</sup> que constitui uma derivação – não obstante a partilha de ponto de partida, a *autonomia da razão prática* – face à *autonomia constitutiva* postulada por KANT<sup>98</sup>. Assim, o *princípio* resultaria aqui da selecção levada a cabo pelas *partes* na *posição original*<sup>99</sup>. Num quadro de *justiça política*, portanto, em que a razoabilidade do *justo* se projecta na construção dos *princípios*, conferindo-lhe relevância pública, e assim distinguindo-o das pessoais concepções de *bem*<sup>100</sup>.

### 3.1.1.1.3. A «*rational reconstruction*» de Neil MACCORMICK, em confronto com Herbert HART e Ronald DWORKIN

Ainda na tentativa de superar a formalização lógica da construção e relevância dos princípios, muitas outras possibilidades se aduzem, ramificando-se infindavelmente os sentidos e os graus de formalização ou materialização dos princípios e da

<sup>95</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 223-224, e António CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, cit., p. 105-106, 108.

<sup>96</sup>«(...) given the fact of reasonable pluralism, citizens cannot agree on any moral authority, whether a sacred text, or institution. Nor do they agree about the order of moral values, or the dictates of what some regard as natural law. We adopt, then, a constructivist view to specify the fair terms of social cooperation, as given by the principles of justice agreed to by the representatives of free and equal citizens when fairly situated». – John RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 97.

<sup>97</sup>«The argument from the original position exhibits this line of thought. Autonomy is a matter of how the view presents the political values as ordered. Think of this as doctrinal autonomy». – *Idem*, p. 98.

<sup>98</sup>*Idem*, p. 99-100.

<sup>99</sup>«(...) in this form of constructivism, what is it that is constructed? Answer: the content of a political conception of justice. In justice as fairness this content is the principles of justice selected by the parties in the original position as they try to advance the interests of those they represent». – *Idem*, p. 103. *Vide idem*, p. 104.

<sup>100</sup>«(...) not everything, then, is constructed; we must have some material, as it were, from which to begin. In a more literal sense, only the substantive principles specifying content of political right and justice are constructed. The procedure itself is simply laid out using as starting points the basic conceptions of society and person, the principles of practical reason, and the public role of a political conception of justice». – *Idem*, p. 104. *Vide idem*, p. 125.

configuração teórica ou prática do correspectivo pensamento jurídico. Uma dessas linhas de superação, oferecida por Neil MACCORMICK – que a nomeia e utiliza como método de «*rational reconstruction*»<sup>101</sup> –, reconhecendo ao pensamento jurídico um cariz eminentemente *prático*<sup>102</sup> – não obstante com dimensões *dedutivas* e *não dedutivas*<sup>103</sup> –, concentrado na problemática da *justificação*, enquanto *argumentarium* de *racionalidade prática* (de inspiração em ALEXY e HABERMAS) – não essencialmente *demonstrativa* –<sup>104</sup>, perspectiva os princípios num *grau de generalidade superior* ao das *normas*, conferindo-lhes a qualidade de determinantes destas últimas, e a estas a de concretização daqueles<sup>105</sup>, os quais contribuem ainda para a orientação da interpretação das *normas* (MACCORMICK mobiliza o termo *rules*, todavia referir-se-á nesta parte a «*statute law*», posto que, logo após, alarga o mesmo raciocínio à interpretação de «*precedents*»<sup>106</sup>). Sentido em que, uma vez esclarecida a diferença de *grau* e de *relevância prática*, cabe questionar a *natureza* destes princípios – o que não seria

<sup>101</sup> «The method (...) is one to which I should now give the name of “rational reconstruction”. That is to say, it is no mere description of observed “facts”. Rather, it is an attempt to show the phenomena discussed as belonging within a rationally comprehensible system of thought and action (...).» – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xiii («Foreword», p. ix-xvi).

<sup>102</sup> «(...) the process of applying rules is central to legal activity, and that studying the rational structure of this process is central for explaining the character of legal reasoning as a branch of practical reasoning». – *Idem*, p. ix.

<sup>103</sup> *Idem*, p. ix. «(...) deductive reasoning from rules cannot be a self-sufficient, self-supporting, mode of legal justification». – *Idem*, p. xiii. MACCORMICK estabelece os requisitos e limites da *justificação dedutiva* – a partir dos quais parte para uma justificação prática da prática jurídica, abandonando a estrita construção positivista –, apontando, neste último domínio, entre outros, o problema da “*tese da validade*” («*the validity thesis*»), referindo-se ao problema decorrente de a justificação dedutiva se basear numa estrutura de razões fundamentantes que deixa por explicar: «(...) deductive justification takes place within a framework of underpinning reasons which it does not explain. That is one limit to deductive justification (...).» – *Idem*, p. 65 (III. «*Deductive Justification – Presuppositions and Limits*», p. 53-72). *Vide idem*, p. 53-62.

<sup>104</sup> «(...) it is important to see how resort to rules is itself justified. (...) it is justified, in principle, by reference to fundamental principles of rational practical discourse». – *Idem*, p. xii. «(...) I am convinced by Robert Alexy (and derivatively by Jürgen Habermas), that an account of rational practical discourse can be construed that derives a justification for legal institutions and legal reasoning from the exigencies of general practical reason, and subjects legal reasoning through and through to the general principles of practical rationality». – *Idem*, p. xvi. *Vide idem*, p. 15 (I. «*Introduction*», p. 1-18). «Rational legal argument (...) is not demonstrative argument. Except in very straightforward and essentially undisputed situations, it does not amount to logical demonstration of the correctness of the result reached in the light of uncontested legal and factual premises. It is rationally persuasive, rather than rationally demonstrative. Its study is one department of rhetoric». – Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, cit., p. 279-280 (13. «*Judging Mistakenly?*», p. 254-280). *Vide* ainda MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, p. 195-197 (11. «*Practical Reason, Law and State*», p. 193-209).

<sup>105</sup> «(...) rules exist as relatively concrete formulations of more abstract principles». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. x.

<sup>106</sup> «(...) the resolution of controversy by interpretation of the rules keeps in play the arguments of principle that lie behind the rules, yet in a different way than occurs in the political process itself. Similar reasoning from principle is involved in the use of precedents as a method of or an element in the determination of relatively detailed rules for the conduct of human affairs». – *Idem*, p. xi.

propriamente problemático para uma concepção positivista do direito, como aliás reconhece o próprio MACCORMICK –, desde logo porque estes seriam tão alteráveis quanto as suas normas, e mesmo através da alteração destas últimas. Sendo os *princípios* de um sistema jurídico *normas gerais conceitualizadas* («*conceptualized general norms*») pertencentes a esse sistema em função da sua relação com um critério internamente observado – “*regra de reconhecimento*”<sup>107</sup>.

E, assim, não superando completamente aquela formalização, a orientação de MACCORMICK, oscilando entre o *positivismo* de HART e algumas das propostas de DWORKIN, consubstanciando um *positivismo moderado*, de índole *institucionalista*, e apresentando, além disso, uma dimensão *consequencialista*, acentuando uma aproximação a uma *teleologia prática*, vem temperar a construção de princípios como *ratio* com um sentido de *justiça* a relevar numa e noutra das dimensões, a das *consequências* e a dos *princípios*<sup>108</sup>. A dimensão *consequencialista*, ao lado da de *justificação*, já patente em *Legal Reasoning and Legal Theory*, permanece em *Institutions of Law*, com o reconhecimento de *valores* – que, à luz daquela enunciação, vão desde a *justiça* à *eficiência* –, distintos dos enunciados e requisitos factuais de aplicabilidade específicos das normas – e convocáveis ainda como *standards* –, e assim comportando uma margem gradativa de realização, e aos quais se agregam, em seu redor, generalizações normativas ditas “*princípios*” – “*princípios gerais*” –, estes também não comportando estrutura análoga às das normas, embora convocáveis na decisão concreta<sup>109</sup>.

<sup>107</sup>«(...) just as the rules of a system can be changed, so can its principles. One way to change them is to enact new laws». – *Idem*, p. 154 (VII. «*The Requirement of “Coherence”: Principles and Analogies*», p. 152-194). «(...) the processes of change are not radically different as between the “valid rules” and the principles of a legal system; the principles can indeed be changed by changing the rules. So far as concerns “criteria of recognition” there is a similar relationship. The principles of a legal system are the conceptualized general norms whereby its functionaries rationalize the rules which belong to the system in virtue of criteria internally observed». – *Idem*, p. 155. Vide também neste sentido, Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, cit., p. 158 (8. «*Using Precedents*», p. 143-161; originariamente Neil MACCORMICK, “*Why Cases Have Rationes and What These Are*”, in Laurence GOLDSTEIN (Ed.), *Precedent in Law*, Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 155 ss.).

<sup>108</sup>«(...) so far from being inconsistent with a “positivist” legal theory, the present theory depends on and justifies what is, in one sense of the term, a positivist theory of law. Institutionalized legal systems do indeed revolve round what Hart has called a “rule of recognition” though some departure from or extrapolation beyond his account of social rules is called for». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 258 (IX. «*Legal Reasoning and Legal Theory*», p. 229-258). Vide *idem*, p. 108-119 (V. «*Second-Order Justification*», p. 100-128).

<sup>109</sup>«Since it is good to be fair, good to be wise, good to be efficient, good to be reasonable, we can recognize these concepts as naming “values”. (...) Being values, they permit of satisfaction to a greater or lesser degree (...). This aspect of such concepts is sometimes captured by referring to them as “standards” (...).

No exposto se espelha a determinante influência de HART, embora o pensamento de MACCORMICK evolua num progressivo distanciamento face àquela análise positivística<sup>110</sup>, enveredando por uma «*post-positivist institutional theory of law*»<sup>111</sup> – vertida também numa compreensão do direito enquanto *ordem normativa* e, cumulativamente, como objectivo essencial, *ordem institucional*<sup>112</sup>, cada vez mais afastada do *tradicional* positivismo, admitindo-se «*post-positivist, if not anti-positivist*»<sup>113</sup>. E aqui admitindo a pertinência da referência a valores, mesmo que remetendo a uma dimensão ideológica, por exemplar remissão para os *Critical Legal Scholars* Jack BALKIN e Duncan KENNEDY<sup>114</sup>. Não obstante posicionando-se

---

Unlike rules, whose operative facts delineate specific circumstances of application, values are pervasive. (...) Since they are, like the values in question, pervasive, we do not normally find it helpful to structure them in accordance with the formula “Whenever OF, the NC”. These are norms that bear on decision-making in almost any circumstance, so there is no point in singling out particular circumstances of application. They are what we commonly call “principles”, or indeed “general principles”. Principle can be excluded from consideration by a decision-maker who is charged with applying rules of absolute application, or limited in effect to a greater or lesser degree in the case of rules of strict application (...)» – Neil MACCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, p. 29-30 (2. «*On Institutional Order*», p. 21-37). Vide *idem*, p. 243-245, 260 (14. «*Positive Law and Moral Autonomy*», p. 243-261), e MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, *cit.*, p. 198-199. Ainda sobre valores e *consequencialismo* na *decisão judicial*, vide Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, *cit.*, p. 101-120 (6. «*Judging by Consequences*»; originariamente Neil MACCORMICK, “*Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin*”, in *New York University Law Review*, 58, 1983, p. 239-258).

<sup>110</sup>Referimo-nos à evolução posterior à edição de 1978 de *Legal Reasoning and Legal Theory*, e face às respectivas críticas. – Vide Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. xiv-xv.

<sup>111</sup>«Personally, I remain hugely indebted to Herbert Hart (...). Nevertheless, as some of my more recent work indicates, I no longer accept nearly as much of his theses about law as I did in 1978. (...) In fair measure, it has been response to criticisms of *Legal Reasoning and Legal Theory* that has led me to my present stance in what might be called a post-positivist institutional theory of law. (...) still a statement of the Hartian case, readable alongside Hart’s main work, and in opposition to the critique by the Ronald Dworkin of the 1970s». – *Idem*, p. xv.

<sup>112</sup>O que ficou também recentemente patente, em Neil MACCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, de 2007: «Norm-usage can acquire a more formal character, indeed, can become “institutionalized”. To understand this is to understand the transition into institutional normative order, and thus law». – Neil MACCORMICK, *Institutions of Law...*, *cit.*, p. 20 (1. «*On Normative Order*», p. 11-20; vide 2. «*On Institutional Order*», p. 21-37). Vide *idem*, p. 281-285 (16. «*Laws and Values: Reflections on Method*», p. 281-305). Vide também Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, *cit.*, p. 342-348.

<sup>113</sup>Neil MACCORMICK, *Institutions of Law...*, *cit.*, p. 243, 278-279: «(...) an institutional theory of law, (...) this theory draws inspiration both from some strands of thought previously advanced by self-proclaimed “legal positivists” and from others derived from “natural law” theorizing. It is post-positivist, if not anti-positivist». – *Idem*, p. 279 (15. «*On Law and Justice*», p. 263-279).

<sup>114</sup>«At the very end, it is necessary yet again to confront a fear that has been perennial among legal thinkers. (...)

The fear is that (...) reference to value deprives legal theory and legal scholarship (legal doctrine, legal dogmatics, legal science, academic law) of any pretension to scientific character. (...) Such work would admittedly not be scientific, but it would be no more unscientific than the orthodox accounts of law that otherwise prevail. Sure, it may be ideology – but it is honest and open ideology, not a legitimating ideology masquerading as some kind of objective legal science». – *Idem*, p. 304-305,

MACCORMICK mais como complementar do que adverso à teoria de HART, ao contrário de DWORKIN<sup>115</sup>. Afastando-se todavia também de HART, evoluindo para um *institucionalismo* em que as *rules*, diferentemente do papel desempenhado nos normativismos *tradicionais*, o são enquanto componentes de uma ordem normativa institucionalizada. E em que a *moralidade/morality* se reconhece, por inspiração no idealismo kantiano, embora também convocando para a mesma noção uma perspectiva *realista* – e, assim, não já puramente *transcendental*<sup>116</sup>, *autónoma* face ao direito<sup>117</sup>, e este *heterónomo*<sup>118</sup>, ainda que com *nuances* referentes à possível coincidência de conteúdo entre *moral* e *direito*, e, assim, *relativamente heterónomo*<sup>119</sup>, ambos compreendidos como domínios de *razão prática*<sup>120</sup>. Com uma afinal sempre implicitamente presente pretensão de *justiça*<sup>121</sup>.

Fazendo depender a posição dos argumentos dos *princípios gerais* no pensamento jurídico de uma exigência de “*coerência*” – enquanto unidade de sentido da multiplicidade de normas constitutivas de um sistema, e, assim, afastando-se de HART

---

citando Jack BALKIN, *Cultural Software. A Theory of Ideology*, Yale University Press, New Haven, London, 1998 (2003), William LUCY, “*What is Wrong with Ideology?*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, p. 283-300, e, por referência deste, Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1998. O tema da relevância teórica e metodológica da *ideologia* no *Critical Legal Studies Movement*, mormente no seu *núcleo duro* inicial – constituído por Roberto MANGABEIRA UNGER, Duncan KENNEDY e Jack BALKIN –, foi o objecto fundamental da nossa dissertação de Mestrado, *Entre o centro e a periferia...*, *cit.* (e, por referência a esta, mais recentemente, de “*Critical Legal Studies Movement: uma deriva política do pensamento jurídico (?)*”, in COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos/ MELLO, Cleyson de Moraes (Org.), *O Fundamento do Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Sebastião Trogo*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2008, p. 262-284); especificamente quanto a *Cultural Software...*, de Jack BALKIN, *vide* a nossa recensão desta obra, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, p. 847-863.

<sup>115</sup>Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 154.

<sup>116</sup>Neil MACCORMICK, *Institutions of Law...*, *cit.*, p. 249-250. *Vide* ainda Neil MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, *cit.*, p. 89-104 (5. «*Autonomy and Freedom*») e p. 198-199.

<sup>117</sup>«(...) law’s point is to render common and determinate societally that which is interpersonally controversial in the perspective of autonomous morality». – Neil MACCORMICK, *Institutions of Law...*, *cit.*, p. 258.

<sup>118</sup>«(...) law as well as being institutional and authoritative, indeed, precisely because it is so, is heteronomous. (...) Law is (in this sense) heteronomous, as well as authoritative and institutional; it huts stands in clear conceptual contrast to morality, which is autonomous, discursive and controversial». – *Idem*, p. 255.

<sup>119</sup>*Vide idem*, p. 256-258. «(...) the problem of autonomy is *the* moral problem. Law, by virtue of the way in which it addresses the moral agent *ab extra* is always at least relatively heteronomous. That is why law and morality are conceptually distinct». – *Idem*, p. 261. *Vide idem*, p. 263-264.

<sup>120</sup>*Vide* Neil MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, *cit.*, desde logo em «*Introduction*», p. 1-4, e p. 195-197, 209.

<sup>121</sup>«(...) a certain pretension to justice, that is, a purported aspiration to be achieving justice (...) is necessarily evinced in the very act of law-making in the context of a law-state. (...)

(...) notwithstanding the conceptual distinction between institutional law and autonomous morality, there are moral minima that have to be satisfied by anything that one can acknowledge as law». – Neil MACCORMICK, *Institutions of Law...*, *cit.*, p. 276-277.

ao admitir certos fundamentos político-morais substantivos essenciais para uma compreensão *positivista* do direito, não por mérito moral mas por serem resultado de uma positivação institucional, constituindo, neste sentido, uma *justificação moral* por via da “*coerência*”<sup>122</sup> –, susceptível de ser lograda através da recondução a uma norma *mais geral* de que as restantes serão concretizações *mais específicas*, confere MACCORMICK aos princípios o carácter de normas *mais gerais*, cuja função no sistema jurídico consistirá, essencialmente, na justificação e explicitação da relação entre as normas e as decisões concretas<sup>123</sup>. Exigências estas que se verificariam também em matéria de argumentação por analogia («*arguing by analogy*»)<sup>124</sup>.

Enquanto DWORKIN rejeita a tese de HART, nomeadamente quanto à afirmação de que a “*regra de reconhecimento*” não constitui um *filtro de determinação* (“*pedigree*”) dos princípios jurídicos<sup>125</sup> – tese esta também não perfilhada, apesar disso,

---

<sup>122</sup>«“Coherence” is intended in a looser sense. One can imagine a random set of norms none of which contradict each other but which taken together involve the pursuit of no intelligible value or policy. (...)

The “validity thesis” presents law as comprising or at least including a set of valid rules for the conduct of affairs: such rules must satisfy the requirement of consistency, at least by including procedures for resolving conflict. But rules can be consistent without the system being coherent as a means of social ordering, if “order” involves organization in relation to intelligible and mutually compatible values. To the extent however that rules are, or are treated as being, instances of more general principles the system acquires a degree of coherence». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 106-107. A noção de *coerência*, no domínio da juridicidade, e a sua diferenciação face a *consistência* – em texto referidas, a partir deste ponto, em sentidos justificadamente distintos –, é sujeita a uma análise crítica específica fundamental in Anna PINTORE, *Law Without Truth*, cit., especialmente p. 142 -170 (4. «*Coherence and Truth in Law*», p. 133-170): «(...) the coherence of law is an “elusive notion”, an ability to “make sense” that depends on a wide variety of criteria (...).

(...) coherence as discussed by legal theorists is a fundamentally pragmatic notion: it does not always insist on non-contradictoriness or logical-deductive ties, but it does always insist that the contents of the normative system be compared with elements external to it, i.e., with the historical and factual context in which the order in question exists». – *Idem*, p. 155-156, citando Neil MACCORMICK, “*Coherence in Legal Justification*”, in W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINKLER, A. SCHRAMM (Hrsg.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberg zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, p. 37-53.

<sup>123</sup>«(...) the place of arguments from general principles of law in legal reasoning. (...) the place of such arguments depends on a postulated requirement of “coherence” in the law (...). Sets of rules may be such that they are all consistent with some more general norm, and may therefore be regarded as more specific or “concrete” manifestations of it. If that more general norm is regarded by someone as a sound and sensible, or just and desirable, norm for the guidance of affaires, then that person may properly treat that norm as a “principle” which both explains and justifies all or any of the more specific rules in question». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 152.

<sup>124</sup>«It will be suggested in what follows that “arguing by analogy” in law has to be understood in essentially similar terms. Here again, what is at stake is an attempt to secure a value-coherence within the legal system». – *Idem*, p. 153.

<sup>125</sup>Para uma análise crítica do pensamento de HART por DWORKIN, *vide*, a final, Ronald DWORKIN, “*Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy*”, o capítulo 6 de *Justice in Robes*, correspondendo a um artigo anteriormente publicado, com título semelhante, “*Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 1, 2004, p. 1-37, e consistindo numa discussão dos argumentos aduzidos relativamente a DWORKIN no escrito de HART

por outro partidário do *positivismo jurídico inclusivo*, já referido, Jules COLEMAN<sup>126</sup> –, a relação entre a *regra de reconhecimento* e os *princípios* seria, para MACCORMICK, indirecta, no sentido de que as regras («*rules*») jurídicas o são em virtude do seu “*pedigree*”, e os *princípios jurídicos* o são por referência à função desempenhada em relação às regras, ou seja, a função que lhes é conferida por quem os mobiliza como *racionalizações de regras*<sup>127</sup>. Assim, MACCORMICK toma os princípios como *normas* relativamente gerais racionalizantes de *rules* ou conjuntos de *rules*, seleccionadas à luz de “*critérios de reconhecimento*”, *rectius*, acompanhando MACCORMICK, «*institutive rules*»<sup>128</sup>.

---

postumamente publicado como posfácio («*Postscript*») à edição de 1994 de *The Concept of Law*. Neste insurge-se HART contra o facto de DWORKIN negar ao seu projecto o carácter filosófico e descritivo que pretendia dar-lhe. Efectivamente, DWORKIN, no artigo citado, reconhece em *The Concept of Law* alguns traços do que designa por *positivismo político* (*political positivism*), procurando, a seu ver sem sucesso, explicações para a afirmação de HART de que a teoria das *condições de verdade* das *proposições de direito* poderia ser política e moralmente *neutra*, e assim de um *positivismo doutrinal analítico* (*analytical doctrinal positivism*). Vide Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, *cit.*, p. 140-186, e H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, p. 238-276. E, numa apreciação crítica deste comentário final de DWORKIN a HART, vide Jules COLEMAN (Ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, sobretudo a crítica de Joseph RAZ a DWORKIN, em “*Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*”, *ibidem*, p. 1-37, especialmente p. 36-37. Vide ainda Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, *cit.*, p. 336-340.

<sup>126</sup>«A legal system with only pedigree criteria of legality is surely a legal system, and inclusive legal positivists have no reason to think otherwise». – Jules COLEMAN, *The Practice of Principle...*, *cit.*, p. 108.

<sup>127</sup>«(...) principles, although genuinely legal, are not identifiable by “pedigree” via a rule of recognition». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 230, remetendo para Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 21, 36, 39-45, 64-68 (3. «*The Model of Rules II*», p. 46-80). «There is a relationship between the “rule of recognition” and principles of law, but it is an indirect one. The rules which are rules of law are so in virtue of their pedigree; the principles which are principles of law are so because of their function in relation to those rules, that is, the function which those who use them as rationalizations of the rules thus ascribe to them.

This, it might be said, suggests antipositivistically that law is not after all value-free. (...) Nobody in his right mind – and there are at least some positivists who are in their right mind – has ever suggested or would ever suggest that law itself is value free». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 233. Vide *idem*, p. 245-246. Vide ainda, sobre este ponto, Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, *cit.*, p. 459-460.

<sup>128</sup>«(...) principles are relatively general norms which are conceived of as “rationalizing” rules or sets of rules. That postulates, of course, that we know what rules to rationalize. But we do. We know the rules of law because we have “criteria of recognition” or something like that». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 232-233, remetendo para Neil MACCORMICK, *Law as Institutional Fact* (1973), Edinburgh University Inaugural Lecture, n. 52, também in *Law Quarterly Review*, vol. 90, 1974, p. 102 ss.. Vide ainda o confronto MACCORMICK/HART acerca da *regra de reconhecimento*, nomeadamente apontando MACCORMICK dificuldades à compreensão da diferenciação do sentido e função das “*rules of change*”, “*rules of adjudication*” e “*rule of recognition*”, in Neil MACCORMICK, “*The Concept of Law and ‘The Concept of Law’*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 1, 1994, p. 1-23, especificamente p. 14-15 (também in Robert P. GEORGE (Ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996, p. 163-193). Vide Gerald J. POSTEMA,



Nesta reacção ao positivismo estrito, embora sem abandonar uma postura, em último termo, positivista, MACCORMICK admite a *não neutralidade* e a *incorporação* de valores pelo direito, em termos de os enunciados dos *princípios* exprimirem valores – valores compreendidos como *estados de coisas* a serem protegidos por *normas*, e na medida em que o exijam, e assim *princípios* sempre susceptíveis de alteração (compreendidos, portanto, os valores e *princípios* dominantes do direito como mutáveis)<sup>129</sup>, enquanto explicitações daqueles valores: não explicitações de algo já claramente conhecido, antes explicitações conferentes de sentido ao direito («*making sense of law*»), desvelando um sentido já existente. Num *continuum* entre *normas* e valores, por um lado, e *normas* e *princípios*, por outro, que faz dos valores determinantes das *normas* e dos *princípios* instâncias de racionalização das mesmas<sup>130</sup>. Não sendo, assim, plausível defender que os *princípios* sejam eles próprios determinados pela “*regra de reconhecimento*”, sendo antes possível haver mais do que um conjunto de generalizações normativas que possam ser avançadas na racionalização das *regras* que “pertencem” ao sistema quanto a um determinado domínio<sup>131</sup>.

Os *princípios* pertencem ao sistema jurídico, em suma, em virtude da sua relação com *regras válidas* («*valid rules*»)<sup>132</sup>. Além de que o que fará de um *princípio político* um *princípio jurídico*, para MACCORMICK, aqui seguindo de relativamente perto DWORKIN – na sua distinção entre princípios que estabelecem «*background rights*» e princípios que estabelecem «*institutional right*» –, não será a sua classificação como político para uma maioria, ou para uma *determinada* maioria, antes tal inserção no jurídico se efectivará por duas outras vias possíveis: a da legislação – constituindo um conjunto de *rules* que confirmam ao princípio *forma* e *força* jurídica concreta – e a da decisão judicial – filtrando os domínios *moral* e *político*, e constituindo assim *princípios jurídicos*, ainda que mais lentamente do que através da legislação<sup>133</sup>. A inserção de

---

*Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de Enrico PATTARO, (Editor-in-Chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, cit., p. 309-314.

<sup>129</sup> «(...) the dominant values and principles of the law change over time». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 223.

<sup>130</sup> *Idem*, p. 233-234.

<sup>131</sup> «Just because that is so, it would be false to argue that the principles are themselves determined by the “rule of recognition”: there may be more than one set of normative generalizations which can be advanced in rationalization of the rules which “belong” to the system concerning a certain subject matter (...).» – *Idem*, p. 234-235.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 235.

<sup>133</sup> «(...) a political principle which commends itself as such even to a majority of people, or to a majority of the thoughtful and unprejudiced people whose views on such matters Dworkin is prepared to admit as relevant, is not *eo ipso* a principle of law. Dworkin himself allows this to be true, in terms of his

novos princípios teria, assim, lugar por referência a princípios já estabelecidos, numa construção dialéctica por referência a *critérios de reconhecimento*<sup>134</sup>. Neste sentido, por fim, os *princípios jurídicos* («*legal principles*») seriam também *políticos*, enquanto princípio próprios *do político*, mas não já enquanto princípios *da política*.

Por outro lado, haverá ainda que distinguir a designação «*moral principles*» quando relativa a princípios específicos de determinada *moralidade política* e a verdadeiros *princípios da moral*. Posto que – e mantendo-se assim a compleição positivista de base da perspectiva de MACCORMICK – as apreciações *descritiva* e *normativa* de um sistema jurídico se distingam, em termos de o conteúdo específico das *rules* ser vinculante independentemente do juízo normativo sobre a validade das mesmas, embora na perspectiva de construção do sistema jurídico deva relevar o conteúdo material a assumir por *princípios e rules*<sup>135</sup>. Note-se que, embora em sentido distinto, também David FAGELSON, procurando demarcar-se desde logo do *positivismo inclusivo* («*inclusive positivism*») – de Jules COLEMAN e H. L. A. HART –, e mesmo do «*soft positivism*»<sup>136</sup>, acaba por reconhecer ao direito um possível conteúdo *moral*, ao nível dos princípios, pretendendo distinguir-se de DWORKIN na medida em que este último entende estabelecer uma distinção entre consideração da *moral* por *convenção*

---

distinction between principles establishing “background rights” and those establishing “institutional right”. (...)

(...)

(...) albeit slowly and incrementally rather than by the “big bang” of legislation, new principles are adopted into the law through judicial decision making». – *Idem*, p. 235-237, referindo-se a Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 246-255 (10. «*Liberty and Moralism*», p. 240-258) e 93-94.

<sup>134</sup>«In short, when we ask what gives a principle *legal* quality we must give the answer in terms of its actual or potential explanatory and justificatory function in relation to law as already established, that is, in relation to established rules of law as identified by reference to criteria of recognition. (...)

(...). It does not involve the assertion that a principle which is a legal principle thereby stops being a moral or political principle, on which again we are indebted to Dworkin for vigorous statement of the neglected truth». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 238.

<sup>135</sup>«(...) we must be cautious about meanings. Principles which are legal principles are also political, in the sense that they are concerned with the good governance of the polity; they are not political in the specific and narrow sense of that which is a focus of party controversy – as in the “political question” doctrine. They are “moral principles” only in the descriptive sense (...).» – *Idem*, p. 238.

<sup>136</sup>«I do not argue that rules must *actually* be justified according to some correct moral ideal in order to be law. Those interpreting the law, however, must *believe* it to be legitimate. (...) In this respect, my legal theory will be compatible with the rights theory of Lon Fuller as well as the inclusive legal positivism of Jules Coleman and H.L.A. Hart. Inclusive legal positivism requires only that those officials interpreting the law sincerely believe that the law is justified, not that it actually be justified according to some correct morality. Rights theorists such as Dworkin believe that the law must actually be justified. This is an important difference, but in practice, Dworkin’s idiosyncratic idea of law’s moral force reduces the differences between them for the purposes of my argument». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 5-6.

*social* e por *correção (objectiva)*, parecendo preferir esta última, embora na sua base acabe por ser também, em último termo, *convencional*<sup>137</sup>.

### 3.1.1.1.2. Dos princípios como *intentio* aos princípios como *jus*: de Drucilla CORNELL a CASTANHEIRA NEVES

Noutro plano ainda, pretendendo também afastar-se da direcção *positivista*, Drucilla CORNELL, postulando a responsabilidade pelo *Outro*, na esteira de LÉVINAS, e o surgimento do *terceiro*, na origem do direito, e bem assim de um Estado justo e igualitário, e assumindo cada *Outro* distintas pretensões, torna premente a necessidade de *princípios*-guia no *labirinto* de interpretações jurídicas concorrentes, pois que nem todas as pretensões serão susceptíveis de obter provimento<sup>138</sup>. Aqui, os princípios não se confundiriam com *rules*, constituindo antes uma *orientação* («*guiding-light*»)<sup>139</sup>, não determinando no entanto um caminho exacto único a seguir – para uma única *resposta correcta*... –, antes apontando as *respostas incorrectas* para a sua realização – procurando, assim, superar a «*indeterminacy thesis*»<sup>140</sup>, constituindo uma

<sup>137</sup> «Dworkin distinguishes between looking to morality by convention and doing so because one thinks a certain moral principle is right. (...)

(...)

This opposition to the conventional nature of law is somewhat puzzling since his own idea of morality, upon which his conception of law is based, is itself rooted in social convention». – *Idem*, p. 19-20. *Vide idem*, p. 17-21.

<sup>138</sup> «The aspiration to a just and egalitarian state proceeds from the irreducible responsibility of the subject to the Other. Each Other has her claim, and her claim must be addressed. All claims, however, cannot be vindicated even if they must be heard. We need legal principles that guide us through the maze of competing legal interpretations, precisely because all claims cannot be vindicated». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, *cit.*, p. 105. *Vide*, como referente essencial, e remetendo também neste sentido para a necessidade de um *princípio*, Emmanuel LÉVINAS, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Martinus Nijhoff, La Haye, (1974), 1978, Le Livre de Poche, 2008, p. 156-162, e *supra*, Parte II, 3.2.1..

<sup>139</sup> «A principle as I use it here is not a rule, at least not as a force that literally pulls us down the tracks and fully determines the act of interpretation. A principle is instead only a guiding light. It involves the appeal to and enrichment of the “universal” within a particular *nomos*. We can think of a principle as the light that comes from the lighthouse, a light that guides us and prevents us from going in the wrong direction». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, *cit.*, p. 106.

<sup>140</sup> «If a principle cannot give us *one right answer*, it can help us define what answers are wrong in the sense of being incompatible with its realization». – *Idem*, p. 106, remetendo para Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, e para as diferenças apresentadas pelo mesmo Autor em *Law's Empire*, *cit.*. «A jurisprudence of principle (...) can survive the indeterminacy thesis which reminds us that a rule

estabilização representativa de sentidos, compreendida a partir da “*tematização*” proposta por LÉVINAS, enquanto categoria não apenas *descritiva* mas *normativa*<sup>141</sup>. Numa construção de princípios jurídicos que, não se fundando numa compreensão neokantiana de *razão* – a implicar uma *auto-legislação* –, se baseia numa *construção racional dialógica*<sup>142</sup>. E a determinar a interpretação jurídica – também por referência a DERRIDA – como concretização prática incompleta de um sentido de direito que a transcende, axiológica e praticamente, porém necessária para a realização concreta desse mesmo sentido, e assim como contínua dinâmica, *transformação*, de sentidos interpretados, e geradora de *responsabilidade* por tais sentidos<sup>143</sup>. O que nos remete também para BALKIN, com comum inspiração em DERRIDA, postulando um sentido de justiça *indefinido e indeterminado*, de realização sempre imperfeita pelo direito, porém rejeitando um sentido *ilimitado* de responsabilidade<sup>144</sup>.

---

cannot be fully determinative of the outcome of a particular case». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 106.

<sup>141</sup>«This process of elaborating principles of justice involves what Levinas calls “thematization” in the said, the world of established representational systems». – *Idem*, p. 106. «Thematization, then, is never just descriptive. It is precisely the critical, normative dimension of law that demands reasonable assessment of competing legal principles». – *Idem*, p. 107. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*O dito do direito e o dizer da justiça – diálogos com LÉVINAS e DERRIDA*”, in José Joaquim GOMES CANOTILHO/Lenio Luiz STRECK (Org.), *Entre discursos e culturas jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 181-236 (também in *Themis*, VIII, 14, 2007, p. 5-56), p. 202-204; José Manuel AROSO LINHARES, “*Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*”, cit., p. 139-140 (2.2.2.1.); e, muito especialmente, José Manuel AROSO LINHARES, “*Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi*”, cit., p. 656-660 (5.2.4.3), especialmente p. 657, e *ibidem*, n. 345, 346.

<sup>142</sup>«Reason is not understood to ground legal principles in the traditional neo-Kantian sense. But it is a serious mistake to confuse Levinas’ position with irrationalism.

In law, reason is a “practical faith” we are called upon to exercise as an essential aspect of the task of elaborating legal principles. (...) The exercise of practical reason, in other words, demands that we continually engage in dialogue with one another. It demands that we make a Derridean double gesture. We need to recognize both that thematization in law is necessary and that no thematization into a system of justice can pretend to have the last word as the truth of a “reconstructive science”». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 107, referindo-se em nota a Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, e Jacques DERRIDA, “*The Principle of Reason: the University in the Eyes of its Pupils*”, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, vol. 10 (Spring 1984), p. 5-45.

<sup>143</sup>«Legal interpretation is fidelity to the Law of Law as the realized Good enacted (...)». – Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, cit., p. 113. «The Law of Law calls us to interpretation through an appeal to justice, and this process of interpretation also projects the good of the community (...). (...) What Derrida says of translation could equally well be said of legal interpretation». – *Idem*, p. 113. «Interpretation is transformation. Thus, we need to remember that we are responsible, as we interpret, for the direction of that transformation. We cannot escape our responsibility implicit in every act of interpretation». – *Idem*, p. 115.

<sup>144</sup>«A limitless responsibility could be an infinite responsibility, or it could be a responsibility whose full contours cannot be defined in advance. This is the distinction between the *infinite* and the *indefinite*». – Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, cit., p. 1151. «Human values like justice are always indeterminate; they must be constructed and articulated through

Centrando o momento da decisão como *intervalo* entre a prescrição jurídica e a invocação de um estado de coisas ideal à luz de princípios ou de uma concepção da *moralidade*. Tudo o que, numa tensão entre o *apelo urgente* de *justiça* e a *omnitemporalidade* do *direito*, haveria de determinar o *momento* da decisão judicial como um *momento performativo* de construção de um *princípio* – um *paradoxal* “*princípio momentâneo*” – de *justiça*. Um *rasto* («*trace*»)-*princípio de justiça* englobando o passo *performativo* da *interpretação* à *acção*, entre a afirmação do *critério* e a efectivação da *decisão*, como encontro com o *Outro*, e, assim, *momento* concreto e irrepetível, sendo a *justiça* resposta *momentânea* e fundada em princípios à *generalidade concreta* do *Outro*, conforme também referem DOUZINAS e WARRINGTON, na sequência da análise crítica da *filosofia dos limites* de Drucilla CORNELL<sup>145</sup> e no concomitante apelo a DERRIDA – mormente numa *leitura* da perspectivação kafkiana de *direito*, em concreto referida a “*Vor dem Gesetz*”<sup>146</sup>. *Momento* esse que, pese embora

---

culture, law, and convention. Yet any articulation of human value never fully exhausts the scope of human evaluation». – *Idem*, p. 1155. *Vide idem*, p. 1151 ss.

<sup>145</sup>«(...) the justice of a judgment is inscribed and suspended in the space between the statement of the law (what *exists* legally) and the invocation of an ideal state of affairs (what *ought* to be according to some principles or conception of morality). It is the space where the other brought before the law is acted upon, where justice is done or violence is inflicted». – Costas DOUZINAS/Ronnie WARRINGTON, *Justice miscarried...*, *cit.*, p. 237 (6. «A well-founded fear of the other. The momentary principle of justice», p. 211-241). «The tension between the urgency of the call to justice and the omnitemporality of law reminds us that there is an imperceptible fall from interpretation to action, that an invisible line both fissures and joins the legal sentence as the (grammatical) sentence of the legal text and the (forcible) sentence of the legal verdict. This trait conjoins and separates the constative from the performative. (...) A judgment is just if it follows and creates its momentary principle. (...) Justice is the momentary and principled response to the other’s concrete generality». – *Idem*, p. 240-241.

<sup>146</sup>«This is the law of justice, of whose subject we can never say, “there is”, it is here or there. It is neither natural nor institutional; one can never attain to her, and she never arrives on the grounds of an original and proper taking place. (Derrida 1989, p. 141)

This momentary principle of justice, inscribed at the heart of the judgment but always before the law, is what turns force into justice and force that does not heed its call into violence». – *Idem*, p. 240, citando Jacques DERRIDA, “*Devant la loi*”, in A. UDOFF (ed.), *Kafka and the Contemporary Critical Performance: Centenary Readings*, Indiana University Press, Bloomington, 1989, p. 141. Texto este que, resultando inicialmente de uma conferência no Royal Philosophical Center, em Londres, em 1982, foi em primeiro lugar parcialmente publicado, na versão francesa, em A. Phillips GRIFFITHS (ed.), *Philosophy and Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; uma versão alargada, por referência a LYOTARD, foi apresentada no Colóquio de Cerisy sobre LYOTARD, em 1982, e posteriormente publicada como “*Préjugés: Devant la loi*”, no volume da Conferência, DERRIDA *et al.*, *La faculté de juger*, Minuit, Paris, 1985, p. 87-139; foi ainda publicada uma versão em tradução inglesa de Avital RONELL, como “*Devant la loi*”, em A. UDOFF (ed.), *Kafka and the Contemporary Critical Performance: Centenary Readings*, Indiana University Press, Bloomington, 1989, p. 128 ss.; a versão completa do original, antes não publicada nem em francês nem em inglês, baseada na tradução de Avital RONELL, e completada por Christine ROULSTON, foi publicada como “*Before the Law*”, em Derek ATTRIDGE (ed.), *Acts of Literature*, Routledge, New York, London, 1992, p. 181-220. *Vide* este último, p. 182. *Vide* ainda a *parábola* de Franz KAFKA, “*Vor dem Gesetz*”, *cit.*. Este tema foi por nós já considerado em “*Às portas*

*fugidio*, poderá inspirar a compreensão de *princípio* subjacente, enquanto realização *imperfeita* possível e/ou *experiência* de uma exigência superior de justiça e insusceptível de plena realização concreta através do direito. E, neste sentido, mais de princípio como *intentio* do que como verdadeiro *jus*. Ainda que este não no sentido originário que STAMMLER lhes confere, de exigências extrajurídicas cuja concretização jurídica dependeria da sua cristalização sob a forma de direito positivado<sup>147</sup>, mas já enquanto exigências extrajurídicas orientadoras da criação e realização concreta do direito, e, assim, enquanto exigências externas ao direito cuja convocação jurídica não determine a alteração da respectiva natureza e conteúdo. Sentido este último em que também *infra* retomaremos os princípios – mormente o *princípio da tolerância* – como *intentio*<sup>148</sup>.

Estas múltiplas propostas de construção de princípios jurídicos, não obstante tendo em comum a intenção de superação de uma acentuação *positivista*, na tentativa de distinção entre *moral* e *direito* e de substituição da relação lógico-apofântica entre *normas* e *princípios*, acabam por não lograr uma efectiva autonomização normativo-substancialmente fundamentada do direito, por um lado, e da construção dos princípios como verdadeiros *fundamentos*, por outro.

---

*da lei'(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do Homem perante o Direito*”, cit..

<sup>147</sup>No sentido da assimilação dos princípios como *intentio*, não já como *ratio*, porém não também como *jus*, vide Rudolf STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, cit., p. 276-277: «Die Grundsätze des richtigen Rechtes enthalten in ihrem. Gedanken und in ihren Fassungen noch gar nichts von dem besonderen Inhalte eines möglichen gesetzten Rechtes. (...)

(...) Den Gedanken von diesem einheitlichen Verfahren bei der Subsumtion von Zweifelsfragen eines rechten Verhaltens unter das soziale Ideal und seine Grundsätze nenne ich das Vorbild des richtigen Rechtes».

<sup>148</sup>Sentido em que AROSO LINHARES, seguindo expressamente CASTANHEIRA NEVES, e deixando em aberto, quanto à compreensão, a partir da classificação de STAMMLER, dos princípios como *intentio*, a possibilidade de estes relevarem não apenas, como originariamente em STAMMLER, como intenções de sentido *prático-normativo* que teriam de ser assimiladas pelas *normas legais* ou pelos *precedentes vinculantes* para se tornarem *direito vigente*, mas como orientações juridicamente relevantes, quer ao nível da *construção legislativa* e quer da *decisão judicial*: «(1) A possibilidade de ver nos princípios intenções *regulativas* (manifestação de expectativas sociais ou de compromissos comunitários *sem carácter jurídico*) capazes de orientar *directamente* (mas apenas de orientar!) a construção-produção de critérios jurídicos (especialmente *legislativos*) (...). (2) A possibilidade de ver nos princípios intenções *regulativas* com um carácter *metodológico*: intenções que, não constituindo como tal *direito vigente*, podemos convocar como apoios-*arrimos* (se não como cânones ou regras secundárias de juízo... ou até mesmo como razões argumentativas) quando *interpretamos* uma norma legal ou um critério jurisprudencial... e muito especialmente quando temos que enfrentar um *caso omissis* e resolver um problema (dito) de integração (...).» – José Manuel AROSO LINHARES, “*Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*”, cit., p. 33-34, n. 95.

Tudo o que, postulando-se aqui como essencial a uma compreensão *normativo-substancial* da categoria *tolerância*, na sua projecção jurídica, uma normatividade *autónoma* para o direito – e, assim, para lá do *discurso* dos diversos sentidos mencionados de *moral* e *moralidade*, porém também não conduzindo a uma separação de conteúdo que redunde numa recuperação do *positivismo* por *outra via* – e uma concomitante relação de fundamentação entre *princípios* e *critérios*, haverá de orientar-nos na consideração de tais princípios como *intentio* ou como *jus*, consoante as circunstâncias, e, quanto especificamente aos últimos, na respectiva edificação à luz da proposta *jurisprudencialista* construída por CASTANHEIRA NEVES.

### 3.1.1.1.3. Princípios como *jus*: os *princípios normativos* em CASTANHEIRA NEVES

Para lá, assim, das diversíssimas afirmações de princípios como *ratio* e como *intentio supra* analisadas – e de tantas outras combinações intermédias possíveis<sup>149</sup> –, e na senda de uma materialmente autónoma fundamentação da juridicidade, aqui também intencionada, a assimilação *jurisprudencialista* da percepção da juridicidade proposta no pensamento de CASTANHEIRA NEVES projecta, no que ao *fundamento do direito* concerne, uma *suprapositividade* dogmaticamente assimilada numa dimensão normativamente reconhecida como fundamentante. Tal *suprapositividade* congrega uma edificação histórica e civilizacionalmente determinante, numa *historicidade materialmente constitutiva* que permite ao direito afirmar por si próprio um *sentido*. *Sentido* historicamente construído, civilizacionalmente cunhado, materialmente densificado, normativamente prático, e conformador da *praxis* histórico-concreta. Um constituindo *sentido* comunitariamente assimilado e normativamente filtrado, de permeabilidade relativa às mutações da realidade, simultaneamente instância crítica da e

<sup>149</sup>Entre *intentio* e *jus* parece situar-se, exemplarmente, a construção de *princípio* proposta por António ULISSES CORTÊS, reconhecendo aos princípios uma «(...) especial *intensidade ético-jurídica* (...)», enquanto «(...) exigências com um especial valor *racional, ético ou axiológico*», assumindo «(...) um carácter *justificador* das soluções de direito que decorre do facto de eles possuírem um “valor positivo”», e uma «(...) *força normativa potencialmente expansiva* justificada pela sua fundamentação racional, ética ou axiológica». – António ULISSES CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Universidade Católica, Lisboa, 2010, p. 228, 231. Vide *idem*, p. 221-232 (Parte IV, 1. «O problema da caracterização dos “princípios do direito”»).

a criticar na conformação da intersubjectividade. E uma dimensão de *suprapositividade* em que a assimilação da juridicidade se densifica em princípios fundantes, por isso *princípios normativos*, autonomamente constituídos e filtrados pelo sistema jurídico, e, nesse sentido, especificamente compreendidos como *jus*<sup>150</sup>. E estes como estrato fundamentante de um sistema pluriestratificado de concretização do sentido expresso por aquela *suprapositividade*, de construção historicamente determinada, informadora de uma experiência civilizacionalmente cunhada. E, assim, como princípios cuja juridicidade e vigência não dependerá de positivação sob a forma de direito legislado. E ainda perspectivados enquanto *princípios suprapositivos* – princípios que são expressão imediata e essencial da *ideia de direito* – e *transpositivos* – princípios que caracterizam essencialmente determinado domínio do direito, constituindo *condição de possibilidade* de compreensão do mesmo<sup>151</sup>.

Construção esta que permite uma demarcação nítida face a outras opções, nomeadamente de concretização constitucional, cuja edificação e definição da juridicidade e vigência dos princípios se efectiva na dependência de tal positivação – e, assim, da determinação da Constituição como fundamento da juridicidade. Optando pela autonomização da materialização da juridicidade e da respectiva vigência, quanto aos princípios respeita, face à respectiva positivação na Constituição. Sem deixar de compreender esta última enquanto *o núcleo duro* do conteúdo do jurídico numa comunidade, aceitando a essencialidade desta como Lei Fundamental, porém, e enquanto tal, não lhe conferindo a definição – porque suprapositiva e também dela fundamentante – do sentido da juridicidade por meio dos seus preceitos-*normas*. E isto na medida em que, se compreendido o direito como instrumento de realização de projectos económico-político-sociais, como crescentemente hoje parece suceder, à Constituição caberia decisivamente essa definição, enquanto Lei Fundamental politicamente legitimada, e determinação o campo de actuação legislativa, administrativa e judicial, constituindo a última instância de justificação material do

---

<sup>150</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito...*, cit., p. 125-130; António CASTANHEIRA NEVES, “*A unidade do sistema jurídico...*”, cit., p. 172-175; António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 88-90 (p. 48-49 na versão A4). Vide ainda Fernando José PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 627-650; José Manuel AROSO LINHARES, “*Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios...*”, cit., p. 413-421.

<sup>151</sup>Sobre a classificação dos *princípios normativos – positivos, transpositivos e suprapositivos* – convocada em texto, vide António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 88-90 (p. 48-49, na versão A4). Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 632-633; José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 100-102.



direito – no fundo, a definição, em último termo, da própria juridicidade<sup>152</sup>. E assim a constituição-*projecto-programa* («*Zweckprogramm*») como definição dos valores, princípios, fins e objectivos a atingir pela ordem jurídica. Diagnóstico este que, na configuração conferida por CASTANHEIRA NEVES, redundaria numa *funcionalização material* do direito, num *funcionalismo político* (ainda que *mitigado*): «O que significaria não só a passagem do “Estado-de-direito”, como “Estado-de-legislação”, para o “Estado-de-constituição” ou o “Estado constitucional”, como ainda a identificação em último termo da juridicidade com a constitucionalidade, e a dizer-nos, portanto, que o sentido político, enquanto em último termo o sentido decisivo desta, seria igualmente o sentido decisivo daquela»<sup>153</sup>. O que, distinguindo constitucionalidade de juridicidade, atendendo ao sentido de *juridicidade* e de *validade* da *normatividade jurídica* da própria Constituição enquanto *norma jurídica*<sup>154</sup>, conduz CASTANHEIRA NEVES à respectiva configuração como o *estatuto jurídico do político*<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> «À Constituição caberia hoje definir o projecto político-social-jurídico das sociedades independentes (politicamente independentes) e o direito não seria mais do que o global sistema normativo em que esse projecto se assumiria e se haveria de realizar. E segundo o processo de determinação e de realização que vimos próprio do funcionalismo em geral: a Constituição definiria em termos fundamentais o *Zweckprogramm*, programa político-social que o legislador, as instâncias prescritivo-legislativas, determinariam subordinadamente através da *lei*, das prescrições legislativas, e que os juízes realizariam, com fundamento imediato na lei mas em último termo e decisivamente segundo a teleologia constitucional, nas suas decisões concretas». – António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, cit., p. 217-218 (p. 120 na versão A4).

<sup>153</sup> *Idem*, p. 218-219 (p. 121 na versão A4).

<sup>154</sup> *Idem*, p. 220-222 (p. 121-123 na versão A4).

<sup>155</sup> «Pois se é de todo inaceitável excluir da Constituição ou pôr como que entre parênteses os seus compromissos e objectivos materiais, também será em vão que se tentará ignorar nessa sua dimensão material a verdadeira natureza política, o projecto e o programa políticos que lhe correspondem e que por isso, sobretudo por isso, admitirá que nela se veja uma “constituição dirigente” (v. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador, Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 1982), uma política “constituição-programa” (F. LUCAS PIRES, ob. cit., (...)). E se assim, nem apenas “constituição política”, nem só “constituição jurídica”, cremo-nos justificados a dizer como temos dito, a Constituição o *estatuto jurídico do político*». – *Idem*, p. 222 (p. 123 na versão A4). *Vide ibidem*, p. 223-224 (p. 123-124 na versão A4). «Continuamos a defender a Constituição como lei-quadro fundamental condensadora de premissas materialmente políticas, económicas e sociais. Insistimos num paradigma antropológico do homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador». – José Joaquim GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 35. *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, “*A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)*” (1993), in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1984, vol. II (1993), p. 393-447, e também in *Digesta...*, vol. II, cit., p. 379-421 (versão citada), especialmente p. 407 ss.; e, mais recentemente, António CASTANHEIRA NEVES, “*O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*”, cit., p. 51-56, especialmente p. 53-54, e António CASTANHEIRA NEVES, “*Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*”, cit., p. 21-26, e, sobretudo, em síntese, a seguinte afirmação: «(...) a constituição não é afinal necessariamente o direito, a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade». – *Idem*, p. 26. *Vide* ainda José Joaquim GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA,

Transportando o direito uma *significação material autónoma* – o que agora também pressupomos, na senda de CASTANHEIRA NEVES –, uma determinação selectiva de conteúdo haverá que ocorrer, assimilando o sistema jurídico os conteúdos cujo contexto espaço-temporal exija do direito uma solução. A exigir assim uma nítida demarcação entre *direito e moralidade*, por um lado, e respectivos *princípios*, por outro. Sem esquecer que nesta última se conjuga uma multiplicidade significativa de práticas, por vezes pragmaticamente assentes, outras deontologicamente prescritas, de ídoles diversas e objectivos díspares, a convocar para o direito plúrimos conteúdos e sentidos, na ausência de determinação das condições e limites de delimitação material de conteúdos – *rectius*, apontando como critério delimitador uma *morality* supostamente predominante numa estrutura social mais ou menos alargada (e não necessariamente *nacional...*) –, e assim abrindo possibilidades infindáveis – mesmo com sobreposições racionais problemáticas. A possibilitar conteúdos potencialmente inseríveis em diversos princípios fundamentantes cuja relevância prática ficará à mercê das possibilidades abertas – *positivistas* ou *não positivas*, *inclusivas* ou *exclusivas...* –, e sem uma determinação formal-material de fundo quanto aos critérios de delimitação da juridicidade e respectivas consequências, do ponto de vista da convocabilidade de conteúdos e exigências enquanto *princípios*.

A aspiração de reconhecer ao direito um *sentido materialmente autónomo* implicará, aqui, a assunção de uma compreensão de princípios estritamente jurídicos enquanto fundamentos que, como *supra* apresentados, se configurem como verdadeiros *princípios normativos*, no sentido perflhado por CASTANHEIRA NEVES. De que haverá, então, que distinguir *princípios extrajurídicos*, cuja influência na determinação do conteúdo da juridicidade se encontrará delimitado por esta. Pelo que cumprirá aos próprios *princípios normativos* filtrar decisivamente a admissibilidade e sentido da respectiva convocação e relevância normativamente constitutiva e metodológica. Neste sentido irão os *princípios* – os *princípios normativos* – aqui então selectivamente pressupostos na subsequente discussão da plausibilidade do reconhecimento de um sentido de juridicidade susceptível de ser conferido à exigência de tolerância – ainda que de carácter *não originário* – capaz de configurar um *princípio de tolerância...*

---

*Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 43; J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982 (2.<sup>a</sup> Ed., 2001) e Francisco LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, Coimbra, 1988.

### 3.1.1.2. *Projecção da compreensão dos princípios na decisão concreta*

#### 3.1.1.2.1. *O paradigma do juízo, para lá do paradigma da aplicação e do paradigma da decisão*

A configuração dos *princípios normativos* proposta por CASTANHEIRA NEVES perfila-se numa concepção prático-normativa da realização do direito – nem uma operação formal estritamente lógica, enquanto um dos extremos, nem uma escolha finalisticamente determinada, o outro extremo, antes um especificamente assumido *juízo decisório*, enquanto ponderação prático-racionalmente fundamentada<sup>156</sup>. Tomando, assim, por horizonte normativo de referência um *sistema* pluriestratificado, densificado e densificante de sentidos, a admitir a relevância jurídica da *controvérsia* – cujos elementos se identificam nos *sujeitos, situação partilhada e contexto-ordem. Situação partilhada, caso concreto*, cuja relevância jurídica há-de aferir-se, desde logo ao nível da *questão-de-facto* – assumida aqui a distinção entre *questão-de-facto* e *questão-de-direito* no sentido que lhe confere CASTANHEIRA NEVES<sup>157</sup> –, a analisar nos seus momentos de *determinação do âmbito de relevância jurídica do caso* – saber se o problema concreto pode ser configurado como juridicamente relevante, à luz do sistema jurídico pressuposto (e com a respectiva *qualificação*, isto é, enquadramento do caso, verificada a sua relevância jurídica, num determinado campo dogmático) – e de

<sup>156</sup>«O *juízo* (juízo poético) chamado a constituir o normativo-racionalmente fundamentado conteúdo da decisão concreta, enquanto mediação normativo-jurídica entre o sistema jurídico (a normatividade do sistema jurídico) e o problemático caso jurídico concreto. *Juízo* que, neste sentido, se diferencia tanto da *aplicação* própria do normativismo, como da *decisão* específica do funcionalismo material, e confere à decisão jurídica concreta a índole de uma *decisão judicativa*». – António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 93-94 (p. 51-52, na versão A4). Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, “*A metodonomologia (para além da argumentação)*”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves...*, cit., Volume I – *Filosofia, Teoria e Metodologia*, cit., p. 335-373 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 191-231). No mesmo sentido, vide também António ULISSES CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios...*, cit., p. 337-359.

<sup>157</sup>Seguimos aqui a perspetivação da relação entre “questão-de-facto” e “questão-de-direito” proposta por António CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, cit., e António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, mormente p. 162-286. «Nessa analítica começaremos por dissociar, enquanto justamente momentos metodológicos de *análise do caso jurídico* (e não com o sentido que lhes é dado na hermenêutica tradicional, pois vão agora referidos à unidade problemática fundamental do caso decidendo), a *questão-de-facto* e a *questão-de-direito*». – *Idem*, p. 162-163.

*comprovação* – determinação da *verdade* dos *factos* alegados no caso *sub judice*, não demonstração *teorético-científica* de verdade, antes *comprovação* de uma *verdade prática*, intersubjectivamente *significante*<sup>158</sup>. Distinguindo ainda, *analiticamente*, na *questão-de-direito*, a *questão-de-direito em abstracto* – cujo objecto consiste na determinação do critério jurídico que haverá de orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo – e a *questão-de-direito em concreto* – o problema do concreto *juízo decisório* que há-de decidir esse caso –, a *questão-de-direito em concreto* respeitando à resolução do caso *por mediação dessa norma*, como seu *critério* (ou, não sendo esse o caso, realizando-se, em último termo, o *juízo jurídico concreto* por *autónoma constituição normativa...*)<sup>159</sup>. Pelo que o *juízo decisório* haverá de mobilizar o *sistema* como *horizonte normativo de referência*<sup>160</sup>. Sendo, no âmbito da *questão-de-direito em concreto*, a realização do direito por mediação da norma susceptível de efectivar-se por *assimilação por concretização*, por *assimilação por adaptação* – *extensiva* ou *restritiva* – ou por *assimilação por correcção* – *sincrónica* ou *diacrónica*. Porém, poderá ocorrer uma *não assimilação* pela *norma* da relevância do caso – situação que conduzirá a uma *superação normativa por obsolescência*. E, já por referência aos fundamentos normativos de validade da norma, os *princípios normativos*, haverá ainda a referir as possibilidades de *correcção* – *sincrónica* ou *diacrónica* –, de *preterição* e de *superação conforme os princípios*<sup>161</sup>.

Modelo de *decisão judicativa-juízo decisório* este que, enquanto *paradigma do juízo*, convocaremos também como ponto de partida e base essencial, com desimplicações determinantes na dilucidação desta concreta compreensão da relevância jurídica da categoria tolerância, e que pressupõe, como vai dito, uma específica

<sup>158</sup> *Idem*, p. 163-165.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 165-286. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, “O sentido actual da Metodologia Jurídica”, in *Ciclo de Conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade*, Coimbra, 2002, p. 13-42, e também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 115-150, p. 149 (também in *Digesta...*, vol. III, *cit.*, p. 381-411).

<sup>160</sup> «(...) do sistema chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a construção a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e reconstitutivamente essa experiência». – António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 159. «A dialéctica entre *sistema* e *problema* numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar». – António CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da realização do direito”, in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, 1984, vol. III (1991), p. 11-58, e também in *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 249-282 (versão citada), p. 276.

<sup>161</sup> António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 176-195.

assunção da construção e do papel desempenhado pela decisão judicial no seio da juridicidade. Implicando tal opção, pela invocação do referido *modelo metodológico*, justificada demarcação face à multiplicidade de alternativas possíveis, nos seus distintos sentidos e resultados, e, assim, face a outros *paradigmas* – do *paradigma da aplicação*, característico de construções *positivistas*, ao *paradigma da decisão*, próprio de determinações *funcionalistas*, quer *materiais-finalísticas* quer *formais*<sup>162</sup>. Um *paradigma da aplicação* traduzido num *silogismo subsuntivo*, a convocar as essenciais *premissa maior* – traduzida no enunciado universalmente racional expresso na estrutura condicional de uma *norma* –, *premissa menor* – enquanto efectiva *subsunção* de *factos* (*discretos*) à *hipótese da norma* –, e *conclusão* – enquanto correspondência da aplicação da consequência jurídica àquela subsunção. A pressupor a *realidade* como um *campo de aplicação de normas*, e estas como enunciados racionais congregados num sistema auto-subsistente e completo, que permaneceria incólume perante a respectiva mobilização através daquele silogismo<sup>163</sup>. E um *paradigma da decisão*, por um lado, enquanto finalisticamente orientada *opção* racional entre *alternativas* possíveis com vista à realização de *objectivos* pré-definidos – e cuja probabilidade de efectivação em *resultados* haveria de ser aferida em concreto, através de *juízos de probabilidade*, se e quando possíveis, e a pressupor a *realidade* como factor determinante do sentido da opção<sup>164</sup>; e, por outro, enquanto *esquema condicional* de aplicação – em aproximação, todavia partindo de radicalmente distintos pressupostos, ao referenciado *paradigma da aplicação*<sup>165</sup>. Rejeitando ambas as anteriores formulações, o *paradigma do juízo* aqui seguido concentra-se nas exigências específicas do caso *sub judice*, e a partir deste convocando o(s) *critério(s)* e *princípio(s)* normativamente disponíveis num sistema

<sup>162</sup>Sobre a distinção entre o *paradigma da aplicação*, específico dos normativismos, o *paradigma da decisão*, nos *funcionalismos materiais* e *formal*, e o *paradigma do juízo*, proposto pelo *Jurisprudencialismo* de António CASTANHEIRA NEVES, vide, respectivamente, António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, cit., p. 103-106 (p. 57-58, na versão A4), p. 185-190 (p. 102-105, na versão A4) e António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 93-94 (p. 51-52, na versão A4).

<sup>163</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, cit., p. 102-106 (p. 56-58, na versão A4) e 108-110 (p. 56-58, na versão A4); António CASTANHEIRA NEVES, “*Método Jurídico*”, in *Enciclopédia Polis*, cit., e também in *Digesta...*, vol. II, cit., p. 283-336 (versão citada), sobretudo p. 301-308; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 370-376 e 763-775; José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 45-46 (3.1.3.) e 146-147 (1.2.3.).

<sup>164</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, cit., p. 176-191 (p. 97-105, na versão A4), e, quanto à *teoria da decisão*, mormente a partir da construção de WÄLDE e KILIAN, *idem*, p. 180-185 (p. 100-102, na versão A4), e António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 25-28 (p. 13-14, na versão A4).

<sup>165</sup>Vide *idem*, p. 51 (p. 28-29, na versão A4).

*aberto e pluridimensional*. A pressupor a *realidade* na sua relevância normativamente constitutiva, e, assim, em relação com ela se reconstituindo dialecticamente<sup>166</sup>.

### 3.1.1.2.2. Exemplos propostos alternativos, entre aplicação e decisão

#### 3.1.1.2.2.1. Confrontação da decisão judicial em François OST e Ronald DWORKIN

Procurará aqui concentrar-se, ilustrativamente – ainda, afinal, por referência a CASTANHEIRA NEVES<sup>167</sup> –, em *excurso* crítico-reflexivo, a complexidade dos *supra* mencionados *paradigmas de decisão* a partir dos três padronizados *modelos de juiz* – *Júpiter, Hércules e Hermes* –, no *diagnóstico* apresentado por François OST. Justificando-se a mobilização aqui de um tal diagnóstico, e das respectivas consequências, sobretudo pela específica conclusão apresentada, ao conferir à decisão judicial uma dimensão *narrativa*, ao lado de uma pretendida *realização normativa*.

Propõe, assim, OST, a partir deste *diagnóstico*, um modelo narrativo-prático de *dizer o direito* na decisão judicial, entre uma determinação *hermenêutica* – como *tarefa prática*, de inspiração em GADAMER<sup>168</sup> – e uma *proposição praticamente normativa*, cujo contributo – e respectivas referências – selectivamente convocaremos aqui também para uma análise da realização prática do direito, em confrontação crítica.

Efectivamente, depois do *paradigma-(analogia)-paradoxo do jogo (ludus, i)*<sup>169</sup> – “*l’analogie du jeu*” (e «rapport entre règles du jeu et règles de droit») <sup>170</sup> e o *paradoxo*

<sup>166</sup>Vide *idem*, p. 93-94 (p. 51-52, na versão A4). Vide ainda a reflexão apresentada por José Manuel AROSO LINHARES, demarcando-se de discursos *outros* sobre o direito e a respectiva realização, no sentido do *modelo* considerado em texto, in “*Jurisdição, diferendo e «área aberta»: a caminho de uma “teoria” do direito como moldura?*”, in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, cit., vol. IV, p. 443-477, sobretudo, em síntese, p. 475-477.

<sup>167</sup>António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 28-31 (p. 14-16, na versão A4).

<sup>168</sup>Vide Hans-Georg GADAMER, “*Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe*” (1978), in *Gesammelte Werke 2 – Hermeneutik II*, Mohr Siebeck, Tübingen (1986), 2. Auflage (durchgesehen) 1993/1999, p. 301-318.

<sup>169</sup>Um *paradigma-paradoxo do jogo* exposto sobretudo em François OST/Michel van de KERCHOVE (Dir.), *Le jeu: un paradigme pour le droit?*, LGDJ/ Montchrestien, Paris, 1992, e François

do jogo como passatempo lúdico e como exercício-*aprendizagem* (escola), não mero passatempo (de expressa inspiração em PLATÃO)<sup>171</sup> –, e, não obstante, ainda a partir dele, e das metáforas “jogo” («jeu»), “papel” («rôle») e “actor” («acteur»), no âmbito da sua *teoria lúdica do direito* («*théorie ludique du droit*»)<sup>172</sup>, e do seu *paradigma da rede* («*paradigme du réseau*»), e respectiva *teoria dialéctica do direito*<sup>173</sup> (por referência a HERÁCLITO), propõe François OST uma *releitura* do direito, do pensamento jurídico e da decisão judicial, numa perspectiva agora de interpretação-*tradução* – apresentando o direito como *arquétipo* de um tematicamente mais alargado *paradigma de tradução*<sup>174</sup> –, pressupondo uma específica comunicação – e *comunidade* – de sentidos<sup>175</sup>. De que se retirarão específicos contributos para a perspectivação do direito

---

OST/Michel van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992. «(...) le modèle ludique implique précisément à son fondement, sous la forme d'un véritable paradigme logique, l'existence d'une rationalité à la fois dialectique et paradoxale, sous-jacente à toute activité discursive quelconque, de nature à féconder en particulier une théorie critique du droit». – François OST/Michel van de KERCHOVE (Ed.), *Le jeu: un paradigme pour le droit ?*, cit., p. 276. Vide *idem*, sobretudo p. 9-12 e 239-276. Vide ainda François OST/Michel van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, cit., p. 46. Vide *idem*, p. 10-11 (Prologue). Recuperando expressamente OST o termo *paradigma* de Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, cit., p. 10-51 e p. 208-210. Vide, ainda quanto a esta questão, François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?...*, cit., p. 13, e também François OST, *Traduire: Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009, p. 379-387, 414-415.

<sup>170</sup>«C'est à Hermès, dieu de la communication et de la circulation, dieu de l'intermédiation, personnage modeste à l'emploi de courtier et de porte-parole, qui s'efface au profit de la poursuite du jeu lui-même, que nous confions la tâche de symboliser cette théorie ludique du droit». – François OST, “Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge”, cit., p. 256. Vide ainda François OST, “Pour une théorie ludique du droit”, in *Droit et Société*, n.º 20/21, 1992, p. 89-98, p. 91. Especificamente sobre o sentido mobilizado de *jogo*, na polissemia proporcionada pela palavra *Spiel* – enquanto *representação*, *construção* (*Gebilde*), *mimesis*, *mediação* (*Vermittlung*)... –, vide Hans-Georg GADAMER, *Warheit und Methode...*, cit., respectivamente p. 107-116, especialmente p. 109, e p. 116-126, especialmente p. 116, 120-122, 125-126.

<sup>171</sup>Vide PLATÃO, *A República*, cit., respectivamente p. 170-171 e 359-360, quanto ao *paradoxo do jogo*, enquanto actividade educativa, não mero passatempo (IV. 424e – 425a), e enquanto passatempo lúdico, mas, não obstante, didáctico (VII. 593b-c).

<sup>172</sup>«(...) nous proposons une *théorie ludique du droit*. (...) Nous pensons en effet que le modèle ludique implique, quant à son fondement, une rationalité alternative, d'ordre dialectique et paradoxal, qui est de nature à fonder une véritable théorie critique du droit – une théorie qui soit susceptible de constituer une alternative crédible à la compréhension dogmatique des phénomènes juridiques». – François OST, “Pour une théorie ludique du droit”, cit., p. 90-91.

<sup>173</sup>«Si le glissement du paradigme de la pyramide à celui du réseau continue de faire question, en revanche, notre détermination à poursuivre la méthode dialectique est entière. Poursuivre, car c'est déjà la dialectique qui, dans des ouvrages précédents, nous avait permis de présenter le système juridique «entre ordre et désordre», et d'étudier le droit sous l'angle des «paradoxes du jeu». – François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?...*, cit., p. 36, referindo-se, respectivamente, a François OST/Michel van de KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre e désordre*, Paris, 1988, e François OST/Michel van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, cit..

<sup>174</sup>Vide François OST, *Traduire...*, cit., p. 130-131, 398-417.

<sup>175</sup>Considera-se agora uma mais recente proposta de François OST, patente em François OST/Laurent VAN EYNDE/Philippe GERARD/Michel Van de KERCHOVE (Dir.), *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001 (vide *ibidem*, François OST/Laurent VAN EYNDE, *Le droit au miroir de la littérature*, p. 7-10), e a sua continuação em François

e da respectiva realização concreta aqui intentada. Um tal *paradigma da rede*, compreendido como superação do positivista *paradigma da pirâmide* e do funcionalista *paradigma da pirâmide invertida*, perspectiva o direito (*pós-moderno*) como uma rede de *informações* e *significações* – e, assim, o *direito em rede* – cujas infra-estruturas passam a inter-relacionar-se diversamente, desde a multiplicação de instâncias soberanas para além do Estado – infra mas também supra-estaduais – à deslegalização, da dissipação das fronteiras entre *facto* e *direito* à interacção e interdependência de poderes, e exemplarmente espelhando-se na interdisciplinaridade das abordagens aos conteúdos do jurídico, e, assim, projectando-se numa *teoria dialéctica do direito*<sup>176</sup>.

Protagoniza, então, François OST uma transição para uma consideração privilegiada da componente *narrativa* do direito, assumindo-o cada vez mais como dimensão de uma *comunidade* – uma *comunidade narrativa* –, postulando uma teoria do «*droit raconté*», que, inserindo uma orientação a uma perspetivação das relações entre *direito* e *literatura* («*Law and Literature*»), na sua vertente de *direito como literatura*, não deixa de explorar sistematicamente a respectiva dimensão de *direito na literatura*<sup>177</sup>. Uma *comunidade narrativa* cujo intérprete privilegiado é o *juiz*, agora

---

OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004, e François OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007 (vide *ibidem*, especialmente «*Obiter dicta*», p. IX-XXIV), e ainda em François OST, *Traduire...*, *cit.*, p. 411-414

<sup>176</sup>François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?...*, *cit.*, p. 14. Vide ainda, sobre o conceito de *rede*, *idem*, p. 23-26.

<sup>177</sup>«Ce n'est pas l'objet de cet ouvrage de proposer une théorie du droit raconté (il s'agit plutôt, en nouant le dialogue avec de grandes œuvres littéraires, de tisser la toile de fond d'une telle théorie); il n'est interdit cependant de suggérer en quelques lignes les différences essentielles qui se marquent entre droit analysé et droit raconté». – François OST, *Raconter la loi...*, *cit.*, p. 34. Desde a constituição *dialogicamente* perspectivada da Lei, no *Livro do Êxodo*, aos dilemas kafkianos de *O processo*, passando pela discussão do(s) sentido(s) de justiça em *Oresteia*, *Antígona* e *O Mercador de Veneza*, e ainda pela construção da *intersubjectividade jurídica* em *Fausto* e *Robinson Crusoe*, entre outros, a expressão literária do direito conduzirá, na *leitura* de François OST, uma densificação substancialmente determinante, *simbólica* relação entre *direito* e *literatura* em que aponta o *trilho* fundante da perspetivação *cultural* do direito. Ilustração portanto de uma ligação *narrativamente* inelidível, acentuando logradamente uma *imagem* exemplarmente elucidativa – e de relevância prática incontestável – da dialeticamente entretecida constituição e realização da normatividade jurídica, num específico *regresso* ao movimento *Direito e Literatura* («*Law and Literature*»): enquanto *Direito na Literatura* («*Law in Literature*») – análise dos contributos da literatura para a formulação e elucidação das principais questões relativas à lei, ao poder e à justiça –, e enquanto *Direito como Literatura* («*Law as Literature*») – consideração dos próprios textos jurídicos como *narrativas literárias*, determinante das construções teórica e metodológica. Sugerindo, sobretudo neste último sentido, sem todavia excluir aquele primeiro, uma teoria do «*droit raconté*», em que a literatura se apresentará como consideração da estrutura *pré-narrativa* da experiência comum e das suas avaliações implícitas. Vide François OST, *Raconter la loi...*, *cit.*, sobretudo o prólogo, p. 7-49, especialmente p. 34 ss., e a nossa recensão desta obra, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006, p. 1013-1025; François OST, *Traduire...*, *cit.*, p. 387-389; e ainda François OST, *Antigone voilée*, Larcier, Bruxelles, 2004; François OST, *Sade et la Loi*, Odile Jacob, Paris, 2005; François OST, *Shakespeare: la comédie de la loi*, Michalon, Paris, 2012. Vide ainda a consideração deste tema no nosso “*Do paradigma da tradução ao paradigma*



personificação de *Hermes* – um juiz-*mensageiro*, que se volve em juiz-*tradutor*, numa invocação directa de James BOYD WHITE –, e cuja tarefa consiste em “*dizer o direito*”, realizando assim a justiça<sup>178</sup>. Um juiz que assume uma específica *responsabilidade, rectius*, no sentido em que OST a refere, “*responsividade*”, tal como o *tradutor*, pela sua *criatividade*<sup>179</sup>. Muito longe já, assim, do *modelo* pré-moderno do «*juge pacificateur*», e mesmo do moderno do «*juge-arbitre*», ou *Júpiter*, de matriz *positivista* (correspondente ao modelo da *pirâmide* ou do *código* – «*le droit jupitérien*» –, personificando a identificação positivista do *direito-lei*, e as exigências do Estado Liberal<sup>180</sup>) –, antes desempenhando um papel activo no desenrolar da *praxis* jurídica. Todavia, afastando-se também do «*juge-entraîneur*», ou *Hércules* («*juge-providence*»)<sup>181</sup>, correspondente a uma compreensão da decisão judicial à luz de uma estratégia global de controlo social, a que OST reconhece amplo e inspirado papel numa concepção normativo-tecnocrática de justiça, a *justiça científica*, essencialmente *funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática*, e da solução justa como a mais *adequada ao objectivo* – a *norma* – proposto pelo *planificador social*, sendo secundária a consideração dos valores materiais ou das regras formais<sup>182</sup>. *Modelo* este último em que os meios judiciais de

---

do juízo – (re)leitura de um contraponto entre *Literatura e Direito*”, in *Newsletter – ALUMNI* (Associação de Antigos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), n.º 4, Junho 2012, p. 5-9. Vide também, entre nós, explorando todas estas dimensões, Helena BUESCU/Sónia RIBEIRO/Cláudia TRABUCO (Ed.), *Direito e Literatura: mundos em diálogo*, Almedina, Coimbra, 2010. De notar a divergência aí exposta por Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, “*Literatura jurídica? (Impressões de um leitor)*”, p. 129-135 (também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIV, 2008, p. 687-693).

<sup>178</sup>Vide François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 255; François Ost, *Dire le droit, faire justice, cit.*, p. IX-XXIV: «(...) c’est sous les traits d’un *traducteur* qu’il conviendrait d’étudier aujourd’hui le *juge*, régulateur du réseau formé par les ordres juridiques en interaction permanente. (...) Comme le *juge*, le *traducteur* est un passeur de sens; (...). Comme si le législateur et l’écrivain étaient eux-mêmes les *traducteurs* d’un autre texte qui reste toujours en attente de formulation (...).» – *Idem*, p. XVII-XVIII. «Comme le souligne James Boyd White, au *juge* il est demandé cette qualité rare de savoir successivement se mettre à la place de chacune des parties, ce qui implique à la fois la reconnaissance de la pertinence et de la légitimité des discours confrontés, en même temps que la perception de leurs limites respectives – en ce compris la pertinence et les limites du langage juridique lui-même». – *Idem*, p. XX, remetendo para James BOYD WHITE, *Justice as Translation, cit.*, p. 262.

<sup>179</sup>«Et comme le *traducteur* encore, le *juge* fait l’expérience d’une nécessaire et impossible fidélité – une fidélité paradoxale donc, qui tient moins dans la stricte conformité (à quoi, du reste: au mot, au sens, à l’intention de l’auteur, aux attentes du lecteur, aux particularités du contexte?) que dans une créativité responsable, «*responsive*» disent les auteurs anglo-saxons, répondante des virtualités des textes et en dialogue avec les interpellations des justiciables». – François Ost, *Dire le droit, faire justice, cit.*, p. XVIII.

<sup>180</sup>François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 242-243.

<sup>181</sup>*Idem*, 250.

<sup>182</sup>Com base num critério de qualificação jurídica e num critério de qualificação política, identifica OST três modelos ou “tipos ideais” de justiça (mobilizando o conceito de Max WEBER): o modelo de justiça consuetudinário-tradicional (modelo pré-moderno, consuetudinário, casuístico e

resolução de conflitos surgem como um elemento entre outros possíveis, dentro da regulação social, transformando-se progressivamente o juiz em *administrador – rectius, «ingénieur social»*<sup>183</sup> –, adoptando o discurso de legitimação do direito uma lógica de planificação, instrumental e tecnocrática, de eficácia e eficiência. E assim um juiz que actua, para além do momento da *decisão* propriamente dita, quer em fase *pré-contenciosa* – aconselhando, orientando, prevenindo – quer *pós-contenciosa* – acompanhando a evolução dos factos objecto de decisão, e adaptando as respectivas decisões, bem como controlando a aplicação das penas<sup>184</sup>. A função de regulamentação jurídica será aqui puramente instrumental, o direito reduzido, na sua função, a instrumento activo da mudança social, técnica de gestão, de direcção e de promoção. Numa sociedade industrial, planificada por regras essencialmente técnicas, o indiscutível declínio do direito na sua forma legalista-liberal seria compensado pelo reforço de uma racionalidade societária global<sup>185</sup>.

Fazendo assim um diagnóstico de *crise* dos *modelos* de juiz *Júpiter* e de juiz *Hércules*, e perante a crescente complexificação da prática social em geral, e jurídica em particular, afirma OST a necessidade de uma nova compreensão do papel do juiz – e da generalidade dos operadores jurídicos –, personificada então no juiz *Hermes*. Enquanto *Júpiter* e *Hércules* representam dois pólos, correspondentes a duas teorias extremas – e, por isso, redutoras – de compreensão, construção e realização do direito –, não obstante reconhecendo diversas combinações que procuram conciliá-los, num ou

---

concreto, inspirado por valores materiais); o modelo de justiça legalista-liberal (modelo moderno, invocando o primado da lei, o princípio da separação dos poderes, uma justiça legalista, formal e lógica, deduzida de regras gerais e de conceitos abstractos); e o modelo de justiça normativo-tecnocrático (modelo tecnocrático, mobilizando “normas” que pretendem a cientificidade, e uma justiça científica, tecnocrática, finalística, pragmática). «Si la montagne ou la pyramide convenait à la majesté de Jupiter et l’entonnoir au pragmatisme d’Hercule, en revanche, le trajet que dessine Hermès, prend la forme du réseau. (...) Le droit postmoderne, ou droit d’Hermès, est un ordre en réseau qui se traduit par une infinité d’informations à la fois instantanément disponibles et en même temps difficilement maîtrisables, comme peut l’être une banque de données». – François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 244-245. *Vide* especificamente François OST, “*Juge-pacificateur, juge arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*”, in Philippe GERARD/François OST/Michel van de KERCHOVE, (Dir.), *Fonction de Juge et Pouvoir Judiciaire. Transformations et Déplacements*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-70.

<sup>183</sup> «Le juge jupitérien était un homme de loi; Hercule, quant à lui, se dédouble en ingénieur social». – François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 250.

<sup>184</sup>*Ibidem*.

<sup>185</sup>*Vide idem*, p. 249-250. *Vide* ainda, criticamente, quanto à *funcionalização* do direito e da decisão judicial aludidas em texto, especialmente António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 21-31 (p. 10-16 na versão A4), e José Manuel AROSO LINHARES, *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, *cit.*, p. 9-11, 15.

noutro sentido, aproximando-os (seria, neste entendimento, deste tipo a proposta de DWORKIN, pretendendo manter-se assim distanciado do *decisionismo* e do *pragmatismo*)<sup>186</sup>, o juiz *Hermes*, mensageiro, intérprete, mediador, porta-voz («*porte-parole*»), desempenhará um papel crucial no desenvolvimento do enredo *narrativo-comunitário*, absorvendo um sentido de “*hospitalidade tradutora*” («*hospitalité traductrice*»): «L’enjeu de cette «hospitalité traductrice» est une question de reconnaissance, d’écoute, d’égalité de principe entre les parties ou encore de dialogue coopératif»<sup>187</sup>, a exigir simultaneamente como pressuposto e objectivo a *dignidade do homem*<sup>188</sup>.

Um juiz *Hermes* que se compreende, afinal, como «(...) le “tiers”, à la fois dans et hors l’action, présent et absent, actif et passif, opérateur de justice à la manière de la case vide permettant le mouvement des pièces sur l’échiquier»<sup>189</sup>, que não se basta com decidir dedutivamente – como *Júpiter* –, e não também já determinado por objectivos *heterónomos* ao direito – como *Hércules* –, pois que se compreende como *intérprete da comunidade*, visando de certo modo um *juízo autónomo* de direito acerca dos casos *sub judice*, e com um poder normativamente constitutivo a partir daquela interpretação, com base na pré-determinação legislativa, o que lhe é permitido pela configuração da ordem jurídica em *rede* («*modèle du réseau*»)<sup>190</sup>, rejeitando o procedimentalismo estrito<sup>191</sup>. E o afastamento em relação ao *modelo de Júpiter*, mas também, noutro sentido, ao *modelo de Hércules*, é notório ainda no que diz respeito à atribuição ao juiz de um poder normativo mais amplo, desde logo na determinação da relevância jurídica dos factos. *Hermes* é, assim, um juiz-*tradutor*, cuja função se não reduz à transposição-*tradução* da *linguagem* das partes em litígio para a *linguagem do direito* e na interpretação-

<sup>186</sup>François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 254-255.

<sup>187</sup>François OST, *Dire le droit, faire justice*, *cit.*, p. XX. Vide ainda, quanto à distinção entre uma «ética da hospitalidade» e um «direito ou uma política da hospitalidade», na herança, também convocada por OST, de KANT, José Manuel AROSO LINHARES, “*Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi*”, *cit.*, p. 551-667, especialmente p. 588-590, e n. 114, p. 589-590; José Manuel AROSO LINHARES, “*Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito...*”, *cit.*, p. 135-180; José Manuel AROSO LINHARES, “*O dito do direito e o dizer da justiça – diálogos com LÉVINAS e DERRIDA*”, *cit.*; José Manuel AROSO LINHARES, “*A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito: um “correlato” da pretensão de autonomia?*”, *cit.*, p. 417-419.

<sup>188</sup>«(...) au-delà même de l’équilibration des droits, c’est de la promotion et du développement des dignités que le juge-traducteur est comptable». – François OST, *Dire le droit, faire justice*, *cit.*, p. XXI.

<sup>189</sup>François OST, *Dire le droit, faire justice*, *cit.*, p. XV.

<sup>190</sup>*Idem*, p. XVI.

<sup>191</sup>François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 266-268.

-“*aplicação*”<sup>192</sup>, cabendo-lhe a *construção de comparáveis* («(...) le juge va devoir s’atteler à la «construction de comparables» (...)») <sup>193</sup>, tal como o tradutor literário, procedendo à *qualificação* quando exactamente *traduz* as posições das partes, e aproxima *facto* e *direito* – e por isso também aqui afastando a intencionalidade teórico-analítica –, portanto também quando faz corresponder a controvérsia a uma específica *instituição jurídica*.

Se na análise de DWORKIN o juiz *Hermes* surge exclusivamente como juiz, e a mobilizar preferencialmente a *mens legislatoris* para determinar o *objectivo* da interpretação jurídica – orientação que DWORKIN critica em virtude da consideração da impossibilidade de determinação de uma tal vontade –, em OST, distintamente, *Hermes* pode ser um qualquer “*actor*” jurídico, um qualquer “*locutor*” que mobilize o discurso jurídico, adoptando uma atitude “hermenêutica” própria, agindo na *rede* de significações e interpretações comunitariamente relevantes, a ir além da simples vontade do autor – no que se reconhece, de novo, a alusão a BOYD WHITE, e, com este, quanto à interpretação, a atenção à *intentio lectoris*<sup>194</sup>. Diferentemente, ao nível da interpretação, DWORKIN, adoptando uma posição de «*New Critique*», assume a *autonomia* do texto. O intérprete goza aqui de uma certa liberdade, mas exigindo-se-lhe uma solução *racional*, a que melhor se adequa ao caso concreto – a solução “*correcta*” e “*coerente*” (a «*integrity*») no quadro do *sistema*: a actividade do intérprete há-de ser coerente em termos normativos e válida à luz de *princípios* – o intérprete de um texto encontra-se na posição de um *escritor da cadeia* («*the chain novel*») <sup>195</sup>... A

<sup>192</sup>«De traduction il sera encore question chaque fois que le juge transpose le discours des parties (...) dans le langage du droit (...). Et le juge traduit encore lorsqu’il rapproche le fait et le droit, au terme de la double opération de qualification du fait et d’application-interprétation de la loi. (...) Dans cette opération, le juge « traduit » le discours de l’auteur (...) en celui du lecteur contemporain; il traduit la lettre du texte dans le langage de l’esprit qu’il convient de lui prêter aujourd’hui au regard de la légitimité et de l’efficacité qu’on est en droit d’attendre d’un texte juridique». – François OST, *Dire le droit, faire justice*, cit., p. XIX.

<sup>193</sup>*Idem*, p. XX.

<sup>194</sup>François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, cit, p. 244, n. 3, e 255-256. Vide ainda François OST, *Traduire...*, cit., p. 415, remetendo também aqui para J. BOYD WHITE, *Justice as Translation*, cit., p. 262.

<sup>195</sup>Vide Ronald DWORKIN, “*The Forum of Principle*”, in *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, p. 469-518. DWORKIN reconhece que o sentido interpretativo não resulta de um puro desvelar de um sentido já existente nem de uma criação livre do intérprete, embora esse sentido seja construído pelo intérprete, mas criado respeitando uma prática existente, que o precedeu. Vide Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 52: «Creative interpretation, on the constructive view, is a matter of interaction between purpose and object». Vide *idem*, p. 52-68 (2. «*Interpretive Concepts*», p. 45-86), 225 ss. – especificamente sobre a «*chain novel*», p. 228-232. Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 154-158 (6. «*How Law is Like Literature?*», p. 146-166). Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES,

interpretação, por referência a uma «*chain novel*», contaria com uma *inércia prática* ao nível da argumentação, que lhe garantiria *coerência* – a “*coerência como integridade*”, não estritamente *normativa*, e nem estritamente *narrativa*, como no texto literário –: a *comunidade* de juristas contaria com uma *experiência* construída ao longo do tempo, inserida nesta *cadeia*; assim, o jurista-*intérprete*, integrado numa *comunidade*, estaria, no decurso da actividade interpretativa, em diálogo permanente, positivo ou negativo, com essa *experiência*<sup>196</sup>. Por outro lado, na teoria da interpretação de DWORKIN o intérprete estaria sujeito a constrangimentos a que o legislador não teria de atender, em virtude da exigência de *coerência*. Assim, em primeiro lugar, e em princípio, a exigência da adequação da solução ao conjunto dos *materiais jurídicos* («*body of legal materials*») – *rectius*, a exigência da *coerência* –, que, via de regra, decidiria o caso. Porém, quando tal não fosse possível, o juiz teria de optar entre *versões concorrentes* de possíveis soluções *coerentes*, e então desenvolver a *sua teoria política* («*personal political theory*»), mas sob dois outros constrangimentos: a justificação da sua «*personal political theory*» como a mais coerente para a explanação dos materiais jurídicos e a sua aplicação à questão *sub judice*. Neste sentido confluiriam os três *estádios interpretativos* («*interpretive stages*») apresentados por DWORKIN: o *estádio pré-interpretativo* («*preinterpretive stage*»), em que haveria já efectivamente interpretação, e em que seriam identificados as *rules* e os *standards* disponíveis para a resolução da questão prática *sub judice* («First, there must be a “preinterpretive” stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified.»); o *estádio interpretativo* («*interpretive stage*»), assente numa *justificação* geral dos elementos fundamentais da prática identificada no estágio pré-interpretativo

“*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, *cit.*, p. 353, 355, n. 1093, e 356. Vide também José LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990, p. 255-258.

<sup>196</sup>Vide Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, *cit.*, p. 225-275 (7. “*Integrity in Law*”). «(...) I think that the popular idea, that some legal questions have no right answer because legal language is sometimes vague, does not depend on any argument from vagueness at all, but rather on the different argument, (...), that there can be no right answer to a legal question when reasonable lawyers disagree about what the right answer is». – Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, p. 131 (5. “*Is There No Right Answer in Hard Cases?*”, p. 119-145). Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, *cit.*, p. 358-360. Para um esclarecimento da convergência entre António CASTANHEIRA NEVES e Ronald DWORKIN, vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, *cit.*, p. 363-366, e, para as divergências, p. 366 ss., e, especificamente quanto à distinção *coerência narrativa/coerência hermenêutica/coerência normativa*, p. 366-368, 372-373, 401-402, 441-444. Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade...*, *cit.*, p. 670-671, 673-679; José LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, *cit.*, p. 255-268. Vide ainda Anna PINTORE, *Law Without Truth*, *cit.*, p. 156-160.

(«Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage.»); e o *estádio pós-interpretativo* («*postinterpretive or reforming stage*»), de adequação do seu sentido do que a prática efectivamente *exige* ao sentido da *justificação* obtido no segundo estágio («Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice “really” requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage.»)<sup>197</sup>.

Assim, se em DWORKIN o juiz *Hércules*, com conhecimento pleno do sistema jurídico, procura a solução mais correcta, com vista à *integridade* da solução e *coerência* do sistema, em OST é um tecnocrata, executor da legislação – *Zweckprogramm* planificadamente delineado –, tático no terreno a mobilizar os meios mais adequados à eficiência da decisão, um juiz-administrador, cujos poderes surgem em contínuo com os da própria administração, e portanto a implicar um diferente equilíbrio entre os poderes, e mesmo um novo entendimento do princípio da separação dos poderes<sup>198</sup>.

### 3.1.1.2.2. A convocação de *princípios* para a *decisão judicial* no confronto entre Ronald DWORKIN e Neil MACCORMICK

Também em confronto com DWORKIN, e tomando por exagerada a diferença entre a possibilidade, por este apresentada, de *ponderação de princípios*, em que um prevalece sem que o outro ou outros percam a sua validade, face à impossibilidade da verificação de análoga situação no caso de conflito de *regras* («*rules*»)<sup>199</sup>, para MACCORMICK as *regras jurídicas* («*legal rules*») visam assegurar determinado fim tido

<sup>197</sup>Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 65-66. Vide *idem*, p. 65-68, e António CASTANHEIRA NEVES, “*Dworkin e a interpretação jurídica...*”, cit., p. 354-362. Vide ainda o nosso *Entre o centro e a periferia...*, cit., Parte IV, 5.3., p. 231-241, especialmente p. 236-241.

<sup>198</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 21-31 (p. 10-16 na versão A4); José Manuel AROSO LINHARES, *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, cit., p. 9-11, 15.

<sup>199</sup>Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 155-156. Vide Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 2. «*The Model of Rules I*», p. 14-45, sobretudo p. 26-27, e 3. «*The Model of Rules II*», p. 46-80, sobretudo p. 71-80.

por válido, ou um modo geral de conduta tido como desejável, e a expressão desse fim ou desse modo através de um *enunciado normativo geral* («*a general normative statement*») traduz a enunciação do *princípio jurídico* («*the principle of the law*») que lhes é subjacente<sup>200</sup>. Pelo que será aqui, assim, não tanto o equilíbrio entre *princípios* mas a interacção de *argumentos de princípio* com *argumentos de consequencialidade* que permitirá justificar as decisões dos «*hard cases*» – quando as «*rules*» não fossem suficientemente *claras* ou a própria qualificação dos factos fosse discutível, ou ainda quando fosse polémica a questão da existência ou inexistência de base jurídica para um certo caso, haveria lugar a uma “*justificação de segunda-ordem*” («*a second-order justification*»), permanecendo sempre a necessidade de articulação com as directivas de *coerência* e, como veremos imediatamente *infra*, de *consistência*<sup>201</sup>. Com o que a decisão judicial, constitutiva e não meramente declarativa, se encontra delimitada não pela dedução a partir das «*rules*» mas pelas razões justificativas da mobilização das «*rules*», as quais, enquanto considerações consequencialistas dos objectivos desta – e, assim, dimensões de «*policy*» – serão susceptíveis de determinação pelo conteúdo da própria «*rule*», constituindo as expressões normativas de tais razões-«*policies*» justificativas ou racionalizantes enunciados de “*princípios jurídicos*” («*Statements of “legal principles” are normative expressions of such rationalizing or justifying policies*»)<sup>202</sup>. Uma decisão que se pretende, portanto, submetida a restrições, não livremente constitutiva mas *intersticialmente* constitutiva, e, assim, restritivamente *inovadora*, distintamente da constituição legislativa do direito<sup>203</sup>. Por outro lado, a

<sup>200</sup>«(...) legal rules (...), singly, or much more commonly, in related groups may be conceived of as tending to secure, or being aimed at securing, some end conceived as valuable, or some general mode of conduct conceived to be desirable: to express the policy of achieving that end, or the desirability of that general mode of conduct, in a general normative statement, is, then, to state “the principle of the law” underlying the rule or rules in question». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 156.

<sup>201</sup>*Idem*, p. 100-101. «(...) second-order justification in the law involves testing rival possible rulings against each other and rejecting those which do not satisfy relevant tests – the relevant tests being concerned with what makes sense in the world, and with what makes sense in the context of the system». – *Idem*, p. 103. «(...) second-order justification involves two elements, consequentialist argument and argument testing proposed rulings for consistency and coherence with the existing legal system». – *Idem*, p. 107. *Vide idem*, p. 105, 111-112, 115-116, 129-151 (VI. «*Consequentialist Arguments*»). «It is the interaction of arguments from principle and consequentialist arguments which fully justifies decisions in hard cases – and even at that we have yet to consider the important matter of “consistency” (...).» – *Idem*, p. 194 («*The Requirement of “Coherence”: Principles and Analogies*», p. 152-194). *Vide* ainda a síntese apresentada em Neil MACCORMICK, “*Le raisonnement juridique*”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33, 1988, p. 99-112, especificamente, quanto a este ponto, p. 105-106.

<sup>202</sup>Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 166.

<sup>203</sup>«The highly desirable recognition of a judicial power to make law must be restricted by recognition of a duty to make it only “interstitially”. Therefore there must be a criterion for distinguishing

mobilização analógica de «rules» no domínio do «case law», enquanto sistema de precedente vinculativo, seria ela própria análoga à mobilização analógica de «rules» de «statute law»<sup>204</sup> – e, assim, ambas sujeitas à dupla exigência de argumentação valoradora, e, portanto *coerência* («(...) some good evaluative argument for the decision give, minimally the value of coherence in the absence of any countervailing consideration (...)») – e de justificação da admissibilidade da mobilização de argumentos de analogia ou de princípios jurídicos como suporte de decisões futuras («Secondly, there must be some general reason why arguments by analogy or from legal principles should be conceived as providing “legal support” for novel decisions, in the sense of being necessary conditions of their permissibility, rather than making them obligatory as do directly applicable mandatory rules.»)<sup>205</sup>.

Exigência distinta será, então, a da *consistência*, aqui tomada em *sentido restrito*, como limite à convocação de argumentos consequencialistas quando contradigam normas fundamentais do sistema<sup>206</sup>, traduzida depois na temática da interpretação e no problema da respectiva determinação dos casos como “fáceis” («clear cases») ou “difíceis” («hard cases»)<sup>207</sup>. Os primeiros seriam decididos por *dedução*<sup>208</sup>, ao passo que para os segundos poderiam ser instituídas *regras interpretativas* que permitissem não seleccionar (sempre) o sentido mais próximo da literalidade para atingir, à luz de princípios e/ou argumentos *consequencialistas*, outros sentidos. O problema óbvio constiria em admitir a existência de casos do primeiro e do segundo tipo e delimitar as *fronteiras* entre eles – o que haveria de resultar da conjugação do ideal de *coerência* com o de *consistência*<sup>209</sup>. Admitindo-se que, no caso de «statute law», a própria clareza do sentido literal do enunciado normativo seria

---

interstitial from architectural legislation. One possible criterion is that either a relevant analogy or an established principle is a necessary element of justification of an innovative decision». – *Idem*, p. 187-188. . *Vide idem*, p. 188-191.

<sup>204</sup>«(...) it is false to suppose that there is any essential difference between statute and common law as to the force and function of arguments by analogy and from principle, even though we may assent to the proposition that perhaps the most characteristic use of such arguments is in the elaboration and concretization of doctrines from case to case (...)». – *Idem*, p. 194.

<sup>205</sup>*Idem*, p. 186-187.

<sup>206</sup>*Idem*, p. 106.

<sup>207</sup>*Idem*, p. 195 (VIII. «The Requirement of Consistency and the Problem of Interpretation: Clear Cases and Hard Cases», p. 195-228).

<sup>208</sup>*Idem*, p. 199-200.

<sup>209</sup>«(...) the ideal of coherence (...) the requirement of consistency. (...) taking the two together, we can see why it is that there is not a clear line dividing “clear cases” and “hard cases”. (...) No one can with confidence (...) claim to discern the point at which the clear cases stop and the hard ones start». – *Idem*, p. 227-228.



também susceptível de decorrer da sua remissão para o sentido atribuído ao *princípio* ou *princípios* que o informa(m)<sup>210</sup>, muitos sentidos se abririam, hipoteticamente, ao intérprete. O que implicaria um esforço de *consistência linguística* entre o texto do enunciado e o sentido a atribuir-lhe, por um lado, e a conjugação de razões *consequencialistas* e/ou *de princípio* no sentido interpretativo pretendido<sup>211</sup>. E, quanto à interpretação de *precedentes* – «*case law*» –, a diferença face à interpretação de «*statutes*» não seria de *género*, mas de *grau*<sup>212</sup>. Além de que muitas vezes a própria interpretação de «*statutes*» seria já condicionada por *precedentes*<sup>213</sup>. Vindo a concluir MACCORMICK, tal como Richard POSNER, que a interpretação de (e consequente decisão a partir de) «*statute law*» se distingue da de «*case law*» em virtude da vinculação ao elemento literal, presente naquela e não já nesta<sup>214</sup>. Concluindo ainda, o que não é aqui afinal de todo despiciendo, que a interpretação deve submeter-se a *argumentos de princípio*, com apoio, pelo menos parcial, nos quais se concluirá se o caso *sub judice* será «*clear*» ou «*hard*»<sup>215</sup>. E, neste sentido, ambos se distinguindo de Joseph RAZ, que situa a diferença fundamental entre «*common law*» e «*statute law*» na mais facilitada revisibilidade daquele face a este – dada a vinculatividade estrita da *ratio decidendi* na mobilização singular do *precedente* para o caso *sub judice* face à generalidade do direito

<sup>210</sup>«(...) the “obviousness” of an interpretation of enacted words may, perhaps must, depend on understanding of the principle or principles which are supposed to inform the enactment». – *Idem*, p. 205.

<sup>211</sup>*Idem*, p. 206-213.

<sup>212</sup>«It is often stated or assumed that the process of reasoning from or with precedents is radically different from that of reasoning from or with statutes. But in fact the differences are at most differences of degree not of kind». – *Idem*, p. 213.

<sup>213</sup>«(...) the interpretation of a statute is quite standardly a matter of interpreting it in the light of glosses already imposed by precedent». – *Idem*, p. 213. «(...) rules are derivable from case law, because the ruling given by a precedent court can be taken as supplying a rule for present relevant cases». – *Idem*, p. 215.

<sup>214</sup>*Idem*, p. 221, e p. 53-72 (III. «*Deductive Justification – Presuppositions and Limits*»), especialmente p. 58, citando W. TWINING/D. MIERS, *How To Do Things With Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1976, p. 58-59, 72, 100, 105. Vide ainda Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, sixth print, 1999, p. 247-261 (8. «*Common Law versus Statute Law*»), p. 248, e p. 262-285 (9. «*Objectivity in Statutory Interpretation*»), e José Manuel AROSO LINHARES, *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, cit., p. 22-23.

<sup>215</sup>«(...) the interpretation of rules is much affected by considerations of principle. The decision whether to interpret a statute restrictively or extensively, or the decision whether to explain and distinguish or follow by extending a case-law rule is, as a matter of observation, in part at least based on arguments from legal principles, so that we can’t tell whether the case we are faced with is easy or hard until we have reflected on the principles as well as on the prima facie applicable rule or rules». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 231.

legislado<sup>216</sup>. Reconhecendo, porém a continuidade entre *aplicação* («*law-applying*») e *criação judicial* do direito («*legislative and judicial law-making*»)<sup>217</sup>.

Assim, contra a teoria de *ponderação de princípios* de DWORKIN, afirma MACCORMICK, além de que aquela tese deixar por explicar a aplicação analógica de «*rules*», que ao nível da interpretação as «*rules*» competem efectivamente com «*principles*», e não serão inválidas em caso de não aplicação, sendo possível distinguir a delimitação do âmbito de aplicação de uma «*rule*» num determinado contexto da determinação da sua validade ou invalidade; admitindo ainda que uma «*rule*» possa implicar a delimitação do sentido de um princípio e ser aplicada em detrimento deste, quando contextualmente justificado<sup>218</sup>.

Porém, tal como DWORKIN, MACCORMICK entende que os juízes não dispõem de (ou não estão onerados com) «*“strong” discretion*» perante «*hard cases*», mas apenas de «*“weak” discretion*», embora não exactamente no mesmo sentido. De facto, enquanto para DWORKIN «*“strong” discretion*» implicaria decidir à luz dos argumentos que ao juiz se afigurassem mais adequados, para MACCORMICK a «*discretion*» seria sempre limitada pelas exigências argumentativas do sistema – *princípios, argumentos consequencialistas* e «*teste de consistência*»<sup>219</sup>. Para além disso, e diferentemente de DWORKIN, MACCORMICK entende que a possibilidade de se apresentarem diferentes soluções possíveis para «*hard cases*» não suscita um desacordo primeiramente teórico («*speculative*») e, em consequência desse, prático («*practical*»), mas *primordialmente* prático – não *pura* e *simplesmente* prático, mas *delimitadamente* prático, à luz da

<sup>216</sup>Joseph RAZ, *The Authority of Law...*, cit., p. 180-209 (10. «*Law and Value in Adjudication*»), p. 194-197, 207.

<sup>217</sup>*Idem*, p. 206-209.

<sup>218</sup>Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 230-232. «If we are to achieve a clear conceptual distinction between” rules and principles (and it is a necessity both for the present thesis and for the “rights thesis”), we shall have to look elsewhere than in the rights thesis. (The idea that principles identify rights wouldn’t do either – so do many rules, as I have recently argued at some length)». – *Idem*, p. 232, remetendo para Neil MACCORMICK, “*Rights in Legislation*”, in P. M. S. HACKER/J. RAZ (Ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977. Concordando com DWORKIN quanto à afirmação de que as decisões judiciais se referem a direitos, MACCORMICK distingue direitos jurídicos (*legal rights*) baseados em regras (*‘rule-based rights’*) e direitos jurídicos baseados em princípios (*‘principle-based rights’*), diferentemente dos *direitos morais* e *políticos*, baseados maioritariamente em *princípios*. Vide Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 256-258. «Principles of law determine prima-facie rights, as do rival interpretations of ambiguous rules determine prima-facie (rule-based) rights. Hard cases involve conflicts of prima-facie rights – that is just one way of saying that they are hard – and their decision involves settling whose is to be preferred as the (best) right, all things considered». – *Idem*, p. 257-258.

<sup>219</sup>*Idem*, p. 251.

vinculatividade das «rules» –, concluindo-se argumentativamente pela “*solução correcta*” («*right answer*») para o caso<sup>220</sup>.

Em suma, para MACCORMICK, se nos casos mais *simples*, em que não houvesse controvérsia quanto à clareza de um critério-«rule» e da respectiva aplicabilidade, caberia apenas provar os factos, e o critério seria aplicado à luz de uma argumentação *dedutiva*<sup>221</sup>, já nos casos – muito frequentes – de controvérsia acerca da clareza do critério poderiam surgir problemas de interpretação ou de classificação. Nestes últimos casos, a justificação das decisões teria de ir além da mobilização da *teoria da validade* – da “*regra de reconhecimento*”, *rectius*, “*regra institutiva*” –, e mobilizar a argumentação proveniente dos princípios jurídicos, ou a analogia – e, neste sentido, a “*coerência*” –, para a justificação da decisão; o que seria necessário, mas não suficiente, para ser completa tal justificação, cabendo ainda convocar uma argumentação consequencialista que participasse na justificação da decisão. Ao que acresceria, ainda, uma terceira argumentação, de “*consistência*” (na ausência de princípios ou analogia justificantes da decisão) – o “*teste de consistência*”, através do qual se determinaria se os critérios em questão não rebateriam qualquer regra de direito estabelecida, dada uma interpretação ou explicação “adequada” («*proper interpretation or explanation*») de tal regra à luz dos «*principles*» e das «*policies*»<sup>222</sup>. Sendo as «*policies*» não os «*collective goals*» de DWORKIN mas o conjunto de actos efectivados para a realização de um objectivo<sup>223</sup>. Com os princípios fundamentais a exprimirem os direitos essenciais à *condição humana* – constituindo, assim, os *princípios* dos ditos *direitos humanos*,

<sup>220</sup>*Idem*, p. 246-250. «The important truth that there are genuine disagreements about the proper solution of legal problems is explicable otherwise than by reference to the “one right answer” theory». – *Idem*, p. 249. Vide ainda Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 31-32, 68-71. «(...) a disagreement which it is in principle impossible to send to any theoretical “Hercules” for objective resolution by delivery of the right answer». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 254, e p. 265-274 (X. «*Law, Morality, and the Limits of Practical Reason*»), sobretudo p. 265-267.

<sup>221</sup>«(...) It is sometimes possible to show conclusively that a given decision is legally justified by means of a purely deductive argument». – *Idem*, p. 19 (II. «*Deductive Justification*»), p. 19-52). Vide *idem*, p. 21.

<sup>222</sup>*Idem*, p. 250. «(...) requirements of formal justice establish at least a presumptive reason for following relevant precedents (...)». – *Idem*, p. 75 (IV. «*The Constraint of Formal Justice*»), p. 73-99). Vide *idem*, p. 99. Vide ainda Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, *cit.*, p. 190-193 (10. «*Coherence, Principles, and Analogies*»), p. 189-213).

<sup>223</sup>«(...) legal rights can be either rule based or principle-based. From this it may be thought that the present theory follows Dworkin’s in assuming that principles are of necessity concerned with rights rather than with ‘collective goals’, or anything else. (...) But the present theory in fact makes no such assumption». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 259, citando Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 90. «(...) the goal is not, as *per* Dworkin, the policy». – Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 263. Vide *idem*, p. 263-264.

base de uma *teoria da justiça*<sup>224</sup>. Não se retirando daqui, porém, que todos os princípios se refiram a direitos, pois tal não sucede com muitos princípios menos fundamentais, nem uma definição de «*policy*» que implique uma oposição, *artificial*, entre «*policy*» e «*principle*»<sup>225</sup>. Mas postulando, afinal, que o pensamento jurídico constitui um tipo de pensamento *moral*, ainda que com características *institucionalização* e *formalização*<sup>226</sup>. Distinguindo ainda dois tipos de *coerência* com relevância para o processo de decisão, a *coerência narrativa* e a *coerência normativa*: a primeira – de especial relevo no domínio da *prova* – de cariz *diacrónico*; e a segunda de índole sobretudo *sincrónica*<sup>227</sup>. Sem prejuízo de, nesta última – e aqui aproximando-se de DWORKIN –, se manifestar como essencial a ligação da dimensão *sincrónica* à *diacrónica*, com vista à *integridade*<sup>228</sup>.

### 3.1.1.2.3. A opção pela convocação de *princípios normativos no juízo decisório na opção jurisprudencialista de CASTANHEIRA NEVES*

De qualquer das propostas *supra* mencionadas se distinguirá o *autónimo juízo decisório* proposto pelo *Jurisprudencialismo* aqui seguido, pois que nem as referências ao sistema jurídico se identificam, nem a consideração dos efeitos da decisão assume similares sentido e relevância. Assim, concretamente no *modelo* de OST, o direito

<sup>224</sup> *Idem*, p. 264.

<sup>225</sup> «That does not, however, require me to *define* principles as *only* concerning rights – many less fundamental principles do not. Nor would it require me to define “policy” so as to set up an artificial opposition between policy and principle». – *Idem*, p. 264.

<sup>226</sup> «(...) legal reasoning is a special, highly institutionalized and formalized, type of moral reasoning». – *Idem*, p. 272. *Vide* ainda *idem*, p. 274.

<sup>227</sup> «Normative coherence is at least as important for legal reasoning as is narrative coherence. (...) normative coherence has an essentially synchronic character, contrasting with the essentially diachronic character of narrative coherence». – Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, *cit.*, p. 229 (11. «*Legal Narratives*», p. 214-236, originariamente Neil MACCORMICK, “*Time, Narratives, and Law*”, in J. BARUP/M. BLEGVAD (Ed.), *Time, Law, and Society (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft 64)*, 1995, p. 111-125).

<sup>228</sup> *Idem*, p. 233-236. Anna PINTORE prefere a noção de *coerência* proposta por MACCORMICK à de DWORKIN, ALEXY ou PECZENIK, por aquele distinguir *coerência* de *verdade* e ligar a *coerência narrativa* – enquanto critério de teste de correspondência entre afirmações e factos – à *verdade* e a *coerência normativa* como critério de justificação racional de normas e decisões à luz de valores substantivos. – *Vide* Anna PINTORE, *Law Without Truth*, *cit.*, p. 167, por referência a Neil MACCORMICK, “*Coherence in Legal Justification*”, *cit.*, p. 53.

assume-se, afinal, como um específico *discurso*, e com uma *hermenêutica* própria<sup>229</sup>, personificada em *Hermes*, que o *Jurisprudencialismo* que aqui convocamos, não ignorando, não acompanha. A racionalidade especificamente jurídica por que este último propugnada não se basta com uma leitura *imanentista* da hermenêutica, assume-se antes como *judicativamente decisória* – argumentativa, dialéctica, prático-material e axiológico-normativa<sup>230</sup>. Rejeitando também por isso o *consequencialismo* que o modelo de *Hércules* supunha, não constituindo assim o concreto resultado social da decisão um *cânone metodológico autónomo*. Tais concretos resultados – *os efeitos* – não serão aqui os efeitos especificamente jurídicos, que a decisão sempre terá, resultantes da teleologia das normas ou critérios jurídicos aplicáveis, ou seja, os efeitos que o *Tatbestand* dos critérios normativos aplicáveis prevê e pretende juridicamente assimilados, mas os efeitos “externos” e “reais”, empíricos, a exigirem juízos de previsão ou de *prognose* empírico-social, aqueles que poderão determinar a *justificação social* da decisão, e esses estarão, neste quadro *jurisprudencialista*, sujeitos a prévia e dialéctico-normativa assimilação pelos estratos do sistema jurídico<sup>231</sup>. E com uma compreensão de *sistema* que inviabiliza também qualquer aproximação ao juiz *Hércules* – rejeitando liminarmente a sua perspectivação funcionalista tecnológica, e apenas mais próxima da configuração que DWORKIN lhe outorga na medida em que o seu conhecimento privilegiado do sistema jurídico confere à decisão judicial a imprescindível *integrity*, mas não já na compreensão de *coerência* que o orienta –, ou

<sup>229</sup> «La tache de dire le droit est donc bien une œuvre herméneutique, un travail toujours recommencé». – François OST, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*”, *cit.*, p. 272.

<sup>230</sup> Seguimos, assim, as palavras de CASTANHEIRA NEVES: «(...) uma racionalidade normativa de fundamentação e não uma racionalidade político-social de índole consequencial: o concreto juízo decisório deverá encontrar a sua validade nos fundamentos normativo-jurídicos que convoque e assimile, não a sua justificação nos efeitos político-sociais que se proponha ou realize». – António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 196.

<sup>231</sup> Continuando, assim, com CASTANHEIRA NEVES: «(...) se o concreto resultado social da decisão (i.é, e resultado ou a repercussão, a consequência ou o efeitos sociais da decisão), obtida esta embora em princípio segundo uma metodológica racionalidade de fundamentação normativa, não deverá considerar-se um factor metodológico a ter em conta para o sentido final da decisão – como um cânone metodológico autónomo por que se deverá também orientar o concreto juízo normativo decisório». – *Idem*, p. 197. «Esta consideração do «resultado da decisão», das suas consequências ou dos seus efeitos, actua, por um lado, na imanência intencional da juridicidade (da axiológica normatividade jurídica) e não se deixa, por outro lado, de reconhecer, através dela, o direito comprometido com uma «ética da responsabilidade». Temo-la, por isso, como a única aceitável pelo pensamento metodológico-jurídico. Só que, sendo assim, também se deverá concluir que esse «resultado da decisão», ou melhor, que «o relevo do resultado jurídico da decisão» não autonomia qualquer outro cânone metódico a acrescentar aos que temos vindo a diferenciar, pois a consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justiça normativo-material (...). Pelo que se haverá de dizer, parafrazeando FIKENTSCHER (...), que a consideração daquele resultado não é um *critério*, mas o próprio *objectivo* e o *sentido* da metodológica realização do direito». – *Idem*, p. 205. *Vide idem*, p. 197-205.

mesmo ao juiz *Hermes* –, uma vez que a *rede* hermeneuticamente analisada, neste essencial, não obstante se apresentar, tal como o sistema jurídico *jurisprudencialista*, em continuo desenvolvimento na dialéctica entre *normatividade* e *realidade*, se além demasiadamente à dimensão *narrativa*, aliada a uma abordagem sociopolítica de índole fundamentalmente pragmática, não projectando metanormativamente um sentido material que oriente a delineação normativa e a determinação substancial do direito, factores estes fundamentais à compreensão *jurisprudencialista* do sistema jurídico como horizonte de referência materialmente fundamentante e normativamente estabilizador das decisões judicativas.

Opção *jurisprudencialista* esta, axiológico-material e prático-normativamente delineada, construída a partir da reflexão *autónoma* acerca da prática que ao direito cabe e dos conteúdos especificamente jurídicos que mobiliza<sup>232</sup>, com implicações práticas directamente decorrentes da autonomização de *princípios normativos* conforme *supra* caracterizados, e a determinar o sentido da dialéctica (re)construção do próprio sistema jurídico. A assumir prementemente do ponto de vista da *concreta realização judicativo-decisória do direito*<sup>233</sup>, momento singular de reflexão e articulação entre *sistema* e *problema*, mesmo entre *problema* – o indicado em abstracto nos fundamentos e critérios mobilizáveis – e *problema*<sup>234</sup> – o *concretum* que, espaço-temporalmente localizado,

<sup>232</sup>«A base para a interrogação de um sentido autónomo do direito (...), encontramos-na na experiência jurídica – é, portanto, essa uma base de experiência – que nos oferece (...) a judicativo-decisória realização do direito, ao decidir casos ou controvérsias práticas na inter-acção». – António CASTANHEIRA NEVES, “O problema da autonomia do Direito no actual problema da juridicidade”, in J. A. PINTO RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, cit., p. 87-114, p. 106.

<sup>233</sup>Os efeitos da decisão aqui considerados serão os especificamente jurídicos, resultantes da teleologia das normas ou outros critérios jurídicos aplicáveis, ou seja, os efeitos que o *Tatbestand* dos critérios normativos aplicáveis assume enquanto juridicamente assimilados pelo sistema: «(...) o concreto juízo decisório deverá encontrar a sua validade nos fundamentos normativo-jurídicos que convoque e assimile, não a sua justificação nos efeitos político-sociais que se proponha ou realize». – António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 196. *Vide idem*, p. 196-205.

<sup>234</sup>A distinção apontada em texto reporta-se aos posicionamentos de António CASTANHEIRA NEVES e Fernando PINTO BRONZE face a esta questão, conforme as seguintes afirmações deixam claro: «O modelo metódico de realização do direito que nos propomos definir assimila o tipo de racionalidade jurídica que considerámos a mais adequada a essa realização. Racionalidade que se estrutura segundo duas dimensões capitais (...) – o *sistema* e o *problema* –, e opera através de uma particular dialéctica que dinamiza e integra essas dimensões estruturais». – António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 155. «(...) só através de uma *comparação de casos* (...), baseada no ajuizar dos «fundamentos» da respectiva decisão (...) – ou seja, pela mediação de um *discurso analógico* – é possível concluir se o caso (hipoteticamente) pensado como «futuro» pelo legislador deve, agora como caso (historicamente) «passado» (se bem que judicativamente ponderado no momento «presente» da decisão), ser tratado pelo juiz do mesmo modo. A resposta será afirmativa se se concluir que se está no domínio da mesma «série» de casos (ou de «séries» diferentes, apresentando, todavia, um tão significativo grau de contiguidade normativa que justifiquem, ainda que com alterações, idêntica valoração jurídica básica),

convoca do *jus* uma resposta –, que há-de, no *espaço* e no *tempo*, resistindo às forças centrífugas que se apresentem, *centripetamente* ligar as valorações essenciais que o direito congrega à realidade que as interpela<sup>235</sup>. Reflectindo a dimensão temporal *própria* do direito<sup>236</sup>, aquela que congrega, em reflexão-ponderação, um sistema assimilante de experiências cimentadas e cimentantes, com vista a uma resposta que

---

isto é, no (mais ou menos amplo) campo balizado por uma dialógico-argumentativamente comprovada analogia prático-normativa». – Fernando José PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., p. 139. Vide ainda Fernando José PINTO BRONZE, “Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, p. 177-199 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 9-29); “As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* vol. LXXIII, 1997, p. 81-119 (também in *Analogias*, cit., p. 81-117); “O jurista: pessoa ou andróide?”, cit., p. 110-122; “O problema da analogia iuris (algumas notas)”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 147-162 (também in *Analogias*, cit., p. 265-280); “A metodonomologia (para além da argumentação)”, cit.; “Praxis, problema, nomos (um olhar obliquo sobre a respectiva intersecção)”, in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, idem, vol. IV, p. 37-66, especialmente p. 63-66 (também in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/Antônio SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, cit., p. 81-107; e em *Analogias*, cit., p. 233-263); e, mais recentemente, enunciando a equação correspondente ao concreto juízo decisório, “Pj → Jd: A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)”, in *Analogias*, cit., p. 311-391, especialmente p. 372-391. Ainda quanto ao papel específico do jurista decidente, no momento da articulação tradutora do juízo decisório, e à mobilização de uma sua *judícia*, compreendida como constituindo «(...) o predicado especificante (...) de qualquer jurista – paradigmaticamente, do juiz –, que lhe permite pré-modelar (ante-ver e ante-pôr) o caso julgando e dominar (noético-noematicamente) o iter reflexivo implicado pela realização judicativo-decisória do direito – nomeadamente, pela sentença judicial». – Fernando José PINTO BRONZE, “A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito (quatro variações sobre o tema)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIV, 2008, p. 59-88 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 281-309), p. 85. Vide idem, especialmente p. 83-88. Vide ainda, sobre o sentido de *judícia*, Rolf GRÖSCHNER, “Judiz – was es ist und wie läßt es sich erlernen?”, in *Juristen Zeitung*, vol. 19, 1987, p. 903-908.

<sup>235</sup>Veja-se, exemplarmente, em Günther WINCKLER, a dialéctica *tempo/direito*, enquanto *temporalidade do direito* (*Die Zeitlichkeit des Rechts*) e *juridicidade do tempo* (*Die Rechlichkeit der Zeit*), compreendendo o *tempo* como *factor geral do direito* (“*allgemeiner Faktor des Rechts*”) in *Zeit und Recht*, Springer Verlag, Wien, 1995, especialmente p. 187 ss. e 301 ss.: «Das Recht ist eine Ordnung für menschliches Verhalten in der Zeit. Mit dem Zeitfaktor des Tages, in allen seinen Ausprägungen spezifisch rechtlicher und natürlicher Art, weist die Verhaltensordnung des Rechts grundsätzlich auf rechtliche Bindungen in einer anhaltenden Gegenwart and über diese hinaus in eine unbestimmte Zukunft. Durch die Dauer der Verbindlichkeit ihrer Sinngehalte ist die abstrakte Ordnung des Rechts schlechthin an die Zeit gebunden». – *Idem*, p. 305.

<sup>236</sup>No sentido em que FARIA COSTA consubstancia o “tempo longo cônico” da justiça, e este a reflectir a dimensão temporal própria do direito, aquela que congrega, na reflexão ponderada, um sistema assimilante de experiências cimentadas e cimentantes, com vista a uma resposta de um *terceiro*-juiz que constitua um verdadeiro *jus dicere*. – Vide José de FARIA COSTA, “O direito, a justiça e a terceira pessoa”, in António AVELÁS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O direito e o futuro. O futuro do direito*, cit., p. 497-511, p. 501-504, especialmente p. 503, e p. 505-511. Vide ainda José de FARIA COSTA, “O Direito Penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 1139-1165, e José de FARIA COSTA *As linhas rectas do direito*, Instituto da Conferência, Porto, 2007, especialmente p. 9-12 e 32-37.

seja um verdadeiro *jus dicere*<sup>237</sup>. Sobre o que talvez valha a pena ainda reflectir com OST: «Com efeito, que relação existe entre a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do direito?»<sup>238</sup>.

Sentidos estes com que procuraremos assimilar uma percepção normativa e narrativamente dialógica da construção jurídica, e, assim, longe já quer dos analisados *positivismos*, mesmo que *inclusivos*, e do respectivo debate acerca da determinação de “*clear cases*” e “*hard cases*” – com a consequente assimilação *dedutiva* e/ou *não dedutiva* da decisão concreta –, quer dos argumentativamente determinados critérios de selecção finalisticamente orientados à decisão, por vezes confluindo com os mencionados debates<sup>239</sup>.

Partir-se-á aqui, então, desta perspectivação do direito proposta por CASTANHEIRA NEVES, sem deixar, porém, de acentuar, por referência à proposta de OST, sobretudo a diferenciação do jurídico também como *discurso normativo* como uma específica *narratividade*, e a hoje concomitantemente indispensável *intertextualidade*, por um lado, e a percepção da decisão judicial como *tradução*, por outro. Posição esta cujas implicações práticas na efectivação dos princípios fundamentantes do sistema jurídico directamente se espelharão na e determinarão a subsequente discussão da pertinência e relevância normativamente jurídica da *categoria tolerância*, enquanto *princípio* e enquanto *critério*. O que de imediato passaremos a considerar.

<sup>237</sup>Tudo isto pressupondo uma compreensão da *historicidade* atenta à *longa duração*, no sentido em que Fernand BRAUDEL a aponta, com Mircea ELIADE, à temporalidade ocidental, em que, por inspiração cristã, o tempo é algo de humano, por oposição à temporalidade oriental, que distingue tempo profano ou histórico de tempo universal ou sagrado. Vide Carlos Antonio AGUIRRE ROJAS, “A longa duração: in illo tempore et nunc”, in *Revista de História das Ideias*, Faculdade de Letras, Coimbra, vol. 18, 1996, p. 389-417, p. 399-400, referindo-se a Mircea ELIADE, *Images et symboles*, Paris, 1952. Acerca da *teoria braudeliana sobre a longa duração histórica*, vide AGUIRRE ROJAS, *op. cit.*, p. 393 ss., e Fernand BRAUDEL, “*Histoire et sciences sociales. La longue durée*”, in Fernand BRAUDEL, *Écrits sur l’histoire*, Flammarion, Paris, 1969, citado na tradução portuguesa *Escritos sobre a História*, tradução de Francisco Paiva BOLÉO, Dom Quixote, Lisboa, 1997.

<sup>238</sup>François OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, citado na tradução portuguesa *O tempo do direito*, tradução de Maria Fernanda OLIVEIRA, Piaget, Lisboa, 2001, p. 12. No mesmo sentido, vide ainda François OST, “*L’instantané ou l’institué? L’institué ou l’instituant? Le droit a-t-il pour vocation de durer?*”, in François OST/ Mark van HOECKE (Dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 7-14.

<sup>239</sup>O exemplo culminante deste tipo de construção surge na tese de Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, *cit.*, mormente p. 259-359. Veja-se, essencialmente, em diálogo crítico, Fernando PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, *cit.*, sobretudo p. 499-543, por exemplo na síntese da n. 1181, p. 521-533, especialmente p. 523-528; e Fernando PINTO BRONZE, “*Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, 2000, p. 13-33 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 119-137), especialmente p. 22-25.



### 3.1.2. A tolerância como exigência normativa fundamentante, extrajurídica ou jurídica: o princípio da tolerância

Postulada como manifestação de *liberdade de expressão*, a afirmação de diferentes *formas de vida* manifestadas por diferentes *comunidades* comporta um complexo de relações dialécticas/dialógicas entre *maioria* e *minorias*, e ainda entre estas entre si, visto que o actual *pluralismo* se encaminha para a progressiva fragmentação de opções-narrativas, e, concomitantemente, para uma dispersão sucessiva de núcleos de valoração e de práticas – e, assim, dificilmente entre si *traduzíveis*. Com um correspondentemente crescente questionamento quanto ao conteúdo e limites da *liberdade de expressão*, em virtude da dissipação dos tradicionais núcleos de valoração comportamental – de índole religiosa, moral, ética e jurídica. Com o que a convocação da tolerância – e a eventual assunção da existência de uma “*obrigação de tolerância*” – se torna, neste domínio, ela própria problemática, mormente no que diz respeito à respectiva caracterização como exigência *jurídica* ou *extrajurídica*.

Neste ponto, embora concordando com Paulo MOTA PINTO quanto à afirmação da *insuficiência* da *ideia de tolerância* enquanto «princípio relevante em sede de *solução de conflitos*», haverá que afirmar, diferentemente, que tal insuficiência resultará não tanto do facto de considerar que «(...) a ideia de tolerância é insuficiente, por ser excessivamente *indeterminada* (...)», e que «(...) não parece que possa só por si dar resposta à questão de saber *qual das partes* tem de tolerar, e *o quê*, ou *em que medida* (com que limite)»<sup>240</sup>, mas sobretudo do facto de se reconhecer que a *supra-infra-ordenação* pressuposta pela exigência de tolerância se encontra hoje dissipada, manifestando-se sobretudo uma *reciprocidade* essencial na relação de tolerância que torna biunívoca a vinculação. Posto que uma tal *insuficiência por indeterminação* se prende com a questão da perspectivação do *fundamento da tolerância*, questão esta a que, numa compreensão *normativamente substancial* de tolerância como a aqui

<sup>240</sup>«(...) como princípio relevante em sede de *solução de conflitos*, a ideia de tolerância é insuficiente, por ser excessivamente *indeterminada*. Desde logo, não parece que possa só por si dar resposta à questão de saber *qual das partes* tem de tolerar, e *o quê*, ou *em que medida* (com que limite). E torna-se, também, necessário precisar quem são em geral os destinatários do referido “imperativo de tolerância”». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 757.

intentada, se responde com uma materialização axiológica fundamentante da mencionada categoria, e concomitante prática, conforme já *supra* se encetou<sup>241</sup>.

Tudo o que directamente se projecta na determinação da efectiva verificação e vinculatividade da *exigência* ou *imperativo* de tolerância, e, com estas, na índole do respectivo conteúdo, que simultaneamente pressupõe – mormente, no que tange à *liberdade de expressão*, a sua *índole* e vinculatividade jurídica. Questão em que a *insuficiência* da ideia de tolerância enquanto «princípio relevante em sede de *solução de conflitos*» se verificará na medida em que a tutela da *liberdade de expressão* e a respectiva ponderação, através de uma *concordância prática*<sup>242</sup>, com outros princípios e bens jurídicos, assenta numa tutela “positiva” fundada na realização material do princípio da igualdade e não numa tutela “negativa” baseada num princípio de *mera tolerância*. Tal não retirará, porém, à tolerância, neste específico domínio – mantendo ao *princípio de tolerância* assim desenhado a inconfundibilidade com os *direitos fundamentais*, constituindo não obstante um *princípio dos direitos fundamentais* e, de certo modo, o *reverso* das liberdades que compõem os conteúdos destes –, uma basilar relevância enquanto “*princípio de reciprocidade*” («*Toleranz als Gegenseitigkeitsprinzip*») – para o dizer com SCHMITT-GLAESER e Adolf ARNDT<sup>243</sup> –, específico *princípio* de determinação relativa de relevância fundamental para a aludida *concordância prática*<sup>244</sup>. E, mais do que isso, enquanto exigência normativa

<sup>241</sup> *Vide supra*, Parte I, 3., e Parte II, 5., 6. e 8..

<sup>242</sup> *Vide*, sobre a operatividade do *princípio da concordância prática* em caso de *conflito entre princípios*, mormente quando estando em causa *direitos fundamentais*, e, portanto, de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 1161-1162, 1225 («O princípio da concordância prática ou da harmonização»): «(...) Em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados(...)». – *Idem*, p. 1161-1162. «Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens». – *Idem*, p. 1225. Sobre a relevância da *concordância prática* no específico domínio referenciado em texto, *vide* Walter SCHMITT GLAESER, “*Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot*”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 14, 1996, p. 873-879, p. 877, e *infra*, p. 540, n. 322.

<sup>243</sup> «Toleranz und Grundrechte lassen sich allerdings nicht miteinander identifizieren. Als Freiheitsprinzip ist Toleranz viel mehr ein tragendes Prinzip der Grundrechte (...). *Adolf Arndt* bringt dies auf den Punkt, wenn er die (wertgebundene) Toleranz als „Gegenseitigkeitsprinzip“ definitert (...)». – Walter SCHMITT GLAESER, “*Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot*”, *cit.*, p. 876, citando Adolf ARNDT, in *Politische Reden und Schriften*, 1976, p. 134, 142 ss., 144.

<sup>244</sup> «(...) erscheint es gerade im Interesse von Meinungsfreiheit und Demokratie unverzichtbar, in der Wechselwirkung mit dem Recht der Persönlichkeit das Toleranzprinzip als gegenseitigkeitsprinzip, als Prinzip der Konfliktlösung durch gegenseitige Rücksichtnahme zu beachten. Andernfalls wird in die

materialmente determinada na tentativa de *tradução* da *diferença*. Destacando-se, efectivamente, em primeira linha, a proximidade da esfera de acção do *princípio da tolerância* face à de outros princípios fundamentais, designadamente à do *princípio da igualdade*.

Na perspectivização de problemas hoje exemplarmente ditos *fracturantes*, desde a neutralidade do Estado face às convicções religiosas até à discriminação racial e sexual – a misoginia em geral, e bem assim a excisão feminina, por exemplo, mas também a homofobia, e, exemplarmente, os problemas suscitados em torno do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>245</sup> e da transexualidade<sup>246</sup> –, e ainda o conflito religioso – e assim, por exemplo, o problema da apresentação pública de símbolos religiosos, tais como o uso de burca, nicabe, ou véu islâmico, a afixação de crucifixos em escolas ou a construção de minaretes –, geralmente considerados enquanto problemas referentes a e solucionados à luz dos princípios da *liberdade de pensamento, de consciência e de religião, da liberdade de expressão, e da igualdade e não discriminação*, reflecte-se, mais ou menos remotamente, mais ou menos proximamente – consoante justamente a posição abraçada em tal perspectivização, estando, não obstante, sempre presente tal problema, ainda que apenas como ponto de partida da valoração e/ou tutela da diferença em questão ... –, o *Tatbestand* da questão aqui crucial: a índole, pertinência, legitimidade e título da invocação da categoria tolerância enquanto critério moral ou ético, ou, por outro lado, enquanto fundamento-*princípio* e/ou *critério* estritamente jurídico.

O presente problema torna-se patente, desde logo, na reacção manifestada face à *diferença*, mormente na *ignorância do diferente*. *Diferença* esta que se oferece em plúrimas manifestações, e cuja consideração como minoritária resulta de uma apreciação culturalmente *qualitativa*, herdeira de uma noção de *hierarquia*

---

Abwägung nicht eingestellt, was eingestellt werden muß, das Wertzuordnungs- und Ausgleichsverfahren der „praktischen Konkordanz“ bleibt unzulänglich, kann zu einseitigen Gewichtungen und letzten Endes zu nicht vertretbaren, mit der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes unvereinbaren Ergebnissen führen». – Walter SCHMITT GLAESER, “*Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot*”, *cit.*, p. 877.

<sup>245</sup>Vide, quanto ao ordenamento jurídico português, a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que alterou, através do seu artigo 2.º, no que essencialmente aqui releva, o artigo 1577.º e, através do seu artigo 4.º, a alínea e) do artigo 1628.º do Código Civil, permitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Vide *infra*, 3.1.2.5.3..

<sup>246</sup>Vide, quanto ao ordenamento jurídico português, e após alguma hesitação – como no caso do Acórdão TC n.º 359/09, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html> (acedido em 02/02/2012) –, a Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, que permite o reconhecimento jurídico da mudança de sexo e respectiva alteração do nome próprio.

tradicionalmente conducente – *ou não* – à tolerância, e que os discursos de integração procuram hoje inserir, positivamente, através do reconhecimento dos *direitos das minorias*. Correspondendo-lhe uma crescente multiplicação de densificações *narrativas*, cuja *tradução* recíproca se manifesta decrescentemente. Mostrando-se aqui particularmente relevante a perspectivação dos problemas de consideração da *diferença* cuja indiscutível relevância jurídica determina a tutela de determinadas ideais e comportamentos constitutivos da expressão de opiniões ditas *minoritárias* e, correspectivamente, de sancionamento dos comportamentos hostis a tais manifestações, ou da discutibilidade da respectiva relevância jurídica. Questões que, consideradas das mais diversas perspectivas – *infra* exemplarmente ilustradas, e apenas enquanto eventual expressão ou decorrência da exigência de tolerância estritamente apreciadas –, colocam muitas vezes – embora nem todas, e nem sempre –, *ab origine*, o *problema da tolerância*, independentemente da índole da resposta jurídica que lhes vai sendo oferecida nos diferentes contextos espaço-temporais<sup>247</sup>.

Reconhecer-se-á aqui à tolerância, fundamentalmente, a índole de categoria *extrajurídica* com projecções relevantes no domínio da juridicidade. Cumprirá, então, reflectir a respectiva admissibilidade.

### 3.1.2.1. A autonomização de um sentido jurídico ao princípio da tolerância em Arthur KAUFMANN

Determinantemente relevante na reflexão aqui proposta, e, por isso, nela expressamente presente, e implicitamente ponderada, desde o início, a construção teórica da *tolerância* de Arthur KAUFMANN terá constituído, verosimilmente, o tema principal de toda a sua reflexão – inicialmente exposta no artigo «*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*», e posteriormente desenvolvida no capítulo 20 da sua *Rechtstheorie*, «*Das Prinzip Toleranz – Rechtsphilosophie in der pluralistischen Risikogesellschaft*», em que aquele, com ligeiríssimas alterações, se insere<sup>248</sup>. E

<sup>247</sup>Vide *infra*, sobretudo 3.1.2.5. e 3.4..

<sup>248</sup>Vide Arthur KAUFMANN, “*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*” (1983), in Günter KOLMANN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, P. Deubner, Köln, 1983, p. 97 ss; também in Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere*

determinantemente relevante aqui, então, sobretudo, na medida em que, embora não estabelecendo uma completa determinação substancial e estrutural da categoria tolerância, constrói, fundamentalmente, assumindo uma perspectiva jurídica, o respectivo *sentido*. E, assim, sem lhe conferir um estrito carácter de categoria *procedimental*, porém também sem lhe oferecer propriamente um *conteúdo* específico – embora lhe reconheça *origem religiosa...* –, assenta a categoria tolerância no *reconhecimento*, discutindo a respectiva relevância nas actuais *sociedades de risco* – por referência privilegiada aos problemas da ecologia e da bioética<sup>249</sup> –, concomitantemente enfatizando a respectiva pertinência às sociedades democráticas, e apontando-lhe ainda um carácter necessariamente *limitado* – estabelecendo, essencialmente, como *limite da tolerância*, a *intolerância* que ponha em perigo a liberdade<sup>250</sup>.

Apresenta-se como referente essencial desta construção de KAUFMANN a noção de *tolerância repressiva* de MARCUSE – na sua perspectivação *crítica* da categoria *tolerância* –, e isto ainda quando a confronta com diferentes *noções de verdade*<sup>251</sup>. E assim, por um lado, o *reconhecimento* e o *respeito pelo outro como pessoa* são aqui instituídos como elementos fundamentais à possibilidade da *tolerância*<sup>252</sup> – não apenas

---

*rechtsphilosophische Abhandlungen*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, p. 209-225 (versão citada). Este texto foi posteriormente integrado no capítulo 20 da *Rechtsphilosophie*, com ligeiríssimas alterações, e uma nova conclusão, cujas implicações serão aqui em texto consideradas. Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 20. «Das Prinzip Toleranz...», *cit.*, p. 295-344, especificamente p. 328-344 (V. «Das Prinzip Toleranz»). Vide *supra*, desde logo o início da *Introdução*, p. 11, e *ibidem*, n. 2 e 3.

<sup>249</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, IV. «Die Risikogesellschaft – am Beispiel der Ökologie und der Bioethik», p. 301-328. Algumas referências fundamentais sobre estes temas são aqui recuperadas *infra*, 3.1.2.5.3., 3.1.2.5.3..

<sup>250</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 334-336 (20. V. 3. «Grenzen der Toleranz»), e *idem*, p. 341. Vide também, quanto aos *limites da tolerância* em KAUFMANN, *supra*, 7.2.3..

<sup>251</sup>Vide, citando MARCUSE, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, 20. V. 2. «Dogmatische Intoleranz und praktische (bürgerliche) Toleranz – Repressive Toleranz», p. 328-334, e, especificamente em referência à afirmação da *verdade*, citando directamente MARCUSE, p. 339-340: «Marcuse hat gesagt: Das Telos der Toleranz ist der Wahrheit». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 338 (20. V. 4. «Toleranz – Wahrheit – Freiheit – Irrtum», p. 336-340). Vide *idem*, sobre os *limites do conhecimento*, p. 336, remetendo para Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1972, 2. Aufl. 1984, p. 86 ss.. Vide *supra*, sobre o conceito de *tolerância repressiva* em MARCUSE, Parte II, 3.1..

<sup>252</sup>«Ich lasse dahingestellt, ob, wie manchen meinen, zur Toleranz liebe gehört. Auf jeden Fall gehört dazu die Anerkennung und Achtung des anderen als Person (...).» – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 335. Vide ainda *idem*, sobretudo, p. 292-294 (19. IV. «Die Person als Grundrelation des Rechts»). Vide ainda Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Decker & Müller, Heidelberg, 1990 (2. Aufl., 1992), VI. «Schluß: Die Person als die „ontologische“ Grundrelation des Rechts», *cit.*, p. 40-43; Arthur KAUFMANN, «Der Mensch im Recht», in Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel...*, *cit.*, p. 24-34, e Joseph J. M. van der VEN, «Recht, Mensch, Person – Eine rechtstropologische Anfrage and die Rechtsvergleichung», in Winfried HASSEMER (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Decker & Müller, Heidelberg, 1984, p. 15-27.

em virtude da *dignidade humana* como também da aspiração à *verdade*, embora excluindo liminarmente a identificação da *tolerância* com a *aceitação*<sup>253</sup>. E, por outro lado, é aqui esta categoria referida à possibilidade de uma *verdade objectiva* – ou, mais precisamente, em reformulação, de uma *verdade não completamente subjectiva*<sup>254</sup>. Tudo isto com o objectivo de ultrapassar a noção que diz *conservadora* da tolerância, criticamente apresentada por MARCUSE, para recuperar a categoria *tolerância* como própria de uma *sociedade aberta*<sup>255</sup>.

Refutando, portanto, um puro *relativismo*<sup>256</sup>, autonomiza KAUFMANN, especificamente, a categoria tolerância como *princípio*, abrindo a possibilidade de, na respectiva projecção jurídica, se reconhecer o *princípio da tolerância* como efectivo *princípio jurídico*<sup>257</sup>. E, portanto, em intenção *crítica*, de consideração *objectiva*, não *relativista*, do respectivo fundamento (*religioso*) – ainda que remetendo tal objectividade a uma determinação de *verdade*... O que será no presente estudo determinante para a legitimação da ponderação da admissibilidade e da orientação plausível de um *sentido jurídico* a conferir à tolerância enquanto *princípio*, por um lado. E, por outro, para a discussão do concomitante sentido a assumir pelo “*espaço livre de direito*” e respectiva relevância enquanto “*fruto*” da tolerância<sup>258</sup>.

<sup>253</sup> Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 338.

<sup>254</sup> Esta uma das alterações verificadas na transição de “*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*” para o capítulo 20 da *Rechtstphilosophie* – IV. «*Das Prinzip Toleranz*». Referia-se KAUFMANN, naquele, a *verdade objectiva* («*Toleranz setzt daher gerade voraus, daß es objektive Wahrheit gibt und daß sie, zumindest teilweise, aufgedeckt werden kann*». – Arthur KAUFMANN, “*Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*”, cit., p. 216. Neste último, no mesmo ponto, refere-se já a *verdade não completamente subjectiva*: «*Toleranz setzt daher gerade voraus, daß die Wahrheit nicht ganz subjektiv, relativ, prozeßhaft ist und daß sie, zumindest teilweise, aufgedeckt werden kann*». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 335. Para uma consideração crítica das *teorias da verdade* em Arthur KAUFMANN, vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, cit., V. «*Ansätze zu einer sachlich fundierten prozeduralen Theorie der Wahrheit bzw. Gerechtigkeit*», p. 32-39.

<sup>255</sup> Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 339-340.

<sup>256</sup> «(...) der Relativismus nicht etwas ist, das es zu überwinden, sondern mit Klugheit und Maß zu praktizieren gilt. Nichts hieniden ist un-bedingt, nichts ab-solut. Daher darf auch der Relativismus nicht absolut gesetzt werden, nicht zum Indifferentismus ausarten (...)». – *Idem*, p. 299. Vide *idem*, p. 336-340.

<sup>257</sup> Vide *idem*, p. 333. Vide, especialmente, a reconsideração do tema, recuperando expressamente o sentido da *tolerância* em KAUFMANN como *princípio jurídico*, in Ken TAKESHITA, “*Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar zur Arthur Kaufmanns Theorie*”, in Ulfried NEUMANN/Winfried HASSEMER/Ulrich SCHROTH (Hrsg.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 100, Franz STEINER, 2005, p. 105-110.

<sup>258</sup> Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 342: «*Ein Frucht der Toleranz ist auch die Lehre vom „rechtsfreien (rechtswertungs-) Raum“*». Vide *idem*, 15. «*Die Lehre vom “rechtsfreien Raum”*», p. 226-234. Vide *infra*, especificamente sobre a pertinência da *teoria do “espaço livre de direito”*, em KAUFMANN, face à categoria *tolerância*, no domínio específico do direito, 3.1.2.5.2. e 3.1.2.5.3..

Sendo, então, a par e passo cotejado nesta reflexão, procurar-se-á destacar deste pensamento a específica significação jurídica que oferece ao *princípio da tolerância*, e, ainda, e, já para além do direito, o corolário em que projecta toda esta construção, ao formular, por inspiração directamente kantiana, um *imperativo categórico da tolerância*, consubstanciando assim a respectiva fundamentação, operatividade e objectivo: «*Handle so, daß die Folgen deiner Handlung verträglich sind mit der größtmöglichen Vermeidung oder Verminderung menschlichen Elends*»<sup>259</sup>.

Construção esta do *princípio da tolerância*, e da respectiva relevância jurídica, cujo sentido se distingue, afinal, do que aqui temos vindo a construir – não obstante os contributos convocados e, sobretudo, partilhando nós com KAUFMANN a recusa duma justificação *relativista* da tolerância –, principalmente por conferir à *tolerância* o sentido de um *imperativo categórico*, por um lado, e de estrito *princípio jurídico*, por outro. Como já *supra* se reflectiu e *infra* se concretizará<sup>260</sup>.

### 3.1.2.2. A possibilidade de compreensão do *princípio da tolerância* entre *jus* e *intentio* – o *princípio da tolerância* como efectivo *princípio normativo*(?)

Rejeitados tanto as construções *positivistas* estritas quanto os *finalismos materiais*, haverá que procurar a admissibilidade da projecção jurídica da categoria tolerância nas efectivas relações intersubjectivas, e nestas enquanto ocorrem num horizonte de validade de constituição comunitária (não, porém, *comunitarista*), numa *comunidade* – em que nascemos e que partilhamos independentemente de vinculação voluntária, expressa ou implícita –, com as suas determinações axiológicas, que, estando na autodisponibilidade dessa comunidade, não serão, todavia, contingentes, dada a autonomização que, enquanto projecto de aperfeiçoamento humano, demonstram, ao vincular enquanto tal a própria *comunidade* em que têm origem.

<sup>259</sup> Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, cit.*, p. 344.

<sup>260</sup> Vide, sobretudo, *supra*, *Introdução*, e Parte I, 3.1., e Parte II, 6. e 7.2.3, e *infra*, 3.1.2.2. e 3.1.2.3..

Tomamos, portanto, como base, a noção de *comunidade* estabelecida pela proposta *jurisprudencialista* de CASTANHEIRA NEVES, e com ela também a da dialéctica *suum/commune* que a predica<sup>261</sup>. Para essencialmente nesta última procurar a admissibilidade e a posição de uma categoria como a tolerância. Admissibilidade que, pensamos, no sistema jurídico correspondente a esta proposta *jurisprudencialista*, dependerá, desde logo, da sua assimilação crítico-reflexiva pelos diversos *estratos* que o compõem – *princípios normativos, normas legais, jurisprudência judicial, jurisprudência dogmática, realidade jurídica*<sup>262</sup> –, mormente pelos estratos da *jurisprudência judicial* e da *jurisprudência dogmática* e, através da reflexão normativamente constitutiva destes, pelo estrato dos *princípios normativos*<sup>263</sup>. O que directamente exigirá a conferência à tolerância de uma densificação de conteúdo jurídico, determinando-o, caracterizando-o e delimitando-o, e traduzindo-o – e com isso distinguindo-a radicalmente da sua *origem* ético-moral – na sua substância jurídica, isto é, enquanto elemento substancial à convivência pacífica, *nominaliter* na resolução de controvérsias jurídicas. E, daqui, adensá-la enquanto exigência material fundamentante, axiologicamente cunhada, capaz de inspirar e de se concretizar em critérios jurídicos, por um lado, e de fundar decisões concretas, por outro.

Tudo o que se afigura, em tese, verosímil, embora não necessário, posto que tomando-se aqui como posição de princípio a consideração da tolerância como *virtude extrajurídica*, o que, *per se*, estabelece desde logo limites à possibilidade da respectiva relevância jurídica e concomitante convocabilidade para a criação e realização do direito. Assim, quanto, especificamente, à possibilidade da sua configuração como *princípio* – à luz da posição *supra* assumida quanto ao sentido de *princípio* –, a categoria tolerância, em rigor, não abandonará a sua natureza ética, moral e/ou religiosa, sendo esse o lastro materialmente sustentador do seu conteúdo.

---

<sup>261</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e Responsabilidade*”, *cit.*, p. 32-43; António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 844-861; Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 6-7. Vide *supra*, Parte II, 5..

<sup>262</sup>Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito...*, *cit.*, p. 125-146; António CASTANHEIRA NEVES, “*A unidade do sistema jurídico...*”, *cit.*, p. 172-174; António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 88-93 (p. 48-51, na versão A4). Vide, conferindo ainda a este nível autonomia ao próprio *sentido do direito* e à *dimensão procedimental*, Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 607-681, mormente p. 627 e 670.

<sup>263</sup>Vide, neste sentido da definição *dogmática* dos princípios, em geral, António Ulisses CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios...*, *cit.*, p. 284-285.



Posto isto, atentemos agora então directamente na possibilidade de a categoria tolerância constituir um autonomamente fundamentado, e pertinentemente conformado, *princípio normativo*, no sentido perfilhado, como *supra* se esclareceu, segundo CASTANHEIRA NEVES. Orientando-se aqui a resposta por demarcação quer de uma compreensão *liberal* da liberdade, enquanto *tolerância procedimental*, quer de uma possibilidade – juridicamente, que não apenas filosófico-socialmente, cunhada – de *responsividade comunitária*, e indagando-se ainda se será já hoje desnecessária, do ponto de vista *jus-filosófico*, *jus-teórico* e *jus-metodológico*, uma referência específica a um *princípio normativo de tolerância*, postulado à luz de uma compreensão civilizacionalmente contextualizada da liberdade e igualdade comunitariamente densificadas, com uma correlativamente imprescindível dimensão de *responsabilidade*, conferente ao direito do filtro diferenciador que o predica e legitima, enquanto não apenas discurso *entre* discursos mas conteúdo materialmente densificado, a partir exactamente da sua diferenciação relativamente à ética, à moral, à religião e à sociologia<sup>264</sup>. O que se questiona é, assim, a possibilidade de exigir o reconhecimento da categoria *tolerância* como *princípio materialmente autónomo*. Com o que teremos aqui uma noção da categoria tolerância como um *fundamento material do direito* encontrado num plano *extrajurídico* – o que também resulta exemplificado na proposta de Fritz WERNER, embora aí com base em distintos pressupostos, e concluindo pela admissibilidade de atribuir relevância jurídica ao *princípio da tolerância* no momento da decisão judicial, momento em que a tolerância poderia interferir na interpretação da lei, e, assim, permitir que o juiz fosse mais tolerante do que esta, visando a justiça do caso concreto<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup>Sobre o sentido e o desenvolvimento de uma noção de *responsividade* e da possibilidade de lhe conferir significação especificamente jurídica, vide Luís Meneses do VALE, “*Responsividade nos sistemas públicos de saúde: o exemplo da OMS*”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, cit., vol. IV, p. 1049-1106, especialmente p. 1051-1058, 1101-1105. Vide os desenvolvimentos apresentados em Luís Meneses do VALE, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, 2008, vol. II, p. 262-277.

<sup>265</sup>Remete KAUFMANN, assim, para Fritz WERNER, mormente quanto à referência à *epikie*: «Er sagt, daß der Richter – im Rahmen des Gesetzes – toleranter sein könne als das Gesetzes, nämlich in der Weise daß er durch Auslegung des Gesetzes die Einzelfallgerechtigkeit verwirkliche. Was Werner hier geltend macht, ist in der Ethik als “*Epikie*” bekannt. (...) Die Epikie ist, was selten gesehen wird, ein effektives und legales Mittel des Widerstands, namentlich des zivilen Ungehorsams (...)». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 342-343, citando Fritz WERNER, *Recht und Toleranz*, 1963, p. 7, 13.

Persistindo para nós a questão crucial a enunciar a de saber se fará sentido conferir, positiva e normativamente, específico conteúdo jurídico à tolerância, ou antes se se deverá compreendê-la, pelo menos *ab initio*, como virtude *extra*, e mesmo *pré-jurídica* – conforme vai afinal por nós aqui assumido –, a implicar uma interdisciplinaridade que a integraria por via da relevância que pudesse manifestar na configuração *formal* e na densificação *material* da juridicidade. Ao que acrescerá ainda a necessidade de vislumbrar a pertinência, e mesmo necessidade, de regulação positiva (activa) de certas matérias *fracturantes* – por forma a cumprir os correlativos princípios da *igualdade* e da *diferença* –, ou a sua impertinência, assumindo-se que a posição do direito há-de ser a de conferir um tratamento padronizado formalmente delimitado, assente no e justificado pelo *princípio da igualdade*, numa assunção da realização da justiça na mobilização metodologicamente adequada de princípios e critérios jurídicos.

Teremos aqui, portanto, uma confrontação entre uma *exigência* prática, quando não mesmo uma *virtude*, *in origine* religiosa, depois ética – a *tolerância* –, e a dimensão *suprapositiva* fundamentante da juridicidade – o horizonte dos *princípios normativos*. Horizonte este pautado pela absorção normativamente material de um dever-ser expresso na *praxis*, enquanto *juízo* de exigibilidade de *sentido autónomo* na delimitação da intersubjectividade jurídica. E assim a modelar, na compreensão de CASTANHEIRA NEVES, que aqui se convoca privilegiadamente, pelas *condições de emergência do direito como direito – condição mundanal, condição humano-existencial e condição ética*<sup>266</sup>, e mormente por esta última, no seu reconhecimento do homem como *pessoa*, na sua *dignidade ética* –, conferindo-lhe uma substancial e fundamentante *autonomia* específica enquanto dimensão normativa reguladora da intersubjectividade. Modelado numa dialéctica *suum/commune*, encontrando-se na *implicação axiológico-normativa negativa* deste segundo pólo a delimitação da subjectividade, respectivamente, material e formalmente garantida pelos *princípios – suprapositivos – do mínimo e da formalização*. Aquele enquanto delimitação material do núcleo de subjectividade não susceptível de intervenção da juridicidade, e este enquanto delimitação formal garantidora daquela delimitação material<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> António CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, p. 841 ss..

<sup>267</sup> «No plano material ou *quoad substantiam*, há que reconhecer um *princípio do mínimo*, pois só serão legítimos os impedimentos de realização que se reconheçam como indispensáveis condições de realização de todos (...). No plano formal ou *quoad modum*, não há menos a reconhecer um *princípio de*

Com o que o *princípio da tolerância* constituirá ou uma valoração *extrajurídica* sem influência directa na determinação do conteúdo da normatividade jurídica ou uma inspiração material da juridicidade, e, assim, neste último sentido – que nos parece o mais verosímil –, um princípio *ab initio* compreendido como *intentio*, a filtrar pela intencionalidade própria da juridicidade. Para, posteriormente, se, onde e quando passe o crivo dogmático da determinação jurídica de conteúdo, se assumir como efectivo *jus*, e, nessa hipótese, como verdadeiro *princípio normativo*. Muito longe já, portanto, das tantas vezes constatadas convocações, muitas delas aproblemáticas, de um *princípio (jurídico-)legal de tolerância*. Muito longe das quais se encontrará também a – por isso aqui especialmente convocada – percepção do *princípio da tolerância* em KAUFMANN, conferindo-lhe, porém, esta, especificamente, origem religiosa, e projectando-o fundamentalmente como *princípio jurídico* – discutido em duas dimensões essenciais: enquanto princípio de direito necessário às actuais *sociedades de risco*, e enquanto princípio de direito em confronto com o *relativismo de valor*<sup>268</sup>.

Admitir-se-á, aqui, assim, um *juridicamente relevante*, ou, quando tal deva justificadamente assumir-se, em termos dogmáticos, já mesmo um *juridicamente constituído, princípio de tolerância*. E, concomitantemente, a possibilidade de um tal *princípio da tolerância* se projectar em *critérios* jurídicos – quer *legais*, quer *jurisprudenciais*, ou mesmo *dogmáticos* –, tomado aquele quer enquanto *exigência extrajurídica* projectada no direito, quer enquanto específico *princípio normativo* e respectiva projecção em *critérios* mobilizáveis para a decisão judicativo-concreta. Podendo constituir – e, sobretudo, constituindo, nesta hipótese – a concretização de um *princípio suprapositivo (de tolerância)* – expressão imediata e essencial da *ideia de*

---

*formalização*, ou seja, a exigência de uma institucionalização formal dos limites materialmente intencionados em obediência ao princípio do mínimo, porquanto sem essa institucionalização formal (...)». – António CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, vol. I, p. 307-469, e também in *Digesta...*, vol. I, *cit.*, p. 349-473 (versão citada), p. 416. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 7-8.

<sup>268</sup>O que fica agora atestado na respectiva intelecção dele oferecida recentemente por Ken TAKESHITA: «(...) Was bedeutet das Prinzip der Toleranz als Rechtsprinzip, und zwar in der Gegenwart? (...) Welche Beziehung zwischen Toleranz als einem Rechtsprinzip, das angesichts der gegenwärtigen Risikogesellschaft notwendig ist, und Toleranz als einem Rechtsprinzip, das vom rechtsphilosophischen Wertrelativismus verfochten wird, besteht?». – Ken TAKESHITA, “Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar zur Arthur Kaufmanns Theorie”, *cit.*, p. 105-106. Vide *supra*, 3.1.2.1..

*direito* –, determinação materialmente determinante do sentido e conteúdo material da normatividade jurídica<sup>269</sup>.

E isto apesar de o *princípio da tolerância* não afirmar necessariamente um conteúdo materialmente definido enquanto *objectivo* a prosseguir pelo direito, antes derivando do posicionamento que o direito assuma perante a *diferença*, e relevante na medida da ausência de tutela positiva desta última. E, assim, reconhecidamente influente em determinados domínios. Com múltiplos sentidos possíveis, tal como, eventualmente, aquele em que o convoca Jónatas MACHADO, enquanto «princípio positivamente conformador do efeito externo ou horizontal do direito à liberdade religiosa»<sup>270</sup> – ainda que a sua classificação como *princípio positivamente conformador* possa suscitar dúvidas quando confrontada com a distinção entre *tolerância* e *reconhecimento positivo*. No limite, onde se estiver perante este já não se encontrará aquela. O que haverá de estritamente delimitar o *intervalo* de relevância e operatividade *substancialmente autónomas* do *princípio da tolerância*, mormente face à tutela positiva oferecida pelo *princípio da igualdade*. O que *infra* de imediato se procurará densificar.

---

<sup>269</sup>Vide *supra*, 3.1.1.1.2., 3.1.2.2., 3.1.2.3.2.2. e 3.1.2.4., e *infra*, 3.2., e, sobretudo, António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, cit., p. 89 (p. 49, na versão A4). Vide *ibidem*, p. 88 ss. (p. 48 ss., na versão A4). Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 627 ss..

<sup>270</sup>«Enquanto princípio objectivamente conformador da ordem jurídica, o direito à liberdade religiosa implica, complementarmente, uma *obrigação de tolerância* (*Gebot der Toleranz, Toleranzgebot*), entendida como dever de respeito pela dignidade e pela personalidade dos outros, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência. (...) Assim caracterizada, a tolerância constitui o princípio positivamente conformador do efeito externo ou horizontal do direito à liberdade religiosa, servindo naturalmente como *critério auxiliar* (*Hilfskriterium*) para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Ao Estado incumbe a função institucional de guardião da tolerância (*Hüter der Toleranz*), tomando as medidas necessárias para criar e proteger o desejado clima de respeito mútuo, aquele *espírito de fraternidade* de que fala o art. 1.º da DUDH». – Jónatas MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva...*, cit., p. 255-257. Vide, no mesmo sentido, e por referência ao texto citado de Jónatas MACHADO, Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, cit., p. 755-756.

### 3.1.2.3. *Condições de possibilidade de um princípio materialmente autónomo de tolerância face ao princípio da igualdade*

A determinação da (im)possibilidade de autonomização de um *princípio da tolerância* face ao *princípio da igualdade*, impondo-se por imperativos desde logo de conteúdo, porém também de delimitação formal de influência – *rectius*, de determinação de *relevância jurídica* –, dependerá do(s) sentido(s) do *princípio da igualdade* de que se parta, mormente da relação axial entre *igualdade formal* – a *liberal* *igualdade perante a lei* –, e *igualdade material* – a *igualdade na lei* ou *igualdade perante o direito* –, para o dizer com as palavras e o sentido recolhidos em CASTANHEIRA NEVES<sup>271</sup>, e assim nos respectivamente distintos sentidos *político-jurídico* e *axiológico-jurídico*<sup>272</sup>. E entre estas nos seus diferentes pressupostos e conteúdos, cujas efectivas implicações se perfilam muito além do relevo histórico da respectiva epifania, e assim com conhecidos reflexos fundamentais, do ponto de vista político-jurídico ao metodológico-jurídico.

O diálogo estabelece-se, portanto, agora, entre uma compreensão dita *liberal-formal-procedimental* de igualdade e uma *superadora* compreensão *material-axiológica* de igualdade. Com a primeira a exprimir um entendimento formal, de uma *igualdade da lei* em si, e por esta determinada, enquanto seu fundamento e critério, e determinante de uma aplicação *igual* da lei, concentrando-se essencialmente numa sua aplicação *lógico-dedutiva*, construção que o racionalismo moderno e moderno-iluminista postularam desenvolveram e viria a corporizar-se no *positivismo jurídico*. E a segunda a propor uma superação daquela no sentido do reconhecimento de um critério normativo de aferição da igualdade a impor à própria lei, e assim esta como um instrumento de realização daquela, e de efectivação só em concreto aferível, quer do

<sup>271</sup>Seguimos aqui a consideração do(s) sentido(s) do princípio da igualdade proposta em António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, in *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 105.º, 1972, n.º 3474, p. 133-139 a ano 116.º, 1983, n.º 3706, p. 8-9, e também como *O Instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983 (versão citada), p. 118-190. Vide ainda, sobre este tema, exemplarmente, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 430-431; João Martins CLARO, “*O princípio da igualdade*”, in Jorge MIRANDA (Org.), *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1987, p. 29-38, p. 36-37; Martim de ALBUQUERQUE, *Da igualdade. Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993, sobretudo p. 75-79.

<sup>272</sup>António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “Assentos”...*, cit., p. 121 ss..

ponto de vista legislativo quer judicial<sup>273</sup>. Sentido em que, por outro lado, o *critério normativo material da igualdade*, referindo-se a um *princípio de justiça*, ainda que não enquanto igualdade absoluta, antes relativa, e, assim, intencionando a *proporcionalidade*, vai muito além da *proibição do arbítrio* – seja esta assumida em sentido formalmente negativo ou mesmo já materialmente concretizador da igualdade –, traduzido na imposição de *tratar como igual o que é igual e como desigual o que é desigual*<sup>274</sup>, embora contemplando-a, para se tornar aferível à luz de um critério de

<sup>273</sup>«(...) Desde logo, discriminam-se-lhe hoje nitidamente dois entendimentos possíveis. Um entendimento formal, que limita aquela igualdade jurídica à *igualdade na aplicação da lei*, ou em termos de ver na lei o *príus*, o critério primeiro e decisivo, e com um qualquer conteúdo normativo que formalmente se pressupõe para uma tão-só genérica e uniforme, estrita e imparcial aplicação. (...) Distinto deste será um entendimento material, que conceba a igualdade como uma intenção normativa que a própria lei será chamada a cumprir, uma igualdade imposta como exigência axiológica à própria lei, no seu conteúdo e na sua realização jurídico-normativa (...). (...) Neste caso trata-se, diferentemente, de uma igual realização axiológico-normativa material através da lei, e assim a igualdade perante a lei é antes de mais uma *igualdade perante o direito*». – *Idem*, p. 119-120. *Vide*, sobre o segundo sentido aqui exposto, *ibidem*, p. 138-144, 154, 167-168. Para uma consideração da tensão *positivismo/pós-positivismo* – e da essencial distinção entre positivismo legalista e conceitual – no pensamento de António CASTANHEIRA NEVES, *vide*, sobretudo, António CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, *cit.*, p. 105-116; António CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra, 1975-76, p. 67-78; António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “Assentos”...*, *cit.*, p. 525-583; António CASTANHEIRA NEVES, *“O actual problema metodológico da realização do direito”*, *cit.*; António CASTANHEIRA NEVES, *“Escola da Exegese”*, in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e também in *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 181-191 (versão citada); António CASTANHEIRA NEVES, *“Escola Histórica do Direito”*, in *Enciclopédia Polis*, *cit.*, e também in *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 203-214 (versão citada); António CASTANHEIRA NEVES, *“Método Jurídico”*, *cit.*; António CASTANHEIRA NEVES, *“Interpretação jurídica”*, in *Enciclopédia Polis*, *cit.*, e in *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 337-377 (versão citada); António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 49-54, 83-154; António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 59-125 (p. 32-69, na versão A4) (Capítulo I – «O Normativismo»); António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, *cit.*, p. 87-94. O tema da construção e aplicação da lei no quadro do positivismo legalista francês foi já por nós considerado em *“O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites”*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, p. 681-733.

<sup>274</sup>«(...) a exigência de igualdade vai desde logo referida à ideia de justiça, a ponto de se poder dizer que acaba no fundo por confundir-se com ela. (...) Só que, se a justiça exprime uma qualquer relação de igualdade e, já por isso, relativiza (...), decerto que nunca terá o sentido de uma igualdade absoluta (...), mas tão só o sentido de uma igualdade relativa, a exprimir-se no postulado, ou na exigência, que (...) desde ARISTÓTELES até RADBRUCH se pode enunciar nestes termos: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente». – António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “Assentos”...*, *cit.*, p. 149-151. *Vide*, referindo-se expressamente a restrições a direitos fundamentais, e quanto a este ponto distinguindo generalidade de igualdade material, Jorge REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 799-815, p. 804: «(...) a partir do momento em que a igualdade é, hoje, entendida também como igualdade material traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*, fica claro que a generalidade nem é condição suficiente nem necessária da igualdade». *Vide* também, expressando a mesma ideia, e sobretudo reforçando que tratar o *igual igualmente* e o *desigual desigualmente* exigirá a determinação, dificilmente traduzível em critérios estritamente objectivos, dos critérios de admissibilidade da diferenciação e da densidade do controlo das diferenciações, Jorge REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da Constituição da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 101-160, p. 104-115, sobretudo p. 109.

valoração material-axiológica positiva, e simultaneamente *objectiva* – porque comunitariamente construída e legitimada – e *aberta*<sup>275</sup>.

A igualdade, *rectius*, as *igualdades* – posto que não se poderá já hoje falar em *igualdade* no singular, como se de uma e a mesma categoria se tratasse em todos os âmbitos da sua convocação<sup>276</sup> – surgem assimiladas conforme os contextos de mobilização e as valorações espaço-temporais concomitantes. Numa compreensão *material* do princípio da igualdade, as respectivas dimensões materiais ponderando a integração do *reconhecimento das diferenças*, na medida em que estas sejam atendíveis à luz da valoração-padronização que o direito confere à prática social através dos seus critérios normativos, várias possibilidades podem ainda configurar-se, consoante os objectivos da tolerância sejam, ou não, os mesmos que os do princípio da igualdade. Nesta conformidade, discernem-se aqui, essencialmente, duas vertentes possíveis: ou o princípio da igualdade assimilou já historicamente o conteúdo do princípio da tolerância, com o que este se encontrará actualmente superado por aquele (3.1.2.3.1.); ou o princípio da tolerância coexiste ainda com o princípio da igualdade, e então duas possibilidades se afiguram (3.1.2.3.2.): ou, por um lado, a tolerância se admite prosseguindo os mesmos objectivos que o princípio da igualdade, compreendido em sentido material (3.1.2.3.2.1.), e então nova ramificação ainda se apresenta: ou a tolerância se posiciona como elemento de ponderação ínsito naquele princípio, como *componente do seu conteúdo* (3.1.2.3.2.1.1.); ou a tolerância constitui um princípio *subsidiário* face ao conteúdo do princípio da igualdade (3.1.2.3.2.1.2.); ou, não se mostrando suficientemente delimitadora esta última possibilidade, e sendo esse o objectivo, podendo a exigência de tolerância surgir ainda, a partir do *reconhecimento das diferenças*, enquanto princípio *derivado*, por via deste, por especialização, do *princípio da igualdade* (3.1.2.3.2.1.3.); ou, por outro lado, a *tolerância* se assume como categoria independente da *igualdade*, e com *objectivos* distintos dos desta (3.1.2.3.2.2.)

<sup>275</sup> «(...) o princípio da justiça, com este sentido e segundo esta ou quaisquer outras das suas formulações possíveis, já no seu enunciado se oferece de molde a não ser critério de si próprio, antes pressupõe, ou pelo menos carece, de um critério pelo qual unicamente se poderá saber o que é igual e o que é desigual. E então esse princípio ou nos remete directamente a um *problema axiológico*, que assim leva implícito (...), ou, no mínimo, exige um qualquer fundamento material que justifique a igualdade-desigualdade prescrita e a diferenciação implicada». – António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos "Assentos" ...*, cit., p. 152-153. Vide *idem*, muito especialmente, p. 171-180, 188.

<sup>276</sup> Neste último sentido, vide Fernando VALLESPÍN, "*Igualdad y diferencia*", in Manuel-Reyes MATE, (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Gráficas Rógar, Madrid, 1995, p. 15-33, p. 19, por referência à concepção proposta por Douglas W. RAE, *Equalities*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981, especialmente p. 131 ss..

– e, neste sentido, como categoria de densidade inferior, no que à tutela do *reconhecimento da diferença* respeita, e, assim, a esta última, e, o que é determinante, intencionalmente *autónoma* dela –, na medida em que consiste numa não reacção livre a comportamentos objecto de discordância, e nesta medida se basta com ser um critério *negativo* de não discriminação – isto é, *limite negativo* do tratamento *materialmente desigual*, sem assumir *obrigações positivas* de tratamento *materialmente igual*, e, portanto, um *minus* face aos princípios da *igualdade* e da *não discriminação*. O que de modo algum lhe retirará a possibilidade da relevância jurídica, se e quando dogmaticamente justificada.

Seleccionada aqui uma significação da categoria tolerância que não a esgota no seu *sentido negativo*, haverá que estabelecer o *conteúdo* do seu *sentido positivo*, não se confundindo, porém, *tolerância* com reconhecimento e/ou concretização material da *igualdade*. O que, no concreto domínio da juridicidade, exigirá uma circunscrição estrita do conteúdo das categorias *tolerância* e *igualdade* – afastando-se, assim, a proposta de compreensão do sentido positivo da tolerância projectado no direito, tal como assumido por SCARMAN<sup>277</sup> –, visando obviar à sobreposição das respectivas significações e conteúdos. Traduzindo a superação de uma perspectivação da tolerância enquanto mera *categoria negativa*, limite negativo da relevância jurídica determinada pelo princípio da igualdade, por uma *perspectivação positiva*, que determine a possibilidade de convocação da categoria tolerância no domínio jurídico e a posicione face à igualdade, demarcando os respectivos domínios de acção e conteúdos.

---

<sup>277</sup>«To a lawyer, in a sense, toleration is a non-subject. (...) toleration in a legal sense has only a negative content: it is at best a negative virtue. (...)

That is the basic common law of our country, but is it enough? (...) it is not enough, (...) toleration, in its negative aspect of non-interfering with other people, is really a fairly low-scale value, (...) toleration carries with it positive duties to be recognized and enforced by the law». – J. G. SCARMAN, “*Toleration and the Law*”, *cit.*, p 49.



### 3.1.2.3.1. O princípio da igualdade como *superação* do princípio da tolerância

Afastada, por tudo o que ficou dito, a impossibilidade de considerar hoje o *princípio da tolerância* pura e simplesmente superado por uma compreensão material pós-positivista do *princípio da igualdade*, cumprirá destringer o sentido e alcance das repercussões jurídicas da dialéctica *igualdade/tolerância*.

Efectivamente, no domínio do jurídico, devendo o formalmente supérfluo sucumbir ao rigor da estruturação sistemática, e o materialmente excessivo à necessária coerência (material) do sistema, não diminuindo, antes enfatizando, a necessidade de considerar as diferenças, e de as compossibilitar, poderá prefigurar-se a desnecessidade de autonomização da tolerância como categoria jurídica, mormente enquanto *princípio*. Não por demérito, no que à sua relevância prática concerne, mas por sua possível indevida apropriação – como significante susceptível de qualquer significado – e utilização.

Se o *princípio da igualdade*, compreendido em *sentido material*, lograr uma sua realização plena, poderá efectivamente a autonomização – no plano estritamente jurídico – de um *princípio da tolerância* resultar extemporâneo, desnecessário, e mesmo supérfluo. O que não significa só por si e directamente a superação deste por aquele, antes uma sua absorção ou uma sua autonomização relativa. Porém, também estas não necessárias, nem evidentes, havendo que comprovar os respectivos fundamento e condições de verificação. O que se equacionará a partir do estabelecimento de uma *fronteira* formal e materialmente intencional entre os referenciados princípios – mormente distinguindo os respectivos fundamentos, conteúdos e objectivos de densificação normativa. Admitindo-se, portanto, a coexistência de um *princípio da tolerância* com o *princípio da igualdade*, nos termos e com os efeitos que *infra* imediatamente se expõem.

### **3.1.2.3.2. O princípio da tolerância como *princípio coexistente* com o princípio da igualdade**

#### **3.1.2.3.2.1. O princípio da tolerância como *princípio intencionalmente confluyente* com o princípio da igualdade**

Não se admitindo a rejeição/superação liminar do *princípio da tolerância* pelo *princípio da igualdade*, abrir-se-ia, desde logo, a possibilidade de convergência jurídico-materialmente intencional na determinação do sentido e conteúdo destes princípios, reconhecendo-se que comungam substancialmente de um mesmo sentido de fundamentação e de um idêntico conteúdo, em gradação distinta, prosseguindo o mesmo tipo de objetivos, e, assim, que haverá entre eles uma mera diferença de *grau*. O que inevitavelmente conduziria à necessidade de delimitação da respectiva determinação e densificação da tutela jurídica da *igualdade* e da *diferença*, dada a decorrente possibilidade de existência de contradição na referência simultânea – em gradação distinta, e, potencialmente, em sentidos diversos – a ambos de *critérios jurídicos* – quer legais quer dogmáticos, quer de concretos juízos jurisdicionais.

Com o que haverá, portanto, que equacionar a possibilidade de o conteúdo do *princípio da tolerância* – de densidade substancial, no que ao *reconhecimento das diferenças* respeita, inferior à do *princípio da igualdade* – ser, num espectro gradativo, diferenciadamente assimilado pelo conteúdo do *princípio da igualdade*, em termos dogmaticamente fundados. Abrindo-se, assim, várias possibilidades de conformação do sentido a conferir ao *princípio da tolerância*, que passaremos a reflectir.

### 3.1.2.3.2.1.1. O princípio da tolerância como componente do conteúdo do princípio da igualdade

Equacione-se, desde logo, a possibilidade de perspectivar e densificar o princípio da tolerância como *subprincípio* e/ou *elemento constitutivo* do conteúdo do princípio da igualdade. Por outras palavras, uma dimensão do conteúdo do princípio da igualdade, paralela à da não discriminação, e, assim, susceptível de produzir efeitos específicos na conformação da igualdade.

Efectivamente, a tolerância, consubstanciando uma *acomodação de diferenças*, será susceptível de tomar por objectivo, a final, o *tratamento desigual do que é desigual*. Com o que poderia estabelecer-se como *elemento constitutivo* do princípio da igualdade. Nesta hipótese, a tolerância posicionar-se-ia como elemento de ponderação ínsito àquele princípio, como *componente do seu conteúdo*, mormente enquanto momento prévio à realização da igualdade, como que um *diagnóstico* delimitador da necessidade de consideração da *diferença*, e, assim, um primeiro patamar para a determinação do sentido da *desigualdade*. Neste sentido, a tolerância fixaria o momento de demarcação *face à diferença*. Convocadas as suas *condições de possibilidade, supra explicitadas*<sup>278</sup> – *divergência de base* (materialmente fundamentada), *liberdade e renúncia à reacção* –, estabeleceria aqui a categoria tolerância um dos, ou, alternativamente, o, critério(s) de determinação da *diferença* relevante para a tutela jurídica à luz do princípio da igualdade.

Estaria, assim, a tolerância no *limiar* da convocação do princípio da igualdade, mormente enquanto tutela-correcção das diferenças juridicamente atendíveis, e bem assim da respectiva dimensão de *não discriminação*. Estabelecido como base materialmente fundamentante o horizonte de validade vigente numa determinada comunidade jurídica, e assim identificando-se a base fundamentante da igualdade e da *divergência de base essencial* à tolerância, seria esta susceptível de constituir uma primeira abordagem da diferença, que, conjugada com as suas duas seguintes *condições* – *liberdade e ausência de reacção* – determinasse o sentido da tutela jurídica a conferir ao comportamento *diferente* em causa à luz do *princípio da igualdade*, e este como processo de protecção jurídica – ou de ausência desta – à luz daquela inicial

---

<sup>278</sup>Vide *supra*, Parte II, 6.2.3.2..

constatação-limite da relevância da diferença e respectiva necessidade de protecção jurídica, diagnóstico assim determinante na consideração desta.

### 3.1.2.3.2.1.2. O princípio da tolerância como princípio *subsidiário* do princípio da igualdade

Outra hipótese, ainda no pressuposto da *identidade intencional* entre *igualdade* e *tolerância*, seria aquela em que esta última surgiria como princípio *subsidiário* do princípio da igualdade, e, assim, tutela subsidiária de comportamentos insusceptíveis de tutela jurídica à luz do princípio da igualdade. Operando, portanto, nas situações não tuteladas, ou *ainda não* tuteladas, em função do princípio da igualdade.

Nesta conformidade, o conteúdo do *princípio da tolerância*, sustentado pela identidade de base fundamentante da igualdade e da tolerância, seria consubstanciado por uma tutela de densidade inferior – e, assim, de sentido predominantemente *negativo*, enquanto *não reacção* –, baseando-se no *reconhecimento da diferença*, à luz das suas *condições de possibilidade* – e, assim, *divergência de base* (materialmente fundamentada), *liberdade* e *renúncia à reacção* –, e conferindo-lhes uma protecção juridicamente relevante – por determinação jurídica ou, alternativamente, em virtude da ausência da mesma –, porém não a elevando à realização plena da densidade postulada pelo conteúdo do princípio da igualdade.

Estabelecer-se-ia, assim, uma gradação materialmente fundamentada pelo relevo axiológico-cultural, social ou político da realidade fáctica a tutelar, enquanto dogmaticamente assimilado pelo sistema jurídico, e, assim, conferindo-lhe uma protecção cujo valor *mínimo* se situaria no não sancionamento negativo. Admitindo-se, não obstante, uma gradação crescente, mediante a alteração das condições de fundamentação. Porém, não se identificando plenamente, dada a gradação intencionalmente inferior que comporta, com a tutela oferecida pelo princípio da igualdade. Com o que a tolerância constituiria um princípio *subsidiário* face ao conteúdo do princípio da igualdade, protegendo os comportamentos que, não carecendo da e/ou não justificando a convocação do princípio da igualdade, na sua dimensão de correcção materialmente efectiva das diferenças, fiquem, neste sentido, fora da

respectiva tutela, bastando-se, sem implicações de legitimidade para a fundamentação material do direito, com uma *não reacção negativa* por parte do sistema jurídico.

### **3.1.2.3.2.1.3. O princípio da tolerância como princípio derivado, por especialização, do princípio da igualdade**

Ainda noutra hipótese, também no pressuposto da identidade intencional entre igualdade e tolerância, configuraria esta uma tutela distinta da conferida por aquela, a partir do *reconhecimento da diferença*, mas agora enquanto princípio *derivado* – por via da específica densidade conferida a este *reconhecimento* –, por *especialização*, do *princípio da igualdade*.

Nesta conformidade, o conteúdo do *princípio da tolerância*, sustentado pela identidade de base fundamentante da igualdade e da tolerância, à luz das suas *condições de possibilidade* – e, assim, *divergência de base* (materialmente fundamentada), *liberdade* e *renúncia à reacção* –, seria consubstanciado numa especialização que, conduzindo ao tratamento desigual do que se manifeste comprovadamente como desigual, e assim cumprindo o objectivo do princípio da igualdade material, se distinguiria pela derivação de uma protecção positiva – a que a igualdade intencionalmente procuraria concretizar – para uma protecção negativa – de não intervenção, portanto, quando fundadamente justificada à luz da realidade objecto da referida tutela e da intencionalidade específica do sistema jurídico em cujo horizonte tal possibilidade fosse adoptada. Quando a exigibilidade de tutela jurídica ficasse satisfeita com tal tutela passiva, de não sancionamento, derivada por especialização da tutela que seria conferida através do princípio da igualdade – dada a especificidade do comportamento em causa e o carácter de *ultima ratio* assumido pelo princípio da tolerância –, estaria justificada a opção pelo princípio da tolerância como princípio especial face ao princípio da igualdade, consituído por *derivação*.

### 3.1.2.3.2.2. O princípio da tolerância como *princípio intencionalmente autónomo do princípio da igualdade, a partir do reconhecimento da diferença*

Diferentemente das possibilidades anteriores, conferentes de uma intencionalidade comum à *tolerância* e à *igualdade* – e da eventualmente efectiva operatividade prática das mesmas, cuja possibilidade não se nos afigura inverosímil –, apresenta-se-nos, diversamente, posto tudo o que foi dito, materialmente fundamentada e prático-normativamente justificada a autonomização intencional e substancial da categoria *tolerância* e da respectiva concretização enquanto *princípio* com relevância jurídica.

Assumir-se-á aqui, portanto, a *tolerância* como categoria intencionalmente *autónoma* da *igualdade*, e, conseqüentemente, com *objectivos* distintos dos desta. Configurando-se, assim, a *tolerância* positivamente afirmada como categoria de densidade normativo-materialmente inferior, na juridicamente assimilável tutela do *reconhecimento da diferença*, à conferida pela *igualdade*. E isto na medida em que a *tolerância* consiste numa não reacção livre a comportamentos objecto de discordância, e, nesta medida, se basta com ser um critério *negativo* de não discriminação – isto é, *limite negativo* do tratamento *materialmente desigual*, sem assumir *obrigações positivas* de tratamento *materialmente igual*, e, portanto, um *minus* face aos princípios da *igualdade* e da *não discriminação*. O que de modo algum lhe retirará a possibilidade de ser revestida de dignidade jurídica, se e quando dogmaticamente justificada.

Problematizar-se-á, assim, a perspectivação da *tolerância*, na ponderação da necessidade de tutela jurídica, enquanto resultado intermédio da constatação da *diferença* (1) numa gradação positiva a culminar no *reconhecimento da diferença*, a distinguir da apreciação (2) numa gradação interrompida pela assunção da desnecessidade de tutela jurídica do comportamento tolerado. Com o que a *virtude ética da tolerância*, no domínio jurídico, e assim como sua *tradução jurídica*, (1) suscitará uma significação distinta da compreendida pelos princípios – aqui assumidamente tomados como *princípios normativos* – da *igualdade* e da *não discriminação*, e da *liberdade de expressão*, entre outros; ou que (2) implicará a não interferência sancionatória do direito, quer por via da referência expressa à tolerância pelo direito –

mormente o direito legislativamente prescrito –, quer da pura e simples irrelevância jurídica da divergência de base e dos respectivos comportamentos tolerados. Na primeira alternativa verifica-se-á a admissibilidade da transição da percepção *negativa* da categoria tolerância para uma sua valoração *positiva* – surgindo, assim, o momento da tolerância enquanto patamar intermédio, juridicamente relevante, entre as figuras da *rejeição* e a da *aceitação*, transformando-se nesta última no momento em que desaparece a *divergência de base*. Na segunda, não existindo valoração determinantemente negativa por parte do direito que conduza à sancionabilidade dos comportamentos objecto de discordância, nem suficientemente positiva que postule a sua protecção, estabiliza-se face a estes uma efectiva *tolerância*, o que só por si denota uma tomada de posição substancialmente determinante por parte da juridicidade face aos comportamentos em causa.

Posta, assim, a tolerância enquanto *minus* face ao princípio da igualdade, permanecerá a justificação da respectiva tutela jurídica – e bem assim a respectiva qualificação enquanto *princípio* – dependente da demarcação materialmente justificada face a este. O que aqui se assumirá fixando substancialmente o sentido de um *princípio autónomo da tolerância*, face ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Assim, o princípio da não discriminação, enquanto expressão da dimensão da tutela da diferença no quadro do princípio da igualdade, exige mais do que exigiria a tolerância, se tomada como princípio ou como critério especificamente jurídico de valoração da diferença, autonomizado do princípio da igualdade ou como dimensão deste último: enquanto a tolerância consiste na não reacção livre a comportamentos objecto de discordância, o princípio da não discriminação exige a concretização material da igualdade, impedindo um tratamento depreciativo com base na diferença, antes respeitando-a, mesmo através de um tratamento diferente do que é diferente, na medida da diferença. Constituindo, assim, o princípio da não discriminação um *plus* relativamente àquele *princípio da tolerância*, numa gradação que culmina na concretização plena do sentido material do princípio da igualdade. É assim que, para KAUFMANN, a relevância jurídica da tolerância, as mais das vezes compreendida como projecção jurídica da virtude moral (ou ética...) de tolerância – posto que quando colocada a questão da *verdade* e *correção* do direito deixaria de haver lugar a uma *tolerância dogmática*... –, implicaria, em último termo, uma predisposição que, não

podendo de forma alguma confundir-se com o princípio da *igualdade*, sendo aparentemente positiva – não admitindo, todavia, a *aceitação*, sob pena de se não estar já no domínio da *tolerância* –, poderia não o ser, fazendo da *tolerância* “prática” (*cívica*) uma *falsa tolerância*, assente numa *intolerância dogmática* (de acentuação religiosa), a acentuar a superioridade do *tolerante* face ao *tolerado*<sup>279</sup>.

Já na proposta de FAGELSON, a *autonomia* da categoria tolerância fica essencialmente garantida pela sua conformação material na *acomodação de diferenças*, o que, conferindo-lhe um conteúdo – ainda que variável e indeterminado –, não estabelece – parece assumir não ser determinante fazê-lo... – a *natureza jurídica* dessa perspectivação da tolerância, bastando-se com uma sua compreensão *moral* – no sentido também expressamente assumido por FAGELSON – da mesma – e, assim, *ab origine*, *extrajurídica*, com projecção fundamentante no domínio da juridicidade. O que significa admitir conteúdos não jurídicos na determinação do jurídico. Com o perigo de, no limite, ser impossível determinar o estabelecimento dogmático de fronteiras na admissibilidade da influência dessa tolerância (*moral*) na juridicidade. Com o que o direito assumiria, potencialmente, qualquer conteúdo que perpassasse o filtro *liberal* da tolerância. Sem uma valoração autónoma própria da admissibilidade da materialidade juridicamente relevante, submetida esta antes a uma determinação de «*political morality*», e por esta valorada, à luz do fundamento essencial da tolerância. Ao afirmar a *tolerância*, e não a *igualdade*, como *virtude soberana* do direito, confrontando directamente a afirmação essencial de DWORKIN em *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*<sup>280</sup>, FAGELSON coloca a tónica não tanto na relevância materialmente fundamentante da tolerância mas sim na sua relevância metodológica. Todavia, configurando o objectivo essencial de conferir, em último termo, um sentido normativo à *ideia de tolerância*, enquanto *adequação-acomodação de diferenças*. E isto porque o direito, tal como a tolerância, exigirá essa *acomodação de diferenças*<sup>281</sup>, e

<sup>279</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., 328-334, especialmente p. 333-334. «Auf der Basis der grundsätzlichen Unterscheidung von dogmatischer Intoleranz und praktischer (bürgerlicher) Toleranz dürfte es auch beim Recht im Rahmen der Wahrheits- oder Richtigkeitsfrage keine Toleranz geben. Aber auch wenn man hier „praktische“ Toleranz walten lassen wollte, wäre es nur die „Toleranz“ des Erduldens von Übel, Ärger, Unrecht, Bösem». – *Idem*, p. 333. Vide supra, 3.1.2.1.

<sup>280</sup>«Although I stand on the shoulders of Rawls and Dworkin, my theory challenges several core elements of law as integrity and political liberalism. (...) I argue that tolerance, not equality, is law’s sovereign virtue». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, cit., p. 3.

<sup>281</sup>«This is where the connection between law and tolerance comes into play. (...) It is tolerance that permits people to overlook differences they revile that are not relevant to the purpose of a rule. It is *liberal* tolerance that induces people to consider *individual* differences as irrelevant to the primary



saber que diferenças não-de ser reconhecidas no seio de um determinado sistema jurídico implicaria, nesta perspectiva, a interpretação do sentido e objectivo dos critérios normativos mobilizados<sup>282</sup>.

Tal como surge em David FAGELSON, a categoria tolerância seria ainda, e fundamentalmente, na suas projecções práticas, determinante para a interpretação, desde logo *em abstracto*, das Constituições, especificamente a dos Estados Unidos da América. Conferindo, assim, à tolerância o carácter de categoria já especificamente *jurídica* já *extrajurídica*, consoante as abordagens, proporcionando material discursivo explicitante das normas e uma adaptabilidade progressiva à realidade-campo de efectivação das decisões judiciais<sup>283</sup>. Assim, em expressa divergência face a DWORKIN, sustenta FAGELSON a intervenção directa do *mecanismo* da *tolerância*, ainda que assumindo aí cariz *extrajurídico*, não apenas ao nível da *justificação* do direito, mas

---

purpose of the rule. (...) *Liberal tolerance* precludes moral revulsion as a relevant factor in justifying exclusion from autonomy promoting institutions.

The concept of law requires that some differences be overlooked. Which differences those are will depend upon whether force in the community is founded on principles of liberal or of communitarian tolerance. (...) The dominance of autonomy as the supreme value suggests that it is liberal tolerance that ultimately justifies law in America». –, p. 128.

<sup>282</sup>«The restraint that rights impose does not come from respect, but from the purely formal requirement to ignore nonrelevant criteria in the formation of categories that comprise a rule. So ignoring nonrelevant traits of others is entailed by legal rights.

Were the idea of tolerance to rest on this formal requirement alone, the relationship with law would be conceptually and morally uninteresting. This would be the only connection if legal interpretation was a purely logical exercise. That is not the case, however, because interpretation requires one to understand the purpose of a rule and this purpose cannot be segregated from what one thinks the purpose of law is in a given community. (...)

(...)

While more than one concept of justice can promote some form of tolerance, for any political morality to do so, it must promote the accommodation of differences either as an inherent or an instrumental concern». – *Idem*, p. 152-153. «While tolerance may not be a necessary feature of a legal system, the lack of any principle for accommodating differences suggests an anarchic situation in which law is precluded». – *Idem*, p. 142. Com o que a *intolerância* surigira como elemento inibidor desta efectivação: «I argue that intolerance inhibits the concept of reason, and hence the basis for the application of law. (...) This is because intolerance to differences requires more specificity about what can and cannot be accommodated, while at the same time providing a diminished justification concerning why it is reasonable to put up with some differences and not others». – *Idem*, p. 142.

<sup>283</sup>«The cultural practice that largely sustains tolerance in the US – and has implications for sustain tolerance elsewhere – also forms the basis of US constitutional understanding. (...) Constitutional interpretation needs to reflect what is now a long-term, but still developing, cultural practice that sustains pluralism and tolerance in the US». – Frederick P. LEWIS, “*Tolerance, Pluralism and ‘Fighting Faiths’*: Seeking the Sources of US Constitutional Meaning”, in ANNE WAGNER/Vijay K. BHATIA (Ed.), *Diversity and Tolerance in Socio-Legal Contexts...*, cit., p. 11-19, p. 18. Vide ainda a reflexão sobre tolerância e liberdade de expressão na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, in Lee C. BOLLINGER, *The Tolerant Society*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986, p. 12-42 (2. «*Enslaved to Freedom?*»).

também, decorrentemente, ao nível da *interpretação jurídica* e da *decisão judicial*<sup>284</sup>. O que poderá ser ilustrado, em ambos os domínios, através da mobilização da valoração inversa – a da *intolerância*: os valores fundamentais, e mesmo as suas concretizações derivadas, divergem consoante o contexto comunitário, e mesmo dentro deste<sup>285</sup>, pelo que, quanto mais intolerantes as «*political moralities*», mais as *diferenças* teriam de ser por elas tidas em conta<sup>286</sup>. Reconhecendo, como se disse, como objectivo essencial a conferência, em último termo, de um *sentido normativo* à *ideia de tolerância*, enquanto *adequação-acomodação de diferenças*, pressupondo que o direito, tal como a tolerância, a exigiriam<sup>287</sup>.

O direito, e, assim, a interpretação jurídica, assentam aqui numa *valoração* – *rectius*, mais propriamente, uma “*justificação moral*” («*moral justification*») – que orienta os correspondentes sentidos admissíveis. E a ideia de *tolerância*, que, tal como o direito, se estende por um amplo espectro de “*moralidades políticas*” («*political moralities*»), estaria, juntamente com este, em condições de designar quais as diferenças que, numa determinada comunidade, deveriam ser *acomodadas* e por que razões<sup>288</sup>. FAGELSON concretiza, então, a relação entre *tolerância* e *direito* não num qualquer conteúdo que aquela devesse compreender e impor a este, mas na referência daquela como parte deste, quer por entender que as exigências da interpretação jurídica assentam nos mesmos “*princípios*” que a *ideia* de tolerância, quer por assumir esta última como *critério* de delimitação da relevância jurídica e de interpretação de

<sup>284</sup>«(...) the presence of a norm giving an appropriate scope for accommodation, and hence tolerance, seems to play some role in the ability to clearly interpret the rules or principles that compromise the law». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 161.

<sup>285</sup>«People are, of course, different, both in tolerant and intolerant societies. But intolerance puts a higher premium on similarity. The higher the intolerance, the more difficult the threshold is to meet». – *Idem*, p. 157.

<sup>286</sup>«Intolerant political moralities must be attendant to more differences than tolerant ones that can accommodate different ways of being and thinking». – *Idem*, p. 154.

<sup>287</sup>*Vide idem*, p. 128, e *supra*, Parte II, 1.2.4.1. e 1.3..

<sup>288</sup>«I hope to show why understanding the nature of tolerance helps one understand the nature of legal interpretation and its reliance on some moral justification. Law, like tolerance, entails the accommodation of differences. (...) The idea of tolerance, like law, spans a wide spectrum of political moralities that tell a given community what differences ought to be accommodated and why». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 141. «Law requires the accommodation of differences in order to provide the reciprocal constraints that enabling rights require. That these rights can emerge under different political moralities suggests that tolerance is an independent value that provides the capacity for accommodating among a wide spectrum of political moralities». – *Idem*, p. 160. *Vide idem*, p. 151-152. «Tolerance is present only when the accommodation of differences advances the goal of the idea of justice. If reason depends on toleration, then law, which depends on reason, ultimately requires some form of tolerance». – *Idem*, p. 160. *Vide também idem*, p. 153.

preceitos jurídicos<sup>289</sup>. Conduzindo uma tal compreensão do direito e da interpretação jurídica a opções distintas das de DWORKIN, afastando-se assim FAGELSON quer da «*right answer thesis*» – admitindo a possibilidade de surgirem respostas *diferentes* para uma mesma questão juridicamente relevante – quer da perspectivação de um juiz *Hércules*<sup>290</sup>. E isto com base, desde logo, na própria compreensão da Constituição, abrindo a possibilidade de perguntar pela *validade* desta – pressupondo uma articulação fundamentante entre a *teoria do direito* e a *teoria constitucional* – e dos fundamentos de determinação do seu conteúdo<sup>291</sup>.

Com o que a tolerância se configuraria como exigência de *ordem moral* a cumprir em sede da interpretação jurídica. Deixando em aberto a questão de saber se tal exigência mantém a sua natureza dita *moral* nesse momento, ou se, pelo contrário, será assimilada pela intencionalidade jurídica, tornando-se elemento estritamente jurídico a considerar no momento da interpretação. O que em FAGELSON fica, portanto, por esclarecer, não se oferecendo quaisquer indicações metodológicas efectivas para a interpretação jurídica à luz da exigência de tolerância – parecendo, porém, ficar-se mais pela primeira do que pela segunda possibilidade –, nem apontando a orientação geral a seguir naquela interpretação. E isto em sentido próximo da já anterior convocação da tolerância como *critério* da interpretação da própria Constituição que, também no contexto norte-americano, David RICHARDS, por sua vez, postulou, numa *estratégia interpretativa comum*, fundada no *primado da tolerância*, reputada fundamental na compreensão da liberdade religiosa, da liberdade de expressão e da privacidade, permitindo *novos sentidos interpretativos*<sup>292</sup>.

<sup>289</sup> «My interest is not whether law would be better, in some normative sense, if it advanced (or impeded) tolerance. Rather, I hope to show that the requirements of legal interpretation draw on the same principles as the idea of tolerance». – *Idem*, p. 141.

<sup>290</sup> «Unlike the pragmatic legal realists, Dworkin feels that litigants do have legitimate expectations to have their rights enforced by law, rather than created after the fact. Indeed, that is at the core of law as integrity. But if each litigant is entitled to the right answer, what happens when two herculean judges arrive at two different “right answers”. (...) While admitting such a possibility, Dworkin argues that merely because the single correct answer is not demonstrable, does not mean that it cannot exist». – *Idem*, p. 42. *Vide* ainda *supra*, 3.1.1.2.2.1.1. e 3.1.1.2.2.2..

<sup>291</sup> «The need to justify the Constitution stems from a belief in the moral basis of political authority. The laws that derive from this authority must either reflect this moral basis, whatever its origin, or be invalid». – David FAGELSON, *Justice as Integrity...*, *cit.*, p. 17.

<sup>292</sup> *Vide* David A. J. RICHARDS, *Tolerance and the Constitution*, *cit.*, p. 282-284 (10. «*Methodological Perspectives on Political Theory and Constitutional Interpretation*», p. 282-305): «(...) a common interpretive strategy, made possible by the use of general political theory (the primacy of toleration), advanced understanding of the interpretive practices surrounding two discrete kinds of clauses: the religion clauses and the free speech and press clauses. (...) the same strategy gave a solid

Exigir uma prática de tolerância («*toleration*»), e, assim, a interferência directa de uma virtude ética como a tolerância enquanto exigência autónoma na valoração jurídica, alicerçada num *princípio do reconhecimento da diferença*, ou mesmo num *princípio do respeito pela diferença*, e independente de e convivente com a autónoma valoração proporcionada pelo princípio da igualdade, quer do ponto de vista da criação legislativa quer da decisão judicial, implica reconhecer uma autonomia de conteúdo a essa virtude de *tolerância*, o que conduz ao seu reconhecimento como critério normativo material, ou talvez mesmo como *princípio* materialmente autónomo. O que, se se manifesta como evidente quanto à autonomização da *tolerância* face à *neutralidade(-indiferença)*, poderá apresentar já problemas de autonomização face ao *princípio da igualdade*. Efectivamente, quando o sentido do princípio da *igualdade* considerado for predominantemente *formal*, como esta *igualdade liberal*, tomada por FAGELSON, parece ser, quando projectada na *neutralidade* perante a *diferença*, talvez essa autonomização seja exigível, na medida em que a realização do direito poderá implicar valorações contextualizadas que conduzam a decisões diversas em questões materiais aparentemente similares, quando confrontadas com o critério normativo em princípio mobilizável. Já uma perspectiva de acentuação *material* do *princípio da igualdade*, que integre o *reconhecimento da diferença* como sua dimensão *interna*, poderá implicar o redimensionamento da relevância jurídico-fundamentante e jurídico-metodológica da *exigência* de *tolerância*, pois que a *diferença* se manifesta já por si como *exigência* – quando não mesmo como *princípio*... – normativamente atendível à luz daquela *igualdade*, na *material valoração* – e simultânea imprescindível *padronização*... – que o *sentido do direito* vai conferindo às relações intersubjectivas, enquanto afirmações de *igualdade* e de *diferença*<sup>293</sup> ...

Numa contextura, tal como a que aqui pretende seguir-se, de assimilação de uma *normatividade materialmente autónoma* para o direito, cumpre questionar a pertinência da densificação do tratamento da diferença através do recurso a um *princípio de tolerância*... que, se conformável com o conteúdo e sentido específicos do direito, se

---

interpretive foundation to both the inference and the application of the constitutional right to privacy». – *Idem*, p. 284.

<sup>293</sup>Sobre a compreensão material do princípio da igualdade, desde logo a nível constitucional, *vide*, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, *cit.*, p. 380-392.

imporá como *princípio normativo* – especificamente *suprapositivo*<sup>294</sup> – de tolerância, cujos contornos relevarão quer do ponto de vista da criação quer da realização concreta do direito – e, assim, em sentidos e com extensões radicalmente diferentes dos suscitados pela proposta de FAGELSON. Posto que o direito, enquanto ordem normativa materialmente densificada, se constrói fundamentalmente submetido ao *princípio da igualdade* e ao seu reflexo elemento interno do *reconhecimento da diferença*. E isto quando tal *diferença* se manifeste relevante no contexto de uma determinada situação jurídica, e, assim, para lá da esfera de *suum*, antes tocando o que CASTANHEIRA NEVES expõe como “*princípio do mínimo*”, enquanto implicação axiológico-normativa negativa do pólo do *commune*, e, assim, determinante do estabelecimento de *limites* à intervenção jurídica, justificando a presença ou ausência de regulação jurídica e simultânea definição de *responsabilidade*<sup>295</sup>. E espelhando-o, do ponto de vista formal-institucional, num “*princípio da formalização*”, cuja determinação seria aqui também decisiva ao reconhecimento do princípio da tolerância como efectivo *princípio normativo*<sup>296</sup>. O que, reconhecida a tolerância como categoria de possível projecção numa dimensão normativamente jurídica, haverá de ser em termos histórico-concretos aferido e substanciado pelo sistema jurídico. Estabelecendo, então, a potencialidade da relevância jurídica da categoria tolerância a partir do *princípio do reconhecimento da diferença*, por um lado, e num espectro-graduação, assente na responsabilidade que a *integração comunitária* exige, por outro, cuja extensão haverá que determinar pela densificação do sentido substancialmente autónomo conferido ao direito – e, assim, das exigências substancial-formalmente determinadas, à luz dos princípios do *mínimo* e da *formalização*, que o direito haja de espaço-temporalmente assumir.

Não estando o objectivo da tolerância necessariamente ligado à realização materialmente positiva da igualdade, antes à manutenção da coexistência pacífica de diferenças, apenas se encontra necessariamente ligado a esta dimensão daquele princípio. Com o que o *princípio da tolerância* constituirá um assumidamente positivo e

<sup>294</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*O princípio da legalidade criminal...*”, *cit.*, p. 416; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 632-633; José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, *cit.*, p. 102; José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 12.

<sup>295</sup>António CASTANHEIRA NEVES, “*O princípio da legalidade criminal...*”, *cit.*, p. 416. Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 7-8. Vide *supra*, Parte II, 5..

<sup>296</sup>António CASTANHEIRA NEVES, “*O princípio da legalidade criminal...*”, *cit.*, p. 416. Vide também José Manuel AROSO LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, *cit.*, p. 7-8.

materialmente fixado *minus* face ao princípio da igualdade. Porém, não se configurando face a este último numa mera *diferença de grau*, antes incorporando uma distinta intencionalidade normativamente constitutiva, e, portanto, um distinto conteúdo, prosseguindo diferentes objectivos, e, conseqüentemente, com uma exigência autónoma e um específico âmbito de relevância material, e, portanto, intencionalmente distinto deste. Com relevância, assim, normativamente substancial, e intencionalmente autónomo no interstício de juridicidade que lhe seja conferido – susceptível de assumir, conseqüentemente, um papel constitutivamente decisivo na definição das fronteiras da juridicidade.

#### 3.1.2.4. A dignidade constitucional do princípio da tolerância

Enquanto princípio-*intentio* de índole ético-moral, congregará o princípio da tolerância valorações substancialmente imperantes na comunidade em que pretenda afirmar-se como vigente, substancialmente recolhendo e projectando para o direito um sentido material constitutivamente essencial à conformação do sistema jurídico – e, dentro deste, da própria Constituição, enquanto *norma fundamental*. E, se admitido enquanto *jus*, e, assim, efectivo *princípio normativo*, resultado de filtragem dogmático-jurisprudencialmente densificante do sentido que histórico-espacialmente a tolerância possa assumir enquanto categoria especificamente jurídica, e, assim, substancialmente representando a assimilação jurídica de uma valoração ético-moral, cujo conteúdo, em virtude da transposição do referido *filtro* – e conseqüente assimilação pelos *estratos* do sistema jurídico – se converte em princípio efectivamente jurídico, projecta, igualmente, não já *para* mas *no* direito um sentido material constitutivamente essencial à conformação do sistema jurídico – e, dentro deste, da própria Constituição, enquanto *norma fundamental*. Constituindo, nesta segunda hipótese, e de acordo com o *supra* defendido, quanto à índole e sentido dos *princípios normativos*, o princípio *suprapositivo* da tolerância fundamento da consagração positiva que nas *normas* – incluindo as *normas constitucionais* – lhe seja conferida.

Intrínseco ao sentido *supra* exposto, e, concomitantemente, independentemente do grau de autonomia que dogmaticamente se lhe confira – e, assim, quer quando

convocado como *intentio*, quer como verdadeiro *jus* –, será o reconhecimento de *dignidade constitucional ao princípio da tolerância*, em projecção *metapositiva*, e, assim, independentemente da respectiva consagração expressa num texto constitucional. E isto na medida em que, quer enquanto *intentio* quer enquanto *jus* – no sentido *supra* densificado<sup>297</sup> –, haverá o princípio da tolerância de, no domínio em que haja de ser convocado, presidir à própria delimitação do jurídico, e, assim, à concomitante fundamentação, por referência ao sentido que o direito há-de pretender assumir histórico-especialmente. O que se afirma, aqui, apesar de um tal princípio não ser, em regra, expressamente consagrado pelos textos constitucionais, e reflectindo a dogmaticamente crescente redensificação da reflexão acerca da pertinência nestes da categoria tolerância, concluindo quer no sentido da respectiva inserção quer da exclusão, já como *valor* fundamentante, já mesmo como efectivo *princípio*.

Exemplar é, neste ponto, a densificação dogmática do estatuto constitucional desta categoria, ainda que sem unanimidade doutrinal, no pensamento jurídico alemão, apesar da ausência de referência expressa à tolerância na actual Constituição Alemã<sup>298</sup>. E isto com expressiva determinação, no seio do pluralismo das actuais sociedades – e bem já assim nos diagnóstico e prognóstico de Günter PÜTTNER, apontando-lhe um futuro no contexto de uma constituição democrática<sup>299</sup>, e ainda no reconhecimento da sua determinante relevância nos consensos fundamentais de Direito Constitucional no seio de um Estado Democrático Liberal, distinta do princípio da igualdade, por SCHMITT-GLAESER<sup>300</sup>. Sentido em que também se orientava já Ulrich EISENHARDT,

<sup>297</sup>Vide *supra*, 3.1.1.1..

<sup>298</sup>Vide *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23. Mai 1949, zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 21.7.2010, disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf> (acedido em 05/04/2012).

<sup>299</sup>Vide, desde logo, Claus WEIß, “*Toleranz als Verfassungsprinzip...*”, *cit.*. «Toleranz ist, wie angedeutet, nicht nur Bürger-Tugend, sondern mindestens in gleichem Maße eine *Orientierungsfrage* für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat und seine Verwaltung». – Günter PÜTTNER, *Toleranz als Verfassungsprinzip: Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 62, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 11. Vide *idem*, p. 60-61. Vide ainda Klaus SCHREINER, in Klaus SCHREINER/Gerhard BESIER, „*Toleranz*“, *cit.*, p. 596-601: «Toleranz ist – strenggenommen – kein Grundrecht, sondern eine Denk- und Handlungsnorm. Als solche ist sie im Wertsystem des Grundgesetzes unausgesprochen präsent». – *Idem*, p. 596.

<sup>300</sup>«Toleranz wird im engen Bezug zum Pluralismus gesehen, der Anspruch auf Toleranz zu einem Grundwert der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung erklärt. Toleranz als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses teilt mit diesem freilich die Schwierigkeit der Formalisierung. Hinzu tritt, daß der Begriff „Toleranz“ werde im Grundgesetz noch in den Länderverfassungen ausdrücklich vorkommt. Wenn daher von Toleranz als Verfassungsprinzip gesprochen wird, so besteht hierbei Übereinstimmung darüber, daß der Gehalt des Prinzips nur aus verschiedenen Grundgesetz-

projectando a relevância jurídica da tolerância no direito público em especial, postulando não obstante a tolerância como *princípio* presente na Constituição em geral, embora na ausência de referência expressa, atestando tal afirmação através de referências jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>301</sup>. Ainda que reconhecendo que a significação da exigência de tolerância no contexto jurídico não será unívoca, e distinguindo assim um sentido da *exigência de tolerância* («*Toleranzgebot*») como *mera tolerância* («*bloÙe Duldung*») – seguindo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, por um lado, e VON HIPPEL, por outro –, de um sentido de *exigência de tolerância* («*Toleranzgebot*») como *direito* à consideração e ao reconhecimento («*Recht auf Rücksichtnahme und Anerkennung*») – seguindo sobretudo NAWUASKY-LEUSSER, GELLER-KLEINRAHM-FLECK, GRUNDMANN, ZINN-STEIN e o Tribunal Administrativo Federal<sup>302</sup>. Optando EISENHARDT por uma significação jurídica da *garantia de tolerância* como *mínimo de direito* («(...) die garantierte Toleranz ist (...) ein Rechtsminimum»), e, assim, nem, num extremo, mero suportar, nem, no outro, garantia substancial de reconhecimento positivo de direitos – com o que pretende obviar a confusões conceituais, mormente entre tolerância, paridade e igualdade<sup>303</sup>. Também

---

-Artikeln destiliert werden kann». – Walter SCHMITT GLAESER, “*Meinungsfreiheit, Ehrenschtz und Toleranzgebot*”, *cit.*, p. 876.

<sup>301</sup>«Im Grundgesetz kommt das Wort Toleranz an keiner Stelle vor. Auch die Landersverfassungen enthalten den Begriff nicht ausdrücklich. Wohl aber kennen einige von ihnen den Begriff Duldsamkeit und meinen damit nach Meinung ihrer Kommentatoren Toleranz.

Die Rechtsprechung verwendet den begriff Toleranz nur sehr sparsam und nicht einheitlich. Das *BVerfG* äußert sich nur sehr vorsichtig und beschränkt den Begriff Toleranz nicht auf dem religiösen Bereich. Es kennt auch eine Toleranz im politischen Bereich. (...) Das Grundgesetz habe bewußt den Versuch einer Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen und dem Bekenntnis zu gewissen untantabaren Grundwerten der Staatsordnung unternommen». – Ulrich EISENHARDT, “*Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht*”, in *Juristen Zeitung*, n. 7, 1968, p. 214-219, p. 214. Vide a leitura de KAUFMANN, *supra*, 3.1.2.2., e, por referência expressa a EISENHARDT, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 333, e ainda p. 343.

<sup>302</sup>«Auch im juristischen Schriftum gibt es keinen einheitlichen Toleranzbegriff. (...)

(...) es im Recht der Gegenwart einen Rechtsbegriff Toleranz, also eine speziell juristische Ausprägung des Begriffes Toleranz, gibt. Über seinen Wesensgehalt sind die Ansichten allerdings geteilt. Abgesehen von der Auffassung Ridders stehen sich bei einer großen Aufteilung zwei Meinungen gegenüber:

a) Die vom *BVerfG* und auch von v. *Hippel* vertretene Auffassung sieht in der Toleranz eine bloÙe Duldung. (...)

b) Dem entgegen steht die von *Nawiasky-Leusser*, *Geller-Kleinrahm-Fleck*, *Grundmann*, *Zinn-Stein*, dem *BverwG*, dem *Hessischen Staatsgerichtshof* und dem *Staatsgerichtshof Bremen* vertretene Meinung, die aus einem Toleranzgebot nicht nur einen Anspruch auf Duldung, sondern ein Recht auf Rücksichtnahme und Anerkennung herleitet». – Ulrich EISENHARDT, “*Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht*”, *cit.*, p. 215-216.

<sup>303</sup>«Eine Bedeutungswandlung des Begriffes Toleranz in dem aufgezeigten Sinne läßt sich nicht mit den inzwischen veränderten Umständen bregründen. Sie widerspricht dem juristischen Wesensgehalt dieses Begriffes. (...) Die garantierte Toleranz ist – um mit *Werner* zu sprechen – nur ein Rechtsminimum». – *Idem*, p. 219. «Toleranz ist nicht gleich Parität, bedeutet also keinen Anspruch auf



Claus WEIß aponta, neste contexto, a tolerância como um princípio constitucional, sem deixar de alertar para a possibilidade de, alheada de uma determinação material fundamentante, tal categoria ser susceptível de assumir significados os mais diversos<sup>304</sup>, postulando a sua determinação como *direito à diferença – desvio à “norma”* – no seio de uma democracia constitucional<sup>305</sup>, e dentro de correspondentemente sempre constituídos e espaço-temporalmente diversos *limites*<sup>306</sup>.

Diferentemente, afirma Rüdiger BUBNER que não só não constitui a tolerância uma categoria originariamente jurídica, como também que, mais do que isso, não decorrerá da mesma qualquer *dever jurídico* – apoiando-se para tal na respectiva ausência da Constituição alemã<sup>307</sup>. Reagindo a tal impostação das coisas, e remetendo directamente para BUBNER, orienta-se Otfried HÖFFE no sentido de que aquela ausência não determina *per se* que a tolerância não constitua uma categoria jurídica e/ou que da mesma não resulte vinculação jurídica<sup>308</sup>. Atribuindo à Constituição o dever de consagração dos *direitos humanos* como tarefa primeira da manifestação da *tolerância enquanto princípio jurídico e de Estado* («*Toleranz als Rechts- und Staatsprinzip*»)<sup>309</sup>. E acrescentando a esta “*tolerância constitucional*” («*konstitutionelle Toleranz*»), como

---

Gleichstellung und Gleichbehandlung». – *Idem*, p. 219. *Vide ibidem*, sobre a distinção entre tolerância e paridade, p. 216.

<sup>304</sup>«In der Tat kann die Toleranz sowohl der Befreiung als auch der Unterdrückung des Menschen dienen. (...) Für die Bundesrepublik Deutschland ist die Toleranz ein Verfassungsprinzip». – Claus WEIß, “*Toleranz als Verfassungsprinzip...*”, *cit.*, p. 65.

<sup>305</sup>«Hier heißt Toleranz: Dem Bürger, dem Mitmenschen, dem „Anderen“ das Recht einzuräumen, anders zu sein, anders zu denken, sich anders zu verhalten, von der — religiösen, gesellschaftlichen, politischen — „Norm“ abzuweichen». – *Idem*, p. 65. «Die Toleranz ist ein das Grundgesetz in allen seinen Teilen durchziehendes ungeschriebenes Verfassungsprinzip (...)». – *Idem*, p. 67. *Vide ainda ibidem*, p. 67-69.

<sup>306</sup>*Idem*, p. 71-72. «Und doch ist kein Verfassungssystem ersichtlich, welches auf das Prinzip der Toleranz verzichten könnte und dennoch des Menschen Selbstverwirklichung ermöglichen würde». – *Idem*, p. 72.

<sup>307</sup>«Toleranz bedeutet nun, verstanden im Lichte der ursprünglichen Streitlagen, eine besondere *Leistung*. (...) Toleranz ist eine negativ Leistung des Verzichts auf Einspruch. (...) Zu Toleranz kann niemand im strengen Sinne verpflichtet werden. Eine Rechtskategorie steckt in ihr nicht». – Rüdiger BUBNER, “*Die Dialektik der Toleranz*”, *cit.*, p. 48. «Der Terminus »Toleranz« kommt im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland nicht vor (...). Dagegen erwägt der große politische Philosoph Italiens Norberto Bobbio neuerdings so etwas wie einen rechtmäßigen Zwang zur Toleranz (...). – *Idem*, n. 7, p. 48.

<sup>308</sup>«Das Schweigen der Verfassungen besagt freilich nicht, in der Toleranz stecke keine Rechtskategorie oder man könne zu ihr nicht verpflichtet werden». – Otfried HÖFFE, “*Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne*”, *cit.*, p. 60, remetendo para Rüdiger BUBNER, “*Die Dialektik der Toleranz*”, *cit.*, p. 48, 50.

<sup>309</sup>«Da sich der Kern der Toleranz aus Freiheit und Gerechtigkeit legitimiert, kann er nicht dem Belieben überlassen bleiben. Ihre Anerkennung ist eine Rechtspflicht, für deren Befolgung die öffentliche Rechtsordnung, der Staat, zuständig ist. (...) In der positiv-rechtlichen Achtung der entsprechenden Menschenrechte liegt die erste Aufgabe der Toleranz als Recht- und Staatsprinzip». – Otfried HÖFFE, “*Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne*”, *cit.*, p. 72.

essencial à realização desta *tarefa*, uma “*tolerância legisladora*” («*legislatorische Toleranz*») como nível de concretização e adaptação daquela à realidade das actuais complexas comunidades em constante mutação<sup>310</sup>. À qual acresceria ainda uma “*tolerância aplicativa*” («*applikative Toleranz*»), enquanto efectivação de uma prática de tolerância, e, portanto, enquanto nível de concretização do postulado nos níveis superiores<sup>311</sup>. Já ao nível internacional, a “*tolerância global*” («*globale Toleranz*») rejeitaria quer o eurocentrismo quer o americanocentrismo – e bem assim a imposição do modelo ocidental a outras culturas e tradições –, postulando o respeito pelas diferenças culturais e civilizacionais<sup>312</sup>.

Distintamente, exemplo de referência expressa à categoria tolerância, no quadro de uma compreensão particular do papel do sujeito na comunidade, a Constituição de Cabo Verde consagra não apenas a tolerância no plano dos objectivos da educação, no artigo 77.º (sob a epígrafe «*Direito à Educação*»)<sup>313</sup> – à luz da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* –, como também, e aqui com particular interesse, nos artigos 83.º e 84.º, estabelecendo, respectivamente, «*deveres para com o seu semelhante*»<sup>314</sup> e

<sup>310</sup> «Mit dieser »konstitutionellen Toleranz« ist die einschlägige Staatsaufgabe aber noch nicht erfüllt. Moderne Gemeinwesen sind – mehr oder weniger stark – in ständiger Veränderung. Auch dabei bleibt die Toleranz gefragt, gewissermaßen als eine rechtshermeneutische Maxime, die man bei der Fortentwicklung der Institutionen und bei jener permanenten Gesetzgebung beachtet, die den Verfassungsgrundsätzen unter den stets wechselnden Randbedingungen zu konkreter Wirksamkeit verhilft. Die entsprechende Aufgabe kann pars pro toto »legislatorische Toleranz« heißen». – *Idem*, p. 72.

<sup>311</sup> «Im Rahmen des staatlichen Toleranzgebotes braucht es schließlich eine »applikative Toleranz«. Darunter ist eine Bereitschaft zur Gleichbehandlung zu verstehen, die etwa Verwaltungsbeamte, Polizisten und Richter, aber auch Lehrer zu üben haben und die einen Teilaspekt ihrer generellen Aufgabe, der strengen Unparteilichkeit, bildet». – *Idem*, p. 72.

<sup>312</sup> «Wie das Recht generell so hat auch die dazu gehörende Toleranz eine internationale, sogar globale Perspektive. Sie, die »globale Toleranz« tritt den verschiedenen Formen von Euro-Zentrismus oder Americano-Zentrismus entgegen. Aus Achtung von den verschiedenen Kulturen und Traditionen verzichtet sie darauf, die europäische Kultur oder den »american style of life« zum Muster aller Zivilisationsentwicklung hochzustilisieren und alle abweichenden Formen als primitiv, barbarisch oder unterentwickelt abzuwerten». – *Idem*, p. 73.

<sup>313</sup> Vide a *Constituição da República de Cabo Verde*, Lei Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de Setembro, alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/IV/95, de 13 de Novembro, 1/V/99, de 23 de Novembro e n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, disponível em [http://www.wipo.int/clea/docs\\_new/pdf/pt/cv/cv008pt.pdf](http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/pt/cv/cv008pt.pdf) (acedido em 05/04/2012), artigo 77.º/2, alínea f): «A educação, realizada através da escola, de outros agentes, deve:

(...)

f) Promover os valores da democracia, o espírito de tolerância, de solidariedade, de responsabilidade e de participação».

<sup>314</sup> «Todo o indivíduo tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de espécie alguma, e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocas». – *Idem*.

«deveres para com a Nação e a comunidade»<sup>315</sup>. Conferindo, assim, à categoria tolerância relevo fundamental na construção da intersubjectividade jurídica.

Já na Constituição da República Portuguesa, a única referência expressa ao termo *tolerância* toma esta categoria no sentido em que se apresenta também na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, consagrada no n.º 2 do artigo 26.º desta última, enquadrada nos objectivos da educação, tendo a expressão *tolerância* sido introduzida pela revisão constitucional de 1989 ao então n.º 2 do artigo 74.º, hoje n.º 2 do artigo 73.º, na redacção introduzida pela revisão constitucional de 1997, que eliminou o n.º 2 do artigo 74.º e aditou a expressão ao n.º 2 do artigo 73.º<sup>316</sup>. A inserção sistemática desta referência à exigência de tolerância poderá aparentemente surgir como parcial e lateral, posto que sobrevivendo apenas incluída nos objectivos da educação, no âmbito de uma «constituição cultural»<sup>317</sup>. Introduzida como orientação para o sistema educativo, – estando já entretanto expressamente convocada na Lei de Bases do Sistema Educativo<sup>318</sup> –, ao lado da igualdade de oportunidades, da superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, do desenvolvimento da personalidade, da compreensão mútua, da solidariedade, da responsabilidade, do progresso social e da participação democrática na vida colectiva<sup>319</sup>, acaba, afinal, por surgir como objectivo civilizacional crucial, expresso na tutela constitucional do *pluralismo*, da *democracia* e da *dignidade humana* – desde logo nos artigos 1.º e 2.º –, e particularmente através da consagração efectiva da *liberdade de expressão* e da *liberdade religiosa* – principalmente presentes,

<sup>315</sup> «Todo o cidadão tem o dever de:

(...)

h) Contribuir activamente para a preservação e a promoção do civismo, da cultura, da moral, da tolerância, da solidariedade, do culto da legalidade e do espírito democrático de diálogo e concertação». – *Idem*.

<sup>316</sup> Vide Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, e a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, especialmente os artigos 46.º/1 e 47.º/1 desta última. Sobre o artigo 26.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, vide *supra*, Parte I, 2.2.2..

<sup>317</sup> «Ao incluir uma «constituição cultural», a CRP constitui o Estado, de certo modo, em Estado cultural ou *Estado de cultura*». – J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, vol. I, Anotação ao artigo 73.º, p. 886-893, p. 887, § I.

<sup>318</sup> A *Lei de bases do sistema educativo*, Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, consagra já, no seu artigo 2.º entre os respectivos princípios gerais, uma referência específica, no corpo do n.º 3, à exigência de *tolerância* (ss alterações introduzidas à Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro pelas leis n.º 115/97, de 19 de Setembro, e 49/05, de 30 de Agosto, não interferiram no artigo citado).

<sup>319</sup> «A educação não é um processo alheio a valores, mas estes não podem deixar de ser os valores constitucionais, consubstanciados na contribuição para a igualdade de oportunidades; superação das desigualdades económicas, sociais e culturais; desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade; progresso social e participação democrática na vida colectiva (n.º 2, *in fine*, com redacção da LC 1/97)». – *Idem*, Anotação ao artigo 73.º, § V, p. 889-890.

respectivamente, nos artigos 37.º – e aqui excluindo qualquer «delito de opinião»<sup>320</sup> – e 41.º – enquanto tutela tríplice diferenciada, da liberdade de consciência, de religião e de culto<sup>321</sup>, e com remissão específica a um *princípio da tolerância* como complementar do *princípio da concordância prática*<sup>322</sup>.

Inspirando-se sobretudo em J. J. GOMES CANOTILHO, Jónatas MACHADO e Luís NUNES DE ALMEIDA, conclui Paulo MOTA PINTO, quanto a esta referência constitucional à tolerância, que, embora a ideia de tolerância surja referida apenas uma vez no texto constitucional, isso não significa que «(...) apesar de todas as dificuldades de precisão e formalização, um “princípio constitucional da tolerância”, e mesmo um imperativo ou “*obrigação de tolerância*”, não possa, e deva, ser “destilado” a partir da Constituição – de forma a dever dizer-se, mesmo, que o valor da tolerância é um dos valores básicos de uma ordem constitucional democrática e liberal»<sup>323</sup>. Ainda que não mobilizado nesses

<sup>320</sup>Vide J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 37.º, p. 569-576, § III, IV, V, p. 572-574. «O direito de expressão e o de informação não podem ser sujeitos a impedimentos nem discriminações (n.º1, *in fine*). Não é evidente o alcance deste enunciado. «Sem impedimentos» não pode querer dizer sem limites, visto que, se o seu exercício pode dar lugar a «infracções» (cfr. n.º 3), é porque há limites ao direito». – *Idem*, § V, p. 573. «A Constituição exclui obviamente qualquer «delito de opinião», mesmo quando se trate de opiniões que se traduzam em ideologias ou posições anticonstitucionais». – *Idem*, § V, p. 575. Vide ainda José de Melo ALEXANDRINO, in Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª Ed., revista, actualizada e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, tomo I, Anotação ao artigo 37.º, p. 844-859, especialmente § IV, p. 848-850, e § X, p. 856.

<sup>321</sup>Vide J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 41.º, p. 607-617, especialmente § I-V, p. 609-612. Vide ainda Jorge MIRANDA/Pedro GARCIA MARQUES, in Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 41.º, p. 890-921, § IV, p. 895-896, § VII, p. 898-900. E, especificamente quanto à liberdade de consciência, estabelecendo a distinção entre liberdade de *formação* da consciência, de *decisão* em consciência e de *actuação* em consciência, vide *ibidem*, p. 893 ss., e J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 41.º, § II, p. 609-610. «(...) a liberdade de agir, seja por acção, seja por omissão, *de acordo com a consciência cessará* quando semelhante actuação tenha como consequência directa, a lesão de direitos pessoas constitucionalmente protegidos de terceiros.

(...) quando se não esteja a actuar num espaço de liberdade, nem tão-pouco num espaço livre de direito, merecedor de tolerância (...), estar-se-á, no âmbito de comportamento ilícito, contanto, naturalmente, que a actuação se subsuma a um tipo de ilícito, *maxime*, de natureza civil ou penal. Certamente que não haverá aí *liberdade de consciência*». – Jorge MIRANDA/Pedro GARCIA MARQUES, in Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 41.º, § X, p. 905-906.

<sup>322</sup>«As comunidades constitucionais plurais (com minorias culturais e religiosas e com grande pluralidade cultural e social) deparam, hoje, com vários problemas de conflitos de direitos relacionados com opções religiosas (ex.: o crucifixo nas escolas maioritariamente frequentadas por jovens de religião muçulmana ou judaica, a oração dos muçulmanos nos espaços escolares de religião maioritariamente católica). O princípio da concordância prática entre os vários direitos à religião deve aqui ser complementado pelo *princípio da tolerância*, de modo a respeitar-se tanto quanto possível a liberdade religiosa de cada um». – J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, Anotação ao artigo 41.º, § XI, p. 617.

<sup>323</sup>Paulo MOTA PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, *cit.*, p. 750, referindo-se especialmente a Jónatas MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional*

termos pela generalidade da jurisprudência, desde logo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, demonstra-se assim hoje o *princípio da tolerância* progressivamente mais ponderado em termos autónomos pela dogmática<sup>324</sup>. Pese embora a não conferência de autónoma relevância à exigência de tolerância, quer como fundamento quer como critério, algumas referências laterais, mesmo que não expressas, se encontram, por exemplo, no tratamento de *minorias* – nomeadamente por referência ao *princípio da equiparação* e ao *princípio da igualdade*<sup>325</sup>. Tomando o referido Tribunal, à luz destes, orientações distintas consoante as *minorias* em causa – por vezes mais, outras menos, conservadoras, decorrentes do(s) sentido(s) em que se assume, negativa e positivamente, a nível constitucional, o *princípio da igualdade*, enquanto definição negativa de uma esfera livre de interferência normativa e enquanto determinação positiva de criação normativa de condições específicas de prossecução de igualdade material. Configurando também Luís NUNES DE ALMEIDA a *tolerância* como um *valor* que *impregna* a Constituição, associando a sua única referência expressa no texto constitucional, como essencial ao nível das finalidades da educação, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à justiça e ao pluralismo referidos nos artigos 1.º e 2.º e ao *livre desenvolvimento da personalidade*, consagrado no artigo 26.º<sup>326</sup>. E definindo

---

*inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, STVDIA IVRIDICA – 18, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 255 ss. e Jónatas MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, STVDIA IVRIDICA – 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 848; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 383, e Luís Nunes de ALMEIDA, “*Para onde vai a tolerância em Portugal?*”, cit., p. 98 ss.; Luís Nunes de ALMEIDA, “*Tolerância, Constituição e Direito Penal*”, cit., p. 159-175. Vide ainda J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 73.º, § V, p. 889-890, p. 890; Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 73.º, § II, p. 1410.

<sup>324</sup>«A ideia de tolerância tem sido entre nós particularmente salientada – em conformidade com a sua origem e evolução histórica, aliás – em matéria de liberdade religiosa, de liberdade de expressão e na conformação constitucional do direito à educação. Já na Jurisprudência do Tribunal Constitucional não tem, porém (...) aparecido a referência a um “imperativo de tolerância”, não sendo este expressamente utilizado, como fundamento decisório ou como critério adicional de ponderação, mesmo em matérias como o ensino de religião nas escolas públicas ou a proibição de partidos políticos com ideologia fascista». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, cit., p. 751-752.

<sup>325</sup>Vide ainda, sobre o tratamento de minorias na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, Mariana Rodrigues CANOTILHO/Ana Luísa PINTO, “*O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa*”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2005, vol. II, p. 231-265.

<sup>326</sup>«(...) apesar de o vocábulo *tolerância* apenas aparecer referido uma vez na Constituição da República Portuguesa, pode-se afirmar, sem margem para dúvidas, que a *tolerância* constitui um valor que a impregna.

(...)

(...) a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e o pluralismo a que fazem apelo os artigos 1.º e 2.º e o *livre desenvolvimento da personalidade*, agora consagrado no artigo 26.º, são

mesmo o papel possível do Estado na definição da relevância jurídica da tolerância – assim, portanto, enquanto *tolerância vertical* –, extractando o que ao jurídico a tolerância possa oferecer, excluindo a determinação moral da definição legislativa, e assim delimitando-a em função da posição de terceiros e da paz social<sup>327</sup>. Por outro lado, criticando já a inserção das referências à tolerância, bem como à compreensão mútua, solidariedade e responsabilidade, Jorge MIRANDA aponta a desnecessidade de tais referências, dada a complementar relevância reconhecida à *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, nomeadamente ao seu artigo 26.º, n.º 2<sup>328</sup>. Remetendo, por outro lado, quer J. J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA quer Jorge MIRANDA para o n.º 2 do artigo 43.º, segundo o qual: «O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas»<sup>329</sup>.

Assumirão, assim, hoje, desde logo em termos constitucionais nacionais – no dizer de GOMES CANOTILHO, secundado por Maria BENEDITA URBANO –, os direitos fundamentais, a par de uma tradicional *função de defesa perante os poderes públicos*, uma *função de não discriminação, de integração e de tolerância* – esta última com autonomização substancial especificante de uma nova dimensão do *princípio da igualdade*, e, assim, não em *redundância dogmática* mas em especialização de conteúdo. Havendo porém que distinguir nesta *nova função* dos direitos fundamentais entre as dimensões de *não discriminação* e de *integração*, por um lado, e de *tolerância*, por outro, pois se para as primeiras se demonstra adequada uma noção de “*igualdade de aceitação*” – aqui convocada por Maria Benedita URBANO, a partir de Erhard

---

indissociáveis da ideia de *tolerância*, na sua visão mais moderna e avançada». – Luís Nunes de ALMEIDA, “*Tolerância, Constituição e Direito Penal*”, *cit.*, p. 163-164.

<sup>327</sup> *Idem*, p. 167.

<sup>328</sup> Vide Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *cit.*, Anotação ao artigo 73.º, p. 1408-1411, § II, p. 1410. Também o artigo 3.2. e o artigo 4. da *Declaration of Principles on Tolerance* alude à educação como campo de introdução da noção e valor da tolerância. Vide *supra*, Parte I, p. 119, n. 336.

<sup>329</sup> «Não podendo a educação ser ideologicamente programada pelo Estado (art.º 43.º-2), ela também não pode pelo menos contrariar os valores democrático-constitucionais». – J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *cit.*, Anotação ao artigo 73.º, § V, p. 890. Vide *ibidem*, Anotação ao artigo 43.º, p. 624-629, especialmente § III, p. 626. «Tão pouco existe contradição entre o n.º 2 e a proibição ao Estado de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas do n.º 2 do artigo 43.º. É que os objectivos e valores a que se apela são coesenciais à ordem constitucional democrática (...). É neste quadro básico que podem manifestar-se e conviver todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas». – Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *cit.*, Anotação ao artigo 73.º, p. 1408-1411, § VI, p. 1411, e *ibidem*, Anotação ao artigo 43.º, p. 928-937, especialmente § II, p. 930-931, p. 930, e § III, p. 931-932.

DENNINGER –, já para a última o não será, dada a condição de possibilidade essencial da *divergência de base*, e concomitante discordância, que distingue essencialmente a *tolerância* da “*aceitação*”<sup>330</sup>.

Reflexo do que acaba de dizer constituirá a concretização expressa, no sistema jurídico positivo português, de um “*princípio de tolerância*”, especificamente ao nível da tutela da liberdade religiosa, exactamente na *Lei da Liberdade Religiosa* – a Lei n.º 16/01, de 22 de Junho<sup>331</sup> –, no seu artigo 7.º, cuja epígrafe é precisamente “*Princípio da tolerância*”<sup>332</sup>. A tolerância surge, assim, positivada enquanto *princípio*. Aqui expressamente assumido como fundamento de «(...) resolução de conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outra ou outras

<sup>330</sup>Vejam os a síntese de Maria Benedita URBANO: «Na realidade, a autonomização desta específica função não deve ser encarada como uma redundância dogmática. No fundo, do que se trata é de arquitectar uma nova dimensão do princípio da igualdade, a igualdade inclusiva e tolerante (...). A propósito da função em apreço, Gomes Canotilho fala na “acentuação-radicalização” da função anti-discriminatória dos direitos fundamentais.

(...) esta função tem pressuposta a ideia de uma igualdade justa mas, ao contrário da ideia tradicional de igualdade material, nem sempre parte da ideia de tratar como igual o que é igual e desigual o que é desigual. Por vezes, o desafio será o de tratar igualmente situações desiguais (v. g., admitir o casamento entre homossexuais e a adopção por casais homossexuais, proteger as famílias monoparentais) ou de tratar desigualmente o que é objectivamente igual (admitir o divórcio só para os alemães, não para as imigrantes muçulmanas). Abreviando, está em causa um igual tratamento de particularidades. Ou, se se preferir, o tratamento igual de pessoas ou situações inconventionais – de acordo com o sentimento e o julgamento maioritário numa determinada sociedade. Está aqui em causa fundamentalmente a ideia de “igualdade como aceitação” (“equality as acceptance”).

Esta nova função de não discriminação, de integração e de tolerância enquadra-se bem na trilogia apresentada por DENNINGER – segurança, diversidade e solidariedade – complementar à trilogia clássica da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade). A qual, por sua vez, consubstancia uma concretização dos novos valores pós-modernos como o pluralismo (ou poliformismo), o multiculturalismo e a inclusividade». – Vide Maria Benedita URBANO, “*Globalização: os direitos fundamentais sob stress*”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, cit., vol. IV, p. 1023-1106, p. 1034. Vide *ibidem*, p. 1028-1035, citando Erhard DENNINGER, “*La reforma constiucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica*”, in *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, 1996, p. 209, e referindo-se essencialmente a J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 409-410. Alargando-se ainda esta *função de não discriminação, de integração e de tolerância* dos direitos, liberdades e garantias a direitos económicos, sociais e culturais, tal como defendido por Maria Benedita URBANO, “*Globalização: os direitos fundamentais sob stress*”, cit., p. 1034-1035.

<sup>331</sup>As alterações introduzidas à Lei n.º 16/01, de 22 de Junho, pelas Leis n.º 91/09, de 31 de Agosto, 3-B/10, de 28 de Abril, e 55-A/10, de 31 de Dezembro, não interferiram no artigo citado.

<sup>332</sup>Vide a discussão deste diploma na Assembleia da República, in *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 48/VIII/1, de 31 de Março de 2000, disponível em [http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR\\_FS.aspx?Tipo=DAR+I+s%C3%A9rie&tp=D&Numero=48&Legislatura=VIII&SessaoLegislativa=1&Data=2000-03-31&Paginas=1963%3b1964%3b1965%3b1966%3b1967%3b1968%3b1969%3b1970%3b1971%3b1972%3b1973%3b1974%3b1975%3b1976%3b1977%3b1978%3b1979%3b1980%3b1981%3b1982%3b1983%3b1984%3b1985%3b1986%3b1987%3b1988%3b1989%3b1990%3b1991&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=&PagActual=9&PagGrupoActual=0&TipoLink=0&pagFinalDiarioSupl=&idpag=111268&idint=&iddeb=&idact=](http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR_FS.aspx?Tipo=DAR+I+s%C3%A9rie&tp=D&Numero=48&Legislatura=VIII&SessaoLegislativa=1&Data=2000-03-31&Paginas=1963%3b1964%3b1965%3b1966%3b1967%3b1968%3b1969%3b1970%3b1971%3b1972%3b1973%3b1974%3b1975%3b1976%3b1977%3b1978%3b1979%3b1980%3b1981%3b1982%3b1983%3b1984%3b1985%3b1986%3b1987%3b1988%3b1989%3b1990%3b1991&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=&PagActual=9&PagGrupoActual=0&TipoLink=0&pagFinalDiarioSupl=&idpag=111268&idint=&iddeb=&idact=) (acedido em 17/12/2012). Vide também Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, cit., p. 756, n. 38.

(...)»<sup>333</sup>, susceptível de ser convocado em função da *concordância prática* que preside à conjugação dos princípios constitucionais. Positivando-se, assim, como princípio, independentemente da problematização da sua índole e relevância metodológica específica.

A consagração legal aqui referenciada não conferirá *per se* à tolerância a natureza de *princípio positivo*, retomando a classificação de CASTANHEIRA NEVES<sup>334</sup>. Ainda que possa ser essa a conclusão teórica e metodológica desta consagração legal. Assim, o facto de um *princípio positivo* ser como tal reconhecido e classificado em função da sua essencialidade para a vida prática e simultânea eventual contingência, ou, em sentido potencialmente mais restritamente determinante, de opção normativamente ponderada face a alternativas na prática igualmente plausíveis<sup>335</sup>, leva-nos a concluir, aqui, pela consagração *escrita, sob a forma de norma*, de um *princípio* que, a traduzir imediatamente um *sentido* essencial de direito, e transversal a todos os domínios jurídicos, apenas adequadamente se compreenderá como *princípio suprapositivo*<sup>336</sup>. E que, por isso mesmo, não constituirá já um *princípio transpositivo*, posto que não essencialmente ligado à intelecção da índole e racionalidade de um determinado domínio jurídico, antes perpassando todo o sistema jurídico, e exprimindo o *sentido do*

<sup>333</sup>Vide o artigo 7.º da Lei n.º 16/01, de 22 de Junho. Partindo da *exposição de motivos* desta lei (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, de 24 de Abril de 1999, p. 1617), considera Paulo MOTA PINTO ter sido aqui a exigência de tolerância assumida «(...) como um princípio operante no conflito entre direitos». – Paulo Mota PINTO, “*Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites*”, *cit.*, p. 756, n. 38.

<sup>334</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 88-90 (p. 48-49, na versão A4); António CASTANHEIRA NEVES, “*O princípio da legalidade criminal...*”, *cit.*, p. 408-419.

<sup>335</sup>Seguimos neste ponto António CASTANHEIRA NEVES, através das assimilações apresentadas, respectivamente, por Fernando PINTO BRONZE e José Manuel AROSO LINHARES: «(...) os “princípios positivos” – aqueles que se podem dizer expressa ou implicitamente consagrados pelo sistema jurídico pré-objectivado (...)». – Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 632. «(...) os princípios que (independentemente da sua maior ou menor contingência institucional) o direito vigente consagra de uma forma explícita ou implícita, ou se quisermos, *agora num sentido significativamente mais restrito* (...), aqueles que o direito vigente (e muito especialmente o direito objectivado nas normas legais) se vê «constrangido a objectivar», de forma explícita ou implícita, para afastar orientações alternativas também plausíveis e os *caminhos* que as seguem ou realizam (*princípios positivos*) (...)». – José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, *cit.*, p. 100.

<sup>336</sup>«(...) os “suprapositivos” – aqueles que se devem autenticamente dizer “os princípios últimos fundamentadamente constitutivos do sentido do direito” (...) e, por isso, mesmo, decisivamente orientadores do ... caminho que permanentemente se abre ao (e que tem de ser percorrido pelo) *ius*». – Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 632-633. «(...) os princípios que são expressão imediata das exigências de igualdade (autonomia *negativa e positiva* e participação) e da responsabilidade (princípios do mínimo e da formalização, princípio da corresponsabilidade *lato sensu*, incluindo uma especificação autonomamente jurídica da solidariedade) e que assim constituem-especificam o reconhecimento do homem-pessoa (*princípios suprapositivos*)». – José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, *cit.*, p. 102.



*direito*<sup>337</sup>. A ser assim classificado, será neste caso o princípio da tolerância um princípio *escrito*, quanto ao seu *modo de objectivação*<sup>338</sup>, porém não será líquido que constitua, quanto à sua intencionalidade normativa, um princípio *em forma de norma*, posto que muito provavelmente não será, nos termos em que se encontra consagrado na norma em análise, inserível nos, no dizer de PINTO BRONZE, «(...) arrimos inequivocamente susceptíveis de serem adequadamente mobilizados em juízo com o objectivo de dar uma resposta pronta a pertinentes interrogações que se podem levantar (...)»<sup>339</sup>. Não ficando todavia completamente excluída a possibilidade de efectivamente o ser, o que conferiria à tolerância um carácter definitivamente determinante e intencionalmente autónomo enquanto *princípio* e enquanto *critério* jurídico. Havendo, porém, que deixar ainda em aberto a possibilidade de se tratar de uma exigência-imperativo de índole religiosa, neste específico caso, e no sentido aí assimilado, não intencionalmente autonomizada, e, assim, não necessariamente *filtrada* pelo direito, sentido em que constituirá uma exigência extrajurídica projectada num específico texto legal.

Tudo o que corrobora a conferência de *relevância constitucional* à categoria tolerância, sobretudo nos planos religioso e educacional, o que é também confirmado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao orientar-se no sentido de que a liberdade religiosa não implica do Estado uma posição neutralmente passiva, ou mesmo de positiva imposição laicizante<sup>340</sup>, antes deverá deixar às diferentes confissões religiosas espaço de manifestação e reflexão crítica das próprias instâncias políticas<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup>«(...) os “princípios transpositivos” – os “que constituem as condições normativo-transcendentais e conferem sentido especificamente constitutivo aos vários e diferenciados domínios jurídicos” (...). – Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 632. «(...) os princípios que asseguram as próprias condições «normativamente transcendentais» do sistema positivo (entenda-se, do direito vigente, assimilado pela prática de que constitui dimensão)... iluminando e enquanto iluminam o sentido específico de cada um dos domínios da juridicidade (*princípios transpositivos*) (...). – José Manuel AROSO LINHARES, *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 101.

<sup>338</sup>Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 637-638.

<sup>339</sup>*Idem*, p. 639.

<sup>340</sup>*Vide*, neste sentido, e reportando-se sobretudo aos Acórdãos n.º 423/87, de 27-10, e n.º 174/93, de 17-2, do Tribunal Constitucional, sobre o ensino da religião nas escolas públicas, Jónatas MACHADO, “*A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*”, cit., p. 109-110. As referências aos Acórdãos correspondem, respectivamente, a *Acórdãos de Tribunal Constitucional*, 10, 1987, p. 77 ss.; e *Acórdãos de Tribunal Constitucional*, 24, 1993, p. 57 ss.. *Vide* Jónatas MACHADO, “*A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*”, cit., p. 109, n. 111 e 112. «Além disso, o Tribunal Constitucional sublinhou a noção de que, do ponto de vista estrutural, o direito à liberdade religiosa comporta uma dimensão negativa, de abstenção e defesa perante o Estado, a

Não obstante as conclusões *supra* enunciadas, e a concomitante divergência – sendo convergentes, porém, quanto à essencialidade de uma remissão para a tolerância, ainda que não necessariamente expressa no texto constitucional –, cumpre, na linha argumentativa sustentada no presente estudo, questionar a ausência de consagração expressa de um «*princípio constitucional da tolerância*». Apesar das crescentes referências dogmáticas e jurisprudenciais, excogitando da prática um tal princípio, demonstra o facto de os textos constitucionais o não consagrarem expressamente dificuldades de determinação dos respectivos conteúdo material, contornos formais e correspondentes limites.

Assim, consagrado o *princípio da igualdade* no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa<sup>342</sup>, estabelecendo como *iter* e como fim a realização da igualdade material, haverá que determinar se, consoante os termos da respectiva consagração e tutela, se justifica, paralelamente a este, nos termos constitucionalmente fixados, uma tutela autónoma de um *princípio da tolerância*. A necessária perspectivação da categoria *tolerância*, enquanto dimensão *negativa* do *reconhecimento da diferença* – para a distinguir da dimensão *positiva* de tal *reconhecimento*, a *aceitação* –, a fim de proceder à necessária confrontação daquela *virtude de tolerância* com outras figuras

---

par de uma dimensão positiva, de natureza prestacional e regulatória». – *Idem*, p. 110. *Vide idem*, 110-111, 128-132. Este tema havia já sido anteriormente considerado pelo autor, in Jónatas MACHADO, “*Tomemos a sério a separação das igrejas do Estado (Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93)*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 58, 1994, p. 45-78. *Vide* também criticamente, sobre os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 423/87 e 174/93, Mariana Rodrigues CANOTILHO/Ana Luísa PINTO, “*O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa*”, *cit.*, p. 258-261.

<sup>341</sup>Neste sentido, também Jónatas MACHADO, “*A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*”, *cit.*, p. 124. *Vide idem* p. 120-124, e o aí referenciado Ac. TC n.º 107/95, de 23-2, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 30, 1995, p. 1123 ss.. *Vide* também, mais recentemente, o Acórdão TC n.º 13/11, de 12/01/11, in *Diário da República*, II Série, de 07/02/2011. No que diz respeito às projecções jurídico-penais, muito longe se está já hoje da criminalização do desrespeito pela *religião do Reino* e de cultos estranhos à mesma, consagrada nos artigos 130.º a 135.º do Código Penal Português de 1852. – *Vide Código Penal*, aprovado pelo Decreto de 10 de Dezembro de 1852, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf> (acedido em 10/11/2011). Actualmente destacam-se os tipos legais de crime de «Genocídio e discriminação racial», no actual Código Penal – artigo 189.º da versão original (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), e actualmente artigo 240.º, «Discriminação racial, religiosa ou sexual», segundo o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março («Discriminação racial»), por sua vez alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro («Discriminação racial ou religiosa»), e pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro («Discriminação racial, religiosa ou sexual»). O que se verifica também nos tipos legais da secção de *crimes contra sentimentos religiosos*, tais como os dos artigos 220.º a 224.º da versão original (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), e actualmente 251.º – «Ultraje por motivo de crença religiosa» – e 252.º – «Impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto», ambos com a redacção do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

<sup>342</sup>*Vide* J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *cit.*, Anotação ao artigo 13.º, p. 333-350.

jurídicas – mormente *princípios* –, de invocação dogmaticamente estabilizada e consagração sedimentada no direito positivo – nomeadamente o *princípio da igualdade* e da *não discriminação*<sup>343</sup> –, resulta crucial para uma individualização formal-material susceptível de justificar a aproximação e distanciação que pretenda fazer-se entre aquela e estes, e bem assim a sua consideração ou desconsideração em possíveis contextos jurídico-positivos. O que implicará ainda distinguir *discriminações admissíveis* de *discriminações “proibidas”*, recorrendo-se agora aqui especificamente à distinção proposta por Maria Lúcia AMARAL entre discriminações *proibidas*, *toleradas* e *impostas*, para concluir que as categorias nomeadas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa apenas permitem tal consideração, ao nível da lei ordinária, caso a caso, que não abstractamente<sup>344</sup>.

Apontar-se-á, desde logo, a nível constitucional, o problema da *bilateralidade atributiva*, que implicaria identificar um específico *direito à tolerância* – e mesmo um “*direito fundamental à tolerância*” – e um correspondente “*dever jurídico de tolerância*”<sup>345</sup>. Se o *princípio da igualdade* constitucionalmente consagrado estabelece um efectivo *direito subjectivo* – *público e privado* – à igualdade e uma imposição *objectiva* ao direito positivo, fazendo corresponder-lhe um *dever jurídico* de realização

<sup>343</sup> Vide, quanto ao sentido material do princípio da igualdade e relação com a não discriminação, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 350-351, 380-381, 426-432. Note-se a acentuação por J. J. GOMES CANOTILHO da *função de não discriminação* dos direitos fundamentais: «Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais». – *Idem*, p. 409-410. Vide ainda Maria Lúcia AMARAL, “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 35-57, p. 36, 41-45, 53-55; João Martins CLARO, “O princípio da igualdade”, cit., p. 34-36.

<sup>344</sup> «(...) cada “discriminação positiva” tem que ser interpretada, e qualificada, de acordo com o restante sistema constitucional. (...) haverá eventualmente características pessoais que, pelo seu lugar no “sistema”, *valham sempre como proibições de discriminação*; outras que *tolerem* a constituição legislativa de diferenças a seu respeito; e ainda outras que *imponham* essa mesma construção (legal) de diferenciações». – Maria Lúcia AMARAL, “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, cit., p. 54. Vide *idem*, p. 54-55.

<sup>345</sup> «E também noutros países europeus se tem falado de uma “tolerância constitucional”, considerando-se que o reconhecimento, como forma de expressão de pluralismo, de um “princípio da tolerância” é património de uma teoria da constituição europeia culturalmente orientada, ou identificando-se mesmo a ideia de tolerância como implicada e explicada pela noção de Constituição Democrática. (...)

Apesar disto, não parece que se deva identificar o princípio da tolerância com os *direitos fundamentais*, ou reconhecer um específico “*direito fundamental à tolerância*”. – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, cit., p. 754-755.

da igualdade, quer por parte do Estado quer dos particulares<sup>346</sup>, no âmbito da tolerância tal bilateralidade não se verifica nos mesmos termos, mantendo-se a possibilidade por parte do tolerante de agir de forma intolerante na situação, e a livre opção pela não reacção, e, assim, não existindo verdadeiramente um *dever de tolerância* por parte do tolerante, nem, respectivamente, um *direito à tolerância* por parte do tolerado.

Poderá, porém, ainda assim, admitir-se à categoria tolerância conteúdo e relevância jurídicos, se efectivada enquanto elemento extrajurídico relevante para o conteúdo do jurídico, ao lado do princípio da igualdade e da não discriminação e do princípio da liberdade de expressão. A categoria tolerância, enquanto *conceito normativamente dependente*, exige *conceito(s) normativamente independente(s)* que lhe confirmam base material fundamentante e conteúdo normativo. Estando, assim, potencialmente na origem de outros princípios, densificados a partir dela e, com isso, dela se autonomizando e a partir dela se especializando, ou posicionando-se *ao lado* desses mesmos ou de outros princípios enquanto elemento extrajurídico de fundamentação da autonomização dos mesmos, não se assumindo nesta hipótese autonomizada enquanto princípio positivamente conformador de afirmações subjectivas em virtude do seu carácter de *ultima ratio* – entenda-se de tutela de última instância, eventualmente apenas possível, neste caso, enquanto princípio *residual* face a outros princípios.

Em suma, o problema da delimitação da refracção constitucional de um *princípio da tolerância* situa-se na possibilidade de estabelecimento de uma relação entre a dimensão de *não discriminação*, ínsita ao princípio da igualdade, e uma eventual

---

<sup>346</sup>«A base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade de todos os cidadãos (...)». – J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 13.º, § II, p. 337. *Vide idem*, Anotação ao artigo 1.º, p. 195-201, § VI-X, p. 198-200. «(...) o princípio da igualdade realiza-se como *direito subjectivo* específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza *defensiva* assegurando aos cidadãos a devida protecção contra formas de actuação dos poderes públicos (ou dotada de poderes públicos) impositivas de tratamento desigual sem motivo justificado, e de natureza *positiva*, pois ele pressupõe «dimensões prestacionais» em determinadas situações (...), sem esquecer a sua dimensão *correctiva*, através de medidas de *acção afirmativa* (*affirmative action*) de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos». – *Idem*, Anotação ao artigo 13.º, § I, p. 337. «O princípio da igualdade pode ter também como destinatários os próprios particulares nas relações entre si (eficácia *horizontal* do princípio da igualdade)». – *Idem*, § XII, p. 346. *Vide idem*, p. 346-348. «O sentido primário da fórmula constitucional é negativo: consiste na *vedação de privilégios e discriminações*. (...)»

Mais rico e exigente vem a ser o *sentido positivo do princípio da igualdade* (...). – Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 13.º, p. 213-241, § V, p. 222-223, p. 222. *Vide idem*, § VIII, p. 224-225, § XX-XXI, p. 233-234.

tutela autónoma da tolerância<sup>347</sup>. Constituindo aquela dimensão parte do conteúdo do princípio constitucional da igualdade, na compreensão *material* deste<sup>348</sup> – pese embora a *plasticidade* do «parâmetro de justiça» que o afira<sup>349</sup> –, muito restrita resulta, se ainda permanecer – e devendo, assim, quando justificada, permanecer – a margem de possibilidade de relevância jurídica autónoma da tolerância. Relevando aqui principalmente o elenco de *situações subjectivas* consagradas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição – ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual<sup>350</sup> –, mormente no que concerne o *grau de protecção da diferença* susceptível de ser incluído no *princípio da igualdade*. O que não excluirá a especificidade da relevância constitucional de um *princípio da tolerância*, a aferir à luz da necessidade de assimilação do espaço-temporalmente adequado e normativamente fundamentado *grau de protecção da diferença*. O *intervalo* de relevância jurídica da tolerância será, assim, inversamente proporcional ao nível de protecção conferido através do princípio da

<sup>347</sup> «O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade tem vindo progressivamente a alargar-se, de acordo com a síntese dialéctica dos «momentos» liberais, democráticos e sociais. O seu âmbito de protecção abrange na ordem constitucional portuguesa as seguintes dimensões: (a) *proibição do arbítrio* (...); (b) *proibição de discriminação* (...); (c) *obrigação de diferenciação* (...). – J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 13.º, § IV, p. 339.

<sup>348</sup> «(...) o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes». – *Idem*, § V, p. 339.

<sup>349</sup> «Quando houver um *tratamento desigual* impõe-se uma justificação material da *desigualdade*. É óbvio que quer o *fim*, quer os *critérios* do tratamento desigual têm de estar em conformidade com a Constituição. Mas, para além disso, o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material». – *Idem*, § VI, p. 341.

<sup>350</sup> A Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, através do seu artigo 4.º, eliminou do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa a expressão «ou» entre «económica» e «condição» e aditou a expressão «ou orientação sexual». O texto actual do n.º 2 do artigo 13.º é, assim, o seguinte: «2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual». – *Vide idem*, p. 333. «A proibição de discriminações (n.º 2) não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. A Constituição indica, ela mesma, um conjunto de *factores discriminação ilegítimos* (n.º 2). (...) Mas esse elenco não tem obviamente carácter exaustivo, sendo puramente enunciativo, como hoje (nos termos da LC 1/97) resulta claramente do artigo 26.º-1, *in fine*, em que se consagra como direito pessoal a «protecção contra quaisquer formas de discriminação». – *Vide idem*, Anotação ao artigo 13.º, § VI, p. 340. *Vide ibidem*, § VIII, p. 342. *Vide* ainda *idem*, a Anotação ao artigo 26.º, quanto ao aí consagrado, no n.º 1, *direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação* como um *direito especial de igualdade*, p. 458-474, § XII a XIV, p. 469-472. «O direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação terá conteúdo útil e autónomo como um *direito especial de igualdade*, dada a natureza de direito pessoal beneficiador do regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias; além disso, apresenta-se como um *direito subjectivo* fundamentalmente reconduzível um direito à *prática* de não discriminação». – *Idem*, § XII p. 469-470. *Vide* ainda Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 26.º, p. 603-632, § IX, p. 630.

igualdade, nomeadamente à amplitude do reconhecimento (*positivo*) e tutela de um *direito subjectivo* – já *público*, já *privado* – de *igualdade*<sup>351</sup>.

### 3.1.2.5. Possibilidade(s) do *princípio da tolerância* enquanto *fundamento de determinação de (ir)relevância jurídica*

Hipoteticamente admitida enquanto possível fundamento material de delimitação da fronteira da juridicidade em conteúdos e situações especificados, projectar-se-á potencialmente a tolerância, justamente enquanto *princípio*, em diferentes possibilidades de efectivação prática, e, designadamente, de delimitação positiva e negativa da legitimidade de consideração jurídica, e, assim, da respectiva relevância ou irrelevância jurídica.

Experimenta-se aqui, então, precisamente, a possibilidade de convocação da categoria tolerância enquanto alicerce de significação axiológica justificante da intervenção do direito, em situações cuja valoração fundamentante da relevância jurídica esteja estabelecida, e de não intervenção, em situações cuja valoração fundamentante da relevância jurídica o não esteja, ou *ainda* o não esteja. Sentido este em que a discussão passará a situar-se ao nível da determinação dos limites da juridicidade e, assim, do diálogo entre o *sistema jurídico*, compreendido à luz da compreensão *jurisprudencialista* aqui pressuposta, e, portanto, enquanto pluridimensional e aberto, e em dialéctica relação normativamente constitutiva com a realidade. Pré-suposto este a assumir como condicionante das opções *infra* apresentadas quanto à delimitação das fronteiras entre *juridicidade* e *ajuridicidade*.

---

<sup>351</sup>Vide Maria Lúcia AMARAL, “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, *cit.*, p. 40-41; João Martins CLARO, “O princípio da igualdade”, *cit.*, p. 29-38; Dulce LOPES, “O princípio da não discriminação em razão do sexo”, in *Temas de Integração* vol. 4, n.º 8, 1999, p. 93-158, p. 96-98; Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, “Principe d’égalité: de l’uniformité à la différenciation ou l’interminable histoire de Caim et Abel, deux frères marqués par la différence”, in *Direito e Justiça*, Tomo 3, Vol. 13, 1999, p. 67-89, sobretudo p. 82-89; António CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “Assentos”* ..., *cit.*, sobretudo as já *supra* (3.1.2.3.) citadas p. 118-190.

### 3.1.2.5.1. O princípio da tolerância enquanto fundamento de definição positiva e/ou negativa de relevância jurídica

Visando reflectir a eventual relevância que um dogmaticamente construído *princípio da tolerância* juridicamente reconhecível, como o que aqui vai proposto, poderia assumir, admitamos então a possibilidade de a categoria tolerância, tomada como *princípio*, se apresentar, enquanto fundamento de definição da relevância jurídica, e portanto como *filtro* de conferência dessa relevância, em questões em que seja patente a presença e/ou a necessidade de fazer presente um comportamento *tolerante*, e, cumulativamente, cuja gravidade exija do direito uma tomada de posição. Cumulativamente posto que, tal como ficou *supra* esclarecido, a gradação da relevância normativa da tolerância operará em diferentes patamares, quer a montante quer a jusante deste que analisamos, o jurídico. Ou seja, estarão aqui em causa questões em que se verifiquem as *condições de possibilidade da tolerância*, e, assim, (1) que impliquem discordância recíproca, e, portanto, em que se verifique uma *divergência de base materialmente justificada*; (2) em que o(s) sujeito(s) tolerante(s) seja(m) livre(s) de reagir contra o comportamento de que discorda, e, portanto, se verifique a condição de *liberdade*, ou seja, de não constrangimento livre do *comportamento tolerante*; e (3) a opção pela *renúncia à reacção*. Sendo a respectiva valoração porém, neste caso – esta a específica relevância da diferenciação da projecção da categoria tolerância na juridicidade –, apreciada e definida dogmaticamente pela *supra* explicitada *tercialidade* específica *do direito* – aferida mormente por via da jurisprudência dogmática e da jurisprudência judicial, projectando-se potencialmente na legislação... Situações, portanto, pela *comunidade* constituinte do referente de sentido da juridicidade valoradas como *desviantes* dos *padrões sociais* – e, concomitantemente, *jurídicos* – (mais ou menos) estabilizados e/ou generalizados, porém relativamente às quais a valoração quanto ao merecimento de tutela jurídica seja favorável, ainda que, evidentemente, em medida inferior a um reconhecimento e tutela plenos, e, assim, num grau intermédio entre a recusa da relevância jurídica e a sua plena confirmação. Ou, no pólo oposto, situações relativamente às quais a valoração quanto ao merecimento de tutela jurídica não esteja sequer naquele nível, determinando-se, conseqüentemente, a recusa de

conferência de relevância jurídica. O que, numa ou noutra das hipóteses, será potencialmente provisório – mesmo transitório... –, dada a plasticidade da construção do horizonte de referência comunitariamente cunhado.

Consideremos, assim, em primeiro lugar, a possibilidade de projecção *positiva* do *princípio da tolerância* em experiências de consideração pelo direito legislativamente prescrito de práticas de fundamentação e conteúdo moral e eticamente fracturante. Estaremos, portanto, perante práticas que, não sendo completamente consensuais, reúnem no horizonte de realidade a que uma determinada conformação espaço-temporal do direito pretenda responder uma valoração *intermédia* de admissibilidade, a qual não consubstancia, porém, uma efectiva aprovação. O que requererá que a valoração fundamentante da relevância jurídica de tais questões esteja, portanto, pelo menos parcialmente estabilizada, em grau suficiente – o que apenas contextualmente será dogmática e/ou jurisprudencialmente definível – para permitir uma construção normativa que consagre o *valor da tolerância*. E isto quer implicitamente, através de uma determinação categorial que, não incluindo o termo *tolerância*, pressuponha o *princípio da tolerância* como fundamento e, simultaneamente, objectivo da determinação normativa, quer expressamente, incluindo o termo *tolerância* no texto da prescrição normativa, estabelecendo-o assim, para além de *princípio*, inequivocamente como efectivo *critério de decisão*<sup>352</sup>.

Admita-se ainda, correspectivamente, em segundo lugar, que, assumindo um sentido *negativo – rectius, exclusivo –*, o princípio da tolerância se apresente enquanto fundamento de definição de *irrelevância jurídica*. Neste sentido, este princípio configurar-se-á como *filtro* em situações cuja valoração fundamentante da relevância jurídica não reúna suficiente acordo, e assim em que o direito poderá, ainda que provisoriamente, convocá-lo directamente enquanto fundamento e critério definidor dos termos da respectiva não intromissão, e, portanto, da *irrelevância jurídica* – posto que, como *infra* se exporá, a intervenção excessiva do direito, nomeadamente em circunstâncias de valoração não suficientemente estabilizada, poderá resultar, em último termo, em *intolerância*<sup>353</sup>... A determinação da *irrelevância jurídica* – e, assim, neste sentido, uma pelo menos espaço-temporalmente contextualizada *ajuridicidade* – de determinadas práticas objecto de desacordo comunitário, à luz de um *princípio da*

---

<sup>352</sup>Vide *infra*, 3.2..

<sup>353</sup>Vide *infra*, 3.1.2.5.3..



*tolerância* – e assim quando deixados intocados os *limites da tolerância* –, espelhará, assim, a operatividade da categoria *tolerância*, enquanto *filtro*, estabelecendo-se, por esta via, quando dogmaticamente fundado, um *limite à juridicidade*. O que será susceptível de assumir inegável relevo na determinação da juridicidade – se não já reconhecível, expressa ou implicitamente, *de jure constituto*, pelo menos *de jure condendo*... –, independentemente da opção quanto à classificação dogmática da respectiva índole, *moral* ou *ética*. Nesta conformidade, a categoria tolerância será susceptível de operar fundadamente, em situações assim justificadas, como factor expressamente inibidor da regulamentação jurídica, e, portanto, propício à resolução, por via da omissão de regulação jurídica, de questões ditas *fracturantes* ainda não devidamente ponderadas. *Intervalo*-domínio de operatividade de ponderação este que se traduzirá, na sua definição em concreto, num tal juízo de *irrelevância jurídica*, e, conseqüentemente, numa não intervenção do direito – e, assim, numa abstenção não já de valoração mas de regulação jurídica, com a diferença essencial de se compreender assumidamente como fundada no *princípio da tolerância*.

### 3.1.2.5.2. Pertinência da remissão para o “*espaço livre de direito*”

Questão distinta das *supra* delineadas será a da legitimidade da remissão de questões ditas *fracturantes*, e susceptíveis de constituírem *objecto de tolerância*, para o chamado “*espaço livre de direito*” – tomado aqui, conforme *infra* se esclarece, no sentido assumido por Arthur KAUFMANN. Efectivamente, a *regulação pelo direito* e a *valoração pelo direito* não estarão sempre nem necessariamente agregadas. O que não implica o equívoco de identificar domínios não tocados pelo direito, e, nesse sentido, como *supra* ficou esclarecido, *ajurídicos*<sup>354</sup> – juridicamente irrelevantes, pelo menos no eixo diádico espaço-tempo em questão –, com domínios em que o direito, embora

<sup>354</sup>No sentido apresentado em Jean CARBONNIER, “*L’hypothèse du non-droit*”, in *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 8, 1963, p. 55-74: «Le non-droit (...) est l’absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n’est pas, bien entendu, l’anti-droit, le droit injuste qui est un phénomène positif. Ce n’est pas non plus le sous-droit, tel qu’il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. (...) Le non-droit, au contraire, a une négativité caractéristique». – *Idem*, p. 55-56.

regulando, não toma posição normativamente valoradora. Referência esta última que se reconduz então à *teoria do “espaço livre de direito”*, no sentido que lhe confere Arthur KAUFMANN – considerando esta problemático sobretudo em matéria jurídico-penal –, na leitura do “*espaço livre de direito*” como “*espaço não valorado pelo direito*” («*rechtlich nicht gewertet*») e não como “*espaço não regulado pelo direito*” («*rechtlich nicht geregelt*»), recuperando a reflexão de Karl ENGISCH<sup>355</sup>. Assim, nas palavras de KAUFMANN, a doutrina do “*espaço livre de direito*” seria um “*fruto*” da tolerância: «Um fruto da tolerância é também a doutrina do “*espaço livre de direito* (de valoração jurídica)”. Quando um comportamento não pode ser racionalmente valorado como lícito ou ilícito, o direito exerce (deve exercer) tolerância face a ambas as partes; não deixa porém o comportamento sem regulação, ou seja, sem consequências jurídicas»<sup>356</sup>.

Tudo o que significa que a tolerância constituiria aqui não fundamento de *irrelevância jurídica* mas de *ausência de valoração*, dada a dificuldade de determinar normativo-comunitariamente o sentido a assumir pela juridicidade. Com o que o direito se limitaria à determinação como *não proibido* e *nem permitido*, deixando à *consciência* a valoração intrínseca ao *acto* objecto de regulação. Pelo que a tolerância constituiria, ainda, além de *fundamento*, e simultaneamente, *critério* de regulação. Situação esta que, remetendo-nos embora para a referência às potencialidades da tolerância enquanto fundamento e critério de orientação da não intervenção do direito em domínios em que não existe um consenso material suficientemente estabilizado que legitime a fixação de um regime jurídico, configura uma situação radicalmente diversa da de determinação de *irrelevância jurídica* – isto é, de *ajuridicidade...* –, posto que agora o direito opta por regular, embora não valorando o comportamento como *lícito* ou *ilícito*. Sem que daí pudesse concluir-se que a doutrina do “*espaço livre de direito*” se remetesse a um relativismo radical, antes defendendo KAUFMANN que a valoração subjacente terá um

---

<sup>355</sup>Vide Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 227 (15. «Die Lehre vom “*rechtsfreien Raum*”», p. 226-234). KAUFMANN remete a origem da sua reflexão ao que diz ser o escrito “clássico” sobre o tema, de Karl ENGISCH, “*Der rechtsfreie Raum*”, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 108, n. 3, 1952, p. 385 ss.. Vide ainda, na consideração metodológica dos limites da *juridicidade*, e especificamente quanto ao problema da determinação do sentido do «*espaço livre de direito*», também em KAUFMANN, particularmente por referência ao *problema das lacunas*, António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 206-237, especialmente p. 207-213.

<sup>356</sup>Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 342-343, aqui citado em texto na tradução portuguesa, *Filosofia do Direito*, tradução de António ULISSES CORTÊS, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 506-507.

objectivo positivo, pertinente numa *sociedade de risco tolerante e pluralista*, desde que conjugada a *tolerância* com o princípio da *responsabilidade*<sup>357</sup>.

Esta remissão para o “*espaço livre de direito*” constituirá potencialmente solução adequada em situações pontuais – tais como, como *infra* exporemos, na questão do aborto –, porém a identificar específica e fundadamente, reconhecendo-se-lhe a respeitante fundamentação (no *princípio da tolerância*, por exemplo), posto que determinadas regulamentações – de aparente fundamentação jurídica materialmente sedimentada – mais não serão, afinal, do que finalisticamente seleccionados *instrumentos*, orientados à realização de «*Zweckprogramme*». O que, se lhes não retira os eventuais méritos de produzirem os adequados *efeitos* pretendidos, não haverá, porém, de os confundir com normativas definições de sentido jurídico materialmente densificantes da *praxis*, antes reconhecendo-os como soluções instrumentais de compromisso resultantes de opções entre outros meios possivelmente mobilizáveis para idênticos (e/ou diferenciados) *fins*, e cuja aferição se logrará à luz dos respeitantes efectivos *efeitos*<sup>358</sup>. Assim, enquanto naquela primeira referência a tolerância opera enquanto fundamento e critério, determinando a *não intervenção* do direito, preventivamente, nesta última a tolerância opera enquanto fundamento e critério de *intervenção* do direito, embora na ausência de valoração, em que o direito opta por regular sem valorar<sup>359</sup>, seguindo um *modelo de “não proibido, nem permitido”* («*Modell “unverboten-unerlaubt”*») <sup>360</sup>. Solução esta última que, deixando a regulação jurídica à aferição por via de justificações não materialmente jurídicas, se afastará, em nosso entender, e dependendo da matéria em causa, do que deva efectivamente dizer-se solução *de direito*, ainda que mantendo *forma jurídica* – mormente legislativa.

<sup>357</sup>«Die Lehre vom rechtsfreien Raum ist ein Paradebeispiel dafür, wie das Recht in einer toleranten und pluralistischen Risikogesellschaft beschaffen sein sollte». – *Idem*, p. 234. *Vide idem*, p. 232-234.

<sup>358</sup>Neste sentido, *vide* António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, *cit.*, p. 127-133, 151-163, 166-180 (p. 70-73, 84-90, 92-99, na versão A4).

<sup>359</sup>«Verhaltensweisen, die rechtlich nicht geregelt sind, weil sich das Recht überhaupt nicht für sie interessiert, werden in der Rechtstheorie “rechtsleer” genannt.

Im Gegensatz dazu geht es beim rechtsfreien Raum um *rechtlich relevantes und rechtlich geregeltes Verhalten*, das aber *weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig zutreffend gewertet werden kann*. (...) Richtig wäre es, von einem *rechtswertungsfreien* Raum zu sprechen, indessen wird sich diese Sprachregelung nicht durchsetzen lassen». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 227. *Vide ibidem*, p. 231-232. «Rechtsfreier Raum heißt, daß die Rechtsordnung darauf verzichtet, das betreffende Verhalten zu bewerten. Für die Richtigkeit seiner Handlung ist der Handelnde selbst verantwortlich». – *Idem*, p. 232.

<sup>360</sup>«(...) Zur Verwirklichung des Modells “unverboten-unerlaubt” bedarf es nur einer “Kleinigkeit”: Toleranz». – *Idem*, p. 233. *Vide idem*, p. 231-232.

### 3.1.2.5.3. Exemplar relevância normativamente prática de um *princípio da tolerância*, entre delimitação de (*ir*)relevância jurídica e determinação jurídica de *intolerância*

Regula o direito legislativamente prescrito múltiplas situações objecto de valoração cultural e jurídica não completamente estabilizada, de contornos, ética, moral e juridicamente difusos, as quais se posicionam, muitas vezes, a partir de *discursos da tolerância*. E isto sem que mobilize – ou, pelo menos, sem que mobilize expressamente... – um *princípio da tolerância* como fundamento da respectiva ponderação jurídica, positiva ou negativa, e, assim, entre delimitação de (*ir*)relevância jurídica e determinação jurídica de *intolerância*. Deixando, contudo, muitas vezes, necessariamente em aberto a correspondente fundamentação.

Dentre as múltiplas situações praticamente convocáveis, destacam-se aqui, exemplarmente, para a discussão da construção dogmática e relevância prática da categoria *tolerância*, perspectivada como *princípio* com projecção jurídica, os casos da (a) *interrupção voluntária da gravidez*, do (b) *casamento entre pessoas do mesmo sexo*, da (c) *mutilação genital feminina* e da (d) *proibição do uso do véu islâmico* – em cada um deles assumindo tal discussão distintos sentidos e díspares consequências.

(a) No caso da *interrupção voluntária da gravidez*, já geralmente admitida noutros países, fundamentalmente da Europa, e, entre nós, após dois referendos – ambos sem resultado vinculativo, e com respostas respectivamente negativa e positiva, em 1998 e em 2007<sup>361</sup> –, e depois de o artigo 1.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, acrescentar às *causas de exclusão da ilicitude* nos casos de *interrupção voluntária da gravidez*, no n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, uma alínea e), consagrando a *não punibilidade* da interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, a questão parecerá juridicamente estabilizada. Assim,

---

<sup>361</sup> Vide os resultados oficiais de cada um dos referendos, respectivamente no Mapa Oficial n.º 2/98, publicado no Diário da República, I Série – A, de 10-08-1998, e no Mapa Oficial n.º 1/2007, publicado no Diário da República, I Série – A, de 01-03-2007.

determinada a interrupção voluntária da gravidez como acto ilícito e culposo, cai, no entanto, nas circunstâncias legalmente determinadas, a respectiva relevância penal ao nível da *punibilidade*<sup>362</sup>.

O sistema jurídico português admite, assim, a não punibilidade da interrupção da formação de uma vida humana, apresentado esta excepção ao previsto nos artigos 131.º a 145.º do Código Penal no n.º 1, alínea e), do respectivo artigo 142.º. E isto apesar de, diferentemente, *no outro extremo*, a eutanásia, tendo em conta os tipos legais de crime constantes, respectivamente, dos artigos 134.º e 135.º do Código Penal, criminalizando o «homicídio a pedido da vítima» e o «incitamento ou ajuda ao suicídio»<sup>363</sup>, permanecer negativamente valorada pelo sistema jurídico português, pese embora a possibilidade da *eutanásia passiva*<sup>364</sup> e a actual discussão em torno do *testamento vital* – agora legalmente permitido, nos termos e com os efeitos previstos na Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho<sup>365</sup>. O mesmo se diga também, de certo modo, *noutro limite* – agora de *criação*

<sup>362</sup>Vide M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e Comentado*, 18.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, Anotação ao artigo 142.º, p. 554-560; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 1999, Comentário ao artigo 142.º, p. 166-201, especialmente p. 177-180.

<sup>363</sup>Vide Manuel da COSTA ANDRADE, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., vol. I, Comentários aos artigos 134.º e 135.º, respectivamente p. 56-74 e 75-99; Manuel MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, cit., anotações aos artigos citados, p. 535-540.

<sup>364</sup>Sobre o(s) significado(s) de eutanásia *activa* e *passiva*, vide, entre nós, sobretudo, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., vol. I, Comentário ao artigo 131.º, p. 3-23, p. 11-15; João LOUREIRO, “Os Rostos de Job: Tecnociência, Direito, Sofrimento e Vida”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra, 2004, p. 137-183, mormente p. 157-183. Vide ainda Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137.º, n.º 3949, 2008, p. 202-215. Veja-se ainda as reflexões sobre o direito a morrer dignamente, de Anselmo BORGES, in “A dignidade da pessoa no ocaso da vida – antropologia do processo de morrer: a eutanásia”, in Anselmo BORGES, *Corpo e transcendência*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 2003, p. 153-182, especialmente p. 170-177, e de Stela BARBAS, “Morte e dignidade humana numa perspectiva jurídica”, in Rui NUNES, Guilhermina REGO, Ivone DUARTE (Coord.), *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*, Associação Portuguesa de Bioética, Coimbra 2009, p. 81-92. Veja-se, ainda, e muito especialmente, a reflexão sobre o *acto de “deixar de viver”*, enquanto expressão da *autodeterminação*, e o respectivo auxílio, em casos determinados, levado a cabo por *acto médico*, por José de FARIA COSTA, in “O fim da vida e o direito penal”, in Manuel da COSTA ANDRADE/José de FARIA COSTA/Anabela MIRANDA RODRIGUES/Maria João ANTUNES, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 759-807, especialmente p. 766-767, 776-777, 777-780, 791-792, 794-799, 800-802, e a respectiva discussão por António CASTANHEIRA NEVES, in “Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – Comentário crítico à lição *O fim da vida e o direito penal*”, in *Digesta...*, vol. III, cit., p. 609-630, especialmente p. 615, 617-618, 620 ss..

<sup>365</sup>Vide João LOUREIRO, “Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 479-513, p. 508. Vide ainda André DIAS PEREIRA, “Declarações antecipadas de vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João

de vida humana –, quanto à determinação da nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, pelo artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, e a concomitante criminalização da chamada *maternidade de substituição*, quando os respectivos contratos sejam celebrados a título oneroso, pelo artigo 39.º da mesma lei<sup>366</sup>.

A densidade da valoração surge, assim, no que ao tratamento jurídico-legal respeita, muito distinta em cada um dos referidos *extremos*. O que poderá conduzir à conclusão de que, no caso da interrupção voluntária da gravidez, nem, por um lado, a tutela do bem jurídico *vida* – ainda que numa fase muito inicial da mesma – nem, por outro, um qualquer *princípio de tolerância*, mormente no sentido em que aqui o consideramos, a sustentam<sup>367</sup>.

A inexistência de suficiente consenso material quanto à fundamentação da medida da tutela jurídica a conferir a esta questão fica também, aliás, patente, sobretudo, na consagração do *direito à objecção de consciência*, entre nós consagrado no n.º 6 do artigo 41.º da Constituição da República Portuguesa. O que aqui releva, ainda face ao problema da interrupção voluntária da gravidez, na admissibilidade, pela

---

ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, cit.*, vol. IV, p. 823-831; Filipa ALMENO DE SÁ, *Disposição antecipada de paciente – legitimação e limites*, Coimbra, 2012. *Vide* ainda a Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, que regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de *testamento vital*, ressalvando a vigência dos artigos 134.º e 135.º do Código Penal, por força da alínea b) do seu artigo 5.º, que considera inexistentes, não produzindo qualquer efeito, tais directivas antecipadas de vontade juridicamente aundo o respectivo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal.

<sup>366</sup>*Vide*, neste sentido, expondo argumentos contra e a favor da *maternidade de substituição*, desde logo, ainda antes da lei de procriação meramente assistida, Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003, vol. II, Parte V, Capítulo IV, p. 773-790, p. 782 ss.; Vera RAPOSO, *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, sobretudo p. 47-88, “Direitos reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade”, in Guilherme de OLIVEIRA/Jónatas MACHADO/Rosa MARTINS (Coord.), *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 61-86, e “Quando a cegonha chega por contrato”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março 2012, p. 26-27. *Vide* ainda Rafael Vale e REIS, “Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida – a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, 2010, p. 69-93, especialmente p. 89-92, e o Acórdão TC n.º 101/2009, de 3 de Março, que não declarou inconstitucionais as normas da referida lei objecto de recurso.

<sup>367</sup>*Vide*, quanto a estas questões, a reflexão global, partindo precisamente do problema da *eutanásia*, em perspectiva normativa intersubjectivamente comprometida, acerca dos *limites da vida humana* – e, assim, da relação entre *técnica* e *ética* – na confluência do «princípio da tolerância» com o «princípio da responsabilidade» –, na senda de Arthur KAUFMANN, e respectiva projecção do domínio jurídico, nas questões da interrupção voluntária da gravidez, da maternidade de substituição e da manipulação genética –, em Fernando PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, *cit.*, p. 171-233, especialmente, quanto à dialéctica entre estes princípios, p. 215-224.

lei reguladora da exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez até às 10 semanas, a invocação da *objecção de consciência* por médicos e demais profissionais de saúde – concretamente nos artigos 6.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e 12.º da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho. Por seu turno, também a lei que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida – Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro – salvaguarda a *objecção de consciência* no n.º 3 do seu artigo 11.<sup>368</sup>. O mesmo se verificando ainda quanto à admissibilidade legal do *testamento vital*, nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho.

Do ponto de vista da justificação material da não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, centrada a questão do aborto na liberdade de disposição do corpo da mulher, muito estreita resulta, em nosso entender, a réstia de relevância do potencial de vida *humano*<sup>369</sup>, e correspondente expectativa de tutela jurídica, existente no embrião, ou, mais tarde, feto<sup>370</sup> – ainda que não sendo titular de personalidade

<sup>368</sup> Quanto à *objecção de consciência* face ao serviço militar, garantido pelo artigo 276.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, a Lei n.º 7/92, de 12 de Maio, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 138/99, de 28 de Agosto, define o seu artigo 2.º o «*Conceito de objector de consciência*», fazendo depender a concessão do respectivo *estatuto* da apresentação «(...) das razões de ordem religiosa, moral, humanística ou filosófica que fundamentam a objecção e a referência a comportamentos do declarante demonstrativos da sua coerência com aquelas razões», nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 18.º da referida Lei. Veja-se, para o tratamento do estatuto do objector de consciência na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, os Acórdãos n.º 65/91, de 9-4, n.º 681/95, de 5-12, e n.º 5/96, de 16-1, e Jónatas MACHADO, “*A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*”, *cit.*, p. 107-109, e ainda *ibidem*, n. 106 a 110. As referências aos Acórdãos correspondem, respectivamente, a *Acórdãos de Tribunal Constitucional*, 18, 1991, p. 407 ss.; *Acórdãos de Tribunal Constitucional*, 32, 1995, p. 655 ss.; e *Diário da República*, II, 14-5-1996; e o artigo 1.º/3/d) da Lei n.º 7/92, de 12-5. Vide ainda Mariana Rodrigues CANOTILHO/Ana Luísa PINTO, “*O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa*”, *cit.*, p. 261-264.

<sup>369</sup> Aproximamo-nos aqui do sentido conferido por KAUFMANN ao *estatuto moral e jurídico do embrião humano*, conferindo-lhe a *plena potencialidade do homem*: «(...) kann man der Frage nicht mehr ausweichen, welchen *moralischen und rechtlichen Status der menschliche Embryo* hat. (...) im menschlichen Embryo die volle Potentialität des Menschen vorhanden ist». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 319. Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, *cit.*, p. 173-178, dizendo «(...) com Arthur KAUFMANN, que as dimensões da igualdade e da tolerância, integrantes do princípio da justiça, obrigam a que se reconheça a cada pessoa, precisamente em nome da justiça, pelo menos aquilo que a todas e a cada uma pertence como o *sum* que as iguala: a vida humana». – *Idem*, p. 174, remetendo para Arthur KAUFMANN, *Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden. Gedanken eines Rechtsphilosophen zu einem politischen Thema*, M]unchen,/Zürich, 1986, p. 24 ss., especialmente p. 26, 33.

<sup>370</sup> «É que há liberdades que, *chez le législateur*, não são mais que tolerâncias e que não deveriam ser confundidas com o bem público: é que há diferença de natureza – e não meramente de grau – entre a tolerância e a permissividade.

No fundo, o direito à disposição sobre o corpo, de que começámos por questionar a existência, aproxima-se afinal mais de uma Liberdade que de um Direito. E o Direito não pode querer, qual Rei Midas, juridificar tudo aquilo em que toca: antes deve reconhecer e permanecer nalguma medida alheio a outras esferas normativas». – Luísa NETO, *Novos direitos (ou novos objectos para o Direito?)*,

jurídica<sup>371</sup>. Fora, com este fundamento, menos individualizado o sentido conferido ao *poder de autodeterminação* da mulher<sup>372</sup>, prevalecendo antes a ideia de que a *pessoa*, ainda que em formação, representa uma categoria axiologicamente constituída, e, neste sentido, digna de tutela, e a solução legal seria muito provavelmente diversa.

Poderia argumentar-se aqui que o sistema jurídico – *rectius*, o conjunto de valorações comunitárias materialmente densificadas como direito no sistema jurídico – *tolera* nesta situação tal valoração *gradativa* do bem jurídico *vida humana intra-uterina*<sup>373</sup>. Porém, e independentemente da determinação científica desta *gradação*, não poderá tal valoração ser aqui admitida como fundamentante, posto que a gestação constitui um processo, de cuja continuação decorrerá a concretização de uma *vida humana*. A determinação do *quando* da interrupção de tal *processo*, precisamente por se tratar de um *processo* – ainda que sendo cientificamente determinável o momento desse *processo* em que aquela *vida já é humana* –, terá necessariamente sempre outra justificação que não a valoração da vida humana, posto que esta existirá potencialmente a partir do momento da concepção, desde que o *processo* não seja interrompido.

O fundamento de determinação legal da *não punibilidade* da prática em análise posicionar-se-á, então, efectivamente, a partir não tanto de uma *aceitação* suficientemente estabilizada – quer social quer cientificamente – da delimitação do bem jurídico em causa, nem de uma valoração inferior, de *tolerância*, ou seja, de uma valoração axiologicamente determinada, gradativa, do bem jurídico a proteger, mas de considerações de ordem *estratégica* – mormente de *saúde pública* –, abstraindo do facto de se tratar de uma vida humana em formação –, e isto independentemente das

---

Universidade do Porto Editorial, Porto, 2010, p. 22 (I. «*O direito e a pessoa: sujeito ou objecto*», p. 11-22).

<sup>371</sup>Seguimos, neste ponto, Orlando de CARVALHO: «Este ser, esta Pessoa, não tem de surgir como já capaz de decisão, só por si, desde que aparece no mundo. Tem de ter autonomia físico-psíquica e não ser um simples *viscus*, uma das *viscera matris*, como na vida intra-uterina. O que só ocorre com o nascimento completo e com vida (o nado-morto não é pessoa), como diz correctamente o art. 66.º do Código Civil». – Orlando de CARVALHO, “*Para uma teoria da pessoa humana...*”, *cit.*, p. 535. *Vide ibidem*, n. 29, e p. 537, n. 35.

<sup>372</sup>Continuamos a seguir as palavras de Orlando de CARVALHO: «O poder de autodeterminação não é um poder absoluto: é o poder reconhecido ao indivíduo de regular a sua esfera de interesses, que tanto podem ser os seus próprios interesses como os interesses de que ele tem curatela ou que ele deve cuidar como se fossem seus». – *Idem*, p. 540.

<sup>373</sup>Sobre a definição jurídico-penal do bem jurídico *vida humana intra-uterina*, *vide* J. M. DAMIÃO DA CUNHA, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, *cit.*, vol. I, Comentário ao artigo 140.º, p. 146-158, p. 148-150.



determinações científicas quanto à maturidade da gestação<sup>374</sup>. Solução legal esta que, sobretudo em virtude da relevância justificante conferida à dimensão de salvaguarda da *saúde pública*, acabará por não se identificar com a proposta de solução oferecida por KAUFMANN, segundo a qual, ainda que regulada juridicamente a questão do aborto, a respectiva valoração, de índole *moral*, permanecerá ao nível da *consciência* – constituindo esta, nesse sentido, um exemplo de situação localizada no “*espaço livre de direito*”<sup>375</sup>.

A remissão deste tipo de questões para o domínio da consciência prevalece ainda também, por exemplo, em DWORKIN. Efectivamente, quanto ao aborto e à eutanásia, conjuga DWORKIN duas posições: por um lado, a liberdade individual de decisão, em último termo, e, por outro, a responsabilidade/legitimidade do Estado para velar pela manutenção do *espaço público moral* – incluindo aqui o valor da *vida* –, ainda que não coercitivamente. Numa posição que, mais do que simplesmente pressupor a convivência tolerante entre concordantes e discordantes dos referidos comportamentos, requererá respeito pela liberdade individual de decisão<sup>376</sup>. Exigindo, seguindo agora a leitura de James FLEMING quanto à manutenção do sentido de argumentação em *Justice for Hedgehogs*, não uma mera *prática tolerante* “*vazia*” («*“empty” toleration*») mas sim um efectivo *respeito* («*respect*»)<sup>377</sup>. Mas um sentido de *respeito*, no que ao aborto se

<sup>374</sup>No mesmo sentido, afirma João LOUREIRO: «(...) em relação ao problema clássico e imemorial do aborto, fortes movimentos de contestação levaram à abertura de fendas na protecção constitucional da vida intra-uterina, através da consagração de um modelo de indicações. Fendas essas que se transformaram em buracos, quando se abriu a porta a modelos de prazos (...)». – João LOUREIRO, “*Bios, tempo(s) e mundo(s)...*”, *cit.*, p. 490. «(...) não é a ciência que resolve a questão de saber se o embrião é (...) um de nós e que deve valer como um de nós (...). Ridículo é também pretender avançar com conceitos científicos de pessoa (...). Como se a pessoa não fosse uma categoria axiológica, ainda que com pontes ontológicas». – *Idem*, p. 493-494. *Vide ibidem*, n. 69, p. 493.

<sup>375</sup>«Rechtsfreier Raum heißt nicht “*rechtlich nicht geregelt*”, sondern “*rechtlich nicht gewertet*”». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, *cit.*, p. 227. «Das Gesetz gewährt nur Straffreiheit innerhalb eines bestimmten Rahmens; es sagt nicht, daß es so richtig oder so falsch ist. Ob die Abtreibende das *darf*, was sie tut, muß sie mit ihrem Gewissen, mit ihrer Religion, mit ihren Moralvorstellung ausmachen. Das Gesetz toleriert ihre Entscheidung, wie immer sie ausfällt». – *Idem*, p. 232. *Vide supra*, 3.1.2.1. e 3.1.2.5.2..

<sup>376</sup>«Because we cherish dignity, we insist on freedom, and we place the right of conscience at its center (...). Whatever view we take about abortion and euthanasia, we want the right to decide for ourselves (...)». – Ronald DWORKIN, *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Knopf, New York, 1993), First Vintage Books, New York, Toronto, 1994, especialmente p. 237-241 («*Coda: First Things and Last Ones*»), p. 239.

<sup>377</sup>*Vide*, Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 40-44, e, especialmente, p. 376-378, concluindo, afinal em linha de continuidade com *Life’s Dominion...*, que, em último termo, será a opção *ética*, não a determinação *moral* – permanecendo esta, e assim mantendo-se o aborto e a eutanásia como questões *morais* –, que há-de determinar a decisão de abortar ou não abortar. Vejamos as palavras de FLEMING: «In *Life’s Dominion*, Dworkin propounds a notably “moralized” liberalism, making moral arguments for the right to procreative autonomy and the right to die while defending the authority of

refere, quer pela mulher quer pelo nascituro, tendencialmente concluindo no sentido da promoção da abstenção da prática de aborto<sup>378</sup>. E ainda, embora com sentido substancial distinto, mormente porque afastando-se da *objectividade de valor* presente em DWORKIN, remete também HABERMAS a questão do aborto para uma dimensão *ética*, não *moral* – no sentido *supra* esclarecido da distinção entre *Sittlichkeit* e *Moralität* –, na medida em que insusceptível de generalização a toda a comunidade, visando assim afastar eventuais determinações religiosas, distanciando-se mais claramente, assim, de referências substantivas<sup>379</sup>.

(b) Questão diversamente valorada, embora igualmente discutível, será a da admissibilidade legal da *união civil de pessoas do mesmo sexo*. Multiplicam-se neste domínio as soluções de fundamentação de admissibilidade e inadmissibilidade, destacando-se aqui, entre muitos outros, como interlocutores privilegiados, pela perspectivação específica dos problemas à luz da categoria *tolerância*, e na sequência desta exposição, o próprio HABERMAS, ao apontar, diferentemente do apontado acerca da questão do aborto, que a discriminação de homossexuais surgirá já como reflexo da absorção do *ethos* da comunidade («*Gemeindeethos*») na *moral social* («*Gesellschaftsmoral*»)<sup>380</sup>, e Anna Elisabetta GALEOTTI, ao reconduzir a questão a uma *tolerância* geradora de – *rectius*, conducente a – um *reconhecimento* justificante da

---

government to moralize concerning persons' exercise of these rights». – James E. FLEMING, “*Taking Responsibilities as Well as Rights Seriously*”, in *Boston University Law Review*, vol. 90, n. 2, April 2010, p. 839-855, p. 840. *Vide idem*, p. 843. E, ainda referindo-se à posição de DWORKIN quanto ao aborto e à eutanásia, conclui FLEMING: «(...) Dworkin is trying to re-characterize the arguments in order to pursue a settlement and accommodation. He aims for more than pale civility, and more than “empty” toleration; indeed, he apparently aims for respect». – *Idem*, p. 855, remetendo para a distinção entre «“empty” toleration» e «respect» proposta por Linda MCCAIN, in Linda C. MCCLAIN, “*Toleration, Autonomy, and Governmental Promotion of Good Lives: Beyond ‘Empty’ Toleration to Toleration as Respect*”, in *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998, p. 19 ss..

<sup>378</sup>*Vide*, Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 376-378, referindo-se ao caso *Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (acedido em 30/07/2012). «(...) whether the judgment is right or wrong in any particular case, it remains na ethical, not a moral judgment. It must be left to women, as their dignity demands, each to take responsibility for her own ethical convictions». – Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 378.

<sup>379</sup>«(...) müssen sich beispielweise in der Abtreibungsfrage Katholiken eine Auffassung, die sich aus ihrer Sicht auf moralische, ihrem Anspruch nach allgemein gültige Urteile stützt, von den öffentlichen Gerichten als Teil ihres religiösen Sonderethos zuschreiben lassen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 269. *Vide supra*, Parte I, 1.1.2.2., p. 184.

<sup>380</sup>«(...) im Falle der dogmatischen Verurteilung von Homosexualität – auf eine lange Auslegungstradition heiliger Schriften stützen». – Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 269.

admissibilidade de casamentos de pessoas do mesmo sexo, como efectivo mecanismo de *integração*, e, assim, superador de uma mera *tolerância liberal*<sup>381</sup>.

Quanto à objectivação legal, destacam-se hoje, neste campo, as figuras da “*união civil registada*”, adoptada por países como a França – com a figura do «*pacte civil de solidarité*», susceptível de ser celebrado entre duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo<sup>382</sup> – ou o Reino Unido – com a «*Civil Partnership*», exclusivamente destinada a duas pessoas do mesmo sexo<sup>383</sup> –, e do *casamento civil*, consagrado, por exemplo, em países como a Dinamarca<sup>384</sup>, a Noruega<sup>385</sup>, Espanha<sup>386</sup> e Portugal. Tendo

<sup>381</sup>Vide Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 17, e capítulo 6, p. 169-191 («*Same Sex Marriages*»): «My argument is that the fight for same-sex marriages is the direct and final development of the stand against public intolerance of gays and constitutes a further and important step in their inclusion». – *Idem*, p. 170. «If justification is neutral with reference to the moral evaluation of homosexuality, it has fulfilled a crucial condition for being acceptable according to liberal toleration, but it may not be acceptable for toleration as recognition. The ground for toleration as recognition is equality of respect and equal respect is a stronger requirement than mere neutrality. A rule that excludes homosexuals from public institutions runs counter to the principle of equality of respect». – *Idem*, p. 174-175.

<sup>382</sup>Vide, quanto ao *Pacte Civil de Solidarité*, em França, o artigo 515-1 do *Code Civil Français*: «Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune». – *Code Civil Français, Livre Ier: Des personnes, Titre XIII: Du pacte civil de solidarité et du concubinage, Chapitre Ier: Du pacte civil de solidarité*, disponível em [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=177ED4FB5CA05BE7E539302B3BE540D6.tpdjo06v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=177ED4FB5CA05BE7E539302B3BE540D6.tpdjo06v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=) (acedido em 30/01/2012).

<sup>383</sup>Vide, quanto à *Civil Partnership*, o *Civil Partnership Act 2004*, Part 1. Introduction, 1. «A civil partnership is a relationship between two people of the same sex (“civil partners”) (...)», disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1> (acedido em 20/07/2012).

<sup>384</sup>Lov nr. 532: *Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab*, de 12 de Junho de 2012, entrada em vigor em 15 de Junho de 2012, disponível em <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=142282> (acedido em 20/07/2012), aditando à primeira parte do primeiro parágrafo da Lei sobre casamento e respectiva dissolução, Lov nr. 38: *Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning*, de 15 de Janeiro de 2007, disponível em <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=31944> (acedido em 20/07/2012), o seguinte texto: »§ 1. Loven finder anvendelse på ægteskab mellem to personer af forskelligt køn og mellem to personer af samme køn (...)«. Substituindo, assim, a parceira civil registada, prevista em Lov nr. 372, de 7 de Junho de 1989, disponível em <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=59419> (acedido em 20/07/2012), cujo primeiro parágrafo consagrava: »§ 1. To personer af samme køn kan lade deres partnerskab registrere«.

<sup>385</sup>Vide Lov 1991-07-04, no. 47: *Lov om ekteskap [ekteskapsloven]*. Del I. Inngåelse og oppløsning av ekteskap, Kapittel I. Vilkår for å inngå ekteskap: § 1. *Kjønn* – «To personer av motsatt eller samme kjønn kan inngå ekteskap», na redacção dada em Lov 2008-06-26, no. 53, em vigor desde 1 de Janeiro de 2009, disponível em [http://www.lovdato.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/app/gratis/www/docroot/all/nl-19910704-047.html&emne=ekteskapslov\\*&](http://www.lovdato.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/app/gratis/www/docroot/all/nl-19910704-047.html&emne=ekteskapslov*&) (acedido em 20/07/2012), admitindo o casamento entre pessoas do mesmo ou de diferente sexo, substituindo assim a *parceria civil registada* prevista em Lov 1993-04-30, no. 40, em vigor desde 1 de Agosto de 1993: *Lov om registrert partnerskap*: «§ 1. To homofile personer av samme kjønn kan la sitt partnerskap registrere, med de rettsvirkninger som følger av denne lov». – disponível em [http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/bld\\_2006-2009/veiledninger-og-brosjyrer/2001/registrert-partnerskap2.html?id=8](http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/bld_2006-2009/veiledninger-og-brosjyrer/2001/registrert-partnerskap2.html?id=8) (acedido em 20/07/2012).

suscitado entre nós controvérsia, desde logo a nível constitucional, acerca da interpretação e conjugação dos artigos 36.º e 13.º da *Constituição da República Portuguesa*<sup>387</sup>, resultou a admissão dos *casamentos de pessoas do mesmo sexo* da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que expressamente o refere, desde logo, na definição do respectivo objecto, no seu artigo 1.º, e essencialmente altera, através do seu artigo 2.º, o artigo 1577.º do Código Civil, cujo texto deixou de fazer referência a «(...) pessoas de sexo diferente (...)», revogando ainda, pelo seu artigo 4.º, a alínea e) do artigo 1628.º do mesmo Código, que determinava como juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, a lei portuguesa já anteriormente tutelava as uniões de facto, não distinguindo se heterossexuais ou homossexuais, regulando, através da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2010, de 23 de Agosto, designadamente no n.º 2 do artigo 1.º, na actual redacção, a noção de *união de facto*<sup>388</sup>. E a lei n.º 6/2010, também de 11 de Maio, no n.º 1 do seu artigo 1.º, «(...) estabelece o regime de protecção das pessoas que vivam em economia comum há mais de dois anos», salvaguardando os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo a possibilidade de aplicação da referida lei às situações de união de facto.

A constatada estabilização legislativa em torno da questão em análise parecerá expressar já um consenso mais densificado, para lá daquele que seria eventualmente oferecido por um *princípio da tolerância*, no sentido aqui pressuposto. Postas de lado as

---

<sup>386</sup>Vide a Ley 13/2005, de 2 de Julho, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, alterando vários artigos do Código Civil Espanhol no sentido de admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre os quais se destaca o aditamento de um parágrafo segundo ao artigo 44.º, passando a consagrar: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». – disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> (acedido em 20/07/2012).

<sup>387</sup>A evolução doutrinal tem sido, neste ponto, muito díspar, porém, sempre no sentido de, no limite, o legislador poder vir a consagrá-la, conforme veio efectivamente a fazer. Vide J. J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 36.º, p. 559-568, § XI, p. 568. Vide *ibidem*, Anotação ao artigo 13.º, § IX, p. 343, § XIV, p. 349-350. Vide também Rui MEDEIROS, in Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., Anotação ao artigo 36.º, p. 803-843, § IV, p. 809, e *idem*, § VI, p. 811-812. Vide *ibidem*, § XIII, p. 819-821, e Anotação ao artigo 13.º, § XV, p. 231-232. Vide ainda Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 283-291.

<sup>388</sup>Consagra o n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2010, de 23 de Agosto: «União de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos». Na redacção original, o então n.º 1 do artigo 1.º já definia como objecto da referida lei regular «(...) a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos».

contínuas discussões no plano social ético e religioso, encontrar-se-á aparentemente esta questão hoje já assente, em termos jurídicos, como efectivação de uma compreensão material do *princípio da igualdade*<sup>389</sup>. O que não deixa, porém, de ser continuamente questionado, problematizando-se assim aqui a eventual adequação de uma pelo menos parcial valoração à luz do *princípio da tolerância* aqui pressuposto, dado o entre nós diferente tratamento legislativo da tutela jurídica dos respectivos efeitos face aos do casamento entre pessoas de sexo diferente – nomeadamente quanto à impossibilidade de *adopção* pelos casais homossexuais, nos termos do artigo 3.º da citada Lei n.º 9/2010. Estabelecendo-se, portanto, valorações de gradação distinta, dando lugar a polémica quanto ao *an*, ao *quando* e ao *quantum* das soluções.

Ainda reflectindo aqui a discussão entre *liberalismo* e *comunitarismo*, mais precisamente no confronto entre os significados de *neutralidade* e *tolerância*, e respectivas consequências práticas, especificamente quanto à refracção nas aludidas questões da possibilidade de o direito se manter *neutro* face a diferentes concepções de «*vida boa*», e assim afastar-se de valorações *morais*, reconhecemos, quanto a este ponto em concreto, na perspetivação crítica de Michael SANDEL – ainda que espaço-temporalmente muito determinada – uma exemplar valoração. E isto na medida em que analisa a possibilidade e desejabilidade da *neutralidade* do direito face ao aborto e ao casamento homossexual, designadamente definindo duas linhas de argumentação contra

---

<sup>389</sup>Vide, entre nós, sobre a referida polémica, exemplarmente, concluindo pela inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, e), do Código Civil, suscitada no processo de recurso n.º 779/07 para o Tribunal Constitucional – originando o Acórdão TC n.º 359/09, *cit.*, que lhe negou provimento –, os pareceres de Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, Isabel MOREIRA e Luís DUARTE D'ALMEIDA, in *O casamento entre pessoas do mesmo sexo – três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008; Vide ainda o confronto entre Miguel NOGUEIRA DE BRITO e Pedro MÚRIAS: Miguel NOGUEIRA DE BRITO, “*Casamento civil e dignidade dos homossexuais*”, in Miguel NOGUEIRA DE BRITO/Pedro MÚRIAS, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: não ou sim?*, Entrelinhas, Lisboa, 2008, p. 9-59, e a resposta de Pedro MÚRIAS, “*Os erros e a omissão de Nogueira de Brito*”, *ibidem*, p. 61-75; e Pedro MÚRIAS, “*Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo*”, *ibidem*, p. 9-55, e a resposta de Miguel NOGUEIRA DE BRITO, “*Comentários a Pedro Múrias*”, *ibidem*, p. 57-67; Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 421-430; Vera Lúcia RAPOSO, “*Crónica de um casamento anunciado: o casamento entre pessoas do mesmo sexo*”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 120, 2009, p. 157-190. Ainda em contexto anterior à vigência da Lei n.º 9/2010, vide, acentuado a raiz cultural judaico-cristã do casamento, Jónatas MACHADO, “*A (in)definição do casamento no Estado Constitucional. Fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática*”, in Guilherme de OLIVEIRA/Jónatas MACHADO/Rosa MARTINS (Coord.), *Família, consciência, secularismo e religião*, *cit.*, p. 9-37. Já no sentido de que a ausência de reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo se equipara ao estigma e inferioridade suscitados pela proibição outrora de casamentos inter-raciais nos Estados Unidos, vide Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities...*, *cit.*, p. 149.

leis *anti-aborto* e *anti-homossexualidade*, uma *naïf*, outra *sofisticada*<sup>390</sup>. Encontrando naquela uma relação directa com a *moralidade* (ou *imoralidade*) dos comportamentos – e procurando justificar a sua viabilidade – e nesta várias razões argumentativas para a defesa daquela *neutralidade moral* do direito. Enunciando ainda várias perspectivas desta defesa dessa *neutralidade* do direito, designadamente as perspectivas *relativista*, *utilitarista*, *voluntarista* e *minimalista*: a perspectiva *relativista* a reforçar o carácter *relativo* da moral, e, assim, a justificar o afastamento do direito da afirmação de qualquer concepção moral em particular; a perspectiva *utilitarista* a afirmar que a neutralidade do governo promoverá a longo prazo o bem-estar geral; a perspectiva *voluntarista* a defender que tal neutralidade traduz respeito pela autonomia dos sujeitos; e a perspectiva *minimalista*, ou pragmática, a declarar que tal neutralidade face às concepções morais e religiosas permite, isolando-as, enquanto questões relativamente às quais haverá sempre controvérsia, garantir acordo político e cooperação social<sup>391</sup>. Patenteando assim as dificuldades da aspiração de *neutralidade* da argumentação *liberal* – e, concomitantemente, da *tolerância liberal* – na apreciação judicial, pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, destes problemas, nomeadamente das pretensamente assumidas perspectivas *minimalista*, quanto ao aborto – visando colocar “entre parêntesis”, mantendo assim a *neutralidade*, a questão da fundamentação moral ou religiosa subjacente ao problema, por razões de acordo político e cooperação social –, e

---

<sup>390</sup> «These two styles of argument might be called, respectively, the *naïve* and the *sophisticated*. The naïve view holds that the justice of laws depends on the moral worth of the conduct they prohibit or protect. The sophisticated view holds that the justice of such laws depends not on a substantive moral judgment about the conduct at stake but instead on a more general theory about the respective claims of majority rule and individual rights, of democracy on the one hand and liberty on the other.

(...)

In practice, of course, these two kinds of argument can be difficult to distinguish». – Michael J. SANDEL, “*Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking...*, cit., p. 71-87, p. 71-72. Vide ainda *idem*, p. 80-83, e o caso *Roe v. Wade*, cit..

<sup>391</sup> «Those who argue that law should be neutral among competing conceptions of the good life offer various grounds for their claim, including most prominently the following:

1. the *relativist* view says law should not affirm a particular moral conception because all morality is relative, and so there are no moral truths to affirm;

2. the *utilitarian* view argues that government neutrality will, for various reasons, promote the general welfare in the long run;

3. the *voluntarist* view holds that government should be neutral among conceptions of the good life in order to respect the capacity of persons as free citizens or autonomous agents to choose their conceptions for themselves; and

4. the *minimalist*, or pragmatic, view says that, because people inevitably disagree about morality and religion, government should bracket these controversies for the sake of political agreement and social cooperation». – Michael J. SANDEL, “*Moral Argument and Liberal Toleration...*”, cit., p. 72.

*voluntarista*, quanto ao casamento homossexual – sustentando a *neutralidade* face às opções de vida com base no respeito pelas opções individuais<sup>392</sup>.

A resolução do problema da relevância normativo-jurídica de questões fracturantes como as *supra* mencionadas, se a um *princípio de tolerância* fosse conferida relevância jurídica, haveria de resultar de uma avaliação metanormativamente fundamentada, de que se concluísse por uma de quatro vias possíveis, de densidade decrescente, e, assim, a conferir ao direito, por esta via, uma gradação diferenciada de mecanismos de determinação de (ir)relevância jurídica: 1) tutela positiva plena – e, assim, efectivo *reconhecimento e aceitação* axiológico-normativamente fundada –; 2) regulação jurídica positiva fundada no *princípio da tolerância* – quando tal aceitação não exista, ou *ainda não exista...* –; 3) *irrelevância jurídica* – e, assim, ausência de regulação jurídica –; ou ainda 4) *rejeição* – e, assim, proibição jurídica. Sentido este em que ficará afastada a *regulação sem valoração* – e, assim, a remissão para o “*espaço livre de direito*”, no sentido proposto por KAUFMANN, dado estarmos perante questões que exigem efectiva valoração jurídica, positiva ou negativa.

Apresenta a possibilidade de *rejeição* aqui enunciada a exigência de justificação acrescida de verificação de *divergência de base materialmente fundamentada e liberdade de reacção* e, cumulativamente, de inexistência de fundamento de *renúncia à reacção*, e, assim, *impossibilidade de tolerância*, portanto, uma efectiva ofensa às valorações espaço-temporalmente vigentes. Hipótese esta última que remeterá já para os *limites da tolerância*, e, assim, para situações em que se decidirá fundamentadamente pela inadmissibilidade de *práticas intoleráveis*, reprimindo-as, através da determinação expressa da *impossibilidade* de tutela jurídica positiva ou da determinação de *irrelevância jurídica* com fundamento num *princípio de tolerância*, o qual, se já *residual e subsidiário* face a outros – os princípios da liberdade e da igualdade já *supra* considerados, por exemplo –, se compreenderá, uma vez violados os respectivos *limites*, como fundamento de *exclusão* – por diversas vias, mormente a do direito legislativamente prescrito – das práticas em que, verificados os requisitos de *divergência de base* e de *liberdade*, não se verifiquem razões suficientemente justificativas da *renúncia à reacção* – o que haverá de aferir-se à luz do conjunto de valorações juridicamente fundamentantes espaço-temporalmente vigentes, e se

<sup>392</sup>Vide *idem*, respectivamente, p. 80-83 e 83-87.

concretizará directamente na proibição de tais práticas – e, assim, na legitimação da *intolerância* através do direito legislativamente prescrito, enquanto definição jurídica da *fronteira-limite* de admissibilidade de *afirmação da diferença*. O que, como se disse, consequentemente exigirá fundamentação axiológica reforçada<sup>393</sup>.

Efectivamente, se tomada como fundamento de aferição da *licitude* ou *ilicitude* de comportamentos tidos por desviantes face às valorações axiologicamente dominantes numa comunidade, e, nesse sentido, coadjuvante – entre outros, simultaneamente intervenientes em concreto –, ou já por si determinante da valoração construída à luz dos *princípios normativos* especificamente relevantes no domínio jurídico em causa, ou ainda mesmo ela própria como *princípio* (também *normativo*, quando assim for entendida) autonomamente considerado, operará a tolerância no interstício em que, verificados os requisitos da *divergência de base* materialmente fundamentada, da *liberdade* e da *renúncia à reacção*, possa aferir-se da inadmissibilidade do comportamento em causa – como *intolerável*, e, consequentemente, ilícito. E exigindo fundamentação axiológica reforçada necessariamente em virtude da índole e da admissibilidade de *limites à tolerância*, sob pena de ser a própria determinação jurídica a gerar *intolerância*. O que exemplarmente se espelha, dada a actualmente ubíqua convocação e tratamento diferenciado – filosófico, sociológico, antropológico, mesmo jurídico... –, em múltiplas situações sintomáticas, mormente no domínio da liberdade religiosa. E exigirá aqui alguma ilustração quanto à efectivação da projecção jurídica do problema da *impossibilidade* de tolerância, e, portanto, da susceptibilidade de uma disposição legal expressa gerar, *per se*, *intolerância*. Ou, por outras palavras, da aferição prática da legitimidade, sentido e posicionamento dos *limites da tolerância*.

Indiscutivelmente problemática neste domínio da determinação legal da *intolerância* será a consagração, após o referendo de 29 de Novembro de 2009, pelo artigo 72.º da Constituição Federal da Confederação Suíça, de um n.º 3, em que é expressamente proibida a construção de minaretes<sup>394</sup>. Indiscutivelmente problemáticas

<sup>393</sup>Sobre a necessidade do estabelecimento de limites à tolerância e respectiva justificação, *vide supra*, Parte II, 7.

<sup>394</sup>«Art. 72

Eglise et Etat

1. La réglementation des rapports entre l’Eglise et l’Etat est du ressort des cantons.

2. Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses.

3. La construction de minarets est interdite». – *Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, disponível em <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/101/> (acedido em 18/08/2011). «Os líderes das diversas



serão ainda múltiplas outras questões neste domínio passíveis de análise, de contornos jurídicos implexos, tal como a *mutilação genital feminina* e a *proibição do uso do véu islâmico*, que aqui se destacarão por exemplarmente ilustrativas.

(c) Os diferentes casos de *mutilação genital feminina* – clitoritomia, excisão e infibulação –, dada a sua valoração em geral como prática intolerável, e especificamente como ofensa à integridade física, e, assim, a respectiva sancionabilidade jurídico-penal, constitui um dos pólos fundamentais da discussão aqui em causa, na medida em que tais casos configuram problemas de saúde pública, não apenas no que concerne a ofensa à integridade física em si, como também as sequelas psicológicas e a restrição da liberdade sexual<sup>395</sup>. Posição esta que colidirá com eventuais *discursos* justificantes de tais práticas como culturalmente assentes, pondo esta questão em causa fundamentais diferenças civilizacionais, difíceis de dirimir, nomeadamente tendo em conta a relevância determinante da absorção de ancestrais práticas pagãs por práticas religiosas, e o conteúdo culturalmente conferido à noção de honra e ao papel reprodutivo da mulher<sup>396</sup>.

Face a estas práticas, a serem admitidas, o que muito dificilmente se conceberá, pois muito dificilmente se vislumbrará a *renúncia à reacção* por respeito pela

---

confissões religiosas foram unânimes na condenação dos resultados do referendo, os líderes políticos nem tanto. Alguns comentadores lembraram, justamente, a falta de reciprocidade no reconhecimento das exigências da liberdade religiosa: a liberdade religiosa é regra nos países europeus, é excepção nos países islâmicos». – Paulo Pulido ADRAGÃO, “*Crucifixos e minaretes: a religião no espaço público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção de conflitos religiosos*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, número especial, Ano VII, 2010, p. 463-473, p. 466. *Vide idem*, p. 469-472. *Vide* ainda, já, como no artigo *supra* citado, no sentido de que o Estado não deverá tanto ser *neutro*, na acepção dita *liberal* do termo, mas *não confessional*, e, assim, sensível perante a relevância positiva da religião na *comunidade política*, e de que as restrições à liberdade religiosa hão-de ser as mínimas necessárias, *vide* Paulo Pulido ADRAGÃO, *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Almedina, Coimbra, 2002, respectivamente p. 476-477 e 511-513, por um lado, e 477-478 e 513-514, por outro.

<sup>395</sup>*Vide*, entre outros, Michael WALZER, *On Toleration*, *cit.*, p. 62-63. «We may be confident in our belief that female circumcision is morally wrong, in the sense that we have no reason to accept it as such or to approve of it. But we can nevertheless tolerate the individuals or communities practicing it on the grounds that we can understand, or even respect the way the practice evolved in their culture and the central role it plays in their overall faith and way of life». – David HEYD, “*Is Toleration a Political Virtue?*”, *cit.*, p. 187.

<sup>396</sup>Dentre a vasta literatura sobre o tema, destacamos Esther K. HICKS, *Infibulation: Female Mutilation Islamic Northeastern Africa*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey (1993), Second Edition, Revised and Expanded, 1996, especialmente p. 209-216 (7. «*The Problem of Altering Cultural Boundaries*», p. 209-220); Ellen GRUENBAUM, *The Female Circumcision Controversy – An Anthropological Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001; Obioma NNAEMEKA (Ed.), *Female Circumcision and the Politics of Knowledge: African Women in Imperialist Discourses*, Praeger, Westport, 2005; Rogaia Mustafa ABUSHARAF (Ed.), *Female Circumcision: Multicultural Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

plausibilidade da justificação cultural que possa ser mobilizada, a fundamentação axiológica reforçada, e, assim, o *limite da tolerância*, e, concomitantemente, a eventual possibilidade de, com fundamento num *princípio de tolerância*, se excluir a respectiva sancionabilidade jurídica, seria, no limite, talvez, susceptível de se posicionar na *idade* e no *consentimento livre* da mulher<sup>397</sup>. Solução esta que aqui se apresenta exactamente apenas em último termo, e que Catriona MCKINNON, por exemplo, numa construção teórica típica de um posicionamento feminista, no contexto anglo-saxónico, apresenta como possibilidade de resposta *liberal* para a questão<sup>398</sup>, e que Martha NUSSBAUM, no mesmo sentido, acaba também por referir, ao afirmar que o problema da excisão se apresenta com maior gravidade nas situações em que estão em causa menores, e na medida em que comprometa efectivamente funções corporais<sup>399</sup>.

(d) De decisiva projecção prática neste domínio, e, assim, a privilegiar como exemplo efectivamente paradigmático quanto ao problema aqui versado, dada a evidente ausência de fundamentação axiológica reforçada da inexistência de fundamento de *renúncia à reacção*, é o caso da proibição legal do uso de «símbolos religiosos ostensivos» nas escolas públicas, especialmente tal como introduzida em França em 2004 pela Lei n.º 2004-228, de 15 de Março de 2004, através de uma alteração ao Código da Educação Francês, introduzindo neste o artigo L. 141-5-1, consagrando que «Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou

<sup>397</sup>Neste sentido, afirma também Antoine GARAPON: «The body is protected as a site of consciousness, the seat of general and therefore sovereign will. (...) Is not the most intolerable aspect of excision not mutilation but the fact that it is practiced on someone who cannot consent freely? Would one have the same repulsion with regard to an adult woman freely accepting this rite (...). Probably not, since the intolerable in the excision of a child is more like the rape of a consciousness than a body». – Antoine GARAPON, “*The Law and the New Language of Tolerance*”, *cit.*, p. 85.

<sup>398</sup>«FGM is a life- and health-endangering practice for women below and above the age of consent, and constitutes a form of physical and psychological abuse. It is true that, for some women, FGM allows for full integration into their cultural communities, making them marriageable and socially acceptable. To that extent, it might be argued, FGM forms part of a set of practices which make the cultural groups in which it occurs communities of meaning for female members. However, one of the most fundamental liberal rights is to be free from physical assault. If we think, as most people do, that children have these rights, and if rights are trumps, then the case for non-toleration of FGM in liberal states is closed. (...) there is no community of meaning of significance sufficient to justify overriding the rights of female children to be free from genital mutilation». – Catriona MCKINNON, *Toleration: a Critical Introduction*, *cit.*, p. 107 (7. «*Culture and Citizenship. Headscarves and Circumcision*», p. 101-118). Outra solução, também *liberal*, porém distinta da apontada por Catriona MCKINNON, e para a qual remete, é oferecida por Chandran KUKATHAS, “*Cultural Tolerance*”, in Will KYMLICKA/Ian SHAPIRO (Eds.), *Ethnicity and Group Rights: Nomos XXXIX*, New York University Press, New York, 1997. Vide Catriona MCKINNON, *Toleration: a Critical Introduction*, *cit.*, p. 105-112, e *ibidem*, p. 107, n. 35 (p. 189).

<sup>399</sup>Vide Martha NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance*, *cit.*, p. 125. Vide *supra*, Parte II, 2.3..

tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit»<sup>400</sup> – vindo reacender conflitos, e conduzindo, por um lado, a intervenções legislativas progressivas e, por outro, a reacções violentas por parte da minoria muçulmana<sup>401</sup>. Visando a inserção deste artigo garantir a laicidade do ensino, acaba, porém, afinal, por impor um laicismo restritivo da liberdade religiosa<sup>402</sup>. Tendo-se agravado ainda mais a situação, recentemente, no que ao uso de trajes islâmicos respeita, na sequência da Lei n.º 2010-1192, de 11 de Outubro de 2010, proibindo a dissimulação do rosto no espaço público, cuja constitucionalidade foi apreciada pelo Conselho Constitucional a 7 de Outubro de 2010<sup>403</sup>, e cuja vigência se iniciou, nos termos do seu artigo 5.º, seis meses após a publicação, consagrando no seu artigo 1.º: «Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage». Constituindo a infracção desta proibição uma contra-ordenação, sancionável com coima, nos termos do artigo 3.º<sup>404</sup>. Exigência esta que será, assim, plausível à luz do princípio da ordem pública, visando garantir a segurança dos cidadãos, pese embora as intenções que a determinaram – patentes nas salvaguardas constantes do artigo 2.º da mesma lei<sup>405</sup>, e ainda na criminalização, operada pelo artigo 4.º desta mesma lei,

<sup>400</sup>Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 – art. 1 JORF 17 mars 2004, en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2004: *loi sur les signes religieux dans les écoles publiques*, créant l'article L. 141-5-1 du *Code de l'éducation* (Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics), disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071191&idArticle=LEGIARTI000006524456&dateTexte=20110824> (acedido em 24/08/2011);

<sup>401</sup>«The recent case of l'affaire du Foulard in France may be illustrative. The case concerns the practice of immigrant Muslim women wearing the Islamic head garb in French public schools. Until recently the French community tolerated the practice. But such toleration in no way brought persons to understand the practices or beliefs of the local Muslim community. In the past year the government moved from non-interference to intolerant suppression of the practice». – Trudy D. CONWAY, *From Tolerance to Hospitality...*, cit., p. 15. Vide ainda Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 133.

<sup>402</sup>Vide *Code de l'éducation*, disponível em [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C50D268724349980C0D747FFC70BDD44.tpdj\\_o10v\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006166566&cidTexte=LEGITEXT000006071191&dateTexte=20110824](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C50D268724349980C0D747FFC70BDD44.tpdj_o10v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006166566&cidTexte=LEGITEXT000006071191&dateTexte=20110824) (acedido em 20/10/2011).

<sup>403</sup>Vide *Décision n.º 2010-613 DC du 7 octobre 2010*, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911681&dateTexte=&categorieLien=id> (acedido em 20/10/2011).

<sup>404</sup>Loi n° 2010-1192, du 11 octobre 2010, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id> (acedido em 24/08/2011).

<sup>405</sup>«I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des

alterando o Código Penal, da dissimulação forçada do rosto, designadamente por ameaça, violência, coacção, abuso de autoridade ou abuso de poder, em razão do sexo<sup>406</sup>. Sendo precisamente a salvaguarda da ordem pública o limite admissível. Neste sentido, estabelecendo também como limite o argumento da ordem e segurança públicas, e rebatendo as respectivas utilizações tendenciosas, defende também Martha NUSSBAUM a possibilidade de uso de *burca*, *nicabe* ou *véu*, desde que salvaguardadas as necessidades de identificação publicamente exigidas<sup>407</sup>.

A questão da proibição do uso do véu islâmico, assim discutida sobretudo no contexto francês, suscitada por um caso de expulsão de três jovens muçulmanas de uma escola em Creil, França, pelo uso de véu, em 1989, o chamado *Affaire du Foulard*, constitui, como afirma Anna Elisabetta GALEOTTI, um exemplo decisivo na demonstração da insuficiência da *resposta liberal* tradicional para esclarecer o sentido simbólico – enquanto *reconhecimento público* – da tolerância<sup>408</sup>, na medida em que os argumentos convocados pelas correntes do *liberalismo* para a respectiva proibição – paternalismo, separação entre a Igreja e o Estado, autodefesa –, susceptíveis de serem invocados para muitas outras formas de comportamento, demonstraram ser insuficientes. Nesta opinião, a tolerância do véu nestas circunstâncias haveria de ser justificada não pela negativa, por defeito, enquanto solução-limite, mas pela positiva,

---

motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles». – *Ibidem*.

<sup>406</sup>«Après la section 1 bis du chapitre V du titre II du livre II du code pénal, il est inséré une section 1 ter ainsi rédigée:

«Section 1 ter

De la dissimulation forcée du visage

Art. 225-4-10.-Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende»». – *Ibidem*.

<sup>407</sup>Martha NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance*, cit., p. 105-111. NUSSBAUM elenca e rebate, desvelando a respectiva inconsistência e tendenciosidade moral e/ou política, cinco argumentos para a abolição da burca: *segurança*, *transparência* e «*civic friendship*», *objectificação*, *coerção* e *saúde*. *Vide idem*, p. 105-132. *Vide* também, especificamente sobre o caso francês analisado em texto, *idem*, p. 132-136.

<sup>408</sup>«The inclusion offered by liberal democracy, by means of equal rights, fails in its goal. In fact, rights are given to individuals qua individuals, whatever their differences. (...) The kind of individualistic-universalistic inclusion is not satisfactory to members of minority groups who are publicly accepted only despite having characteristics that deviate from those of the majority». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, cit., p. 132. «Toleration in its symbolic meaning of public recognition of collective identities and social differences is not incompatible with liberal politics and liberal neutrality, but only with one of the possible interpretations of liberalism. Public or institutional blindness is only one of the possible interpretations of liberal neutrality (much as *laïcité* is only one of the interpretations of public blindness), though it is probably the most common». – *Idem*, p. 134. *Vide idem*, p. 16 e 115-136 (4. «*The Islamic Veil in French Schools*»), e Michael WALZER, *On Toleration*, cit., p. 64.

fundando-se no igual respeito, e em termos de reciprocidade, enquanto passo no sentido da integração das minorias, com a recíproca exigência do seu comprometimento com a estrutura maioritária – quer por motivos éticos, quer pragmáticos –, visando um pluralismo cooperativo<sup>409</sup>. A insistência no uso do véu constituiria, segundo GALEOTTI, não uma afirmação fundamentalista nem desproporcionada, mas uma tentativa de alcançar reconhecimento, consequência de uma atitude de igual respeito, perante a sua identidade, minoritária, tal como perante a identidade maioritária<sup>410</sup>. Note-se que, na leitura de HABERMAS, no *Affair du Foulard* teria sido posta em causa a relação entre a liberdade religiosa e a neutralidade do Estado, designadamente a liberdade religiosa positiva, pelo lado secular, defendendo que a religião é um assunto privado, a manter fora da esfera pública<sup>411</sup>.

Tudo o que nos leva a recolocar a distinção entre a *tolerância* e o *reconhecimento positivo* de direitos, conforme já considerada. Domínio em que nos demarcamos explicitamente, como ficou *supra* esclarecido, da posição assumida, em geral, por Ana GALEOTTI, na sua distinção entre «*liberal toleration*» e «*toleration as*

<sup>409</sup>«If limits to toleration of the *foulard* at school are unjustified, then the Islamic veil ought to be tolerated; but in order to be a satisfactory solution, toleration should be adopted for the right reasons, that is, not by dismissing the core questions underlying the issue, as I have already argued. (...) paternalism, the argument based on the separation of church and state, and the self-defense argument should apply equally to many other symbols, forms of behavior, and attitudes in our culture, which, unlike the Islamic veil, are accepted as a matter of course». – Anna Elisabetta GALEOTTI, *Toleration as Recognition*, *cit.*, p. 131.

<sup>410</sup>*Vide idem*, p. 133, e, no mesmo sentido, Catriona MCKINNON, *Toleration: a Critical Introduction*, *cit.*, p. 112-118. Para uma análise crítica das causas e consequências desta *questão do véu*, *vide*, entre muitos outros, Cécile LABORDE, “*Toleration and Laïcité*”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies...*, *cit.*, p. 161-178; Etienne BALIBAR, “*Dissonances within Laïcité*”, in *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 353-367. Note-se ainda a sintomática abordagem do problema, na perspectiva narrativa *supra* analisada de François OST, propondo uma *releitura* de *Antígona*, e assim cruzando analogicamente tal narrativa trágica com o direito, expondo as respectivas aporias, em François OST, *Antigone voilée*, *cit.*.

<sup>411</sup>Diferentemente, no *infra* considerado caso da presença do crucifixo na sala de aula, na Alemanha, em que o governo do Estado da Baviera se opôs à decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que sustentou a posição dos pais contra a presença do crucifixo na sala de aula, posição contestada pelos católicos, que defenderam ser o crucifixo uma expressão dos “valores do Ocidente”, e assim parte da cultura partilhada, a relação entre a liberdade religiosa e a neutralidade do Estado, designadamente a liberdade religiosa negativa, fora já, nesta opinião, posta em causa pelo lado religioso. *Vide* Jürgen HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion...*, *cit.*, p. 273-274. *Vide* ainda, sobre o direito ao reconhecimento da liberdade religiosa, designadamente quanto ao direito a não fazer exame de avaliação em dias tidos como sagrados, à luz dos artigos 10.º e 14.º da *Lei da Liberdade Religiosa* – Lei n.º 16/01, de 22 de Junho (as alterações introduzidas à Lei n.º 16/01, de 22 de Junho, pelas Leis n.º 91/09, de 31 de Agosto, 3-B/10, de 28 de Abril, e 55-A/10, de 31 de Dezembro, não interferiram nos artigos citados), Luísa NETO, “*De die ad diem: os dias úteis ou a liberdade dos dias (anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 8/2/2007)*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 74, Março-Abril de 2009, p. 37-54, especialmente p. 45-54.

*recognition*»<sup>412</sup>, posto que, como vimos, entendemos que *tolerância* e *reconhecimento* não-de distinguir-se, com consequências distintas para a densidade da respectiva tutela jurídica.

Aproxima-nos esta opção da referência a casos-*limite* de *reconhecimento da diferença*, no também já *supra* analisado *critério da paridade de participação*, aventado no *status model of recognition* de Nancy FRASER<sup>413</sup>. *Critério* este que se propõe esclarecer a justificabilidade da permissão da *afirmação da diferença* neste sentido, sem necessidade de recorrer a uma referência autónoma à justificação *ética* da validade da pretensão de igualdade de tratamento através do *reconhecimento* – admitindo a injustiça do tratamento diferenciado, por exemplo, entre sexos, neste campo, e definindo, concomitantemente, a ilegitimidade-*injustiça* de soluções que confirmam a certas relações níveis de tutela inferiores, tal como no casamento, quer entre pessoas de sexo diferente quer do mesmo sexo<sup>414</sup>.

O mencionado *modelo de reconhecimento* exigirá, assim, a verificação de duas condições: em primeiro lugar, que quem pretende obter tal reconhecimento demonstre que as normas culturais institucionalizadas impedem a sua paritária participação, e, em segundo lugar, que as práticas cujo reconhecimento pretende não a impedem<sup>415</sup>. O que, se ilustrado agora no caso francês do *foulard*, se traduziria na demonstração de que a proibição do seu uso constitui uma imposição injusta da maioria, e que, em alternativa, a respectiva permissão não exacerbaria a subordinação da mulher, quer nas comunidades muçulmanas quer na sociedade em geral<sup>416</sup>.

<sup>412</sup>Vide *supra*, Parte II, 1.2.3..

<sup>413</sup>Vide *supra*, sobre o *status model of recognition* proposto por Nancy FRASER, Parte II, 3.3.1.2..

<sup>414</sup>(...) the case of same-sex marriage presents no difficulties for the status model. On the contrary, it illustrates a previously discussed advantage of that model. Here, the norm of participatory parity warrants gay and lesbian claims deontologically, without recourse to ethical evaluation – without, that is, assuming the substantive judgement that homosexual unions are ethically valuable. The self-realisation approach, in contrast, cannot avoid presupposing that judgement, and thus is vulnerable to counter-judgements that deny it. Thus, the status model is superior in handling this case». – Nancy FRASER, “*Recognition Without Ethics?*”, *cit.*, p. 99. Vide *idem*, p. 97-103.

<sup>415</sup>«Taken together, these two levels constitute a double requirement for claims for cultural recognition. Claimants must show, first, that the institutionalization of majority cultural norms denies them participatory parity and, second, that the practices whose recognition they seek do not themselves deny participatory parity – to some group members as well as to non-members. For the status model, both requirements are necessary; neither alone is sufficient. Only claims that meet both of them are deserving of public recognition». – *Idem*, p. 100.

<sup>416</sup>«To apply this double requirement, consider the French controversy over the *foulard*. Here the issue is whether policies forbidding Muslim girls to wear headscarves in state school constitute unjust treatment of a religious minority. In this case, those claiming recognition for the *foulard* must establish two points: they must show, first, that the ban on the scarf constitutes an unjust majority communitarianism, which denies educational parity to Muslim girls; and second, that an alternative policy

Tudo isto em situações susceptíveis de convocarem soluções pluralistas, e, assim, no dizer de Nancy FRASER, resolúveis à luz da tolerância («*toleration*»), o que as distinguiria essencialmente de situações outras, em que admite a necessidade de atender, em última instância, ao mérito substantivo, e, assim, ao *reconhecimento* por via da *ética*. Em situações, portanto, em que estejam em causa conflitos cuja solução não possa passar, naquele entendimento, pela *institucionalização* da tolerância – tal como o conflito acerca da protecção ambiental –, e que não cumpram as duas condições da participação paritária – o que, relativamente à protecção ambiental não acontecerá, afinal, posto que, dada a maior gravidade das soluções anti-ecológicas e o concomitante impedimento da participação paritária pelos ecologistas, não passaria o segundo requisito, mas também, dado o desvalor ético daquelas, não poderia exigir o respectivo *reconhecimento*, e assim não poderia gozar de tutela nem por uma nem por outra das vias<sup>417</sup>. Com o que Nancy FRASER acaba, assim, por, expressamente, convocar, no seio da sua construção, cujo pilar fundamental é a *paridade de participação*, concebida na conjugação de *redistribuição* e do *reconhecimento*, a categoria *tolerância*, porém não lhe conferindo uma relevância autónoma daquela *paridade de participação* – buscando, aliás, através desta as possibilidades que reconhece àquela. A autonomia aqui referenciada, diferentemente, parece-nos, sendo assumida, poderia configurar um passo fundamental na destrição da adequação entre *redistribuição* e *reconhecimento*, consoante a índole das demandas objecto de análise, evitando assim a contínua referência deontológica objectiva à *moral* («*Moralität*») como preferencial face à densificação substancial intersubjectiva à *ética* («*Sittlichkeit*»), estabelecendo antes uma

---

permitting the *foulard* would not exacerbate female subordination – in Muslim communities or in society at large». – *Idem*, p. 100.

<sup>417</sup>«The question remains, however, whether participatory parity suffices in every case, or whether it must be supplemented by ethical consideration in some. (...)»

This prospect arises when we consider cases that are not amenable to pluralist solutions. These would be cases, unlike same-sex marriage or *l'affaire du foulard*, that cannot be handled by institutionalizing toleration. (...)

(...)

Clearly, this is a case that is not amenable to a pluralist solution. It makes no sense to institutionalize parity between eco-friendly and eco-exploitative orientations within a single society, as the latter would undermine the former. (...)

(...) a non-ethical resolution is available, as the anti-ecologists' claim violates the deontological standard of participatory parity – well before ethical evaluation has to kick in. Specifically, it violates the second prong of the double requirement, which holds that proposed reforms must not exacerbate one disparity of participation in the course of remedying another. (...) Thus, the anti-ecologists' claim fails the test of participatory parity. And so this case, too, like same-sex marriage and *l'affaire du foulard*, can be adjudicated on deontological grounds. No recourse to ethics is necessary». – *Idem*, p. 101-102.

base normativa axiológica fundamentante da admissibilidade ou não admissibilidade da tutela política e jurídica das *diferenças* em causa.

Em suma, à luz do *princípio da tolerância* enquanto fundamento de legitimidade da intervenção legislativa, distinta valoração e definição jurídico-legal seria, efectivamente, pelo menos em abstracto, admissível. Ficando, na ausência desta, potenciada a proliferação de conflitos, e mesmo a possibilidade de determinação positiva da *intolerância*, em questões passíveis de resolução por via de uma articulação ponderada com outros princípios-*limite* fundamentais – se e quando o objectivo fosse a coexistência pacífica de *diferentes*, e só nesta hipótese... –, nomeadamente, o *princípio da liberdade* (de religião, de expressão...) e o *princípio da ordem pública*.

### **3.2. A (im)possibilidade da convocação da categoria tolerância como *critério* no domínio jurídico**

#### **3.2.1. A tolerância como *critério jurídico*: sentido pertinente de *critério***

Densificada dogmaticamente a categoria tolerância enquanto *princípio* – e nesta qualidade consubstanciada preferencialmente a admissibilidade da correspondente convocação para a juridicidade –, equaciona-se, como corolário da construção aqui subjacente<sup>418</sup>, a respectiva potencial concretização como *critério* normativo directamente convocável para a decisão judicativa, e, portanto, a possibilidade de a verter quer em critérios legislativamente prescritos quer em critérios jurisprudencial e/ou dogmaticamente elaborados, e assim ainda efectivos *critérios de decisão*. Tal concretização podendo assumir diversas configurações, também consoante o grau de maturação teórica e dogmaticamente conferido à possibilidade da tolerância na situação cuja relevância jurídica e respectivo sentido de tutela se discuta.

Privilegia-se aqui, então, um específico sentido a assimilar da tolerância como *critério relevante para a determinação da juridicidade*, como concretização de um *princípio de tolerância*, de que se afastam outros sentidos possíveis, nomeadamente o

<sup>418</sup>Vide *supra*, Parte II, 5., 6., 8., e Parte III, 3.1.



de *critério para o exercício de direitos* – ainda que revestindo-se, potencialmente, este de determinante significação para a delimitação da relevância jurídica, se e quando inspirado naquele *princípio*. Como de imediato verificamos.

### 3.2.2. A tolerância enquanto *critério* para o exercício de direitos

Pergunta-se agora pela plausibilidade da convocação da tolerância enquanto critério orientador da actuação do titular de um direito no exercício do mesmo. Neste sentido, o exercício de um direito compreenderia a categoria tolerância como critério determinante da opção por exercer ou não um direito, bem como dos termos desse exercício, portanto enquanto critério auxiliar de consideração da legitimidade do exercício do direito, tendo em conta as consequências que desse exercício resultassem para terceiros.

Na exemplar leitura desta questão oferecida por Massimo LATORRE, *tolerância e direitos* não se excluem mutuamente, antes haverá que considerar «*os direitos da tolerância*» face à «*tolerância dos direitos*», entendendo que tais propostas de exclusão recíproca determinariam que na presença de direitos não seria já *necessária* ou não seria já mesmo *possível* a existência de tolerância. Configurando-se tal *exclusão recíproca* num de dois extremos: no primeiro caso, numa forma intransigente de *positivismo* – prescindindo da justificação de conteúdos –; e, no segundo, numa versão *forte* de «*crítica da ideologia*» – postulando o direito como *instrumento fútil e perverso*<sup>419</sup>. Por outro lado, procura LATORRE afirmar uma concepção *objectiva*, no sentido de *não*

<sup>419</sup>« En primer lugar querría intentar (...) defender – permítaseme el juego de palabras – «los derechos de la tolerancia», frente a «la tolerancia de los derechos». De esta manera quiero argumentar contra quien cree que tolerancia y derechos se excluyen respectivamente, de modo que donde existen los segundos no existiría (i) ya sea necesidad (ii) ya sea posibilidad de la primera. Esta tesis, según se insista en el punto (i) de la falta de necesidad o en el punto (ii) de la falta de posibilidad, se configura o (a) como una forma intransigente de positivismo jurídico, para el cual la única cosa que cuenta y vale es la recepción o protección de disposiciones morales en el ámbito del Ordenamiento jurídico (más o menos estatal) prescindiendo incluso de su justificación, o bien (b) como una versión fuerte de «crítica de la ideología», para la cual el instrumento jurídico, el derecho – sea la *d* mayúscula o minúscula, sea «objetivo» o «subjetivo» – es al mismo tiempo fútil (ya que «ideología», es entendida como enmascaramiento de «otra» realidad) y perverso (ya que, también allí donde parece «liberar», sigue siendo sin embargo *arcanum imperii*, represión, violencia tendencialmente sin límite, decisión *ex nihilo*). – Massimo LATORRE, «La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación ‘discursiva’», *cit.*, p. 253-254.

*relativa*, de tolerância, por forma a demonstrar que, enquanto *critério de acção*, tal noção selecciona um valor determinante prevalecente como orientador, actuando como *princípio não relativo do exercício de direitos*<sup>420</sup>.

Assim, para LATORRE, só num regime em que esteja garantida a liberdade de expressão, e, assim, em que a tolerância se encontre positivada em direitos, haverá lugar para um sentido específico de tolerância distinto desse reconhecimento ou protecção de um direito – sentido este que estará aí ligado às *modalidades* de exercício de um direito<sup>421</sup>. Verificando-se aí, então, intolerância no exercício inflexível de um direito tomado por absoluto, impossível de ser sopesado com outras determinações do ordenamento jurídico, mormente outros direitos<sup>422</sup>. Estando o exercício de direitos simultaneamente sujeito a alguma *discricionariedade* do seu titular e submetido a diferentes critérios, podendo a transgressão destes configurar *abuso do direito*<sup>423</sup>,

<sup>420</sup> «En segundo lugar pretendo sostener una concepción objetivista o mejor *no relativista* de la tolerancia. (...) la tolerancia puede explicarse, en el interior de una más general concepción que apuesta – por así decirlo – por la bondad de la libertad y de la pluralidad de las opiniones, como *principio no relativo del ejercicio* de derechos». – *Idem*, p. 254.

<sup>421</sup> «En realidad no sólo en una democracia deliberativa sino también allí donde está vigente el liberalismo político, es decir un régimen de garantía de la libertad de expresión, y donde la tolerancia está positivada en derechos, hay lugar para un papel específico del concepto (de la tolerancia) distinto de aquel del reconocimiento o de la protección de un derecho. La tolerancia en este caso tiene que ver con las modalidades del ejercicio de un derecho». – *Idem*, p. 259-260. *Vide idem*, p. 262-263.

<sup>422</sup> «Se puede ser intolerantes, de hecho, también ejerciendo un derecho, cuando se interpreta este último como un principio absoluto incapaz de ser contrapesado por otras distintas consideraciones de orden normativo, por otros derechos principalmente. Se puede ser intolerante cuando se ejerce un derecho de manera inflexible o despiadada». – *Idem*, p. 260.

<sup>423</sup> «(...) a igualdade de fidelidade al derecho y de plenitud de realización de su contenido de valor es razonable escoger la conducta más adecuada teniendo en cuenta las consecuencias de la conducta misma. De otro modo es bien posible hablar de *abuso* del derecho; que es distinto de la ausencia de éste. Se requiere por tanto una deliberación sobre el *cómo* del ejercicio del derecho. Puesto que la *manera* de ejercer el derecho está también en buena medida reservada a la *discrecionalidad* del titular, esta última no puede ser confundida con el *arbitrio* (...)». – *Idem*, p. 260-261. *Vide*, entre nós, acerca do instituto do *abuso do direito*, para além de Fernando Andrade PIRES DE LIMA/João de Matos ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., vol. I, anotação ao artigo 334.º, p. 298-300, e, sobretudo, João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 544-548; Manuel DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1960, vol. I, p. 9-10, e Manuel DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 63-66; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 24-39; Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra, 1975), 4.ª Ed., por António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 125-126; Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito* (Lisboa, 1973), Almedina, Coimbra, 1997, especialmente p. 616-622 (e, sobre a compreensão de António CASTANHEIRA NEVES, cujo sentido convoca directamente, p. 449-462); Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra (1983), 2.ª Ed., 1999, reimpressão de 2006, especialmente p. 11-96. Destacamos a referência a António CASTANHEIRA NEVES, dada a conformidade com a construção de *princípios normativos* tomada como ponto de partida na presente construção da relevância normativo-jurídica da categoria tolerância, compreendendo o *abuso de direito* como «(...) um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não

reconhece LATORRE como um desses critérios, ao lado dos do fundamento, finalidade e consequência, o da *tolerância*<sup>424</sup>.

Em conformidade, a tolerância é aqui reformulada como exigência de que (1) sendo facultativo o exercício de um direito com consequências fortemente negativas sobre os interesses de outrem, antes de exercer, o sujeito do direito considere os interesses do eventual prejudicado como razões que obstem a esse exercício<sup>425</sup>; (2) não sendo o exercício de tal direito facultativo, ou uma vez ultrapassado o primeiro controlo de segurança face a um direito de exercício facultativo, tal exercício deverá realizar-se da maneira menos danosa possível para os interesses que lesa. Não devendo o dano ser alargado para lá do limite do estritamente necessário à realização do objecto do direito<sup>426</sup>.

A tolerância surgiria, então, aqui, como *princípio do exercício de um direito*. Com repercussões específicas na requalificação dogmática de algumas categorias, tais como a *boa fé* – no contexto do *abuso do direito* –, no sentido de, pelo menos quanto ao exercício de direitos subjectivos, deixar de ser compreendida como desvio do fim intrínseco ao direito para passar a ser concebida como *critério de tolerância*<sup>427</sup>. Restaria,

---

cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que *juridicamente* se deverá entender por *exercício abusivo de um direito*. – António CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, cit., p. 523-524. Vide *idem*, p. 518-524. Vide ainda Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., sobretudo a síntese de p. 426-433.

<sup>424</sup> «El ejercicio de los derechos reconduce por tanto a criterios que no podemos encontrar en el contenido semántico de los derechos. Uno de estos criterios – y uno de los más relevantes, en mi opinión – es el de la *tolerancia*». – Massimo LATORRE, “*La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación ‘discursiva’*”, cit., p. 261.

<sup>425</sup> «En este contexto, la tolerancia puede ser por tanto reformulada básicamente como la siguiente exigencia: (i) Antes de ejercer un derecho que tenga consecuencias fuertemente negativas sobre los intereses de alguien, siendo el ejercicio de tal derecho facultativo, es necesario que el titular del derecho considere los intereses del posible perjudicado como razones que obstaculizan el ejercicio de su derecho.

Sólo si el bien que es protegido por el derecho es configurable en términos universales como más genéricamente aceptable que los bienes que obstaculizan el ejercicio del derecho, este deberá ser ejercido». – *Idem*, p. 261-262.

<sup>426</sup> «En aquellos casos donde el ejercicio del derecho no sea facultativo, o bien superado el primer control de tolerancia frente al carácter facultativo del derecho, el principio de tolerancia podrá ser reformulado del modo siguiente:

(ii) Es necesario ejercer el derecho de la manera menos dañosa posible para los intereses que el ejercicio mismo pone en cuestión y daña no obstante de manera relevante.

(...) el ejercicio del derecho, aunque prevalezca sobre un interés específico y concreto del sujeto así dañado, no debe generalizar el daño más allá de los límites estrictamente necesarios para la realización del bien objeto del derecho». – *Idem*, p. 262.

<sup>427</sup> «La «buena fe» a la que en la doctrina jurídica se reconduce la noción de «abuso del derecho» (...) podría reconceptualizarse – al menos en el caso del ejercicio de derechos subjetivos –, no ya como estado meramente psicológico o intencional del sujeto es decir como prohibición de «desviación» del fin

porém, para garantir a respectiva operatividade, determinar a natureza de tal *princípio*, como princípio *jurídico* ou *metajurídico*, e, neste último caso, de natureza *moral* ou outra. Para LATORRE, mesmo que entendido como *princípio* de origem moral e sem reflexos jurídicos imediatos, haveria que relevar, como *critério-limite*, em situações de nítida e extrema manifestação de intolerância<sup>428</sup>. Sentido este, afinal, próximo do por nós prosseguido, ao conferir à categoria tolerância uma índole *ética*, porém susceptível de repercussão jurídica, e, assim, na sequência de distinta construção do fundamento e legitimidade da respectiva convocação.

### 3.2.3. A tolerância enquanto *critério normativo legalmente positivado*

A admissibilidade da tolerância enquanto *critério* estritamente jurídico (*positivado*) – e, assim, como conteúdo de *critérios normativos legalmente positivados*, e, portanto, concretização do *princípio da tolerância*, assumido como extrajurídico ou mesmo já como especificamente jurídico *critério* directamente convocável para a decisão judicativa, desde logo enquanto *critério(-norma)* positivado no sistema jurídico – traduzirá uma consagração expressa da categoria *tolerância* – com as suas *condições de possibilidade* e específica *substância* – no seu conteúdo normativamente regulativo.

Estará aqui em causa, portanto, não já apenas a convocação da *tolerância* enquanto *princípio* de fundamentação da (*ir*)*relevância jurídica* – e respectiva tutela ou sancionamento – de conteúdos susceptíveis de constituir *objecto* de tolerância – porém valorados, no que à respectiva tutela jurídica respeita, à luz de outros princípios –, nem mesmo a admissibilidade da determinação legal, implícita ou explícita, da relevância fáctica da tolerância enquanto determinação de não aplicabilidade de sanção<sup>429</sup> Antes se

---

intrínseco en el derecho mismo (...), sino más bien como criterio de tolerancia en el sentido aquí propuesto». – *Idem*, p. 266, n. 18.

<sup>428</sup> «Pero, ¿qué es este principio?, preguntará el iuspositivista. ¿Es un principio jurídico, o es «metajurídico», o bien es sólo moral? Ahora bien, prescindiendo del hecho de que el reconocimiento de un principio moral (o «metajurídico») como tal pueda (o no) tener relevancia *jurídica*, no me preocupa afirmar que tal principio puede también entenderse sólo como criterio moral sin inmediatos reflejos jurídicos para cada caso, hecha la excepción de una situación en que se diera una patente y extrema manifestación de intolerancia. Marcaría una situación-límite y su intolerabilidad, que desde el punto de vista moral no puede no transmitirse al jurídico, si no se quiere convertir a esta en una especie de condena eterna». – *Idem*, p. 266. *Vide idem*, p. 266-273.

<sup>429</sup> *Vide*, a este propósito, respectivamente, *supra*, 2. e 3.1.2.5.3..

considera agora, como decorrência da construção aqui exposta, a possibilidade de concretização do *princípio da tolerância*, com o sentido aqui referenciado, e, assim, enquanto determinação do conteúdo efectivo de *critérios* directamente mobilizáveis para a decisão concreta.

Tal positividade requereria, desde logo, a qualificação da categoria tolerância como *jurídica* ou *não jurídica* – e, assim, de um princípio *jurídico* ou *extrajurídico* de tolerância –, afigurando-se ainda como possível a sua positividade enquanto categoria de carácter *extrajurídico*, posto que esta não lhe determina, evidentemente, *per se*, natureza jurídica<sup>430</sup>. Sendo, assim, essa qualificação independente da efectiva *vigência* que viesse a assumir quando consagrada num texto legal. O que exigirá, ainda, por outro lado, a consideração da necessidade de estabelecer dogmaticamente os *limites* da tolerância no domínio jurídico. E isto na medida em que a tentativa de solucionar o problema da *intolerância* através da imposição jurídica da *tolerância* será, indubitavelmente, susceptível de conduzir a um recrudescimento daquela, e, concomitantemente, ainda na medida em que, não tendo a *tolerância* origem na imposição jurídica, não será ao nível desta, mas sim em termos *metajurídicos*, que há-de encontrar-se a fundamentação da sua relevância jurídica<sup>431</sup>.

Tudo o que, em última instância, dependerá do sentido e densificação que à categoria tolerância seja conferida, em cada concreto sistema jurídico<sup>432</sup>.

<sup>430</sup>*Vide supra*, desde logo, 1., e ainda 3.1..

<sup>431</sup>*Vide*, a este propósito, a síntese de John SHELLARD: «(...) those who oppose religious hate laws generally do not oppose the goal of encouraging tolerance. Those who are seeking to secure and encourage a peaceful and harmonious society via such laws are fundamentally seeking the same thing as those who oppose them. A third way or a compromise is needed.

It is also fair to say that both tolerance and toleration ultimately find their origins in the attitudes and values of the nation's citizens, in individuals. In the case of *interpersonal tolerance*, this would seem obvious, but *state toleration* of belief under a democracy also implies a commitment by citizens to value and uphold principles of toleration proposed by constitutions. This suggests pre-emptive social measures that support but are properly outside control of the law». – John SHELLARD, “*Liberalism and Hate Laws: Toleration versus Tolerance*”, *cit.*, p. 43. *Vide supra*, Parte II, 6.2.3.2. e 8., e Parte III, 3.1.2.5.3..

<sup>432</sup>*Vide supra*, Parte II, 6.2.3.2., 7.2.3., 8., e Parte III, todo o ponto 3.1..

### 3.3. A (im)possibilidade de mobilização da categoria *tolerância* enquanto *cânone* (jurídico/extrajurídico) no concreto *juízo decisório*

Admitido aqui um *juridicamente relevante*, já *extrajurídico*, já – quando tal deva justificadamente assumir-se, em termos dogmáticos –, mesmo um *juridicamente constituído*, autónomo *princípio de tolerância*<sup>433</sup> – no sentido que à tolerância vai aqui atribuído –, e, assim, pressuposta toda a construção substancial da categoria tolerância e a compreensão da decisão judicativo-concreta aqui subjacentes<sup>434</sup>, haverá que equacionar a(s) potencialidade(s) da respectiva projecção em efectivos *crítérios-cânonos* normativamente relevantes para o juízo decisório, e, assim, de distinta configuração consoante a função aí em concreto desempenhada. Seguindo-se, como aqui assumimos, a construção jurisprudencialista proposta por CASTANHEIRA NEVES, autonomizando a determinação do *jurídico* face à *política*, também nas respectivas refrações metodológicas<sup>435</sup>, distintamente se densificou a pertinência jurídico-dogmática da categoria tolerância, e, conseqüentemente, diferentemente se problematizarão o(s) eventuais sentido(s) de relevância que lhe seja dogmaticamente conferida, e, em consequência, metodologicamente apontada. O que aqui se apresenta enquanto indicativa determinação da potencialidade da respectiva mobilização, pressuposta a construção da mesma aqui subjacente, em cuja pressuposição apenas poderá compreender-se<sup>436</sup> – e, assim, directamente dependente da respectiva densificação dogmática –, para a realização judicativo-concreta do direito.

(a) Desde logo, tomada a interpretação jurídica enquanto momento integrante da realização concreta do direito<sup>437</sup>, e assim não como estrito problema *hermenêutico*,

<sup>433</sup> *Vide supra*, 3.1.2.2., 3.1.2.3.2.2.

<sup>434</sup> *Vide supra*, especialmente Parte II, 6.2.3.2.3., 8., e Parte III, 3.1.1.2., 3.1.2..

<sup>435</sup> *Vide* António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 159 ss.. *Vide supra*, 3.1.1.2..

<sup>436</sup> *Vide supra*, Parte II, 5., 6.2.3.2.3., 8., e Parte III, 3.1. e 3.2..

<sup>437</sup> Seguindo, neste sentido, António CASTANHEIRA NEVES, vendo na interpretação jurídica «(...) não (...) uma determinação *a priori*, seja exegética ou analítica, de uma normatividade em abstracto e em si, mas (...) pelo contrário constituída pela relação problemático-normativa entre a norma e o caso concreto, obrigando assim a concluir que a interpretação apenas se consuma na decisão concreta (no concreto juízo normativamente decisório) e que é o conteúdo normativo-jurídico assim determinado-constituído (...) que acaba por imputar-se à norma interpretanda, reconstituindo-a e enriquecendo-a nessa mesma medida». – António CASTANHEIRA NEVES, *“Interpretação jurídica”*, *cit.*, p. 370-371. *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 125-127, 142-154. *Vide* Fernando

antes efectivo problema *normativo*<sup>438</sup>, não se reconhecerá, portanto, neste sentido, o objecto da interpretação jurídica na norma enquanto *texto*, mas na norma enquanto *problema*<sup>439</sup>; não constituindo ainda, por outro lado, *o problema* da interpretação jurídica a determinação *in abstracto* do sentido de um *critério jurídico* – mormente de uma *norma* –, mas sim a sua compreensão *in concreto* como *critério* mobilizável no momento da realização judicativo-concreta do direito<sup>440</sup>. Estruturação a partir da qual se admitirá aqui que, a ser metodologicamente justificada a sua mobilização no momento da decisão concreta, a *exigência de tolerância* poderia ser, no *interstício* de juridicidade que se lhe reconhecesse, potencialmente susceptível de convocação como dimensão relevante na interpretação de um *critério* jurídico como *elemento normativo extratextual* – especificamente, no sentido em que os convoca CASTANHEIRA NEVES, como um *factor normativo* em sentido estrito, e, portanto, consoante a densificação se lhe atribuisse, *cânone* ético-jurídico, ou normativo-social, ou *standard* translegal<sup>441</sup>. E, assim, susceptível de influir nos *resultados* da actividade interpretativa, enquanto *momento* daquela *realização judicativo-decisória do direito*<sup>442</sup>.

(b) Por outro lado, e concomitantemente, no âmbito da convocação de um critério normativo, se e enquanto na respectiva *perspectivação problematizante* a partir de um concreto *caso* cuja resolução se exija ao direito, a pertinência e relevância do *intervalo da tolerância* será potencialmente configurável se o(s) caso(s) concretos(s)

---

PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 891 ss., e Fernando PINTO BRONZE, *A metodonologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., p. 95-111 e 593-594.

<sup>438</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Interpretação jurídica*”, cit., p. 347-348; António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 83-85; António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, cit., p. 45-106; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., sobretudo p. 877-890.

<sup>439</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 115 ss., p. 143-144; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 892.

<sup>440</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Interpretação jurídica*”, cit., p. 348-351. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, cit., p. 337-347.

<sup>441</sup>Sobre a possibilidade de consideração de *elementos normativos extratextuais* (e *transpositivos*) na interpretação jurídica, vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Interpretação jurídica*”, cit., p. 369-370; António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 124-125. Numa orientação, portanto, de superação da dita *teoria tradicional da interpretação jurídica*, e, assim, da sua determinação pelo *texto legal* e dos respectivos núcleos temáticos – *objecto*, *objectivo*, *elementos* e *resultados*. Neste sentido, vide António CASTANHEIRA NEVES, “*Interpretação jurídica*”, cit., p. 353-368. Vide ainda António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 85-108; Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 890-974; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 323-347, 365-373.

<sup>442</sup>Vide António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., especialmente p. 142-154.

verificado(s) puder(em) considerar-se como estando já *excluído(s)* do *âmbito de relevância normativa da norma*. E isto por a *situação histórico-concreta* em análise, mesmo que passando o crivo da *determinação do âmbito de relevância jurídica do caso* – ao nível da *questão-de-facto*, embora mesmo este primeiro passo possa vir a não ser cumprido, por ausência de relevância jurídica dos *factos* –, não toque o âmbito de relevância material da norma, caindo assim fora da determinação da mobilização do critério em princípio convocável, quando analisada ao nível dos momentos da *questão-de-direito em abstracto* e da *questão-de-direito em concreto*. Em termos, assim, de se dever excluir o caso *sub judice*, desde logo ao nível da análise da *questão-de-facto* – e, assim, da própria *determinação do âmbito de relevância jurídica do caso*, e respectiva *comprovação*<sup>443</sup>. Ou – o que se nos afigura mais adequado –, na medida em que possa *ainda* ser considerado um *caso jurídico*, devendo excluir-se já ao nível da análise da *questão-de-direito* – com a conclusão pela *inaplicabilidade* do critério *em princípio* mobilizável, dada a relação *irrelevante*, ou, pelo menos, *falhada*, do *caso concreto* com o sentido normativo da *norma*, à luz da respectiva *ratio legis*<sup>444</sup>. E, assim, ainda, e absolutamente, na consideração do *relevo normativo da relevância material do caso* – sendo, assim, tal *caso concreto* insusceptível de ser *normativamente assimilado* – seja, por *concretização*, por *adaptação* ou por *correção*<sup>445</sup>. E isto se e na medida em que a *atipicidade* do caso concreto *em princípio* inserível na previsão normativa se subtraia à teleologia desta última<sup>446</sup> –, e, enquanto tal, mantendo-se fora do *âmbito de relevância* da norma jurídica aquele *caso*<sup>447</sup>. Podendo ainda, em alternativa, desde logo ao nível da

<sup>443</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>444</sup> *Idem*, p. 165-176.

<sup>445</sup> *Idem*, p. 176-182, e *supra*, 3.1.1.2..

<sup>446</sup> António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 184-195.

<sup>447</sup> Assim, exemplarmente, no que diz respeito à interpretação dos regulamentos, delineando uma margem de manobra que o preceito legal habilitante admite, no âmbito da discricionariedade da actividade administrativa, na medida em que o não cumprimento do mesmo não viole a sua teleologia e a das normas e princípios que o legitimem, afirma Ana Raquel MONIZ, distinguindo *obsolescência normativa* de “*tolerância administrativa*”: «(...) enquanto a tolerância pressupõe que a administração se abstenha de exercer um poder que detém – ou, melhor, implica que a autoridade administrativa não exerça uma competência que lhe é conferida por um regulamento (com base na lei) –, a não mobilização de uma norma regulamentar para a decisão do caso concreto com fundamento em obsolescência radica no facto de os pressupostos subjacentes à norma convocada terem perdido actualidade, falecendo-lhe, por conseguinte, a eficácia. Da distinção efectuada não decorre, porém, um total divórcio entre tolerância e obsolescência normativa, porquanto um dos motivos pelo qual a norma se revela susceptível de ser ultrapassada pela realidade pode residir precisamente na sua não convocação pelo órgão administrativo (...)». – Ana Raquel MONIZ, *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade. Contributo para a teoria dos regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 288, remetendo para António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 182. Vide ainda Ana Raquel MONIZ, *A recusa de aplicação de regulamentos...*, *cit.*, p. 229-235, 280-302 e 348-349, n. 358. Vide António



*determinação do âmbito de relevância jurídica do caso*, ou mesmo já no da *determinação do âmbito de relevância normativa da norma*, vir a concluir-se pela possibilidade da respectiva convocação, agora efectivamente com fundamento na relevância que se confira à categoria *tolerância*, quando, em princípio, e sem recurso a esta, fosse tal convocação de excluir.

(c) Por outro lado ainda, a consideração, para lá da *ratio legis* da norma interpretanda, da respectiva *ratio juris*, reconduzirá, por sua vez – ficando, assim, aqui pressuposta<sup>448</sup> –, à discussão da natureza da tolerância enquanto *princípio*, a considerar na relação entre a *norma* interpretanda e a sua fundamentação material, numa interpretação *conforme os princípios*. O que implicaria assumir já como efectivo *princípio normativo* o próprio *princípio da tolerância*, e, assim, aferir, com fundamento neste, das possibilidades de *correção* – *sincrónica* ou *diacrónica* –, *preterição* ou *superação conforme os princípios*<sup>449</sup>. E, assim, numa *correção* de um *critério*, maioritariamente uma *norma*, que, *ab initio* ou supervenientemente – e, portanto, de forma *sincrónica* ou *diacrónica* –, se manifesta numa *relação falhada* com o sentido que o princípio num determinado momento histórico assumia; ou já numa sua *preterição*, ou mesmo *superação*, quando haja efectiva contradição entre a norma e o conteúdo do princípio, respectivamente também *ab initio* ou supervenientemente. Legitimando-se, assim, decisões *contra legem*, porém *secundum jus*, e, conseqüentemente, exigindo ainda a fixação dogmática dos *limites da tolerância*, estes também conteúdo essencial ao princípio.

---

CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 182-184. Por sua vez, François EWALD reconhece a determinação, como prática administrativa característica do *droit social*, de uma impropriamente designada *tolerância*, e, em concreto, de um *limiar de tolerância* («*seuil de tolérance*»), que o legislador não definiria *a priori*, conferindo, assim, uma margem de decisão à Administração, exemplarmente mobilizado quanto às normas referentes ao meio ambiente, visando o equilíbrio de interesses: «Équilibre qui s'exprime à travers la fixation d'un seuil, qui, dépendant lui-même des circonstances de temps et de lieu, ne peut être fixé *a priori* par le législateur, et ressortit au pouvoir quasi discrétionnaire de l'administration.

(...) L'activité de l'administration n'est donc pas ordonnée autour d'un principe de pénalité défini par rapport à une règle fixée abstraitement *a priori*; elle est ordonnée vers la recherche d'équilibres sans cesse révisables. Elle obéit ainsi à une logique positive – que le terme de *tolérance* exprime bien mal –, qui est celle même d'une normativité de droit social». – François EWALD, *L'État Providence*, Grasset & Fasquelle, Paris, 1986, p. 489. *Vide idem*, p. 488-489.

<sup>448</sup> *Vide supra*, 3.1.2..

<sup>449</sup> António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, cit., p. 188-195. *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, cit., p. 337-341, especialmente p. 339-340. *Vide supra*, 3.1.1.1.2..

(d) Diferentemente, se assumida a tolerância não já como *princípio normativo* mas ainda como *exigência extrajurídica* a convocar na aferição da relação entre o(s) critério(s) convocado(s) e o(s) (outro(s)) princípio(s) em que se fundamente(m), seria, potencialmente, admissível a respectiva influência na densificação do sentido de tais princípios e, assim, na gradação da aferição da *conformidade aos princípios*. E, assim, introduzindo uma gradação valorativa no *intervalo* de admissibilidade de *diferença* que lhe corresponde, podendo intervir como elemento mediador, na *experimentação* de uma norma *in concreto* para a resolução de um caso juridicamente relevante, da relação entre *ratio legis* e *ratio juris*. Abrindo, desse modo, a possibilidade de – na pressuposição do sentido e constituição do sistema jurídico aqui subjacentes<sup>450</sup> –, explorando, gradativamente, novas significações normativas materialmente integráveis no(s) sentido(s) já positivamente estabilizado(s) do(s) princípio(s) normativos(s) – não obstante, e ainda por isso, *constituendos...* – convocados para a concreta decisão, conferir, à luz dos mesmos, densidades diferenciadas de tutela a questões em que o *problema da diferença* se apresente justificadamente susceptível de autónoma valoração – relevando assim, nomeadamente, para a delimitação da fronteira entre *juridicidade* e *ajuridicidade*. E, portanto, se e quando a determinação da *relevância jurídica* – e, logo, da fixação dos *limites do direito* – exija, à luz dos princípios normativos, uma tal diferenciada consideração da adequação normativa da(s) *diferença(s)*.

Possibilidades todas estas – nomeadamente esta última – a consolidar, e a convocar, conseqüentemente, na problematização da possibilidade de concretização prático-normativamente determinada do sentido de projecção jurídica da densificação *normativamente substancial* da categoria tolerância aqui intentado – enquanto *princípio* e, decorrentemente, enquanto *critério* –, como pressuposto de discussão do sentido da mobilização efectiva da categoria tolerância em exemplares decisões judicativo-concretas. Mormente na medida em que, apesar de não suficientemente densificada em termos dogmáticos quanto à respectiva relevância jurídico-normativa, a tolerância surja, ainda assim, convocada na prática judicial. Como *infra* de imediato se constatará.

---

<sup>450</sup>Vide, sobretudo, Fernando PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 623-650, e Fernando PINTO BRONZE, *A metononologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., p. 495-543, mormente 495-505, e n. 1181, p. 521-533, especialmente p. 531-533; vide ainda *supra*, 3.1.1.2., e bibliografia aí citada.

### 3.4. Sentido(s) exemplares da convocação da categoria tolerância na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: os casos *Dudgeon c. Reino Unido*, *Lautsi c. Itália*, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, *Sahin c. Turquia* e *Dahlab c. Suíça*

A verificação exemplar da mobilização – e por isso aqui convocada como campo experimental para a reflexão do respectivo sentido – da categoria *tolerância* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – determinante, sobretudo pelo seu carácter de reflexo privilegiado de uma densificação *civilizacional* (*européia*) do sentido a conferir ao direito e, sobretudo, aos *direitos do homem* –, e, sobretudo, a ausência de especificação dogmática do respectivo sentido e conteúdo juridicamente relevante – quer enquanto princípio quer enquanto critério, extrajurídico ou jurídico –, suscita imediatamente, à luz da reflexão aqui intentada, a concretização da ponderação crítica da admissibilidade da tolerância no domínio do jurídico, em geral, e, em especial, da legitimidade da respectiva convocação nas decisões concretas.

Convoca-se, então, um conjunto de Acórdãos, seleccionados em função de, embora não constando expressamente do texto da *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*<sup>451</sup>, ser neles a categoria *tolerância* recorrentemente mobilizada, em alguns casos mesmo expressamente, como *princípio* fundamentante ou como concretizante *critério* normativamente orientador do sentido da interpretação dos preceitos mobilizados para a decisão, e noutros casos apenas implicitamente, ou mesmo não o ser já de todo, ainda que versando matérias análogas, sendo então a respectiva decisão fundamentada, *maxime*, à luz dos *princípios* da *liberdade de pensamento, de consciência e de religião*, da *liberdade de expressão*, e da *não discriminação*, expressamente consagrados na *Convenção*<sup>452</sup>.

Serão, assim, aqui exemplarmente analisados, em virtude das temáticas neles discutidas, os casos (a) *Dudgeon c. Reino Unido*, (b) *Lautsi c. Itália*, (c) *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, (d) *Sahin c. Turquia* e *Dahlab c. Suíça*. Concluindo-

<sup>451</sup> *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, cit..

<sup>452</sup> Princípios estes consagrados, respectivamente, nos artigos 9.º, 10.º e 14.º da referida Convenção. *Vide infra*, 4..

-se, fundamentalmente, pela existência de distintas orientações substanciais no(s) sentido(s) de decisão de questões análogas – e mesmo no âmbito do mesmo processo, em instâncias distintas –, consoante o contexto espaço-temporal envolvente – o que, se perfeitamente compreendido num arco temporal largo, mais dificilmente se concebe em decisões entre si muito próximas no tempo.

(a) Um exemplo de convocação expressa da categoria *tolerância* para a decisão é oferecido pelo caso *Dudgeon c. Reino Unido* (22/10/81 – série A, n.º 45)<sup>453</sup>, cujo objecto consistia na tutela do direito ao respeito pela vida privada de um adulto homossexual face à criminalização de actos homossexuais masculinos praticados em privado entre adultos com consentimento mútuo<sup>454</sup>. Estando, portanto, em causa a violação dos artigos 8.º e 14.º da *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, respectivamente consagração do *direito ao respeito pela vida privada e familiar* e da *proibição de discriminação*. O primeiro determinando no n.º 1 que «Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência», e no n.º 2 que «Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros». E o segundo determinando que «O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação». O Tribunal concluiu, neste caso, por maioria, pela violação do artigo 8.º da Convenção – não admitindo que estivesse aqui verificada a restrição prevista no seu n.º 2, segundo a qual poderia haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito quando esta estivesse prevista na lei e constituísse uma providência que, numa

---

<sup>453</sup>Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido* (22/10/81 – série A, n.º 45 – *Cour plénière*). Veja-se o resumo deste Acórdão em Frédéric SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 42; versão integral disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63190285&skin=hudoc-fr> (acedido em 07/12/2010).

<sup>454</sup>*Idem*, § 37.

sociedade democrática, fosse necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros<sup>455</sup> –, mas não já do artigo 14.º combinado com o artigo 8.º, e portanto considerando desnecessária a apreciação do caso à luz daquele<sup>456</sup>.

O que definitivamente interessa na mobilização desta decisão como *exemplum e instrumentum* de reflexão é o facto de expressamente referir a *tolerância* enquanto elemento substancialmente relevante na determinação do sentido da decisão (remetendo para um outro processo, o *Caso Marckx c. Bélgica*<sup>457</sup>): «On comprend mieux aujourd’hui le comportement homosexuel qu’à l’époque de l’adoption de ces lois et l’on témoigne donc de plus de tolérance envers lui (...)»<sup>458</sup>. Visando tal consideração a tolerância como *característica social* relevante para a construção e interpretação da

<sup>455</sup> Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, cit., § 42, 63.

<sup>456</sup> *Idem*, § 69-70.

<sup>457</sup> Veja-se o Acórdão *Marckx c. Bélgica* (13/06/79 – série A, n.º 31 – *Cour plénière*) – vide o respectivo resumo em Frédéric SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., p. 35-37; versão integral disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63190285&skin=hudoc-fr> (acedido em 07/12/2010). Neste caso *Marckx c. Bélgica* estava em causa o tratamento desigual, em termos pessoais e patrimoniais, pelo direito civil belga, de crianças nascidas de mães solteiras, fazendo depender o reconhecimento da maternidade de perfilhação voluntária pela mãe ou de acção de investigação da maternidade, e conferindo direitos mais restritos do que os da adopção, nomeadamente com a ligação de filiação a estabelecer apenas um parentesco entre mãe e filho, não extensível à restante família, e também a conferir direitos patrimoniais muito restritos. Embora compreendendo como culturalmente justificável a distinção entre família «natural» e família «legítima» no contexto europeu da época da celebração da *Convenção*, o Tribunal optou por uma interpretação actualista, decidindo, ainda que não por unanimidade, pela violação dos artigos 8.º e 14.º – respectivamente, quanto ao respeito pela vida privada e familiar, a impor não apenas obrigações negativas mas também positivas, e concluindo pela não verificação de quaisquer das condições de restrição definidas pelo n.º 2 do artigo 8.º e pela inexistência, no mesmo artigo, de distinção entre família «natural» e família «legítima», e quanto ao tratamento discriminatório –, o primeiro considerado quer isoladamente quer combinado com o segundo e este combinado com aquele, mas não já dos artigos 3.º e 12.º. Vide *idem*, especialmente § 31, 40-41, 45-47. Quanto à violação do artigo 14.º conjugado com o artigo 8.º, vide § 34, 43, 44, 48. E, quanto aos artigos 3.º e 12.º, § 66-67. Note-se que o artigo 3.º da *Convenção*, com a epígrafe «Proibição da tortura», consagra: «Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes». E o artigo 12.º da mesma, com a epígrafe «Direito ao casamento», estipula: «A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito». O carácter nitidamente datado da legislação nacional aqui em causa, bem como da própria *Convenção*, implicou, pois, uma *interpretação actualista* desta última, o que garantiu a realização do princípio da igualdade material. E este numa dimensão em que o princípio da tolerância poderá ter tido influência na evolução histórica do sentido da compreensão dos sentidos de parentesco e de família.

<sup>458</sup> Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, cit., § 60, remetendo para os acórdãos *Marckx c. Bélgica*, cit., § 41, e *Tyrer c. Reino Unido* (25/04/78 – série A, n.º 26, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=9532795&skin=hudoc-fr> – acedido em 07/12/2010), § 31.

Convenção<sup>459</sup>, e assim, entendemos, não tanto como critério jurídico autónomo de apreciação dos factos mas antes como critério extrajurídico de valoração e delimitação da respectiva relevância jurídica, *in casu* de domínios comportamentais subtraídos à valoração e regulamentação jurídicas. E isto em consonância, no caso *sub judice*, com o carácter de *ultima ratio* do direito penal. Tutela que muito se afasta já da mera *tolerância*.

(b) Decisão fundamentalmente relevante para o problema em análise constitui a recentemente tomada pelo referido Tribunal relativamente à exposição de símbolos religiosos – designadamente o crucifixo – em salas de aula de escolas públicas de Estados laicos. Depois de uma das suas Câmaras ter considerado, por unanimidade, no Acórdão *Lautsi c. Itália*, de 3 de Novembro 2009<sup>460</sup>, tal afixação lesiva do princípio da laicidade, da liberdade de consciência, de religião e de ensino – e, assim, violadora do artigo 9.º daquela Convenção, tutelando a «*Liberdade de pensamento, de consciência e de religião*», e do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional àquela Convenção (na versão de acordo com o Protocolo n.º 11), tutelando o «*Direito à instrução*»<sup>461</sup>, em sentido próximo ao assumido em caso semelhante pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, já em 1995<sup>462</sup> –, veio, em sede de recurso, a Grande Câmara daquele Tribunal,

<sup>459</sup> Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, *cit.*, § 53.

<sup>460</sup> Acórdão *Lautsi c. Itália* – 03/11/2009 – *Chambre*, deuxième section – versão integral disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbk&action=html&highlight=&sessionId=75985075&skin=hudoc-fr> (acedido em 17/08/2011).

<sup>461</sup> Vide o Protocolo Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (*Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (tel qu'amendé par le Protocole n.º 11)), disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf) (acedido em 16/09/2011).

<sup>462</sup> Vide a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão – *BVerfG* 93, 1, de 16 de Maio de 1995, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093001.html> (acedido em 18/10/2011). Sobre este assunto, vide, exemplarmente, Karl-Heinz LADEUR/Ino AUGSBERG, *Toleranz – Religion – Recht*, *cit.*, p. 111-114, e Paulo Pulido DRAGÃO, “*Crucifixos e minaretes...*”, *cit.*, p. 464-466. Fazendo um paralelo entre esta decisão, de carácter geral, e uma anterior do mesmo Tribunal – *BVerfG* 35, 366, de 17 de Julho de 1973, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035366.html> (acedido em 18/10/2011) –, em que a presença de um crucifixo numa sala de audiências foi considerada como ofensiva em particular, dado as partes intervenientes professarem a religião judaica, vide Cristina Velha de SOUSA, J. A. Teles PEREIRA, “*O ‘caso da cruz’*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 69, 1997, p. 163-179, especialmente p. 175-179, e Karl-Heinz LADEUR/Ino AUGSBERG, *Toleranz – Religion – Recht*, *cit.*, p. 119-120. Para um paralelo entre a questão da afixação de crucifixos e do uso de véu, nas jurisprudências alemã e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, vide Matthias MAHLMANN, “*Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case*”, in *German Law Journal*, vol. 4, 2003, n. 11, p. 1099-1116. Vide também, sobre a proibição

no Acórdão *Lautsi e outros c. Itália*, de 18 de Março de 2011<sup>463</sup>, declarar que, não havendo consenso sobre a questão a nível europeu, a opção por tal exposição se incluiria na *margem de apreciação* de cada Estado, mormente na relevância conferida à religião, considerando assim não resultar lesada a liberdade de ensinamento e orientação dos filhos. Estando, portanto, submetida à apreciação do Tribunal a verificação da violação do artigo 9.º da Convenção, segundo o qual, à luz do seu n.º 1, «Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.»; e, à luz do n.º 2, «A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem». E ainda do artigo 2.º do referido *1.º Protocolo*, que consagra o seguinte: «A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas». A alegação fundamental da requerente neste processo consistia, então, na afirmação de que a exposição do crucifixo, símbolo de conotação directamente religiosa, nas salas de aula da escola pública frequentada pelos seus filhos constituía uma ingerência incompatível com a liberdade de convicção e de religião, exteriorizando uma preferência do Estado por uma religião em detrimento das outras, bem como com o direito a uma educação e ensino conforme às suas convicções religiosas e filosóficas, sendo susceptível de influenciar determinantemente os alunos, dada a sua juventude, fundando-se portanto o pedido na violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional conjugado com o artigo 9.º da Convenção<sup>464</sup>.

---

afixação do crucifixo na jurisprudência alemã, Stefan HUSTER, “*Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft*”, *cit.*, p. 23-26.

<sup>463</sup>Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 – Grande Chambre – versão integral disponível em

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=75984068&skin=hudoc-fr> (acedido em 17/08/2011).

<sup>464</sup>«3. La requérante alléguait que l'exposition de la croix dans les salles de classe de l'école publique fréquentée par ses enfants était une ingérence incompatible avec la liberté de conviction et de

A primeira decisão referente a este processo concluiu, como foi *supra* referido, por unanimidade, pela violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, conjugado com o artigo 9.º desta (mas não já do artigo 14.º da mesma<sup>465</sup>), no sentido de que a simples afixação do crucifixo em salas de aula de escolas públicas é susceptível de ferir o direito dos pais a educarem os seus filhos segundo as suas convicções, bem como o direito destes últimos a crer ou não crer<sup>466</sup>.

Porém, em sede de recurso, veio a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a decidir que a referência ao *respeito*, no artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, traduz uma obrigação *positiva*, o dever que impende sobre os Estados de garantir, permanecendo neutros e imparciais, a liberdade religiosa, positiva e negativa, contribuindo para assegurar a *ordem pública*, a *paz religiosa* e a *tolerância* numa sociedade democrática<sup>467</sup>. Considerando, todavia, que tal disposição não impede os Estados de difundir por via do ensino informações de carácter religioso ou filosófico, nem autoriza os pais a oporem-se à inserção de tais conteúdos nos programas escolares. Embora sustente que a respectiva transmissão de informações haja de ser feita de forma objectiva, crítica e pluralista, sem tendências proselitistas, por forma a despertar o sentido crítico dos alunos e a não ferir as convicções religiosas e filosóficas dos pais<sup>468</sup>.

---

religion ainsi qu'avec le droit à une éducation et un enseignement conformes à ses convictions religieuses et philosophiques». – Acórdão *Lautsi c. Itália* – 03/11/2009 –, *cit.*, § 3. *Vide idem*, § 31.

<sup>465</sup> *Vide* Acórdão *Lautsi c. Itália* – 03/11/2009 –, *cit.*, § 62.

<sup>466</sup> *Idem*, § 55-58.

<sup>467</sup> «(...) il convient de rappeler que les États ont pour mission de garantir, en restant neutres et impartiaux, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. Leur rôle est de contribuer à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique, notamment entre groupes opposés (...)». – Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, § 60. *Vide idem*, § 59-61.

<sup>468</sup> *Idem*, § 62. Note-se, porém, que nas decisões anteriores citadas no acórdão em análise, proferidas nos casos *Folgerø e outros c. Noruega* (Acórdão *Folgerø e outros c. Noruega* – 29/06/07 – Grande Chambre, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Norv%E8ge%20%7C%2015472/02&sessionid=80542408&skin=hudoc-fr> (acedido em 20/10/2011) e *Hasan e Eylem Zengin c. Turquia* (Acórdão *Hasan e Eylem Zengin c. Turquia* – 09/10/2007 – Ancienne Deuxième Section, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Hasan%20%20et%20%20Eylem%20%20Zengin%20%20c.%20%20Turquie&sessionid=80544701&skin=hudoc-fr> (acedido em 20/10/2011), o Tribunal concluiu constituir violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional – nomeadamente da sua segunda parte – a fixação de conteúdos de carácter religioso nos programas de disciplinas obrigatórias em escolas públicas, em virtude das circunstâncias concretas em que tal conteúdo se apresentava (*vide* Acórdão *Folgerø e outros c. Noruega*, *cit.*, §89. a 92.. e Acórdão *Hasan e Eylem Zengin c. Turquia*, *cit.*, especialmente § 36. a 39., 47., 52., 57., 60-64., 67., 76. e 77) – o mesmo se dizendo da sua convocação para a justificação da primeira decisão do caso em apreço, ainda que sejam na decisão da Grande Câmara convocados para justificar a autonomia dos Estados nesta matéria (*vide* Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, §62) –, enquanto no caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca* (07/12/76 – série A, n.º 23) concluiu, também em virtude das circunstâncias concretas, pela sua não violação (Acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca* (07/12/76 –



Por outro lado, mantendo a consideração de que o crucifixo tem sobretudo significado religioso, este Tribunal afirma, porém, que não resultou provado no caso em apreço que a sua presença tenha tido influência na formação das convicções dos alunos, e que, embora compreendendo que a requerente considerasse, subjectivamente, que a afixação do crucifixo feria as suas convicções, tal não seria suficiente, *per se*, para configurar uma violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional<sup>469</sup>. Considerando, assim, que a presença do crucifixo nas salas de aula de escolas públicas constitui matéria incluída na margem de apreciação dos Estados – «(...) le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur»<sup>470</sup> –, para o que contribuirá a ausência de consenso a nível europeu quanto à presença de símbolos religiosos nas escolas públicas, –, porém não abdicando do limite da doutrinação. E não deixando de referenciar que, mesmo que se lhe confira, para além do religioso, um valor simbólico laico, o crucifixo constitui uma ligação indubitável ao Cristianismo, e que a prescrição da sua afixação nas salas de aula de escolas públicas confere à religião maioritária no país uma *visibilidade preponderante* no ambiente escolar. Apesar do que considerou o Tribunal tal não ser suficiente para significar uma tendência doutrinante e, respectivamente, uma violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional<sup>471</sup>, inclusivamente por conferir à crucifixo exposto um carácter passivo, pretensamente insusceptível de influenciar os alunos da mesma maneira que os influenciariam um discurso didáctico ou actividades religiosas, e, assim, conforme ao princípio da neutralidade do Estado<sup>472</sup>...

De tudo o que concluiu a Grande Câmara, por maioria, que não foi violado o direito da requerente quanto à liberdade de orientação do ensino dos filhos, e que a manutenção dos crucifixos nas salas de aula cabe dentro do limite da margem de apreciação dos Estados, pelo que considera não ter havido violação do artigo 2.º do 1.º

---

série A, n.º 23 – *Chambre*). Veja-se o resumo deste Acórdão em Frédéric SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Recueil de décisions)*, Presse Universitaires de France (*Que sais-je?*), Paris, 1997, p. 20-21; versão integral disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63161757&skin=hudoc-fr> (acedido em 06/12/2010). Vide ainda o Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, por exemplo, § 59, 60, 62).

<sup>469</sup> Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, § 65-66.

<sup>470</sup> *Idem*, § 70.

<sup>471</sup> *Idem*, § 69-71.

<sup>472</sup> *Idem*, § 72-73. Vide Isabelle RORIVE, “Religious Symbols in the Public Space: in Search of a European Answer”, in *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 6, June 2009, p. 2669-2698, p. 2674.

Protocolo Adicional, conjugado com o artigo 9.º da Convenção<sup>473</sup>. E ainda que, dada a relação de dependência entre o artigo 14.º e o artigo 9.º da Convenção, não havendo violação deste não haverá lugar à apreciação de eventual violação daquele – aqui, tal como na primeira decisão referente ao caso em análise, porém com fundamentos distintos, porque aqui por consequência da conclusão de não existir violação do artigo 9.º e naquela por concluir estarem já os requerentes tutelados por este<sup>474</sup>.

Algumas observações merece tal mudança de orientação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mormente reflectidas nos votos concordantes e discordantes anexos à decisão mais recente em análise.

Assim, no seu voto concordante, o Juiz ROZAKIS, a que se associou a Juíza VAJÍC, assume como questão essencialmente relevante a *proporcionalidade*, pretendendo aferir o peso relativo da pretensão da requerente e da sociedade, respectivamente de suprimir e de manter o crucifixo, acabando por concluir que, em conformidade com a jurisprudência anterior do Tribunal, a falta de consenso haveria de reservar ao Estado a decisão final quanto a esta questão, pese embora o carácter religioso do símbolo; referindo ainda como argumentos o carácter passivo do símbolo, e a concomitante ausência de intenção doutrinante, bem como a abertura a outras religiões<sup>475</sup>. Teremos, todavia, que advertir, quanto a esta questão, para o que está verdadeiramente em causa: não duas pretensões conflituantes de particulares, antes uma pretensão de um ou vários particulares, a que depois se associaram várias associações e Estados, contra uma posição expressa ou tacitamente mantida por um Estado laico que implica o tratamento privilegiado de uma religião. O que deveria projectar-se diferentemente na análise de um *critério de proporcionalidade*.

Note-se, também, por outro lado, a opinião concordante do Juiz BONELLO, no ponto em que assume que a Convenção não confere ao Tribunal a tarefa de impor aos Estados o princípio da laicidade, mas apenas o dever de respeitar a liberdade de religião e de consciência<sup>476</sup>, concluindo que a presença do crucifixo não interfere na liberdade dos cidadãos, e em concreto da requerente e dos seus filhos, de professar qualquer

---

<sup>473</sup> «PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 et qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 9 de la Convention;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention». – Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*. Vide *idem*, § 74-78.

<sup>474</sup> *Idem*, § 80-81.

<sup>475</sup> *Ibidem*, *Opinion concordante du Juge Rozakis, à laquelle se rallie la Juge Vajic*.

<sup>476</sup> *Ibidem*, *Opinion concordante du Juge Bonello*, §2.3..

religião ou nenhuma religião, e interpretando uma eventual supressão dos crucifixos, no caso concreto, não como uma manifestação de tolerância mas como uma imposição agressiva de agnosticismo e laicidade, e, portanto, não um acto neutro: manter os crucifixos não constituiria um acto de intolerância por parte de crentes e/ou tradicionalistas, porém suprimi-los configuraria já um acto de intolerância por parte de agnósticos e laicos. Com o que, concorde-se ou não com o sentido da argumentação, a tolerância é expressamente convocada como fronteira entre a admissibilidade e a inadmissibilidade da aceitação de comportamentos discordantes.

Também na opinião concordante da Juíza POWELL se encontra a referência ao carácter passivo do símbolo crucifixo e ao pluralismo educativo, de cuja expressão seria exemplo a manutenção do crucifixo na sala de aula. O que não nos parece compreensível é o facto de essa manutenção decorrer do Estado, não de uma manifestação particular da sociedade civil. Efectivamente, um Estado que se afirma laico não deveria tomar posição quanto a este ponto, como quanto a outros, oferecidos aí também como exemplos, como é o caso do véu islâmico<sup>477</sup>.

No único voto de vencido, apresentado pelo Juiz Giorgio MALINVERNI, e a que se juntou a Juíza Zdravka KALAYDJIEVA, rebate-se primordialmente o argumento da *margem de livre apreciação* do Estado, não apenas por considerar que, em geral, em situações de obrigação positiva a margem de apreciação dever ser menos ampla do que quando esteja em causa uma obrigação de abstenção, mas também porque, no caso concreto, resulta, nesta opinião, insuficiente, a sua agregação ao argumento da ausência de consenso europeu<sup>478</sup>. Por outro lado, e estando em causa uma obrigação positiva, esta não deveria reduzir-se à consideração da posição da maioria, e sim criar as condições para o estabelecimento da *tolerância* e do *respeito mútuo*<sup>479</sup>. Com o que, de novo, se encontra a categoria tolerância expressamente convocada, agora enquanto objectivo-valor a prosseguir na realização prática do direito. E a implicar uma actuação positiva, não uma mera posição passiva, por parte do Estado. Por outro lado, o voto de vencido em análise chama também a atenção, discordando expressamente, para o que vai já *supra* referido: apesar de reconhecer que a presença dos crucifixos confere à religião

<sup>477</sup>*Ibidem*, *Opinion Concordante de La Juge Powell*.

<sup>478</sup>*Vide* Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, § 28.

<sup>479</sup>Contra este argumento essencial de fundamentação da decisão em análise, *vide* o voto de vencido do Juiz MALINVERNI, a que se juntou a Juíza KALAYDJIEVA: *Opinion dissidente du Juge Malinverni, à laquelle se rallie la Juge KALAYDJIEVA, cit.*.

maioritária uma *visibilidade preponderante*, conclui o Tribunal que tal não é suficiente para configurar uma violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, fazendo permanecer na margem de apreciação do Estado a opção pela sua manutenção ou pela sua supressão... Discordante, este voto de vencido, acompanhando o Tribunal na classificação do crucifixo como símbolo religioso<sup>480</sup>, defende a estrita neutralidade do Estado face ao carácter multicultural das actuais sociedades<sup>481</sup>. Do que resulta, e com o que concordamos, que haverá que distinguir a liberdade religiosa positiva e/ou negativa dos cidadãos da neutralidade do Estado, não devendo este, à luz dos princípios da laicidade e da neutralidade, impor qualquer referência religiosa, mesmo que maioritária, deixando aos cidadãos a liberdade de manifestarem as suas convicções, maioritárias ou minoritárias. Concluindo, assim, pela violação, no presente caso, do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, conjugado com o artigo 9.º da Convenção<sup>482</sup>.

Concordando, no essencial, com o voto de vencido analisado, e afastando desde já o extremo do laicismo, diremos que, perante a configuração das actuais sociedades, um Estado laico e imparcial, não ignorando a dimensão religiosa da sociedade, ou a ausência dela, deveria abster-se de tomar posição, *per se*, quanto às convicções religiosas dos seus cidadãos. O que não precluirá a possibilidade de as manifestações religiosas terem lugar em espaço público, nem a relação e colaboração entre o Estado e as diversas confissões religiosas presentes na sociedade. Posto que a afirmação e exercício da liberdade religiosa, positiva ou negativa, não deverá conduzir a um refreamento recíproco das práticas religiosas, mesmo a um desmesurado receio recíproco – como o que tem vindo crescentemente a verificar-se... – que impossibilite as livres manifestações de crença e/ou da ausência de referentes religiosos. Deverá implicar antes uma intervenção efectiva da categoria tolerância, enquanto fundamento extrajurídico da delimitação juridicamente negativa e positiva destas liberdades.

Tudo o que nos permite concluir pela insuficiência da argumentação sustentadora da decisão em análise. Efectivamente, conforme *supra* referimos, se o Tribunal reconhece que, mesmo que se confira ao crucifixo um valor simbólico cultural

---

<sup>480</sup>«5. Le *crucifix* est sans conteste un symbole religieux. (...)

A mon avis, la présence du crucifix dans les salles de classe va bien au-delà de l'usage de symboles dans un contexte historique spécifique». – *Idem*.

<sup>481</sup>«2. Nous vivons désormais dans une société multiculturelle, dans laquelle la protection effective de la liberté religieuse et du droit à l'éducation requiert une stricte *neutralité* de l'Etat dans l'enseignement public (...).» – *Idem*.

<sup>482</sup>*Idem*.

laico, para além do sempre presente significado religioso, aquele constitui sempre uma referência directa ao Cristianismo – e, assim, nunca *laico*... –, e que a prescrição da sua afixação nas salas de aula de escolas públicas confere à religião maioritária no país uma *visibilidade preponderante* no ambiente escolar, acaba, afinal, por deixar o assunto à *margem de apreciação* do Estado, argumentando que tal não é suficiente para significar uma tendência doutrinante e, respectivamente, uma violação do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional<sup>483</sup>, ao que acresce uma argumentação no sentido de que o crucifixo assume um carácter *passivo*, e assim insusceptível de influenciar efectivamente os alunos nas suas crenças religiosas, com o que conclui pela conformidade da sua manutenção ao princípio da neutralidade do Estado. Argumentação que, se pretende ficar-se por uma apreciação formal-procedimental – demitindo-se de uma avaliação substancial dos princípios da imparcialidade e da laicidade –, remetendo, em função da falta de consenso, a solução para a *margem de apreciação* do Estado, acaba afinal por secundar tal solução com base em considerações substanciais, por vezes mesmo contraditórias<sup>484</sup>.

Veja-se, neste sentido, desde logo, o argumento da falta de consenso. Efectivamente, e conforme pode ler-se no próprio texto do Acórdão, a maioria dos Estados signatários da Convenção não regulamenta a afixação de crucifixos em escolas públicas, sendo minoritários os que a proíbem e os que a impõem, sendo a maioria dos Estados signatários laica<sup>485</sup>. Em segundo lugar, afirmar que a presença do crucifixo implica uma *visibilidade preponderante* a uma confissão religiosa específica mas que isso não implica a violação dos artigos da Convenção em causa<sup>486</sup>, posto que tal não envolve um ensino obrigatório dessa confissão e que tal símbolo é de índole passiva e, por isso, insusceptível de influir na orientação religiosa dos alunos, e ainda asseverar que a liberdade religiosa fica garantida, dada a possibilidade de os alunos manifestarem através de símbolos religiosos a sua confissão, parece deixar de lado o que inicialmente tinha servido de base ao argumento formal-procedimental, o da *margem de apreciação*

<sup>483</sup>Vide Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, § 69-71.

<sup>484</sup>No mesmo sentido, vide Isabelle RORIVE, “*Religious Symbols in the Public Space: in Search of a European Answer*”, *cit.*, p. 2697: «So far, referring to the national margin of appreciation is the only answer that the European Court of Human Rights has been giving when the issue of banning religious symbols from the public space is at stake. This is not the lack of positioning but rather a highly political one, and it could well be the only tenable position in the Court’s opinion. But it can not be made explicit today as the Court has double standards and is hiding the truth from itself when it buys into prejudices».

<sup>485</sup>Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, *cit.*, § 26, 27.

<sup>486</sup>Vide *idem*, § 71.

do Estado. Estando em causa um Estado assumidamente laico, não é indiferente que a expressão religiosa livre seja uma manifestação do próprio ou dos seus cidadãos. Independentemente da tradição cultural em causa, a evolução conducente à separação das Igrejas e do Estado e a assunção deste como laico e simultaneamente garante da liberdade religiosa positiva e negativa implica uma abstenção de iniciativa religiosa autónoma, ainda que referente à religião maioritária. O que não impede, como dissemos, a existência de uma relação entre as Igrejas e o Estado no âmbito do exercício da liberdade religiosa por parte dos cidadãos. A *laicidade* do Estado, ao contrário do *laicismo*, não implica a supressão dos símbolos e práticas religiosos do espaço público, antes exigirá uma reconstrução da experiência histórica que permita, proporcionalmente, uma convivência pacífica entre Estado e Igrejas, maioritárias e minoritárias, sem que se perca a correspectiva autonomia recíproca – e dentro dos limites da *ordem pública*.

Por outro lado, o argumento da significação cultural do crucifixo coloca outras questões prementes. A conotação histórica do crucifixo enquanto local de execução de criminosos apenas se alterou com a significação que lhe é conferida pela narração bíblica da *Paixão de Cristo* – momento que lhe transmuta definitivamente o sentido, para se assumir como pilar essencial da mensagem cristã, e, com esta, de toda uma tradição cultural que determinou e determina as referências civilizacionais que a seguiram. Do que se retira que os símbolos constituem uma rede essencial de significações, cuja substancialidade, mesmo que alterada ou erodida, transformada pelo espaço e pelo tempo, não desaparece sem rasto, desempenhando uma função semiótica essencial à autocompreensão civilizacional. Por mais convulsivas as alterações, uma réstia de significação permanece, ainda que esvaindo-se progressivamente o seu sentido originário. Ao ponto de as fronteiras entre o religioso e o laico poderem confundir-se, voltando porém, mais cedo ou mais tarde, a definir-se, ainda que com novas dimensões, e, porventura, significação reforçada.

Tudo o que, em concreto, significará que a tradição cristã, fortemente presente até em práticas culturais laicizadas, determinante da autocompreensão da nossa civilização, está hoje em redimensionação, quando confrontada com outras tradições, outras práticas e outras experiências, relativamente às quais Estados e jurisdições são cada vez mais amiúde chamados a pronunciar-se, e cujas fronteiras, conseqüentemente, tendem a redefinir-se.

Lateralmente, outros exemplos desta redefinição se perfilam. Desde logo, e tal como referido no próprio acórdão *Lautsi e outros c. Itália*, o Tribunal Federal Suíço considerou a presença do crucifixo nas salas de aula das escolas primárias incompatível com a exigência de neutralidade confessional constitucionalmente consagrada – embora não proibindo a sua presença noutros locais desses estabelecimentos, nomeadamente em local de uso comum, em local dedicado ao culto religioso ou em local destinado ao ensino facultativo da religião. Compreendendo-se aqui melhor a argumentação face a estes últimos do que àquele primeiro<sup>487</sup>. Já na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal decidiu em sentido semelhante quanto à presença de crucifixos na sala de aula de escolas públicas, ao opor-se à terceira parte do parágrafo 13.º, 1, do Regulamento Escolar das Escolas Públicas da Baviera (*Schulordnung für die Volksschulen in Bayern*) – a prescrever a afixação de um crucifixo em cada sala de aula, ainda que salvaguardando o respeito pelas convicções religiosas de todos<sup>488</sup> –, por referência a duas decisões de Tribunais Administrativos da Baviera<sup>489</sup>, considerando que tal presença ofende a liberdade religiosa consagrada no artigo 4.º/1 da Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*)<sup>490</sup>. Não obstante, houve, mais recentemente, também na Baviera, suscitada por iniciativa de um professor – considerando-se ofendido na sua liberdade religiosa pela presença dos crucifixos na escola –, uma decisão do Tribunal Administrativo de Augsburg, com o mesmo objecto, e reiterando a justificação cultural da manutenção do crucifixo nas salas de aula<sup>491</sup>. Tudo o que atesta a indefinição de valoração substancialmente normativa desta questão.

<sup>487</sup> «7. (...) c) Alla luce delle considerazioni che precedono si deve ammettere che l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole elementari non adempie l'esigenza di neutralità prevista all'art. 27 cpv. 3 Cost. Di conseguenza è superfluo esaminare la questione sotto l'angolo dell'art. 4 Cost. Il giudizio sarebbe forse stato diverso ove si fosse trattato di statuire sulla presenza del crocifisso nei locali scolastici adibiti ad uso comune, come ad esempio l'atrio, i corridoi, il refettorio o, evidentemente, dove esistano, il locale destinato al culto o l'aula nella quale viene impartito l'insegnamento facoltativo della religione». – ATF 116 1a 252, de 26 de Setembro de 1990, §7 c), disponível em <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm> (acedido em 18/10/2011). Vide ainda o Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, cit., § 28.

<sup>488</sup> «Die Schule unterstützt die Erziehungsberechtigten bei der religiösen Erziehung der Kinder. Schulgebet, Schulgottesdienst und Schulandacht sind Möglichkeiten dieser Unterstützung. In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen. Lehrer und Schüler sind verpflichtet, die religiösen Empfindungen aller zu achten». – § 13.º, 1, *Schulordnung für die Volksschulen in Bayern*. Vide *BVerfG* 93, 1, cit..

<sup>489</sup> Em causa estão as seguintes decisões: *Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juni 1991 - 7 CE 91.1014*, e *Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 1. März 1991- RO 1 E 91.167*. Vide *BVerfG* 93, 1, cit..

<sup>490</sup> *BVerfG* 93, 1, cit.. Vide ainda o Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 –, cit., § 28. O artigo 4.º/1 da Lei Fundamental Alemã consagra: «Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich». – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, disponível em [http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html) (acedido em 18/10/2011).

<sup>491</sup> Vide o comunicado à imprensa referente ao processo VG. Augsburg, Au 2 K 07.347, do Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg, de 14 de Agosto de 2008, disponível em <http://www.vgh.bayern.de/VGAugsburg/documents/LehrermussweiterunterdemKreuzunterrichten.pdf> (acedido em 18/10/2011).

(c) Não se encontra, todavia, por exemplo, referência expressa à categoria tolerância numa questão já anteriormente decidida pelo referido Tribunal, de objecto conexo com o da que se apresenta aqui *supra* analisada – por via da invocação da liberdade de orientação da educação –, porém directamente referente à definição dos programas escolares. Referimo-nos ao *caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca* (07/12/76 – série A, n.º 23)<sup>492</sup>, em que estavam em causa os também já referenciados artigos 8.º («Direito ao respeito pela vida privada e familiar») e 9.º («Liberdade de pensamento, de consciência e de religião») da referida *Convenção* e o artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, e ainda o seu artigo 10.º («Liberdade de expressão»), segundo o qual, nos termos do n.º 1, qualquer pessoa «(...) tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia» E, segundo o n.º 2, o exercício destas liberdades, «(...) porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial».

A situação *sub judice* era a seguinte: alguns pais discordaram de que os filhos tivessem aulas de educação sexual (obrigatória) na escola primária pública, o que à partida poderia contender com a segunda parte do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, designadamente quanto à orientação religiosa e filosófica da educação, uma vez posta de parte a questão do direito à educação, garantido pela primeira parte deste artigo 2.º, e enunciado o respeito por aquelas orientações na segunda parte.

O Tribunal decidiu, neste caso, que, a bem da manutenção de um serviço público de educação, algumas directrizes têm de ser assumidas pelo Estado, devendo, nesse caso,

---

<sup>492</sup>Acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, *cit.*. Vide a referência a este caso *supra*, p. 592, n. 468.



garantir-se uma transmissão de informações em termos objectivos, críticos e pluralistas. Concluindo, assim, pela não violação dos artigos 8.º, 9.º e 10.º da Convenção e do artigo 2.º do respectivo 1.º Protocolo Adicional<sup>493</sup>. E nem mesmo conferindo provimento à invocação da violação do artigo 14.º da Convenção («Proibição de discriminação»), combinado com este artigo 2.º do Protocolo Adicional, por distinguir entre liberdade de educação religiosa e liberdade de educação sexual, admitindo assim que a obrigatoriedade desta não viola a Convenção<sup>494</sup>.

Porém, em voto de vencido face à referência ao artigo 14.º da Convenção, combinado com o artigo 2.º do Protocolo Adicional, o Juiz VERDROSS coloca a questão da diferença entre informação sobre os factos da sexualidade humana, objecto da biologia, *moralmente neutros*, e informação sobre a actividade sexual, respeitante já à formação da consciência, mesmo quando fornecida de forma objectiva. Concluindo que o artigo 2.º do Protocolo Adicional, ao contrário do que ocorre na decisão em análise, não deve ser interpretado restritivamente, entendendo que o mencionado preceito obriga positivamente os Estados a respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais, pelo que haveria aqui uma violação do artigo 14.º da *Convenção*, e assim uma discriminação por motivos religiosos<sup>495</sup>. O sentido do mencionado voto de vencido merece alguma atenção, na medida em que a formação ético-moral, na esfera privada, como é o caso da conduta sexual, em tudo o que vá para lá da ordem, segurança e saúde públicas, deva ou não ser uma questão educacional privada. O problema estará na determinação exacta das respectivas fronteiras. O que nos parece claro é que, efectivamente, a informação, a ser veiculada publicamente, o deverá ser na estrita medida do conhecimento dos mecanismos biológicos e de protecção subjectiva existente, em termos objectivamente científicos, sem quaisquer referências substanciais e/ou valorativas. É certo que a formação religiosa poderá não suscitar efeitos práticos tão directamente repercutíveis na saúde pública como a formação para a sexualidade. Porém, tal não constitui justificação necessária nem suficiente para uma intervenção demasiadamente precoce na formação da consciência dos menores. Ao que deverá acrescer a (des)necessidade de o Estado se

<sup>493</sup>Acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, cit., § 53.

<sup>494</sup>*Idem*, § 56. «PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. Dit, par six voix contre une, qu'il n'y pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 (P1-2), ni de l'article 14 de la Convention combiné avec ce même article 2 (art. 14+P1-2);

2. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation des articles 8 et 9 de la Convention, combinés avec l'article 2 du Protocole n° 1 (art. 8+P1-2, art. 9+P1-2)». – *Ibidem*.

<sup>495</sup>*Idem*, *Opinion séparée de M. le Juge Verdross*.

imiscuir nos comportamentos dos seus cidadãos na esfera privada – nesta questão, especificamente, desde a educação dos filhos à conduta sexual. Domínio este em que a neutralidade e a tolerância poderão surgir aliadas numa omissão de tomada de posição efectiva quanto à conduta a assumir na formação de crianças e jovens em tudo o que ultrapasse as informações estritamente respeitantes à saúde pública – comportamentos de risco, transmissão de doenças, meios de protecção –, e mesmo estas difundidas apenas em idade adequada e sem referências valorativas<sup>496</sup>.

A decisão em análise, baseando-se na tutela de direitos fundamentais, como são o direito ao respeito pela vida privada e familiar, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e a proibição da discriminação, não se refere, então, expressamente à questão da tolerância. Não obstante, surge aqui implicitamente o problema da neutralidade do Estado quanto à orientação na educação moral. Longe de se pretender afirmar aqui uma determinação de *tolerância vertical*, em que o Estado teria um papel activo na definição de comportamentos submetida à exigência de tolerância nas relações que estabelecesse com os seus cidadãos e nas relações destes entre si, deverá todavia notar-se que a eventual convocação da categoria tolerância na criação do direito poderia conduzir a uma valoração distinta das matérias a regular e do modo como o fazer. Assim, atendendo materialmente à categoria tolerância, haveria que deixar de fora da determinação pública questões específicas referentes à conduta moral, na medida em que a dimensão pública não saísse, em função disso, prejudicada. Mais do que mera neutralidade, e assim descomprometimento de quaisquer objectivos de orientação social, verificar-se-ia neste ponto efectiva tolerância, na medida em que não se estaria perante a ausência de tomada de posição mas exactamente numa tomada de posição que deixasse em aberto o espontâneo funcionamento de atitudes intersubjectivas tolerantes, pela omissão de interferência materialmente orientada em determinados domínios da vida privada e social, com o objectivo substancial de promover a diversidade e liberdade cultural dos cidadãos.

---

<sup>496</sup>No sentido da admissibilidade de uma transmissão objectiva dos conteúdos em análise nas escolas públicas em Portugal, e com referência expressa à decisão considerada em texto, *vide* João LOUREIRO, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, in Diogo LEITE DE CAMPOS (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. 2, p. 33-52, p. 51-52.

(d) Exemplares são ainda, paralelamente, duas outras decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, especificamente referentes ao uso do véu islâmico, mormente no espaço escolar público, seja por estudantes seja por professores<sup>497</sup>, designadamente, naquele primeiro domínio, o caso *Sahin c. Turquia*<sup>498</sup>, e, neste último, o caso *Dahlab c. Suíça*<sup>499</sup>.

No caso *Sahin c. Turquia*, a requerente, estudante universitária, alegou a violação dos artigos 8.º, 9.º 10.º e 14.º da Convenção, bem como do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional pela regulamentação adoptada na Faculdade de Medicina de Cerrahpaşa, da Universidade de Istambul, quanto à proibição do uso do véu islâmico nos trabalhos práticos do curso – razão pela qual terá sido recusado à requerente o acesso a alguns exames escritos e à inscrição em algumas disciplinas<sup>500</sup>.

Em primeira instância, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu, unanimemente, pela não violação daquele artigo 9.º, e que nenhuma questão distinta referente aos restantes artigos invocados se apresentava<sup>501</sup>. E a Grande Câmara deste Tribunal veio, em sede de recurso, a considerar, por maioria – de dezasseis votos contra um –, igualmente a não violação daquele artigo 9.º e do artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional, considerando que os objectivos visados pela regulamentação objecto de

<sup>497</sup> Vide, neste sentido, Isabelle RORIVE, “*Religious Symbols in the Public Space: in Search of a European Answer*”, *cit.*, p. 2676: «Article 9 ECHR is the main provision against which the European Court of Human Rights has been reviewing cases related to the banning of religious symbols from some areas of the public sphere. Among the sixteen cases that have already been decided by Strasbourg institutions, twelve are related to the ban of Islamic headscarves in public education (six concern students and six relate to teachers)». A autora enuncia, em nota (*ibidem*, n. 41 e 42), as decisões em causa, comentando a evolução da fundamentação das mesmas pelo Tribunal. Vide *idem*, p. 2677-2688. Vide ainda Sara GUERREIRO, “*Símbolos de Deus – expressão de liberdade ou imposição do divino?*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n.º 2, 2005, p. 1091-1111; Pedro DELGADO ALVES, “*Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, Coimbra, 2005, vol. II, p. 241-270, p. 254-266; Maria Benedita URBANO, “*Globalização: os direitos fundamentais sob stress*”, *cit.*, p. 1043-1047; Karl-Heinz LADEUR/Ino AUGSBERG, *Toleranz – Religion – Recht*, *cit.*, p. 120-126.

<sup>498</sup> Acórdão *Leyla Sahin c. Turquia* (10/11/2005 – *Grand Chambre*), disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=affaire%20%7C%20Sahin%20%7C%20c.%20%7C%20Turquie&sessionid=82518747&skin=hudoc-fr> (acedido em 28/11/2011).

<sup>499</sup> Acórdão *Dahlab c. Suíça* (decisão de inadmissibilidade – 2.ª Secção – 15/02/2001), disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=82631506&skin=hudoc-fr> (acedido em 29/11/2011).

<sup>500</sup> Acórdão *Leyla Sahin c. Turquia* (10/11/2005 – *Grand Chambre*), *cit.*, § 3, 16-17.

<sup>501</sup> *Idem*, § 8. Vide Acórdão *Leyla Sahin c. Turquia* – 4.ª Secção – 29/06/2004, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=10&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=82519220&skin=hudoc-fr> (acedido em 28/11/2011).

recurso se justificam enquanto fim legítimo no caso em apreço, designadamente a saúde pública<sup>502</sup>. Convocando expressamente, por diversas vezes, a tolerância na fundamentação da aludida decisão<sup>503</sup>. Com directa referência ao caso *Dahlab c. Suíça*, argumentando no sentido de que o uso de um sinal exterior «forte» («signe extérieur fort») como o véu islâmico não se coaduna com o espírito de tolerância, de mútuo respeito e, sobretudo, de igualdade e não discriminação próprio de uma sociedade democrática<sup>504</sup>.

Neste último caso, *Dahlab c. Suíça*, a factualidade é distinta, na medida em que o uso do véu islâmico que constitui o respectivo objecto é agora posto em prática não já por uma estudante mas por uma professora do ensino primário. Tendo-se convertido ao Islamismo, passou a usar o véu na escola pública em que ensinava, tendo-o feito durante quatro anos sem que houvesse qualquer reacção, quer por parte da escola quer dos pais dos alunos, nem quanto ao seu ensino nem quanto ao facto de usar o véu<sup>505</sup>. Porém, a questão surgiu da própria hierarquia profissional da requerente, em que o problema foi suscitado, tendo resultado numa decisão do Conselho de Estado e, depois, do Tribunal Federal Suíço, em processo interposto pela requerente. A requerente entendia estarem a ser violados os artigos 9.º e 14.º da Convenção.

A argumentação fundamental do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem baseou-se, neste caso, essencialmente, no seguinte: antes da sua conversão ao Islamismo, a requerente não utilizava qualquer símbolo religioso «forte»; enquanto

---

<sup>502</sup>Acórdão *Leyla Sahin c. Turquia* (10/11/2005), *cit.*, § 44, 45, 122. «161. (...) la limitation en question n'a pas porté atteinte à la substance même du droit à l'instruction de la requérante. En outre, à la lumière de ses conclusions au regard des autres articles invoqués par la requérante (paragraphes 122 ci-dessus et 166 ci-dessous), la Cour observe que la limitation en question ne se heurte pas davantage à d'autres droits consacrés par la Convention et ses Protocoles.

162. En conclusion, il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1». – *Idem*.

<sup>503</sup>Vide os exemplos seguintes: «107. La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique (...)

108. Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une «société démocratique». – *Idem*.

<sup>504</sup>«Dans le cadre de l'affaire *Dahlab* précitée, qui concernait une enseignante chargée d'une classe de jeunes enfants, la Cour a notamment mis l'accent sur le «signe extérieur fort» que représentait le port du foulard par celle-ci et s'est interrogée sur l'effet de prosélytisme que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Elle a également noté la difficulté de concilier le port du foulard islamique par une enseignante avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves». – *Idem*.

<sup>505</sup>Vide Acórdão *Dahlab c. Suíça*, *cit.*.

professora do ensino público, e, assim, representante do Estado, a requerente deveria apresentar-se de acordo com o carácter laico deste – e, concomitantemente, a influência exercida sobre crianças de tenra idade através do uso de símbolos religiosos poderá ser potencialmente maior do que a exercida por alunos de mais idade, condicionando potencialmente a liberdade religiosa daqueles; por outro lado, o uso do véu configuraria em si uma discriminação sexual<sup>506</sup>.

Compreendendo-se embora que o princípio da laicidade do Estado seja múltiplas vezes confrontado com o princípio da tolerância, haverá que distinguir as duas situações acima descritas. É, desde logo, absolutamente distinta a situação em que, no ensino público, uma aluna usa o véu islâmico, ou qualquer outro símbolo religioso «forte», e aquela em que uma professora se coloca nessa mesma posição.

Na medida em que, como aconteceu na decisão do caso *Dahlab c. Suíça*, a professora é representante do Estado, não apenas o seu ensino como a sua conduta hão-de pautar-se, quando no exercício das suas funções públicas, pelos princípios fundamentais do Estado em questão, e, quando seja o caso, o princípio da laicidade. Haverá, porém, que especificar em que termos o princípio da laicidade exige que a indumentária usada em funções públicas – à exceção dos casos em que esteja em causa o uso de uniforme – seja completamente inócua do ponto de vista religioso, nomeadamente no que concerne aos acessórios utilizados – como jóias, ou, no caso em epígrafe, lenço ou véu.

---

<sup>506</sup>Note-se, também a título de exemplo, que o Tribunal Constitucional Federal Alemão se pronunciou em sentido oposto – contra as instâncias inferiores –, admitindo o uso do véu por uma professora do ensino público, já em 2003. Vide *BVerfG* 2 BvR 1436-1402, de 24 de Setembro de 2003, disponível em [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20030924\\_2bvr143602.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html) (acedido em 18/07/2012). Vide ainda *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 43, 2003, p. 3111-3122 (*Entscheidungen – Bundesverfassungsgericht – Senatsentscheidungen*. 1. *Lehrerin mit Kopftuch* – GG Art. 4 I, II, 33 II, III). Ainda que a tendência imediatamente posterior tenha sido a de o *Land* em causa, Baden-Württemberg, legislar no sentido de proibir tal uso – em sequência de sugestão deixada nesse sentido pela própria decisão do Tribunal Constitucional Federal –, através de alteração à *Landesschulgesetz Baden-Württemberg*, de Abril de 2004, ao §38, Abs. 2 (vide *Landesschulgesetz Baden-Württemberg*, disponível em [http://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/1s23/page/bsbawueprod.psm1/action/portlets.jw.MainAction?p1=1h&eventSubmit\\_doNavigate=searchInSubtreeTOC&showdoccase=1&doc.hl=0&doc.id=jlr-SchulGBW1983V33P38&doc.part=S&toc.poskey=#focuspoint](http://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/1s23/page/bsbawueprod.psm1/action/portlets.jw.MainAction?p1=1h&eventSubmit_doNavigate=searchInSubtreeTOC&showdoccase=1&doc.hl=0&doc.id=jlr-SchulGBW1983V33P38&doc.part=S&toc.poskey=#focuspoint) (acedido em 02/08/2012), havendo mesmo uma decisão judicial posterior, do Tribunal Administrativo Federal, a proibi-lo à mesma professora. – Vide *BVerwG* 2 C 45,03, de 24 de Junho de 2004, disponível em [http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/1115eca2535bdb64cc1b5a2cf41db550,d52fc1655f76696577092d0964657461696c093a09636f6e5f6964092d0934363232093a095f7472636964092d093133333232/Entscheidungen/Entscheidung\\_8n.html](http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/1115eca2535bdb64cc1b5a2cf41db550,d52fc1655f76696577092d0964657461696c093a09636f6e5f6964092d0934363232093a095f7472636964092d093133333232/Entscheidungen/Entscheidung_8n.html) (acedido em 02/08/2012). Vide Pedro DELGADO ALVES, “*Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública...*”, *cit.*, p. 259-260.

Admitindo que o princípio da laicidade do Estado deva assumir também esta dimensão substancial, será este o argumento mais forte para justificar a interdição do uso não apenas do véu mas de qualquer outro símbolo religioso dito «forte» – devendo aqui incluir-se, potencialmente, o turbante ou o quipá, por exemplo. Ao que acresce que o uso do símbolo religioso não implicará, *per se*, uma intenção doutrinante ou mesmo proselitista. Ainda que possa admitir-se que, sendo o auditório dos educandos composto por crianças, tal uso possa configurar uma influência determinante, não será necessariamente assim, visto que o factor idade poderá também implicar que não seja associada qualquer conotação religiosa ou cultural ao símbolo.

Argumentos estes que nos permitem afinal concluir que os invocados tolerância, mútuo respeito, igualdade e não discriminação serão susceptíveis de atingir por via da permissão da manifestação livre das convicções religiosas de cada um, com o limite da salvaguarda da segurança, ordem e saúde públicas, e não já necessariamente pela via da sua proibição, essa sim restritiva da liberdade religiosa, e assim convocando a categoria tolerância como potencial critério de delimitação da relevância e irrelevância jurídica.

Na medida em que a salvaguarda da laicidade do Estado o exija, cumprirá salvaguardar as funções públicas da influência religiosa, o que haverá que referir-se ao conteúdo da educação, não às pessoas que a ministrem, enquanto o seu ensino não sofrer influência das respectivas convicções religiosas, como no caso em apreço parecia acontecer. Pelo que restam dúvidas quanto à afirmação de que o objectivo prosseguido através desta específica restrição da liberdade religiosa a quem exerce funções públicas – evitar a doutrinação e o proselitismo – seja legítimo e proporcional. Tendo sido, porém, o caso em apreço tido por inadmissível pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com base no argumento da adequação da decisão assumida pelo Tribunal nacional competente<sup>507</sup>.

Já no caso *Sahin c. Turquia*, admitimos a legitimidade do uso do véu, desde que livre e, assim, não configurando qualquer discriminação entre sexos. Na decisão do caso *Sahin c. Turquia* estava, porém, em causa uma outra questão, de saúde pública, pelo que, e apenas na estrita medida em que visasse salvaguardar a saúde pública no contexto de um curso de medicina, a decisão apresentar-se-ia adequada, enquanto prossecução de um fim legítimo. Na medida em que com isso pretenda lograr-se uma efectiva restrição genérica à liberdade religiosa, perder-se-á evidentemente a respectiva legitimidade.

---

<sup>507</sup> Vide Acórdão *Dahlab c. Suíça*, *cit.*, *in fine*.

Ainda que de formas distintas e em sentidos diferentes, em qualquer dos casos *supra* analisados, quando convoca a categoria *tolerância*, procura o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem realizá-la sobretudo pela negativa, isto é, restringindo as liberdades dos sujeitos. Solução esta, em nosso entender, nem necessária nem suficiente para a prossecução de tal objectivo. Não necessária, na medida em que, em alternativa à prossecução da tolerância através de mecanismos de restrição de direitos, e, portanto, negativamente, se apresenta a possibilidade de garantir a tolerância através de mecanismos de reconhecimento e de garantia do exercício de direitos, e, portanto, positivamente. Estabelecendo como limite, como dissemos, a segurança, a saúde e a ordem públicas. E não suficiente, na medida em que a prossecução da tolerância através da restrição de direitos traduz uma tutela negativa insusceptível de fomentar a introdução do conteúdo tolerância na conformação de direitos e deveres de sociedades pluralistas, resultando numa redução da titularidade de direitos e deveres e do respectivo exercício, não já na garantia efectiva dessa titularidade e exercício.

A convocação directa da tolerância como *fundamento* – e até como *objectivo*... – e mesmo como *critério* da titularidade do exercício de direitos apenas se efectivará se a respectiva tutela for operada pela via *positiva*, do *reconhecimento da diferença*. Quando o seja pela via *negativa*, da *restrição de direitos* – que não já da prudencial determinação da *irrelevância jurídica*, ainda que *temporária*... – acarretará directamente sérios riscos de conduzir a *intolerância*.

Em suma, a convocação directa da categoria tolerância para a concreta realização judicativa do direito exigirá uma distinção dogmaticamente específica entre *tolerância* – quer enquanto categoria *extrajurídica* quer *jurídica* – e *igualdade, mútuo respeito e não discriminação*, enquanto *princípios e/ou critérios jurídicos*, posto que a convocação da categoria *tolerância*, insuficientemente sustentada, dos pontos de vista dogmático e metodológico, terá por consequência a insusceptibilidade prática de se extraírem legitimamente da mesma conclusões quanto à respectiva relevância jurídica.

Tudo o que justificará, afinal, uma (re)perspectivação jurídico-dogmática da categoria tolerância, cujo resultado se consubstanciará quer na *admissibilidade* quer na *inadmissibilidade* da respectiva relevância jurídica. O cerne do problema não se encontra na *necessidade* daquele primeiro sentido, antes na justificação teórico-dogmática da tomada de posição, *positiva* ou *negativa*, desde que suficientemente

fundamentada, face à pertinência e sentido a tomar pela categoria *tolerância* no domínio da juridicidade. Com o que as respectivas fronteiras deverão de reconhecer-se à luz da determinação do *sentido do direito* que se assuma como horizonte de referência signficante.

Sobre este *sentido* e aquela *admissibilidade* aqui se procurou reflectir. Com as conclusões que *supra* se foram delineando e que *infra* se retomam, concluindo.



#### 4. Perspectivação teórico-metodologicamente *crítica* da categoria *tolerância* enquanto *princípio* e enquanto *critério* na determinação das *fronteiras da juridicidade*

Postulando-se como efectiva a possibilidade de pensar uma categoria *tolerância* que, enquanto *fundamento*, e, concomitantemente, enquanto *critério* – e este como concretização daquele –, permita dirimir controvérsias relativamente às quais se verifiquem em concreto as três *condições de possibilidade* da tolerância, ou, também fundamentadamente, não se verificando tais condições, permita legitimamente excluir tal possibilidade, delimita-se assim, em determinadas circunstâncias, justificadamente reconhecidas – abstraindo agora da sua eventual relevância moral e/ou religiosa –, a respectiva *relevância* ou *irrelevância jurídica* – e, portanto, a respectiva *juridicidade* ou *ajuridicidade*. Dado constituir, na construção aqui pressuposta, a tolerância uma *virtude ética*, não um princípio ou um critério *ab origine* jurídico, a concomitante relevância jurídica não se perfilará directamente, como também se esclareceu, antes intermediada por múltiplos filtros normativamente densificantes, em função da respectiva assimilação normativamente determinada pela intencionalidade do jurídico<sup>508</sup>.

Assim, o *intervalo* em que sobrevém a tolerância – isto é, em que determinadamente se verificam as respectivas *condições de possibilidade*, e, por isso, normativamente releva – e se desenvolve – em plúrimas possíveis gradações – implica duas determinações juridicamente fundamentais. Em primeiro lugar, a sua determinação como *hiato* ou *interstício* de ausência de regulação jurídica ético-moralmente fundamentado e, quando dogmaticamente justificado, juridicamente inteligido, entre o *válido* e o *inválido*, o *aceitável* e o *inaceitável*... E, em segundo lugar, a conferência de relevância jurídica efectiva a comportamentos cuja valoração, não estando ainda suficientemente sedimentada, exija do direito uma resposta, ainda que provisória, e, sobretudo, de gradação inferior à resultante do efectivo *reconhecimento* conducente à aceitação.

Enquanto *princípio*, e em consequência de tudo o que ficou dito, a categoria tolerância haverá de revestir sobretudo a configuração de um *princípio como intentio*, e assim, conforme ficou esclarecido, um princípio extrajurídico cuja relevância

<sup>508</sup>Vide *supra*, Parte I, 3.2., Parte II, 6, e Parte III, sobretudo 3.1.2..

normativamente efectiva haverá de revelar-se na respectiva concretização prática ao nível dos diversos estratos do sistema jurídico – não apenas no direito legislativamente prescrito, mas também na construção dogmática e jurisprudencial do direito, e ainda ao nível dos princípios, nas possíveis assimilações que do ideário da tolerância se forem objectivando. E, assim, um princípio cuja efectivação prática se reconhecerá na medida da sua concretização em critérios legislativos, jurisprudenciais e dogmáticos. Não obstante, se e quando se manifeste necessário e adequado, haverá a admitir a densificação da tolerância enquanto efectivo *princípio normativo*, e, portanto, como princípio especificamente jurídico, tal como *supra* caracterizado<sup>509</sup>. E, então, verdadeiro fundamento talhado à luz de uma categoria de inteligibilidade substancialmente construída e cujo campo de axiológica validade e efectiva operatividade haverá de reconhecer-se no mais ou menos amplo espectro de admissibilidade que se situe entre a recusa de relevância jurídica e a efectivação de um potencialmente admitido *princípio do reconhecimento*, ou ainda, em gradação crescente, do *princípio da igualdade*, compreendido nos termos materiais *supra* explanados<sup>510</sup>. Se e quando tomada enquanto *princípio normativo de tolerância*, a respectiva operatividade prática situar-se-á no hiato-*intervalo* em que, uma vez conferido, o *reconhecimento da diferença* não implique uma sua tutela positiva específica, e, assim, entre *indiferença – exclusive – e aceitação – exclusive –*, numa gradação crescente de *rejeição/indiferença/tolerância/aceitação*. Por duas principais ordens de razões. Por um lado, por estarem em causa comportamentos cuja relevância jurídica se não encontra ainda estabilizada. Por outro, por se estabilizar espaço-temporalmente uma determinação de não interferência jurídica no conteúdo de comportamentos assumidamente classificados como juridicamente não indiferentes, dada a dimensão de intersubjectividade que se lhe reconheça –, porém já juridicamente irrelevantes se e enquanto praticados na esfera dos sujeitos, desde que sem efeitos para terceiros.

Por outro lado ainda, e conseqüentemente, como concretização daquela construção matricial, tomar a tolerância enquanto *critério* mobilizável na decisão judicial será tomar a construção de tal critério como elemento constitutivo da própria realização concreta do direito, e concretização de *princípios* – essencialmente do *princípio da tolerância*, na configuração normativamente fundamentante que se lhe

<sup>509</sup>Vide *supra*, 3.1.1.1.2., 3.1.2.2..

<sup>510</sup>Vide *supra*, 3.1.2.3.2.2..

reconheça. Com contornos distintos consoante a significação de juridicidade e, concomitantemente, o modelo de decisão jurídica por que se opte.

Assim, quer quando assimilada pelo jurídico enquanto *critério* concretizador do *princípio de tolerância*, quer enquanto *critério* fundado noutro ou noutros *princípios* – tais como o *princípio do reconhecimento da diferença* ou o *princípio da igualdade*, por exemplo –, poderá suscitar-se a possibilidade da categoria tolerância como *cânone* metodologicamente relevante no juízo judicativo, ou mesmo como critério positivado imediatamente mobilizável para a decisão judicativa. Caracterizando-se a decisão judicativo-concreta, concomitantemente, por, resultando dos sentidos assimilados normativamente pelo sistema jurídico, na sua *pluridimensionalidade* dialecticamente constitutiva, poder definir a expressão da *tercialidade*<sup>511</sup> que distingue o direito e lhe confere espaço para uma reflexão autónoma<sup>512</sup>. Com o que a *tolerância* poderá, afinal, perfilar-se como *categoria de inteligibilidade* susceptível de perspectivação *normativamente substancial* como *categoria juridicamente relevante* – se não mesmo como verdadeira *categoria jurídica*. Por um lado, enquanto *princípio* e/ou enquanto *critério* extrajurídico normativamente substancial determinante do conteúdo do direito – em casos dogmaticamente justificados cuja determinação como juridicamente irrelevantes ou relevantes, e, nestes, já como meritórios de um juízo substancial negativo, e, assim, ilícitos, já como meritórios de tutela jurídica positiva – e, assim, não apenas na delimitação da relevância jurídica como também na conformação negativa e/ou positiva do conteúdo da juridicidade. E, por outro lado, como efectivo *princípio normativo*, formado por autonomização progressiva face ao princípio da igualdade, e, assim, em respectiva concretização, potencialmente quer enquanto *critério* positivado

<sup>511</sup>«Pôr o problema do direito na perspectiva deste “horizonte” de *responsabilidade* (e da sua *obediência primeira*) é com efeito desde logo dissolvê-lo num problema mais geral. Aquele que nos fere sempre que a “simplicidade” daquela obediência — em si mesma e (ou) no *testemunho* (imediatamente) que autoriza — é “perturbada” pela “interposição” do mediador-terceiro (*le troisième homme surgissant à coté de l’autre*)». – José Manuel Aroso LINHARES, “O dito do direito e o dizer da justiça – diálogos com LÉVINAS e DERRIDA”, *cit.*, p. 202. Vide sobretudo p. 202-207; vide ainda José Manuel Aroso LINHARES, “Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi”, *cit.*, p. 638-645; “A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito”: um “correlato” da pretensão de autonomia?”, *cit.*, p. 420-423. Veja-se ainda a relevância da *tercialidade* do direito na determinação da sua autonomia, por diferenciação face à moral, no dizer de Bruno ROMANO: «La morale (...) considera il singolo anche nel suo essere isolato rispetto alle oggettivazioni delle relazioni soggettive; il *diritto* lo considera, invece, solo per quanto si dà nella transitività delle sue condotte oggettivate nelle relazioni e in esse presenta il terzo giuridico, l’Altro-terzo, unità delle tre figure della terzietà, quelle del reale, del simbolico e dell’immaginario». – Bruno ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, *cit.*, p. 266 (itálicos do autor).

<sup>512</sup>António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica...*, *cit.*, p. 197-205.

legislativamente, quer como *cânone* metodologicamente mobilizado na decisão judicial, no momento da interpretação dos critérios convocados, quer ainda como elemento – fundamento e/ou critério – da respectiva ponderação no concreto juízo decisório.

De tudo o que se disse não resultará necessária e directamente a assunção da categoria tolerância como um *cânone metodológico autónomo* na decisão judicativa. Não obstante equacionada a possibilidade de concretamente contribuir – no conjunto dos princípios e critérios convocados – para a concreta decisão judicial, conforme *supra* se admitiu, se e quando o sentido de direito emanado pelo sistema jurídico em causa e o concreto caso *sub judice* o exijam e/ou para tal categoria remetam, expressa ou implicitamente. O que, sendo teoricamente admissível, apenas *in concreto* será facticamente aferível e dogmaticamente demonstrável. Apresentando-se potencialmente, assim, a categoria *tolerância* sob diversas vestes – de *princípio* e/ou *critério extrajurídico* ou de *princípio* e/ou *critério jurídico* –, a respectiva densificação formal-substancialmente determinante no sistema jurídico, consoante a respectiva densificação, conferir-lhe-á, por um lado, ou coarctar-lhe-á, por outro, a participação como *cânone metodológico* – autonomamente e/ou conjugado com os restantes concretamente pertinentes *critérios de decisão* – na ponderação específica do concreto juízo decisório.

Consequentemente, justificar-se-á a convocação da categoria *tolerância* enquanto *princípio extrajurídico* – e, assim, como *intentio*, no sentido de orientação extrajurídica para o jurídico. E ainda, se e quando admitida a *tolerância* enquanto *conteúdo* de um verdadeiro *princípio normativo de tolerância*, no sentido *jurisprudencialista* aqui assumido, representará tal *princípio da tolerância* a assimilação jurídica de um específico conteúdo de valoração ético-moral justificadamente relevante no espaço-temporalmente contextualizado e materialmente determinado sentido *autónomo* que haja de conferir-se ao direito. Sentido este cuja consubstanciação, no actual horizonte de *pluralismo de valor* em crescente acentuação, não será já apenas comunitariamente aferível, para ser antes indagada nos possíveis *interstícios* de consenso entre diversas *comunidades de sentido*, constituindo especificamente uma *comunidade de comunidades* cujo grau de maior ou menor agregação ditará a substância, o nível e as fronteiras do que determine como jurídico. Para, concomitantemente, se projectar fundadamente ainda como *critério*: quer enquanto *cânone* – *extrajurídico* ou mesmo já *especificamente jurídico* – de interpretação

jurídica, quer enquanto efectiva determinação normativa directamente convocável para a resolução de casos juridicamente relevantes.

Com o que aqui decisivamente se assume a fundamentação da selectivamente delimitada assimilação da tolerância pela juridicidade, susceptível de ocorrer se e quando seja normativo-juridicamente necessário filtrar a valoração da realidade à luz das respectivas *condições de possibilidade – divergência de base* (materialmente fundamentada), *liberdade e renúncia à reacção* –, acrescidas da exigência da presença de uma valoração por uma *tercialidade* aferidora da *intersubjectividade* que suscite da autónoma valoração operada pelo direito uma reacção.

Tudo o que será já, em qualquer das configurações enunciadas, decorrência da essencialmente determinante assimilação de tal categoria *tolerância* como fundamento de delimitação do *intervalo* respeitante à *juridicidade*, o qual se construirá na conjugação das *diferenças – rectius*, na selecção das possíveis *semelhanças* essenciais à *intersubjectividade* –, determinando-se assim também progressivamente à luz de um *princípio* e/ou, conseqüentemente, de um *critério de tolerância* o *intervalo* entre *juridicidade* e *ajuridicidade*...



## CONCLUSÃO

### **(IN)JUSTIFICABILIDADE DE UMA COMPREENSÃO *NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL* DA CATEGORIA *TOLERÂNCIA* COMO *INTERVALO* E NO *INTERVALO* ENTRE *JURIDICIDADE* E *AJURIDICIDADE*...**

«*Si fieri potest quod ex vobis est  
cum omnibus hominibus pacem habentes*».  
S. PAULO\*

«*Qu'est-ce que la tolérance?  
C'est l'apanage de l'humanité*».  
VOLTAIRE\*\*

A pergunta pela índole de uma categoria como a *tolerância*, no actual cenário de *pluralismo*, com (*quase*) radical desagregação de referentes, e, mais do que isso, pela possibilidade de equacionar o problema da respectiva projecção jurídica, visando o cumprimento do azimute e itinerário inicialmente traçados para a reflexão aqui apresentada, determinou, em *diálogo* crítico com os múltiplos *discursos* em presença, uma (*re*)*construção* *normativamente substancial* da categoria *tolerância*, a partir do respectivo sentido *eticamente* originário. Configurando-se aqui, portanto, a categoria *tolerância* como uma categoria de base *ética*, uma efectiva *virtude*<sup>1</sup>, de conteúdo

---

\*S. PAULO, *Epistola ad Romanos*, 12, 18, in *Biblia*, disponível em <http://www.ellenwhitebooks.com/biblia.asp?idioma=5&lista=1> (acedido em 23/06/2010).

\*\*VOLTAIRE (François Marie Arouet), “*Tolérance*”, in *Dictionnaire philosophique portatif*, Genève, 1764, disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/tolerance.htm> (acedido em 05/01/2010) e in *Dictionnaire philosophique*, Le Chasseur Abstrait, Almeria, 2005, disponível em <http://www.artistasalfaix.com/doc/.pdf/Voltaire%20-%20Dictionnaire%20philosophique.pdf> (acedido em 23/10/2010 – versão citada), p. 1968-1974, Section II, p. 1968.

<sup>1</sup>Vide, neste sentido, Carl Joseph HERING: «Zu alledem, sollte nicht übersehen werden, daß Toleranz auch eine Tugend und damit eine ethische Größe ist. An der Toleranz als Tugend partizipieren die Gerechtigkeit, die Weisheit und die Liebe». – Carl Joseph HERING, “*Über Toleranz und die Notwendigkeit der Erziehung zur Toleranz*”, in Johannes von den DRIESCH/Josef ESTERHUES/Theodor RUTT (Hrsg.), *Wahrheit und Wert in Bildung und Erziehung*, 1: *Kolner Blatter fur Fragen der Erziehung und des Unterrichts*, Ratingen b. Düsseldorf, Henn, 1955, p. 135 ss., e também in Erich FECHNER/Ernst

*variável*, porém com um núcleo essencial *irreduzível*, a impor-se pela sua *validade* própria – todavia não fundamento de si própria, e assim também não como um *imperativo categórico*, em sentido kantiano, ainda que assumida em função da necessária dimensão axiológica que haverá de fundamentá-la e permiti-la, e, assim, um *princípio de tolerância* enquanto *imperativo condicionado* (desde logo, sobretudo, Parte I, 3., e Parte II, 6.). A categoria *tolerância* surge, portanto, como essencialmente *supererrogatória*, e sempre *em transição* – o que, não obstante, não a determina aqui como necessariamente *elusiva*. Não se reduzindo também, assim, a tolerância a um posicionamento *hierárquico* afirmando a superioridade de uma qualquer *verdade* sobre um qualquer *erro*, antes se estabelecendo como forma de *respeito mútuo* assente no *princípio do reconhecimento da diferença*. Por outro lado, também se não reduzirá a tolerância a uma admissibilidade *acrítica* da *diferença*, antes englobando também um respeito por um *diferente* humana e materialmente *justificado*. Sem reduções *relativistas*, em que as determinação substancialmente fundamentates potencialmente se equivalem, por um lado, nem qualquer absolutização de um *bem*, que as complexas e heterogêneas sociedades dos nossos dias nunca admitiriam, por outro. Pretendendo estabelecê-la como categoria *ética* e/ou *moral* projectada no domínio do jurídico, haverá que reconhecer, desde logo, que a tolerância não só não é (*não deve ser*) o resultado de uma convenção submetida às contingências próprias da *política* – pelo menos enquanto *virtude (tolerance)*, embora talvez já o possa eventualmente ser enquanto *prática (toleration)* –, e não fará, também, sentido constituir uma imposição atemporal e inquestionável, de *ordem superior* – sem que isso implique a respectiva perda da configuração como *virtude* (Parte I, sobretudo 3., e conclusões aí tecidas).

Sentido(s) este(s) da admissibilidade da categoria *tolerância* cuja dilucidação enveredou por caminhos os mais diversos, por entre a complexidade de pressupostos e consequências a que a multiplicidade de *discursos* no imbricado *debate* sobre esta categoria – mormente nos termos em que o mantém a divergência entre *liberalismo(s)* e *comunitarismo(s)* – a expõe, quanto ao respectivo enquadramento jusfilosófico, justeórico e juspolítico. *Figurando-a* e *desfigurando-a*, quer na delimitação de sentido e sustentação da respectiva pertinência face à *autonomia* e *neutralidade* de sentido estritamente *liberal* – fundamentalmente em John RAWLS e Jürgen HABERMAS (Parte II,



1.1.1. e 1.1.2.) –, quer no questionamento e respectiva tentativa de substituição pela *hospitalidade* e/ou pelo *reconhecimento* – tal como, respectivamente, em Emmanuel LÉVINAS e Jacques DERRIDA, por um lado, e Axel HONNETH, por outro (Parte II, 3.2. e 3.3.) –, quer nas propostas *ainda* liberais de correcção material daquelas *autonomia* e *neutralidade* – tal como em Joseph RAZ, Andrew FIALA, Anna Elisabetta GALEOTTI, David FAGELSON e Ronald DWORKIN (Parte II, 1.2.1. a 1.2.4.) – e às mais ou menos assumidas propostas de acentuação *comunitária* (quando não mesmo *comunitarista*...) – menos marcadamente em Michael WALZER, Karl-Otto APEL, Amartya SEN e Martha NUSSBAUM (Parte II, 2.1. a 2.3.), e mais em Alasdair MACINTYRE e Marko ZLOMISLIĆ (Parte II, 2.4.). Destacando-se ainda, distinguindo-se fundamentalmente de todas estas, porém consubstanciando-se a partir dos respectivos contributos, a construção *substancial*, e, não obstante, também *discursiva*, da categoria tolerância como *conceito normativamente dependente*, assente num *princípio de justificação geral e recíproca*, proposta por Rainer FORST. E assumindo ainda como referência fundamental, designadamente no que à problematização de um *sentido jurídico* de tolerância respeita, o diagnóstico de Arthur KAUFMANN, na respectiva conformação do *princípio da tolerância* como efectivo *princípio jurídico*, e que surge criticamente espelhado a cada passo da proposta de conformação jurídica da categoria tolerância aqui apresentada.

Em resultado destes diálogos, mais ou menos *divergentes*, não surge aqui a categoria *tolerância* densificada como *conceito normativamente dependente* de um independente *direito à justificação*, dialógico-procedimentalmente compreendido como possibilidade *recíproca* e *geral* de *reconhecimento* e/ou *tolerância* – presente na tese de Rainer FORST (Parte II, 4. e 6.2.3.1.4, e Parte III, 3.1.2.3.) –, antes como um *conceito normativamente dependente* a exigir um materialmente fundamentante *conceito normativamente independente*, postulando como seu fundamento um *princípio do reconhecimento da diferença* – este também não já como princípio de afirmação positiva de prestações, ainda que possa implicá-las, mas, anterior e independentemente, como *princípio do reconhecimento da possibilidade da diferença*, e do *outro* enquanto *diferente*, se e na medida dessa *diferença* – e, assim, em nítida divergência também face à tese de Anna Elisabetta GALEOTTI (Parte II, 1.2.3., 6.2.3.1.1.). Estruturando-se, assim, por um lado, esta *compreensão normativamente substancial da categoria tolerância* densificando os respectivos *sujeitos*, *objecto(s)* e *elementos constitutivos* – estes aqui compreendidos enquanto *condições de possibilidade*, identificados como *divergência de*

*base essencial* (materialmente fundamentada), *liberdade e renúncia à reacção* (Parte II, 6.2.3.2., 6.2.3.3.) –, para ainda, por outro lado, lhe reconhecer, e nela identificar, operando uma respectivamente crítica desambiguação, os concomitantes *paradoxos e limites* (Parte II, 7.). E, com isso, chegar a uma determinação da categoria *tolerância* como *categoria de inteligibilidade* prático-normativamente convocável numa gradação, *rectius*, no *intervalo* substancialmente determinado e normativamente determinante entre a pura e simples *rejeição – exclusive* – e a efectiva *aceitação* – igualmente *exclusive* (Parte II, 8.).

Orientada por referência a uma densificação *jurisprudencialista* da juridicidade, especificamente a respectiva configuração traçada por António CASTANHEIRA NEVES – assumida aqui como ponto de partida e principal interlocutor –, procura a presente reflexão uma densificação *axiologicamente material* das opções a tomar pelo direito perante a crescente afirmação da *diferença*, ou, o que resulta daqui, da actualmente constatável pulverização de *comunidade(s) de comunidades*. Para ponderar, com esse sentido de juridicidade, o papel da categoria *tolerância para o e no* domínio jurídico. Rejeitando-se, portanto, nessa base, as pretensas estritas *neutralidade e igualdade*, enquanto formalmente compreendidas por múltiplas concepções *neoliberais*, que presumivelmente garantiriam ao Estado, e, concomitantemente, ao direito, neutralidade, igualdade, liberdade e autonomia. Tomando, pelo contrário, essas neutralidade, igualdade, liberdade e autonomia na respectiva significação material, também assim legitimantes de um Estado de Direito, e sempre no sentido do equilíbrio que a dialéctica *suum/commune* e correspondente *responsabilidade comunitária* pressupõem e, simultaneamente, exigem (sobretudo Parte I, 3.2., Parte II, 5. e 8., Parte III, 3.1.2.2. e 4.).

Assim, conferir à categoria *tolerância*, na sua projecção jurídica, uma total autonomia face à sua natureza *ética* originária implicaria, como pretendemos demonstrar, substituir-lhe o fundamento e o conteúdo, ou mesmo já recusar-lhe um conteúdo material próprio, para lhe conferir um sentido estritamente formal, *rectius*, materialmente descomprometido, susceptível de, no limite, admitir um qualquer conteúdo. Diferentemente, reconhecemos-lhe um sentido *normativamente material*, dada a sua natureza de *categoria normativamente dependente*, como categoria extrajurídica reportada a uma materialmente fundamentante valoração ética, esta já categoria *normativamente independente* – e, assim, necessariamente, e por via desta, a

situar-se, histórico-culturalmente, num *intervalo*-gradação entre necessários *limites* –, e cuja projecção jurídica se aferirá fundadamente à luz de um sentido de direito ele próprio *materialmente autónomo* (Parte II, 4.2.2., 4.2.3., 6.2.3.2.3., 7.2.3., e Parte III, 3.1.2.3.), e, assim, este – nestes termos e com este sentido e fundamentação – também categoria *normativamente independente*. Postulando-se, portanto, essencialmente, a perspectivação da categoria *tolerância* à luz da *tercialidade* especificamente aferidora da juridicidade, desde a densificação jurídico-dogmaticamente material da respectiva fundamentação e conteúdo à sua concretização, enquanto *princípio* e enquanto *critério* juridicamente convocáveis, e, assim, na discussão da determinação da *relevância jurídica* de um *princípio de tolerância* como o aqui projectado, e, paralela e consequentemente, da respectiva problematização da necessidade-possibilidade-admissibilidade de evolução no sentido de uma tutela mais ou menos densa, potencialmente multidimensional, à luz de outro ou outros princípios, mormente do *princípio do reconhecimento*<sup>2</sup>. Com o aqui referencial *reconhecimento da diferença*, não sendo prévio a qualquer determinação material de valoração, e portanto não, assim, livre de qualquer pré-suposição axiológica, a permitir discernir um amplíssimo leque de opções de *formas de vida*, determinando, assim, uma específica perspectivação do posicionamento do jurídico perante a *diferença*, no contexto *intracomunitário*, por um lado, e *intercomunitário*, por outro. Ou, de outro modo, e mais amplamente, *intracivilizacional* e *intercivilizacional*. O primeiro a exigir que as crescentes diferenças internas sejam juridicamente integradas, positiva ou negativamente, e, deste modo, assimiladas por princípios e critérios jurídicos objectivos. O segundo a comprovar que matrizes culturais comuns podem conduzir – e historicamente conduziram – a *modelos de reconhecimento* radicalmente diversos, pelo menos enquanto macroscopicamente entendidos. O que poderá também esclarecer algumas das ambiguidades suscitadas pelos actualmente variadíssimos *discursos da tolerância* – designadamente o problema do *sentido do jurídico* possível no diálogo intercivilizacional, e isto no sentido de que aí ser pertinente um assumido *discurso político*, sem dissimulação sob as vestes de um pretensamente universalizável *discurso jurídico*...

---

<sup>2</sup>«Das klassische Toleranzgebot mit der ihm eigenen “Ablehnungskomponente” reflektiert diese Einsicht, indem es die Bürger zwar zu eine Respektierung ihrer gegenseitigen Freiheit, nicht aber zu eine umfassenden Anerkennung verpflichtet. (...) Das Toleranzgebot ist insoweit von einer zurückhaltenderen Erwartungshaltung geprägt, die in einer pluralistischen Gesellschaft nur heilsam sein kann». – Stefan HUSTER, “Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft“, *cit.*, p. 35.

Reflexão esta de que constitui, a final, a relevância normativamente constitutiva do *intervalo da tolerância* no *intervalo da juridicidade* o resultado aqui decisivo. Posto que tomado agora como determinação dos indagados conteúdo, posição e relevo normativos da categoria tolerância enquanto categoria normativamente substancial perspectivada a partir de uma projecção *jurisprudencialista* da juridicidade. E decisivo porquanto nele se evidencia o relevo normativamente material da categoria tolerância *no e para o* jurídico, e ainda na medida em que nele se jogam as ponderações-valorizações práticas das diferentes *comunidades* componentes de uma *comunidade alargada*, e determinante da *diferença-diálogo-tradução* possível, em termos intra e intercomunitários, intra e intercivilizacionais.

Neste *intervalo*, a tolerância desempenhará um papel fundamental na determinação da *presença* e/ou *ausência* de exigências de valorização e regulação jurídicas – e, conseqüentemente, de *relevância jurídica* –, enquanto filtro, em situações cuja referência ao sentido postulado para a juridicidade no sistema jurídico vigente se não encontre completamente estabilizada. Suscitando, conseqüentemente, o tratamento como juridicamente *irrelevantes* – embora não necessariamente juridicamente *indiferentes...* – de determinados comportamentos que, dada a substancialização concomitantemente possível da axiologia especificamente jurídica subjacente ao contexto-*referente*, caiam fora da *necessidade* – quando não mesmo da *possibilidade*, ou mesmo já da *legitimidade...* – de uma tutela jurídica positiva substancial mais profunda, esta última requerendo já um efectivo *reconhecimento positivo*, enquanto afirmação da diferença e conseqüente protecção positiva do respectivo conteúdo (Parte II, 8., e, Parte III, 3.1.2.5., 3.2., 4.).

Com o que a determinação aqui essencial da consideração jurídica da tolerância se compreenderá, no sentido em que intentámos assumi-la, enquanto assente numa ponderação valorativa – cultural-comunitariamente sedimentada e jurídico-dogmaticamente densificada – assente numa base de diálogo-*tradução* suficientemente fundamentante. O que, do ponto de vista da fundamentação axiológico-material que ao direito haverá de conferir-se, opera essencialmente na determinação da gradação da necessidade e/ou pertinência da relevância jurídica. Estabelecendo novos desafios quer à consideração do posicionamento do *minus* a que o direito se encontra vinculado quer à determinação dos limites de um *maius* legitimamente definido pela valorização ou valorizações comunitárias tomadas como fundamentante *horizonte de referência*.

Um tal posicionamento e densificação da categoria tolerância, nos termos aqui delineados, só será efectivamente pensável tomando-se por postulado essencial a asserção de que o direito só constituirá verdadeiramente um *projecto humano* se, cumulativamente, o homem souber reconhecer-se, a si e aos outros, na sua *finitude*, mas também na sua *dignidade*, e o direito o tomar como sujeito nessa condição. E, assim, enquanto *força normativamente agregadora*, abertamente *dialéctica* e *dialógica*, congregante do *homem* na sua *humanidade*. E, concomitantemente, neste quadro postulando que a perspectivação da categoria *tolerância* como *virtude ética* não preclui a sua decisiva relevância jurídica, ainda que *indirecta*, na determinação de conteúdo ao jurídico, e *selectiva*, na admissibilidade do mesmo. E a tolerância assim, também, como *virtude-intervalo*, mas substancialmente *ética*, na respectiva projecção jurídica advindo *enquanto intervalo* entre *juridicidade* e *ajuridicidade*, por um lado, e *no intervalo* entre *ajuridicidade* e *juridicidade*, por outro (Parte III, 3. e 4.).

Tudo o que nos reconduz, terminando – como principiámos –, depois de percorridos distintos caminhos – e, assim, elucidadas as respectivas *semelhanças* e *diferenças*... –, à convocação de Arthur KAUFMANN (Parte III, 3.1.2.1.). Para mobilizar, de novo, essencialmente como reflexão simultaneamente *final* e *inicial*, evidentemente *mutatis mutandis*, face à perspectiva *normativamente substancial da categoria tolerância* por nós afirmada –, do final da sua *Rechtsphilosophie*, a enunciação do *imperativo categórico da tolerância*. E este sobretudo no seu *significante*, não tanto já no seu *significado* – não se assumindo aqui o *princípio da tolerância* como princípio de índole estritamente jurídica, nem se admitindo a respectiva classificação como *imperativo categórico*. Havendo antes de compreender-se tal *princípio da tolerância*, respectivamente, como *princípio extrajurídico* com *projecção jurídica*, e como *imperativo condicionado*, que não *fundamento de si próprio*. Pelo que vai aqui invocado, essencialmente, naquilo que dele possa justificadamente relevar para uma determinação da *intersubjectividade jurídica*, *enquanto determinação da acção no sentido da máxima prevenção ou diminuição da miséria humana*: «Handle so, daß die Folgen deiner Handlung verträglich sind mit der größtmöglichen Vermeidung oder Verminderung menschlichen Elends»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup>Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 344.



## **BIBLIOGRAFIA**





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AARNIO, Aulis/PECZENIK, Aleksander – “On Values. Universal or Relative?”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, December 1996, p. 321-330;
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra (1983), 2.ª Ed., 1999, reimpressão de 2006;
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – “Literatura jurídica? (Impressões de um leitor)”, in Helena BUESCU/Sónia RIBEIRO/Cláudia TRABUCO (Ed.), *Direito e Literatura: mundos em diálogo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 129-135 (também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIV, 2008, p. 687-693);
- ABUSHARAF, Rogaia Mustafa (Ed.) – *Female Circumcision: Multicultural Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006;
- ADORNO, Theodor W. – *Ästhetische Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, citado na tradução portuguesa, *Teoria Estética*, tradução de Artur MORÃO, Edições 70, Lisboa, 1988;
- ADORNO, Theodor W. – *Über Walter Benjamin*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, citado na tradução castelhana *Sobre Walter Benjamin*, tradução de Carlos FORTEA, Catedra, Madrid, 2001;
- ADORNO, Theodor W./ HORKHEIMER, Max – *Dialektik der Aufklärung*, Querido Verlag, Amsterdam, 1947, citado na tradução francesa *La dialectique de la raison*, tradução de Eliane KAUFHOLZ, Gallimard, Paris, 1974;
- ADRAGÃO, Paulo Pulido – *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Almedina, Coimbra, 2002;
- ADRAGÃO, Paulo Pulido – “Crucifixos e minaretes: a religião no espaço público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção de conflitos religiosos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, número especial, Ano VII, 2010, p. 463-473;
- ADRIANI, Maurilio – *Storia delle Religioni*, Nardini, Firenze, 1988, citado na tradução port. *História das Religiões*, tradução de João GAMA, Edições 70, Lisboa, 1997;
- AGOSTINHO, SANTO – *De civitate Dei, Liber Tertius*, Mogutina: Petru Schoiffer de Gernsheim, 1473, 5, Septembris. Capitula 29-31, disponível em [http://webopac.sib.uc.pt/search~S74\\*por?/tde+civitastedei/tde+civitastedei/-3%2C0%2C0%2CX/1856&FF=tde+civitate+dei&1%2C%2C2%2C1%2C0/indexsort=-](http://webopac.sib.uc.pt/search~S74*por?/tde+civitastedei/tde+civitastedei/-3%2C0%2C0%2CX/1856&FF=tde+civitate+dei&1%2C%2C2%2C1%2C0/indexsort=-) (acedido em 28/02/2012);
- ALEXY, Robert – *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978, 1983;
- ALEXY, Robert – *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2985, Zweite Auflage, 1994;
- ALEXY, Robert – “Idée et structure d’un système du droit rationnel”, in “*Archives de Philosophie du Droit*”, Tome 33, 1988, p. 23-38;
- ALEXY, ROBERT – “Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft”, in Robert ALEXY/Ralf DREIER (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft 51, XV. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*, Göttingen, 18-24 August 1991, Band 1, vol. 1, p. 11-29;
- ALEXY, Robert – “Basic Rights and Democracy in Habermas’s Procedural Paradigm of the Law”, in *Ratio Juris*, vol. 7, n. 2, July 1994, p. 227-238;
- ALEXY, Robert – “The Special Case Thesis”, in *Ratio Juris*, vol. 12, n. 4, December 1999, p. 374-384;
- ALEXY, Robert – “The Dual Nature of Law”, *IVR 24th World Congress’s Papers (Plenary Sessions)*, Beijing 15-20 September 2009 («Global Harmony and Rule of Law»), p. 257-274; também in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 2, June 2010, p. 167-182 (versão citada);
- ALEXY, Robert/DREIER, Ralf (Hrsg.) – *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft 51, XV. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*, Göttingen, 18-24 August 1991, Band 1, vol. 1,
- ALMEIDA, Luís Nunes de – “Para onde vai a tolerância em Portugal?”, in Alfredo DINIS (Org.), *Para onde vai a cultura portuguesa?*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Filosofia, Braga, 2001, p. 93-108;
- ALMEIDA, Luís Nunes de – “Tolerância, Constituição e Direito Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n.º 2, Abril-Junho 2003, p. 159-175;
- ALVES, Pedro Delgado – “Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública - Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, Coimbra, 2005, vol. II, p. 241-270;

- AMARAL, Maria Lúcia – “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 35-57;
- ANDERSON, Charles – *Pragmatic Liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009;
- ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral da relação jurídica*, Almedina, Coimbra, 1960, vol. I;
- ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral das Obrigações* (1958), 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1966;
- ANDRÉ, João Maria – *Diálogo intercultural, utopia e mestiçagens em tempos de globalização*, Ariadne, Coimbra, 2005;
- ANGENENDT, Arnold – *Toleranz und Gewalt. Das Christentum zwischen Bibel und Schwert*, Aschendorff, Münster, 2007;
- APEL, Karl-Otto – *Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988;
- APEL, Karl-Otto – „Normative Begründung der ‚Kritischen Theorie‘ durch Rekurs auf lebens-weltliche Sittlichkeit? Ein transzendentalpragmatisch orientiert Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken“, in Axel HONNETH/Thomas MCCARTHY/Claus OFFE/Albrecht WELLMER, *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, cit na tradução francesa *Penser avec Habermas contre Habermas*, tradução de Marianne CHARRIÈRE, L’Éclat, Paris, 1990;
- APEL, Karl-Otto – “Plurality of the Good? The Problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 199-212;
- ARAGÃO, Maria Alexandra de SOUSA – *O princípio do nível elevado de protecção ecológica: resíduos, fluxos de materiais e justiça ecológica*, 2004, Almedina, Coimbra, 2006;
- ARAÚJO, Fernando – “Lógica jurídica e informática jurídica. Da axiomatização deontica às estruturas não monotónicas do raciocínio rebatível”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra 1999, vol. I, p. 7-71;
- ARGIROFFI, Alessandro – “Una Filosofia del diritto secondo Bruno Romano”, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n.º 3, 2003, p. 581-590 (recensão do livro de Bruno ROMANO, *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002);
- ARENDT, Hannah – *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, citado na tradução portuguesa *A condição humana*, tradução de Roberto RAPOSO, Relógio d’Água, Lisboa, 2001;
- ARISTÓTELES – *Ética a Nicómaco*, tradução portuguesa de António de Castro CAEIRO, Quetzal, Lisboa, 2004, 3.ª Ed., 2009; também citado na tradução francesa *L’Éthique à Nicomaque*, de René Antoine GAUTHIER/Jean Yves JOLIF, deuxième édition, Peeters, Nauwelaerts, Louvain-la Neuve 2002, tomo I – *Deuxième Partie: Traduction*; tomo II – *Première Partie, Commentaire: Livres I-IV*; tomo II – *Deuxième Partie, Commentaire: Livres VI-X*;
- ASCENSÃO, José de Oliveira – *Estudos sobre direito da internet e da sociedade de informação*, Almedina, Coimbra, 2001;
- AUBENQUE, Pierre – *La Prudence chez Aristote*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, 3.ª Ed., 1999, citado na tradução castelhana *La prudencia en Aristóteles*, tradução de Maria José Torres GÓMEZ-PALLETE, Crítica, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1999;
- AURÉLIO, Diogo Pires – “Tolerância/intolerância”, *Enciclopédia Einaudi*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1996, vol. 22, p. 179 ss.;
- AURÉLIO, Diogo Pires – *Um fio de nada. Ensaio sobre a tolerância*, Cosmos, Lisboa, 1997;
- AUSTIN, John L. – *How To Do Things With Words*, 2. Edition, J. O. URMSON and M. SBISA, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962;
- BAILLY, Anatole – *Dictionnaire Grec-Français*, Hachette, Paris, 1895, 1984;
- BALDWIN, Thomas – “Toleration and the Right to Freedom”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration: Philosophical Studies*, Routledge, London, 1985, p. 36-52;
- BALIBAR, Etienne – “Dissonances within Laïcité”, in *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 353-367;
- BALKIN, J. M. – “Deconstructive Practice and Legal Theory”, in *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, n. 4, p. 743-786;
- BALKIN, Jack M. – “Nested Oppositions”, in *The Yale Law Journal*, n. 99, 1990, p. 1669-1705;
- BALKIN, Jack M. – “Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice”, in *Michigan Law Review*, vol. 92, n. 5, March 1994, p. 1131-1186, disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/transdecon1.pdf> (acedido em 14/09/2012);

- BALKIN, Jack M. – “*Being Just With Deconstruction*”, in *Social and Legal Studies*, 1994, p. 393 ss. (também em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/beingjust1.htm>, acessado em 14/09/2012);
- BALKIN, Jack M. – “*Deconstruction’s Legal Career*” (1998), in *Cardozo Law Review*, vol. 27, n. 2, 2005, p. 719-740 (disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconstructionslegalcareer1.pdf>, acessado em 14/09/2012);
- BALKIN, Jack M. – *Cultural Software. A Theory of Ideology*, Yale University Press, New Haven, London, 1998;
- BAPTISTA, Fernando Paulo do Carmo – “*Sob o signo da luz ou a «centelha» [scintilla] de Zeus na palavra «teoria» [θεωρία (theoria)]*”, Universidade dos Açores, Ponta Delgada, 2008;
- BARBAS, Stela – “*Morte e dignidade humana numa perspectiva jurídica*”, in Rui NUNES, Guilhermina REGO, Ivone DUARTE (Coord.), *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*, Associação Portuguesa de Bioética, Coimbra 2009, p. 81-92;
- BARRET-DUCROCQ, Françoise (Dir.) – *L’intolérance* (Académie Universelle des Cultures), Grasset, Paris, 1998;
- BARZILAI, Gad – *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*. University of Michigan Press, Ann Arbor, 2003;
- BARZILAI, Gad – “*Cultural Identities*”, in David S. CLARK (Ed.), *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2007 (disponível em [http://faculty.washington.edu/gbarzil/pubs/06\\_CulturalIdentities\\_prepub.pdf](http://faculty.washington.edu/gbarzil/pubs/06_CulturalIdentities_prepub.pdf), acessado em 25/10/2010);
- BAUMAN, Zygmunt – *Life in Fragments. Essays in Postmodern Morality*, Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1995;
- BAUMAN, Zygmunt – *Globalization: The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge, Oxford, New York, 1998;
- BAUMAN, Zygmunt – *Europe: An Unfinished Adventure*, Polity Press, Cambridge, Malden, 2004;
- BAUMAN, Zygmunt – *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Polity/Blackwell, Cambridge, Malden, 2004;
- BAYLE, Pierre – *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ: "Contrain-les d'entrer" ou Traité de la tolérance universelle*, Rotterdam, 1686, Frisch & Böhm, Rotterdam, 1713, tomo I e II, Elibron Classics, Adamant, Chestnut Hill, Massachusetts, 2005;
- BECK, Ulrich – *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, 2007;
- BECK, Ulrich/GRANDE, Edgar – *Das kosmopolitische Europa. Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004;
- BECK, Ulrich – *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004;
- BEISER, Arthur – *Concepts of Modern Physics*, fifth edition, McGraw Hill, New York, 1995;
- BELLAMY, Richard – “*Toleration, Liberalism and Democracy: A Comment on Leader and Garzón Valdés*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p.177-186;
- BENHABIB, Seyla – *The Claims of Culture: Equality and Diversity*, Princeton University Press, Princeton, 2002;
- BENHABIB, Seyla – *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- BENHABIB, Seyla (et al.) – *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, New York, 2006;
- BENJAMIN, Walter – “*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*” (1935), in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1936, e in TIEDEMANN, Rolf/SCHWEPPEHÄUSER, Hermann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften. Walter Benjamin*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, 2. Auflage, 1978-1979, vol. I.2, p. 431-469 (*Erste Fassung*), e *ibidem*, vol. I.2, p. 471-508, e vol. VII.I, p. 350-384 (*Zweite Fassung*);
- BERTENS, Hans – *The Idea of the Postmodern*, Routledge, New York, London, 1995;
- BERTI, Enrico – *Aristotele nel Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, citado na tradução portuguesa *Aristóteles no Século XX*, tradução de Dion Davi MACEDO, Loyola, São Paulo, 1997;
- BERTI, Enrico – “*The Reception of Aristotle’s Intellectual Virtues*”, in *Revista Portuguesa de Filosofia*, tomo LVI, Jul.-Dez. 2000, p. 345-360;
- BERTMAN, Stephen – *Hyperculture: The Human Cost of Speed*, Praeger Trade, Westport, 1998, citado na tradução portuguesa *Hipercultura. O preço da pressa*, tradução de Ana ANDRÉ, Piaget, Lisboa, 2001;

- Bíblia Sagrada*, Difusora Bíblica, Lisboa, 16.<sup>a</sup> Ed., 1992; também citada a versão latina, disponível em <http://www.ellenwhitebooks.com/biblia.asp?idioma=5&lista=1> (acedido em 23/06/2010);
- BIRNBACHER, Dieter (Hrsg.) – *Bioethik als Tabu? Toleranz und ihre Grenzen*, Lit, Münster, 2000;
- BLOCH, Ernst – *Das Prinzip Hoffnung*, Aufbau, Berlin, 1954–1959;
- BLOOM, Paul – “Toward a Theory of Moral Development”, in John BROCKMAN (Ed.), *The Next Fifty Years: Science in the First Half of the Twenty-First Century*, Vintage Books, New York, 2002, p. 74 ss., citado na tradução portuguesa *Os próximos 50 anos: a ciência na primeira metade do século XXI*, tradução de Rui César VILÃO, Esfera do Caos, Lisboa, 2008, p. 83-91;
- BOBBIO, Norberto – “Le ragioni della tolleranza”, in P. C. BORI (Ed.), *Eguali e diversi nella storia*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 243-257;
- BOBBIO, Norberto – “Tolleranza e verità”, in *Lettera Internazionale*, 15, 1988, p. 16-18;
- BOBBIO, Norberto – *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990;
- BOLLINGER, Lee C. – *The Tolerant Society*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986;
- BOHMAN, James – “Deliberative Toleration”, in *Political Theory*, vol. 31, n. 6, 2003, p. 757-779;
- BOHMAN, James – “Reflexive Toleration in a Deliberative Democracy”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 111-131;
- BORGES, Anselmo – *Corpo e transcendência*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 2003;
- BORGES, Anselmo – “Secularização e tolerância”, in *Revista de História das Ideias*, 2004, p. 129-146;
- BORGES, Anselmo (Coord.) – *Deus no século XXI e o futuro do Cristianismo*, Campo das Letras, Porto, 2007;
- BORGES, Anselmo – *Religião e diálogo inter-religioso*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010;
- BORGES, Anselmo/MONTEIRO, João Gouveia (Coord.) – *As três religiões do livro*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012;
- BORRADORI, Giovanna – *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, University of Chicago Press, Chicago, 2003;
- BOTIVEAU, BERNARD – “Tolerance and Law: From Islamic Culture to Islamist Ideology”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 61-74;
- BOUHDIBA, Abdelwahab, “On Islamic Tolerance”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable (Diogenes)*, vol. 44, n. 176, December 1996, Berghahn Books, Providence, Oxford, 1996, p. 121-136;
- BOURETZ, Pierre (Dir.) – *La force du droit: Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991;
- BRAUDEL, Fernand – *Écrits sur l'histoire*, Flammarion, Paris, 1969, citado na tradução portuguesa *Escritos sobre a História*, tradução de Francisco Paiva BOLÉO, Dom Quixote, Lisboa, 1997;
- BRINK, Bert van der/OWEN, David (Ed.) – *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007;
- BRINK, Bert van der – *Book Review from Rainer FORST, Das Recht auf Rechtfertigung Elemente einer konstruktivistischer Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007, in *Krisis. Journal for Contemporary Philosophy*, 2008, Issue 3, p. 56-61;
- BRITO, José de Sousa e – “Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, *STVDIA IVRIDICA*, 90, *Ad Honorem* – 3, *Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 289-334;
- BROCKMAN, John (Ed.) – *The Third Culture. Beyond The Scientific Revolution*, Touchstone, New York, 1995, citado na tradução portuguesa *A terceira cultura. Para além da revolução científica*, tradução de Álvaro Augusto FERNANDES, Temas e Debates, Lisboa, 1998;
- BROCKMAN, John (Ed.) – *The Next Fifty Years: Science in the First Half of the Twenty-First Century*, Vintage Books, New York, 2002, citado na tradução portuguesa *Os próximos 50 anos: a ciência na primeira metade do século XXI*, tradução de Rui César VILÃO, Esfera do Caos, Lisboa, 2008;
- BRODER, Henryk M. – *Kritik der reinen Toleranz*, Wolf Jobst Siedler jr., Berlin, 2008, Pantheon, München, 2009;
- BROER, Ingo/SCHLUETER, Richard (Hrsg.) – *Christentum und Toleranz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1996;
- BROER, Ingo – “Toleranz im Neuen Testament? Ein Versuch zum Toleranzgedanken in den paulinischen Briefen”, in Ingo BROER/Richard SCHLUETER (Hrsg.), *Christentum und Toleranz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1996, p. 57-82;

- BROGLIO, Francesco Margiotta – “*Tolerance and the Law*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 252-265;
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, p. 177-199 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 9-29);
- BRONZE, Fernando José Pinto – *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – STVDIA IVRIDICA*, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994;
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIII, 1997, p. 81-119 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 81-117);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*O jurista: pessoa ou andróide?*”, in *AB UNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 73-122 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 31-79);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, 2000, p. 13-33 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 119-137);
- BRONZE, Fernando José Pinto – *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 2ª Ed., Coimbra, 2006;
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*O problema da analogia iuris (algumas notas)*”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 147-162 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 265-280);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*A metodonomologia (para além da argumentação)*”, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO /José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, STVDIA IVRIDICA, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 335-373 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 191-231);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito (quatro variações sobre o tema)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIV, 2008, p. 59-88 (também in *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 281-309);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*Praxis, problema, nomos (um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)*”, in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 37-66 (também in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, p. 81-107; e em *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 233-263);
- BRONZE, Fernando José Pinto – “*Pj → Jd: A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)*”, in Fernando José Pinto BRONZE, *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 311-391;
- BRONZE, Fernando José Pinto – *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- BROWN, Wendy – “*Reflexionen über Toleranz im Zeitalter der Identität*”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 257-281;
- BROWN, Wendy – *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton University Press, Princeton, 2006;
- BRUGGER, Winfried/ HAVERKATE, Görg (Hrsg.) – *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 84, Franz Steiner, Stuttgart, 2002;
- BUBNER, Rüdiger – “*Die Dialektik der Toleranz*”, in Rüdiger BUBNER, *Drei Studien zur politischen Philosophie*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1999, p. 47-62 («Zur Dialektik der Toleranz»); também in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 45-59 (versão citada);
- BUBNER, Rüdiger – *Drei Studien zur politischen Philosophie*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1999;

- BUESCU, Helena/RIBEIRO, Sónia/TRABUCO, Cláudia (Ed.) – *Direito e Literatura: mundos em diálogo*, Almedina, Coimbra, 2010;
- CABRAL, R. – “Virtude”, in *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, Lisboa, São Paulo, 1992, vol. V, p. 541-544;
- CABRAL, R. – “Tolerância”, in *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, Lisboa, São Paulo, 1992, vol. V, p. 182;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra (1982), 2.ª Ed., 2001;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Princípios: entre a Sabedoria e a Aprendizagem”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006, p. 1-14 (também in Jorge de FIGUEIREDO DIAS/José Joaquim GOMES CANOTILHO/José de FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, STVDIA IURIDICA*, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 375-387);
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital – *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- CANOTILHO, Mariana Rodrigues/PINTO, Ana Luísa – “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, vol. II, p. 231-265;
- CANOVAN, Margaret – “Hannah Arendt and Toleration”, in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 177-198;
- CÁNOVAS, Diego Espín – “Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código Civil”, in *Anales de la Universidad de Murcia*, 1952-1953, vol. XI, 3.º trimestre, p. 673-688, especialmente p. 681-688, disponível em <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6577/1/N%201%20Apuntes%20sobre%20la%20obligacion%20natural%20en%20nuestro%20Codigo%20Civil.pdf> (acedido em 25/08/2012);
- CARBONNIER, Jean – “L’hypothèse du non-droit”, in *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 8, 1963, p. 55-74;
- CARO, Alessandro di – “Genealogia e Potere in Michel Foucault”, in *Hermeneutica*, Urbino, n.º 2, 1982, p. 157-174;
- CARSON, D. A. – *The Intolerance of Tolerance*, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan, Cambridge, 2012;
- CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981;
- CARVALHO, Orlando de – “Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)”, in *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 527-545;
- CASTRO, Catarina Sarmento e – “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. II, p. 65-95;
- CATROGA, Fernando – “Secularização e laicidade. Uma perspectiva histórica e conceptual”, in *Revista de História das Ideias*, vol. 25, Coimbra, 2004, p. 51-127;
- CATROGA, Fernando – “A religião civil do Estado-Nação”, in *Revista de História das Ideias*, vol. 26, 2005, p. 503-581;
- CATROGA, Fernando – *Entre deuses e césores. Secularização, laicidade e religião civil*, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2010;
- CAUVIN, Jean – *Institutio Christianae Religionis* (Thomas Platter & Balthasar Lasius, Basileae, 1536), Oliua Roberti Stephani, Genevae, 1559;
- CAZDYN, Eric/SZEMAN, Imre – *After Globalization*, Wiley-Blackwell, Oxford, Malden, 2011;
- CHANGEAUX, Jean-Pierre (Dir.) – *Une même éthique pour tous?*, Odile Jacob, Paris, 1997 (Actas das Jornadas Anuais de Ética de 1997), citado na tradução portuguesa *Uma mesma ética para todos?*, tradução de Joana CHAVES, Piaget, Lisboa, 1999;

- CHANTRAINE, Pierre – *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, des mots, Klincksieck, Paris, 1968, 1999;
- CICERUS, Marcus Tullius – *De Officiis*, citado na tradução bilingue de Walter MILLER, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann, London (1913), 1956;
- CICERUS, Marcus Tullius – *Paradoxa Stoicorum*, in *De Oratore*, Liber III, citado na edição bilingue com tradução inglesa de E. W. SUTTON/H. RACKHAM, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann, London, 1948, vol. II, p. 251-309;
- CICERUS, Marcus Tullius – *De finibus bonorum et malorum*, citado na edição bilingue com tradução inglesa de H. RACKHAM, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999;
- CLARO, João Martins – “O princípio da igualdade”, in Jorge MIRANDA (Org.), *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1987, p. 29-38;
- COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos/SILVA, António Sá da (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012;
- COHEN, Brenda – “An Ethical Paradox”, in *Mind*, 76, 1967, p. 250-259;
- COHEN-ALMAGOR, Raphael – *The Scope of Tolerance: Studies on the Costs of Free Expression and the Freedom of the Press*, Routledge, London, New York, 2006;
- COLEMAN, Jules – *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001;
- COLEMAN, Jules (Ed.) – *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001;
- COLEMAN, Jules – “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n.4, 2007, p. 581-608;
- COLEMAN, Jules – “Beyond Inclusive Legal Positivism”, in *Ratio Juris*, vol. 22, n. 3, September 2009, p. 359-394;
- COLEMAN, Jules – “The Architecture of Jurisprudence”, in *The Yale Law Journal*, vol. 121, n. 1, October, 2011, p. 1-80;
- COLLIER, Charles W. – “A legal Theory of Tolerance and Perspective”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, vol. 84, n. 1, p. 59-86;
- COMANDUCCI, Paolo – “Some Comments on Toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 187-192;
- CONWAY, Trudy D. – “From Tolerance to Hospitality: Problematic Limits of a Negative Virtue”, *Society of Philosophy in the Contemporary World 2004 Conference*, disponível em <http://faculty.msmary.edu/Conway/PHIL%20344/From%20Tolerance%20to%20Hospitality%20revised%207-11.pdf> (acedido em 20/05/2010);
- CORNELL, Drucilla – *The Philosophy of the Limit*, Routledge, New York, London, 1992;
- CORNELL, Drucilla/ROSENFELD, Michel/CARLSON, David Gray (Ed.) – *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Taylor and Francis, New York, 1992;
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona/MOREIRA, Isabel/D’ALMEIDA, Luís Duarte – *O casamento entre pessoas do mesmo sexo – três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008;
- CORTÊS, António Ulisses – “O princípio da dignidade humana em Kant”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p.601-631;
- CORTÊS, António Ulisses – *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Universidade Católica, Lisboa, 2010;
- CORVI, Roberta – *Invito al pensiero di Karl Popper*, Milano, 1993, citado na tradução inglesa *An Introduction to the Thought of Karl Popper*, tradução de Patrick CAMILLER, London, New York, 1997;
- COSTA, José Francisco de Faria – “A linha (algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética””, in J. A. PINTO RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 397-411;
- COSTA, José Francisco de Faria – “O fim da vida e o direito penal”, in Manuel da COSTA ANDRADE/José de FARIA COSTA/Anabela MIRANDA RODRIGUES/Maria João ANTUNES, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 759-807;
- COSTA, José Francisco de Faria – “O Direito Penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 1139-1165;

- COSTA, José Francisco de Faria – *As linhas rectas do direito, Instituto da Conferência*, Porto, 2007;
- COSTA, José Francisco de Faria – “O direito, a justiça e a terceira pessoa”, in António AVELÃS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 497-511;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2009;
- CRICK, Bernard – “Toleration and Tolerance in Theory and Practice”, *Government and Opposition*, 6, n. 2, 1971, p. 144-171;
- CUSA, Nicolau de – *De pace fidei* (1453), in Nicolai DE CUSA, *Opera omnia, iussu et auctoritate Academiae Litterarum Heidelbergensis ad codicum fidem edita, ediderunt commentariisque illustraverunt Raymundus Klibansky et Hildebrandus Bascour, O. S. B., Felicis Meiner, Hamburgi*, vol. VII, 1970; citado também na tradução portuguesa, de João Maria ANDRÉ, *A paz da fé*, Minerva Coimbra, Coimbra, 2002;
- CZIKSZENTMIHALYI, Mihaly – “The Future of Happiness”, in John BROCKMAN (Ed.), *The Next Fifty Years: Science in the First Half of the Twenty-First Century*, Vintage Books, New York, 2002, p. 93-104, citado na tradução portuguesa “O futuro da felicidade”, in John BROCKMAN (Ed.), *Os próximos 50 anos: a ciência na primeira metade do século XXI*, tradução de Rui César VILÃO, Esfera do Caos, Lisboa, 2008, p. 101-110;
- DAWKINS, Richard – *The selfish gene*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1976;
- DAWKINS, Richard – “A Survival Machine”, in John BROCKMAN (Ed.), *The Third Culture. Beyond The Scientific Revolution*, Touchstone, New York, 1995, p. 74-95, citado na tradução portuguesa “Uma máquina de sobrevivência”, in John BROCKMAN (Ed.), *A terceira cultura. Para além da revolução científica*, tradução de Álvaro Augusto FERNANDES, Temas e Debates, Lisboa, 1998, p. 65-83;
- DAWKINS, Richard – “Son of Moore’s Law”, in John BROCKMAN (Ed.), *The Next Fifty Years: Science in the First Half of the Twenty-First Century*, Vintage Books, New York, 2002, p. 145-158, citado na tradução portuguesa “A filha da lei de Moore”, in John BROCKMAN (Ed.), *Os próximos 50 anos: a ciência na primeira metade do século XXI*, tradução de Rui César VILÃO, Esfera do Caos, Lisboa, 2008, p. 145-156;
- DELMAS-MARTY, Mireille – “O direito é universalizável?”, in Jean-Pierre CHANGEAUX (Dir.), *Une même éthique pour tous?*, Odile Jacob, Paris, 1997 (Actas das Jornadas Anuais de Ética de 1997), citado na tradução portuguesa *Uma mesma ética para todos?*, tradução de Joana CHAVES, Piaget, Lisboa, 1999, p. 139-158;
- D’ENTREVÈS, Maurizio Passerin – “Democracy: A Convergent Value? Comments on Sheldon Leader and Ernesto Garzón Valdés”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 193-198;
- DERRIDA, Jacques – *De la grammatologie*, Minuit, Paris, 1967;
- DERRIDA, Jacques – *La dissémination*, Seuil, Paris, 1972;
- DERRIDA, Jacques – *Marges de la Philosophie*, Minuit, Paris, 1972;
- DERRIDA, Jacques et al. – *La faculté de juger*, Minuit, Paris, 1985;
- DERRIDA, Jacques – *Limited Inc.*, Northwestern University Press, Evanston, 1988;
- DERRIDA, Jacques – “Before the Law”, em Derek ATTRIDGE (Ed.), *Acts of Literature*, Routledge, New York, London, 1992, p. 181-220;
- DERRIDA, Jacques – *Politiques de l’amitié*, Galilée, Paris, 1994;
- DERRIDA, Jacques – *Force de loi: le “fondement mystique de l’autorité”*, Galilée, Paris, 1994 (a primeira publicação, em língua inglesa, surgiu na *Cardozo Law Review*, vol. 11, n. 5-6, July-August 1990, p. 919-1045, sob o título “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”; posteriormente, foi publicado em Drucilla CORNELL, Michel ROSENFELD e David Gray CARLSON (Ed.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, London, 1992, p. 3-67; também publicado, em tradução castelhana, sob o título “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, in *Doxa*, 11, 1992, p. 129-191; e em tradução portuguesa, *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, tradução de Fernanda BERNARDO, Porto, 2003);
- DERRIDA, Jacques – *Adieu à Emmanuel Lévinas*, Galilée, Paris, 1997;
- DERRIDA, Jacques – *L’université sans condition*, Galilée, Paris, 2001;
- D’HAUTERIVE, R. Grandsaignes – *Dictionnaire des Racines des Langues Européennes*, Librairie Larousse, Paris, 1948, 1994;
- DIAS, Augusto Silva/RAPOSO, João António/ALVES, João Lopes/D’ALMEIDA, Luís Duarte/MENDES, Paulo de Sousa (Org.) – *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009;
- DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 1999;



- DIAS, Jorge de Figueiredo – “A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137.º, n.º 3949, 2008, p. 202-215;
- DIAS, Jorge de Figueiredo/CANOTILHO, José Joaquim Gomes/COSTA, José de Faria (Org.) – *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, *STVDIA IURIDICA*, 90, *Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- DIDEROT, Denis/ D’ALEMBERT, Jean le Rond (Ed.) – “Tolérance”, in *l’Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751-1765, vol. 16, 1765, p. 390-395;
- DOUZINAS, Costas/WARRINGTON, Ronnie – *Justice Miscarried. Ethics and Aesthetics in Law*, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead, 1994;
- DOUZINAS, Costas – *The End of Human Rights*, Hart, Oxford, Portland, 2000;
- DROLET, Michael – “The Wild and the Sublime: Lyotard’s Post-Modern Politics”, in *Political Studies*, vol. XLII, n. 2, June 1994, p. 259-273;
- DUNNE, Joseph – *Back to the Rough Ground. Practical Judgment and the Lure of Technique*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana (1993), 1997, 2001;
- DUSSEL, Enrique – “Deconstrucción del concepto de ‘Tolerancia’ (De la intolerancia a la solidaridad)”, disponível no sítio da *Asociación de Filosofía y Liberación*, <http://www.afyl.org/articulos.html>, acessado em 07/10/2009 (também em tradução inglesa “Deconstruction of the Concept of ‘Tolerance’: From Intolerance to Solidarity”, in *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 326-333);
- DWORKIN, Ronald – *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, 1984;
- DWORKIN, Ronald – “Is Law a System of Rules?”, in Ronald DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1977, p. 38-65;
- DWORKIN, Ronald (Ed.) – *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1977;
- DWORKIN, Ronald – “The Forum of Principle”, in *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, p. 469-518;
- DWORKIN, Ronald – *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985;
- DWORKIN, Ronald – *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986;
- DWORKIN, Ronald – “Foundations of Liberal Equality”, *Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, Utah, University of Utah Press, 1991, p. 3-119;
- DWORKIN, Ronald – “‘Natural’ Law Revisited”, in *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, Winter 1992, n. 2, p. 165-188;
- DWORKIN, Ronald – *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Knopf, New York, 1993), First Vintage Books, New York, Toronto, 1994;
- DWORKIN, Ronald – “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, in *Philosophy & Public Affairs*, 25, n. 2, Spring 1996, p. 87-139, também disponível em <http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf> (acesso em 02/07/2011);
- DWORKIN, Ronald – *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000;
- DWORKIN, Ronald – *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006;
- DWORKIN, Ronald – *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011;
- EBACH, Jürgen – “Toleranz. Annäherungen an einen schwierigen Begriff”, in Sabine HERING (Hrsg.), *Toleranz: Weisheit, Liebe oder Kompromiss?: multikulturelle Diskurse und Orte*, Verlag-Leske+Budrich, Opladen, 2004, p. 15-32;
- EISENHARDT, Ulrich – “Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht”, in *Juristen Zeitung*, 1968, p. 214-219;
- ELSHTAIN, Jean Bethke – “The Communitarian Individual”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 99-109;
- ENGISCH, Karl – “Der rechtsfreie Raum”, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 108, n. 3, 1952, p. 385 ss.;
- ESSER, Josef – *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956, 4. Auf., 1990;
- ETZIONI, Amitai (Ed.) – *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995;

- ETZIONI, Amitai – “Old Chestnuts and New Spurs”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995p. 16-34;
- ETZIONI, Amitai (Ed.) – *The Essential Communitarian Reader*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland, 1998;
- EWALD, François – *Foucault, la norme et le Droit*, Gallimard, Paris, 1980, citado na tradução portuguesa *Foucault, a norma e o Direito*, tradução de António Fernando CASCAIS, Vega, Lisboa, 1993;
- EWALD, François – *L'État Providence*, Grasset & Fasquelle, Paris, 1986;
- EWALD, François – “Le droit du droit”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, 1986, p. 245-259;
- FABRY, Heinz-Josef – “Toleranz im Alten Testament?”, in Ingo BROER/Richard SCHLUETER (Hrsg.), *Christentum und Toleranz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1996, p. 9-34;
- FAGELSON, David – “Two Concepts of Sovereignty: From Westphalia to The Law of Peoples”, in *International Politics*, vol. 38, n. 4, December 2001, p. 499-514;
- FAGELSON, David – “Perfectionist Liberalism, Tolerance and American Law”, in *Res Publica*, Vol. 8, n. 1, January, 2002, p. 41-70;
- FAGELSON, David – “Strong Rights and Disobedience: From Here to Integrity”, in *Ratio Juris*, Vol. 15, 2002, p. 242-266;
- FAGELSON, David – “Justice as Integrity: Objectivity and Social Meaning in Legal Theory”, in *Social & Legal Studies*, Vol. 11, 2002, n. 4, 569-588;
- FAGELSON, David – *Justice as Integrity: Tolerance and the Moral Momentum of Law*, State University of New York Press, New York, 2006;
- FEATHERSTONE, Michael/LASH, Scott (Ed.) – *Spaces of Culture: City, Nation, World*, Sage, London, 1999;
- FECHNER, Eric/HIPPEL, Ernst von/FORST, Herbert (Hrsg.) – *Aequitas und Toleranz. Gesammelte Schriften von Carl Joseph Hering*, Bouvier Verlag Herbert Grundmann, Bonn, 1971;
- FERNANDÉZ, Maria J. Roca – “Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia”, in *Revista de Administración Pública*, 152, 2000, p. 203-228;
- FERNANDÉZ, Maria J. Roca – *La tolerancia en el derecho*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009;
- FERRARI, Silvio – “The New Wine and the Old Cask. Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 75-89;
- FERREIRA, António Gomes – *Dicionário de Latim-Português*, Porto Editora, Porto, s/d;
- FERRY, Luc – *Homo Aestheticus: L'invention du goût à l'âge démocratique*, Grasset & Fasquelle, Paris, 1990;
- FIALA, Andrew – “Toleration”, in *The Internet Encyclopedia of Philosophy* (recolhido em <http://www.iep.utm.edu/t/tolerati.htm>, em 16-04-2008);
- FIALA, Andrew – *Tolerance and the Ethical Life*, Continuum Studies in Philosophy, London, New York, 2005;
- FIKENTSCHER, Wolfgang – *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen (1995), 2nd. edition revised, 2004;
- FISH, Stanley – *There's No Such Thing as Free Speech, And It's A Good Thing, Too*, Oxford, 1994;
- FISH, Stanley – “Mission Impossible. Settling the Just Bounds between Church and State”, *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, p. 2255-2333;
- FLEMING, James E. – “Taking Responsibilities as Well as Rights Seriously”, in *Boston University Law Review*, vol. 90, n. 2, April 2010, p. 839-855;
- FORST, Rainer – *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994;
- FORST, Rainer – “Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 119-143 (também em versão inglesa, “Toleration, Justice and Reason”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Tolerance in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 71-85);
- FORST, Rainer (Hrsg.) – *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000;
- FORST, Rainer – “Toleration as a Virtue of Justice”, in *Philosophical Explorations*, vol. 4, n. 3, 2001, p. 193-206;
- FORST, Rainer – “The Rule of Reasons. The Theory of Deliberative Democracy as an Alternative to Liberalism and Communitarianism”, in *Ratio Juris*, vol. 14, n. 4, December 2001, p. 345-378;

- FORST, Rainer – “Grenzen der Toleranz”, in BRUGGER, Winfried/ HAVERKATE, Görg (Eds.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 84, Franz Steiner, Stuttgart, 2002, p. 9-21 (também em versão inglesa, “*The Limits of Toleration*”, *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 312-325; e in Ingrid CREPELL, Russell HARDIN, Stephen MACEDO (eds.), *Toleration on Trial*, Lexington, Lanham, 2008, p. 17-30);
- FORST, Rainer – *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003;
- FORST, Rainer – *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007;
- FORST, Rainer – *Pierre Bayle’s Reflexive Theory of Toleration*, in Melissa S. WILLIAMS, Jeremy WALDRON (Ed.), *Tolerations and Its Limits*, New York, London, 2008, p. 78-113;
- FORST, Rainer – “*First Things First: Redistribution, Recognition and Justification*”, in *European Journal of Political Theory*, vol. 6, n. 3, July 2007, p. 291-304;
- FORST, Rainer – “*‘To Tolerate Means to Insult’: Toleration, Recognition and Emancipation*”, in Bert van der BRINK, David OWEN (Ed.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 215-237;
- FORST, Rainer – *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Suhrkamp, Berlin, 2011;
- FOTION, Nick – “*Understanding Tolerance*”, in Gerson MORENO-RIAÑO (Ed.), *Tolerance in the Twenty-First Century: Prospects and Challenges*, Lexington, Lanham, 2006, p. 43-50;
- FOUCAULT, Michel – *Histoire de la Sexualité*, Gallimard, Paris, 1976, vol. I, *La Volonté de Savoir*;
- FOWLER, Robert Booth – “*Community: Reflexions on Definition*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 88-95;
- FRASER, Nancy – “*From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age*”, in Cynthia WILLET (Ed.), *Theorizing Multiculturalism: A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford, 1998, p. 19-49;
- FRASER, Nancy – “*Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics*”, in *New Left Review*, 3, May/June 2000, p. 107-120;
- FRASER, Nancy – “*Recognition Without Ethics?*”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 86-108;
- FRASER, Nancy – *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Columbia University Press, New York, 2009;
- FRASER, Nancy/HONNETH, Axel – *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003 (textos de Nancy FRASER traduzidos por Burkhardt WOLF), com versão inglesa *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, London, New York, 2003 (textos de Axel HONNETH traduzidos por Joel GOLB, James INGRAM e Christian WILKE);
- FRIEDMAN, Thomas L. – *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2005;
- FUKUYAMA, Francis – *The End of History and the Last Man*, London, Penguin, 1992;
- FULLER, Lon L. – *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, London (1964), revised edition, 1969;
- GADAMER, Hans-Georg – *Wahrheit und Methode. Grunzüge einer philophischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1960, Auflage 1990, in *Gesammelte Werke 1 – Hermeneutik I*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999;
- GADAMER, Hans-Georg – “*Hermeneutik als theoretische und praktistische Aufgabe*” (1978), in *Gesammelte Werke 2 – Hermeneutik II*, Mohr Siebeck, Tübingen (1986), 2. Auflag (durchgesehen) 1993/1999, p. 301-318;
- GALEOTTI, Anna Elisabetta – “*Contemporary Pluralism and Toleration*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 223-235;
- GALEOTTI, Anna Elisabetta – “*Zu einer Neubegründung liberaler Toleranz. Eine Analyse der ‘Affaire du Foulard’*”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 231-256 (tradução para alemão de Bernd LADWIG; existe uma versão anterior, intitulada “*Citizenship and Equality. The Place for Toleration*”, in *Political Theory*, vol. 21, n. 4, 1993, p. 585-605);
- GALEOTTI, Anna Elisabetta – “*Do we need toleration as a moral virtue?*”, in *Res Publica*, vol. 7, 2001, p. 273-292;

- GALEOTTI, Anna Elisabetta – *Toleration as Recognition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002;
- GARBER, Daniel/AYERS, Michael (Ed.) – *The Cambridge History of Seventeenth-Century Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998;
- GARCÍA, António García y – “*The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of the Human Rights*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 25-35;
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias – “*Principe d'égalité: de l'uniformité à la différenciation ou l'ininterminable histoire de Caim et Abel, deux frères marqués par la différence*”, in *Direito e Justiça*, Tomo 3, Vol. 13, 1999, p. 67-89;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, p. 681-733;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – Recensão de *Cultural Software*, de Jack BALKIN, New Haven and London, 1998, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, p. 847-863;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – *Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*, Coimbra, 2004;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*Do historicismo materialista à historicidade da sociedade aberta: poderá o Direito ser reflexo ou instrumento da História?*” (2004), in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/GOMES CANOTILHO, José Joaquim/FARIA COSTA, José de (Org.), *Ars Ivdicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, *STVDIA IVRIDICA*, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 515-550;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – Recensão de *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, de François OST, Odile Jacob, Paris, 2004, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006, p. 1013-1025;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*‘Às portas da lei’(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do Homem perante o Direito*”, Porto, 2007, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 133-154, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/viewFile/996/817>;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – Recensão de *Justice in Robes*, de Ronald DWORKIN, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, 2007, p. 980-986;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*Critical Legal Studies Movement: uma deriva política do pensamento jurídico (?)*”, in COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos/ MELLO, Cleyson de Moraes (Org.), *O Fundamento do Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Sebastião Trogo*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2008, p. 262-284;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*Do paradigma da tradução ao paradigma do juízo – (re)leitura de um contraponto entre Literatura e Direito*”, in *Newsletter – ALUMNI* (Associação de Antigos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), n.º 4, Junho 2012, p. 5-9;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre JACK BALKIN e CASTANHEIRA NEVES*”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, p. 175-209;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*‘Direito como integridade’ ou ‘justiça como integridade’?: A leitura de Ronald Dworkin por David Fagelson*”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, *STVDIA IVRIDICA*, 106, Ad Honorem – 6, Volume V – História e política: entre memórias e ideias, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 141-160;
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões – “*From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)adequacy of the Movement of Law to the Velocity of Praxis*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, Tomo I, 2012, p. 91-103;
- GAVISON, RUTH (Ed.) – *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, 1987;
- GERARD, Philippe/OST, François./KERCHOVE, Michel van de (Ed.) – *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire. Transformations et Déplacements*, Bruxelles, 1983;

- GERARD, Philippe/KERCHOVE, Michel van de/OST, François (Ed.) – *L'accélération du temps juridique*, Facultés Universitaires San Louis, Bruxelles 2000;
- GIANFORMAGGIO, Letizia – “*El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*”, in *Doxa*, n.º 11, 1992, p. 43-70;
- GIANFORMAGGIO, Letizia /BROGLIO, Francesco Margiotta – “*Guest Editors' Preface*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. v-vi;
- GIANFORMAGGIO, Letizia – “*Tolerance and War: The Real Meaning of an Irreconcilability*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 1-8;
- GIANNINI, Humberto – “*Accueillir l'étrangeté*”, in Claude SAHEL (Coord.), *La tolérance: pour un humanisme herétique*, Autrement, Paris, 1991, citado na tradução portuguesa *A tolerância: por um humanismo herético*, tradução de Cascais FRANCO, Difel, Lisboa, 1993, “*Acolher a estranheza*”, p. 21-33;
- GIFRÉ, F. Martinell – “*Tolerancia I. Introducción (Ética)*”, in *Gran Enciclopedia Rialp: Humanidades y Ciencia*, Madrid (1975), 1991, disponível em [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5591&cat=etica](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5591&cat=etica) (acedido em 21/04/2010);
- GLAESER, Walter Schmitt – “*Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot*”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 14, 1996, p. 873-879;
- GLEICK, James – *Faster. The Acceleration of Just About Everything*, Vintage, New York, London, 1999;
- GONÇALVES, Manuel Maia – *Código Penal Português. Anotado e Comentado*, 18.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007;
- GOODRICH, Peter – *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, The Macmillan Press, London, 1987, 1990;
- GORDON, Colin (Ed.) – *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972-1977. Michel Foucault*, Harvester Press, Worcester, 1980;
- GRAHAM, Gordon – “*Tolerance, Pluralism and Relativism*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 44-59;
- GRELL, Ole Peter/PORTER, Roy (Ed.) – *Toleration in Enlightenment Europe*, Cambridge University Press, New York, 2000;
- GROOT, Hugo van – *De iure belli ac pacis*, S. Claudij & Homini Siluestris, Paris, 1625;
- GROOT, Hugo van – *De veritate religionis Christianae*, Leiden, 1627 (versão latina de *Bewijs van de ware Godsdienst*, Rotterdam, 1622);
- GROOT, Hugo van – *Opera Omnia Theologica, Operum Theologicorum, Tomus Secundus, contiens Annotationes in Quatuor Evangelia et Acta Apostolorum* (Amsterdão: Heredes Joannis Blaeu, 1679), E. & J. R. Thurnisios, Basileia, 1732;
- GRÖSCHNER, Rolf – “*Judiz – was es ist und wie läßt es sich erlernen?*”, in *Juristen Zeitung*, vol. 19, 1987, p. 903-908;
- GRUENBAUM, Ellen – *The Female Circumcision Controversy – An Anthropological Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001;
- GUERREIRO, Sara – *As fronteiras da tolerância. Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 2005;
- GUERREIRO, Sara – “*Símbolos de Deus – expressão de liberdade ou imposição do divino?*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n.º 2, 2005, p. 1091-1111;
- GUTMANN, Amy (Ed.) – *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, Princeton University Press, Princeton, 1992;
- HAARSCHER, Guy – *Philosophie des droits de l'homme*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1987 (Ed. révisée 1993);
- HABERMAS, Jürgen – *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981;
- HABERMAS, Jürgen – “*Wahrheitstheorien*”, in Helmut FAHRENBACH (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Stuttgart, 1982, p. 211-265;
- HABERMAS, Jürgen – *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976;
- HABERMAS, Jürgen – *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, citado na tradução portuguesa *O discurso filosófico da Modernidade*, tradução de Ana Maria BERNARDO, José Rui Meirelles PEREIRA, Manuel José Simões LOUREIRO, Maria Antónia Espadinha SOARES, Maria Helena Rodrigues de CARVALHO, Maria Leopoldina de ALMEIDA e Sara Cabral SERUYA, 3ª Ed., Dom Quixote, Lisboa, 2000;
- HABERMAS, Jürgen – *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992;

- HABERMAS, Jürgen – *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996;
- HABERMAS, Jürgen – “*Recht und Moral*” (*Tanner Lectures 1986*), tradução inglesa de Keneth BAYNES, in *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, Salt Lake City, 1988, p. 217-280; e em versão alemã in Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 541-599;
- HABERMAS, Jürgen – “*The European Nation State – its Achievements and its Limitations*”, in *Ratio Juris*, vol. 9, nº. 2, June 1996, p. 125-137;
- HABERMAS, Jürgen – *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998;
- HABERMAS, Jürgen – *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zur liberalen Eugenik?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, citado na tradução portuguesa *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?*, tradução de Maria Benedita BETTENCOURT, Almedina, Coimbra, 2006;
- HABERMAS, Jürgen – *Der gespaltene Westen: kleine politische Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004;
- HABERMAS, Jürgen – “*Intolerance and Discrimination*”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 1, 2003, p. 2-12, disponível em <http://icon.oxfordjournals.org/content/1/1/2.full.pdf+html> (acedido em 01/02/2012);
- HABERMAS, Jürgen – „*Wann müssen wir tolerant sein? Über die Konkurrenz von Weltbildern, Werten und Theorien*“, Festvortrag zum Leibniztag der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am 29. Juni 2002, in *Jahrbuch des Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften – 2002*, Akademie Verlag, Berlin, 2003, p. 167-178, disponível em <http://www.bbaw.de/schein/habermas.html> (acedido em 30/03/2010);
- HABERMAS, Jürgen – “*Religious Tolerance – The Pacemaker for Cultural Rights*”, in *Philosophy*, vol. 79, n. 1, January 2004, p. 5-18; também in Lasse THOMASSEN (Ed.), *The Derrida-Habermas Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006, p. 195-207;
- HABERMAS, Jürgen – *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005;
- HABERMAS, Jürgen – “*Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*”, in Jürgen HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011, p. 13-38, p. 16. Vide ainda a versão inglesa, “*The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*”, in *Metaphilosophy*, vol. 41, n. 4, July 2010, p. 464-480;
- HABERMAS, Jürgen – *Zur Verfassung Europas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011;
- HACKER, P. M. S./RAZ, J. (Ed.) – *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977;
- HALBERTAL, Moshe – “*Autonomy, Toleration, and Group Rights: A Response to Will Kymlicka*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 106-113.
- HART, H.L.A. – *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford (1961), 2<sup>nd</sup>. Ed., 1994;
- HASSEMER, Winfried (Hrsg.) – *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Decker & Müller, Heidelberg, 1984;
- HASTRUP, Kirsten – “*Making Room for Difference*”, in Kirsten HASTRUP/George ULRICH (Ed.), *Discrimination and Toleration: New Perspectives*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2002, p. 73-87;
- HASTRUP, Kirsten/ULRICH, George (Ed.) – *Discrimination and Toleration: New Perspectives*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2002;
- HEGEL, G. W. Friedrich – *Phänomenologie des Geistes* (bey Joseph Anton Goebhardt, Bamberg und Würzburg, 1807), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986;
- HEGEL, G. W. Friedrich – *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (in der Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1821), in *Werke*, 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986;
- HEIDEGGER, Martin – *Sein und Zeit*, in Edmund HUSSERL (Hrsg.), *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Band VIII, 1927, Max Niemeyer, Tübingen, 1979;
- HEIDEGGER, Martin – *Beiträge zur Philosophie. Vom Ereignis* (1936-1938), in Friedrich-Wilhelm von HERRMANN (Hrsg.) *Gesamtausgabe, III. Abteilung: Unveröffentlichte Abhandlungen*, Band 65, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, 1994, 2003;

- HERING, Carl Joseph – “Über Toleranz und die Notwendigkeit der Erziehung zur Toleranz”, in Johannes von den DRIESCH, Josef ESTERHUES, Theodor RUTT (Hrsg.), *Wahrheit und Wert in Bildung und Erziehung*, 1: *Kolner Blätter für Fragen der Erziehung und des Unterrichts*, Ratingen b. Düsseldorf, Henn, 1955, p. 135 ss., e também in Erich FECHNER, Ernst von HIPPEL, Herbert FORST (Hrsg.), *Aequitas und Toleranz. Gesammelte Schriften von Carl Joseph Hering*, Bouvier Verlag Herbert Grundmann, Bonn, 1971, p. 143-168;
- HERING, Sabine (Hrsg.) – *Toleranz: Weisheit, Liebe oder Kompromiss?: multikulturelle Diskurse und Orte*, Verlag-Leske+Budrich, Opladen, 2004;
- HEYD, David (Ed.) – *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996;
- HEYD, David – “Education to Toleration: Some Philosophical Obstacles and their Resolution”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 196-207;
- HEYD, David – “Is Toleration a Political Virtue?”, in Melissa S. WILLIAMS, Jeremy WALDRON (Ed.), *Toleration and Its Limits*, New York University Press, New York, London, 2008, p. 171-194;
- HICKS, Esther K. – *Infibulation – Female Mutilation Islamic Northeastern Africa*, Transaction Publishers, New Brunswick (1993), Second Edition, Revised and Expanded, 1996;
- HÖFFE, Otfried – *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, C. H. BECK, München, 1999;
- HÖFFE, Otfried – “Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 60-76;
- HÖFFE, Otfried – *Ist die Demokratie zukunftsfähig?: Über moderne Politik*, C. H. BECK, München, 2009;
- HONNETH, Axel – *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, erweiterte Ausgabe, 2003;
- HONNETH, Axel – “Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik”, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 42, 2/1994, e in Axel HONNETH, *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2000, p. 133-170 (versão citada);
- HONNETH, Axel – *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2000;
- HONNETH, Axel – *Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005;
- HONNETH, Axel – *Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007;
- HONNETH, Axel – *Das Ich im Wir. Studien zur Anerkennungstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2010;
- HONNETH, Axel – *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Berlin, 2011;
- HONNETH, Axel/MCCARTHY, Thomas/OFFE, Claus/WELLMER, Albrecht (Hrsg.) – *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989;
- HORTON, John – “Toleration”, in David MILLER (Ed.), *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought*, Blackwell, Oxford (1987), 1993, p. 521-523;
- HORTON, John – “Three (Apparent) Paradoxes of Toleration”, in *Synthesis Philosophica*, 17, 1994, p. 7-20;
- HORTON, John – “Toleration as a Virtue”, in David HEYD (Ed.), *Toleration. An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 28-43;
- HORTON, John/MENDUS, Susan (Eds.) – *Aspects of Toleration: Philosophical Studies*, Routledge, London, 1985;
- HORTON, John/MENDUS, Susan (Eds.) – *Toleration, Identity and Difference*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 1999;
- HORTON, John/NICHOLSON, Peter (Ed.) – *Toleration: Philosophy and Practice*, Aldershot, Brookfield, 1992;
- HUME, DAVID – *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects (1739-1740)*, London, 1817;
- HUNT, Alan/WICKHAM, Gary – *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, London, Chicago, 1994;
- HUNTINGTON, Samuel – *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996;

- HUSTER, Stefan – “*Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft*”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 20-35;
- HUXLEY, Aldous – *Brave New World*, Harper & Brothers, London, 1932, citado na tradução portuguesa *Admirável mundo novo*, tradução de Mário Henrique LEIRIA, Livros do Brasil, Lisboa, 1981;
- IBÁN, Iván C. – “*Religious Tolerance and Freedom in Continental Europe*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 90-107;
- IMBERT, Jean – “*Toleration and Law: Historical Aspects*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 13-24;
- ISRAEL, Jonathan I. – “*Spinoza, Locke and the Enlightenment Battle for Toleration*”, in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 102-113;
- JACKSON, Bernard S. – *Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995;
- JACKSON, Bernard S. – *Making Sense in Jurisprudence*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1996;
- JAY, Martin – *The Dialectical Imagination. A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research 1923-50*, Heinemann Educational Books, London, 1973 (University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1996);
- JONAS, HANS – *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel-Verlag, Frankfurt am Main, 1979, citado na tradução francesa *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, tradução de Jean GREISCH, 3.<sup>ème</sup> éd., Les Éditions du Cerf, Paris, 1995;
- JERÓNIMO, Patrícia – *Os Direitos do Homem à escala das Civilizações*, Almedina, Coimbra, 2001;
- JHERING, Rudolf von – *Der Zweck im Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1905;
- JUSTO, A. Santos – *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 6.<sup>a</sup> Ed., 2012;
- KAFKA, Franz – “*Vor dem Gesetz*” (1914), in *Selbstwehr* (Prag), IX, No. 34 (Sept. 7, 1915), e in Franz KAFKA, *Ein Landarzt: Kleine Erzählungen* [1914-17], Kurt Wolff, München, Leipzig, 1919, e in Franz KAFKA *Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*, Kurt Wolff, München, Leipzig, 1920; encontra-se no capítulo IX («*Im Dom*») de Franz KAFKA, *Der Prozeß*, Die Schmiede, Berlin, 1925, citado na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/ Franz Kafka*, hrsg. von Hans-Gerd KOCH, Fischer, Frankfurt am Main, 1994, Band 3, p. 226-227); também em tradução portuguesa, *O processo*, tradução de Gervásio ÁLVARO, Livros do Brasil, Lisboa, 2002, p. 207-230, p. 222-223;
- KAFKA, Franz – *Der Prozeß*, Die Schmiede, Berlin, 1925, citado na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/ Franz Kafka*, Hrsg. von Hans-Gerd KOCH, Fischer, Frankfurt am Main, 1994, Band 3;
- KAMEN, Henry – *The Rise of Toleration*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1967, citado na tradução portuguesa *O amanhecer da tolerância*, tradução de Alexandre Pinheiro TORRES, Inova, Lisboa, 1968;
- KAMEN, Henry – “*Toleration and the Law in the West 1500-1700*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 36-44;
- KAMEN, Henry – “*Inquisition, Tolerance and Liberty in Eighteenth-Century Spain*”, in Ole Peter GRELL/Roy PORTER (Ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 250-258;
- KAMINSKY, Carmen – “*Toleranz als Strategie. Wie klug ist es, die Redefreiheit in der Bioethik zu beschränken?*”, in Dieter BIRNBACHER (Hrsg.), *Bioethik als Tabu? Toleranz und ihre Grenzen*, Lit, Münster, 2000, p. 53-65;
- KANT, Immanuel – *Kritik der reinen Vernunft* (Johann Friedrich Hartnoch, Riga, 1781), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band III-IV, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974;
- KANT, Immanuel – „*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*“, 1783 (in *Berlinische Monatsschrift*, Zwölftes Stück, December, 1784), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band XI, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, p. 53-61 (versão citada);
- KANT, Immanuel – *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Riga, Johann Friedrich Hartknoch, 1785-1786) in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974;
- KANT, Immanuel – *Kritik der praktischen Vernunft* (Johann Friedrich Hartknoch, Riga, 1788), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974;



- KANT, Immanuel – *Kritik der Urteilskraft* (Libau, Berlin, 1790), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band X, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974;
- KANT, Immanuel – *Die Metaphysik der Sitten* (Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797-1798), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977;
- KANT, Immanuel – *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (1793/1794), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982, Band VIII, p. 645-879;
- KANT, Immanuel – *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Johann Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1795), in Wilhelm WEISCHEIDEL (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band XI, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, p. 191-251;
- KAUFMANN, Arthur – *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1972, 2. Aufl. 1984;
- KAUFMANN, Arthur – “Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht” (1983), in Günter KOLMANN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, P. Deubner, Köln, 1983, p. 97 ss.; também in Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, p. 209-225 (versão citada), e in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft 23*, 1985, p. 18 ss.;
- KAUFMANN, Arthur – *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984;
- KAUFMANN, Arthur – *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Decker & Müller, Heidelberg, 1990 (2. Aufl., 1992);
- KAUFMANN, Arthur – *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, München, 1997, também citado na tradução portuguesa *Filosofia do Direito*, tradução de António ULISSES CORTÊS, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004;
- KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried (Org.) – *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, citado na tradução portuguesa *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, tradução de Marcos KEEL e Manuel Seca de OLIVEIRA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002;
- KAUFMANN, Matthias – “Toleranz ohne Indifferenz – Integration und die Rückseite der Akzeptanz”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 36-48;
- KENNEDY, Duncan – *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1998;
- KING, Preston – *Toleration* (George Allen & Unwin Ltd., London, 1976), Frank Cass Publishers, Portland, 1998;
- KRAMER, Matthew H. – *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004;
- KRISTEVA, Julia – *Étrangers à nous-mêmes*, Fayard, Folio, Paris, 1988;
- KUHN, Thomas – *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago (1962), 1970;
- KUKATHAS, Chandran – “Cultural Toleration”, in Will KYMLICKA/Ian SHAPIRO (Eds.), *Ethnicity and Group Rights: Nomos XXXIX*, New York University Press, New York, 1997;
- KYMLICKA, Will – *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1989;
- KYMLICKA, Will – “Two Models of Pluralism and Tolerance”, in *Analyse & Kritik*, vol. 13, 1992, p. 33-56; também in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 81-105 (versão citada);
- KYMLICKA, Will (Ed.) – *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995;
- KYMLICKA, Will – *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, New York, (1995) 1996;
- KYMLICKA, Will – *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007;
- LABORDE, Cécile – “Toleration and Laïcité”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 161-178;
- LACHS, John – *The Relevance of Philosophy to Life*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1995;

- LADEUR, Karl-Heinz/ AUGSBERG, Ino – *Toleranz – Religion – Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007;
- LAMEGO, José – *Hermenêutica e Jurisprudência*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990;
- LASSMAN, Peter – *Pluralism*, Polity Press, Cambridge, Malden, 2011;
- LATORRE, Massimo – “*La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación ‘discursiva’*”, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid*, ano 5, n.º 8, Enero-Junio 2000, p. 253-274,
- LEADER, Sheldon – “*Toleration without Liberal Foundations*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 139-164;
- LECLER, Joseph – *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Aubier, Paris, 1955;
- LENOBLE, Jacques – “*La théorie de la coherence narrative en Droit. Le débat Dworkin-McCormick*”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33, 1988, p.121-139;
- LESSING, Gotthold Ephraim – *Nathan, der Weise*, 1779 (Leipzig, Wartigs Verlag (Ernst Hoppe), s/d);
- LÉVINAS, Emmanuel – *En découvrant l’existence avec Husserl et Heidegger*, J. Vrin, Paris, 1949, citado na tradução portuguesa *Descobrimo a Existência com Husserl e Heidegger*, tradução de Fernanda OLIVEIRA, Piaget, Lisboa, 1997;
- LÉVINAS, Emmanuel – *Totalité et infini. Essai sur l’extériorité*, Martinus Nijhoff, La Haye (1961), 1971;
- LÉVINAS, Emmanuel – *Humanisme de l’autre homme*, Fata Morgana, Montpellier, 1972;
- LÉVINAS, Emmanuel – *Autrement qu’être ou au-delà de l’essence*, Martinus Nijhoff, La Haye (1974), 1978 (Le Livre de Poche, 2008);
- LÉVINAS, Emmanuel – *À l’heure des nations*, Minuit, Paris, 1988;
- LÉVINAS, Emmanuel – *Entre nous. Essais sur le penser à l’autre*, Grasset, Paris, 1991 (Le Livre de Poche, 2010);
- LÉVINAS, Emmanuel – *Altérité et transcendance*, Fata Morgana, Montpellier, 1995 (Le Livre de Poche, 2010);
- LIMA, Fernando Andrade Pires/VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, vol. III, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Habermas y la argumentación jurídica*”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79, Curso 1991-92, p. 27-53;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Habermas e a universalidade do Direito*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, “*Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*”, 1984, vol. II, p. 447-669;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – STVDIA IVRIDICA*, 59, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (A): “As alternativas da ‘violência mística’ e da ‘escolha racional’ – I. A Correção situada das injustiças ou a procura frustrada de uma violência mística?”*, Coimbra, 2001-2002;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (B): “O sistema jurídico como um ‘fim em si mesmo’ ou as ‘muralhas da indiferença’ da galáxia auto”*, Coimbra, 2001-2002;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): “O Jurisprudencialismo”*, Coimbra, 2001-2002;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *A decisão judicial como voluntas ou o “desempenho eliminatório” das críticas racionais*, (polic.), Coimbra, 2003;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi*” (2004), in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/GOMES CANOTILHO, José Joaquim/FARIA COSTA, José de (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, STVDIA IVRIDICA, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 551-667;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos – da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, 2004, p. 59-135;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial. O “pormenor” do Direito na “ideia” da Europa das Nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista*”, in *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de*

- Compostela*, vol. 15, n.º 1, 2006 (Separata de *A organización territorial dos estados e a integración europea*), p. 17-67;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as “alternativas” da tolerância procedimental e da hospitalidade ética*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 135-180;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*”, Instituto da Conferência, Porto, 2007;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*O dito do direito e o dizer da justiça – diálogos com LÉVINAS e DERRIDA*”, in José Joaquim GOMES CANOTILHO/Lenio Luiz STRECK (Org.), *Entre discursos e culturas jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 181-236 (também in *Themis*, VIII. 14, 2007, p. 5-56);
- LINHARES, José Manuel Aroso – „*Dekonstruktion als philosophische (gegenphilosophische) Reflexion über das Recht. Betrachtungen zu Derrida*“, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 93, Heft 1, 2007, p. 39-66;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o ‘testemunho’ crítico de um ‘diferendo’?*”, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 101-120;
- LINHARES, José Manuel Aroso – *Introdução ao Direito. Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 2008-2009;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito: um “correlato” da pretensão de autonomia?*”, in António AVELÃS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 391-429;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Os desafios-feridas da Allgemeine Rechtslehre: um tempo de Teoria do Direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro Tempo de Teoria*”, in Augusto Silva DIAS, João António RAPOSO, João Lopes ALVES, Luís Duarte D’ALMEIDA, Paulo de Sousa MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 261-314;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Jurisdição, diferendo e «área aberta»: a caminho de uma “teoria” do direito como moldura?*”, in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 443-477;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*” (2008), in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, p. 109-174;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Law’s Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate*”, in *International Journal for the Semiotics of Law – Review internationale de sémiotique juridique*, vol. 25, 2012, p. 489-503;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*O homo humanus do direito e o projecto inacabado da Modernidade*”, *Colóquio Internacional: Da virtude e fortuna da República ao republicanismo pós-nacional (Comemorações do Centenário da República Portuguesa)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 30 de Setembro de 2010, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, p. 515-561;
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema*”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc> (acedido em 07/11/2012);
- LINHARES, José Manuel Aroso – “*Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?*”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, STVDIA IVRIDICA*, 106, Ad Honorem – 6, Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 395-421;
- LINS, Daniel – “*Tolerância ou imagem do pensamento*”, in Edson PASSETTI, Salette OLIVEIRA (Orgs.), *A tolerância e o intempestivo*, Ateliê, Cotia, 2005, p. 19-33;

- LIPOVETSKY, Gilles – *L’empire de l’éphémère – la mode et son destin dans les sociétés modernes*, Gallimard, Paris, 1987, citado na tradução portuguesa *O império do efêmero – a moda e o seu destino nas sociedades modernas*, tradução de Regina LOURO, Dom Quixote, Lisboa, 1989;
- LIPOVETSKY, Gilles – *Le bonheur paradoxal – essai sur la société d’hyperconsommation*, Gallimard, Paris, 2006, citado na tradução portuguesa *A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, tradução de Patrícia XAVIER, Edições 70, Lisboa, 2007;
- LLEDÓ, Juan A. Pérez – *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996;
- LOCKE, John – *Epistola de tolerantia [Ad clarissimum virum T.A.R.P.T.O.L.A. scripta à P.A.P.I.O.L.A. Goude, apud Justum ab Hoeve. MDCLXXXIX]* (London, 1689), citado na edição bilingue latim/inglês *Epistola de tolerantia/A Letter on Toleration* (1689), tradução inglesa de J. W. GOUGH, Clarendon Press, Oxford, 1968;
- LOCKE, John – *Two Treatises of Government*, London, 1689, 6.<sup>th</sup> Reprint, London, 1714;
- LOCKE, John – *An Essay Concerning Human Understanding*, London, 1690, 27.<sup>th</sup> Ed., London, 1836;
- LOCKE, John – *The Works of John Locke*, London, 1823, reprinted by Scientia Verlag Aalen, 1963, London, vol. VI;
- LOPES, Dulce – “*O princípio da não discriminação em razão do sexo*”, in *Temas de Integração*, vol. 4, n.º 8, 1999, p. 93-158;
- LOPES, Dulce/SILVA, Lucinda Dias da – “*Xadrez policromo: a directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não-discriminação em razão da raça e origem étnica*”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica, Lisboa, 2002, p. 393-437;
- LOUREIRO, João Carlos – *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003;
- LOUREIRO, João Carlos – “*Os Rostos de Job: Tecnologia, Direito, Sofrimento e Vida*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra, 2004, p. 137-183;
- LOUREIRO, João Carlos – “*Pessoa, dignidade e cristianismo*”, in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/GOMES CANOTILHO, José Joaquim/FARIA COSTA, José de (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, STVDIA IVRIDICA*, 90, Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 669-723;
- LOUREIRO, João Carlos – “*Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual*”, in Diogo LEITE DE CAMPOS (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. 2, p. 33-52;
- LOUREIRO, João Carlos – “*Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 479-513;
- LOUREIRO, João Carlos – “*Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrecht e da Fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, p. 15-47;
- LOURENÇO, Eduardo – *O esplendor do caos*, Gradiva, Lisboa, 1998, 5.<sup>a</sup> Ed., 2007;
- LUCAS, Javier de – “*¿Para dejar de hablar de la tolerancia?*”, in *Doxa*, n.º 11, 1992, p. 117-126;
- LUCAS, Javier de – “*La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales*”, in *Derechos y Libertades*, 5, 1995, p. 155-172;
- LUHMANN, Niklas – “*L’unité du système juridique*” (“*Die Einheit des Rechtssystems*”), in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, p. 163-188;
- LUHMANN, Niklas – “*Le Droit comme système social*”, in *Droit et Société*, n.º 11-12, 1989, p. 53-66;
- LUHMANN, Niklas – *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993;
- LUKÁCS, Georg – *Geschichte und Klassenbewußtsein*, Malik, Berlin, 1923;
- LUKES, Steven – “*Toleration and Recognition*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 213-222;
- LUTHER, Martinus – *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, Witebergae, 1517, disponível em [http://la.wikisource.org/wiki/Disputatio\\_pro\\_declaratione\\_virtutis\\_indulgentiarum](http://la.wikisource.org/wiki/Disputatio_pro_declaratione_virtutis_indulgentiarum) (acedido em 08/10/2012); LUHMANN, Niklas – *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, citado na tradução inglesa *Social Systems*, tradução de John BEDNARZ, Jr., Dirk BAECKER, Stanford University Press, Stanford, 1995;
- LYOTARD, Jean-François – *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Minuit, Paris, 1979;
- LYOTARD, Jean-François – *Le Différend*, Minuit, Paris, 1983;
- MACCORMICK, Neil – “*Law as Institutional Fact*” (1973), Edinburgh University Inaugural Lecture, n. 52; também in *Law Quarterly Review*, vol. 90, 1974, p. 102 ss.;

- MACCORMICK, Neil – “Coherence in Legal Justification”, in W. KRAWIETZ/H. SCHELSKY/G. WINKLER/A. SCHRAMM (Hrsg.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberg zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, p. 37-53;
- MACCORMICK, Neil – “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 1, 1994, p. 1-23, e em Robert P. GEORGE (Ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996, p. 163-193;
- MACCORMICK, Neil – *Legal Reasoning and Legal Theory* (1977-78), Oxford University Press, Oxford, 1997;
- MACCORMICK, Neil – “Le Raisonnement Juridique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33, 1988, p. 99-112;
- MACCORMICK, Neil – “Argumentation and Interpretation in Law”, in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 1, March 1993, p. 16-29; também publicado em Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005, p. 121-142 – Chapter 7. «Arguing about Interpretation»;
- MACCORMICK, Neil – *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005;
- MACCORMICK, Neil – *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007;
- MACCORMICK, Neil – *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008;
- MACHADO, João Baptista – “Antropologia, existencialismo e direito”, Separata da *Revista de Direito e Estudos Sociais*, vol. XIII, n.ºs 1-2, Coimbra, 1965;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – “Tomemos a sério a separação das igrejas do Estado (Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 58, 1994, p. 45-78;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, STVDIA IVRIDICA – 18, Coimbra Editora, Coimbra, 1996;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, STVDIA IVRIDICA – 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 65-134;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – “A (in)definição do casamento no Estado Constitucional. Fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática”, in Guilherme de OLIVEIRA/Jónatas MACHADO/Rosa MARTINS (Coord.), *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 9-37;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Estado Constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013;
- MACINTYRE, Alasdair – *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1988;
- MACINTYRE, Alasdair – *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1981, 3<sup>rd</sup> Ed., Bristol Classical Press, London, 2007;
- MACLEOD, Colin M. – “Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?”, in *Law and Philosophy*, vol. 16, n. 5, 1997, p. 529-559;
- MAHLMANN, Matthias – “Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case”, in *German Law Journal*, vol. 4, 2003, n. 11, p. 1099-1116;
- MAHLMANN, Matthias – “Religiöse Toleranz und praktische Vernunft”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, 2005, Heft 1, p. 1-19;
- MALEBRANCHE, Nicolas – *Entretien d’un Philosophe Chrétien et d’un Philosophe Chinois sur l’Existence et la Nature de Dieu* (1708), citado na tradução portuguesa *Diálogo de um filósofo cristão e de um filósofo chinês sobre a existência e a natureza de Deus*, tradução de Artur MORÃO, Edições 70, Lisboa, 1990;
- MARA, Gerald M. – “Socrates and Liberal Toleration”, in *Political Theory*, vol. 16, n. 3, August 1988, p. 468-495;
- MARGALIT, Avishai – “The Ring: On Religious Pluralism”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996;
- MARQUES, Mário Reis – *História do Direito Português Medieval e Moderno*, Almedina, Coimbra, 2002;

- MARQUES, Mário Reis – *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003;
- MARQUES, Mário Reis – “Direitos fundamentais e afirmação de identidades”, in *Economia e Sociologia*, n.º 80, Évora, 2005, p. 157-169;
- MARQUES, Mário Reis – *Introdução ao Direito I* (Figueira da Foz, 1992), 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007;
- MARQUES, Mário Reis – “A hipertrofia do presente no direito da era da globalização”, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Estudos e Ensaios*, n.º 12, 2007-2008, p. 121-132;
- MARQUES, Mário Reis – “O direito: a gestão da urgência ou uma normatividade com um tempo próprio?”, in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/GOMES CANOTILHO, José Joaquim/FARIA COSTA, José de (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, *STVDIA IURIDICA*, 90, *Ad Honorem – 3, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 725-764;
- MARQUES, Mário Reis – “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestor?”, in Augusto Silva DIAS, João António RAPOSO, João Lopes ALVES, Luís Duarte D’ALMEIDA, Paulo de Sousa MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 411-424;
- MARQUES, Mário Reis – “A dignidade humana como prius axiomático”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 541-566;
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba (Dir.) – *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998;
- MARTÍ, José M. – “La idea de tolerancia y su aplicación en el derecho contemporáneo”, in *Persona y Derecho – Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, n.º 4, 1994, p. 53-98;
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba/SANCHÍS, Luis Prieto – “La filosofía de la tolerancia”, in Gregorio Peces-Barba MARTÍNEZ (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 265-373;
- MARTINS, António Manuel – “Modelos de democracia”, in *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 11, 1997, p. 85-100;
- MATE, Manuel-Reyes (Ed.) – *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Gráficas Rógar, Madrid, 1995;
- MATE, Reyes – “The Nathan of Lessing and the Nathan of Rosenzweig”, *Constellations*, vol. 11, n. 3, 2004, p. 334-352;
- MCCLAINE, Linda C. – “Toleration, Autonomy, and Governmental Promotion of Good Lives: Beyond ‘Empty’ Toleration to Toleration as Respect”, in *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998, p. 19 ss.;
- MCKINNON, Catriona – “Toleration and the Character of Pluralism”, in Catriona MCKINNON/Dario CASTIGLIONE (Ed.), *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003, p. 54-70;
- MCKINNON, Catriona/CASTIGLIONE, Dario (Ed.) – *The Culture of Toleration in Diverse Societies. Reasonable Tolerance*, Manchester University Press, Manchester, New York, 2003;
- MCKINNON, Catriona – *Toleration: a Critical Introduction*, Routledge, New York, London, 2006;
- MELKEVIK, Bjarne – *Tolérance et modernité juridique*, Presses de l’Université Laval, Laval, Québec, 2006;
- MENDUS, Susan (Ed.) – *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988;
- MENDUS, Susan – *Toleration and the Limits of Liberalism*, MacMillan, London, Humanities Press, Atlantic Highlands, New Jersey, 1989;
- MENDUS, Susan (Ed.) – *The Politics of Toleration: Tolerance and Intolerance in Modern Life*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999;
- MENDUS, Susan/EDWARDS, David (Ed.) – *On Toleration*, Clarendon Press, Oxford, 1987;
- MÉRAD, Ali – “Ética e diversidade cultural: uma abordagem islâmica”, in Jean-Pierre CHANGEAUX (Dir.), *Une même éthique pour tous?*, Odile Jacob, Paris, 1997 (Actas das Jornadas Anuais de Ética de 1997), citado na tradução portuguesa *Uma mesma ética para todos?*, tradução de Joana CHAVES, Piaget, Lisboa, 1999, p. 159-172;
- MEZEY, NAOMI – “Law as Culture”, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol.13, p.35-67 (republicado em 2010 in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. Paper 317; disponível em

- <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1310&context=facpub>,  
acedido em 25/10/2010);
- MILL, John Stuart – *On Liberty*, John W. Parker and Son, West Strand, London, 1859, 2<sup>nd</sup>. Ed.;
- MILLER, David (Ed.) – *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought*, Blackwell, Oxford (1987), 1993;
- MILTON, J. R. /MILTON, Philip (Eds.) – *John Locke: An Essay Concerning Toleration, and Other Writings on Law and Politics 1667-1683*, Clarendon, Oxford, 2006;
- MINOW, Martha – “Putting Up and Putting Down: Tolerance Reconsidered”, in Mark TUSHNET (Ed.), *Comparative Constitutional Federalism: Europe and America*, Greenwood Press, New York, 1990, p. 77-113;
- MIRANDOLA, Giovanni PICO DELLA – *Oratio de hominis dignitate*, Roma, 1486, citado na tradução portuguesa (edição bilingue) *Discurso sobre a dignidade do homem*, tradução de Maria de Lurdes Sirgado GANHO, Edições 70, Lisboa, 1989;
- MONCADA, Luís Cabral de – *Filosofia do Direito e do Estado* (1947), Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves – “Os princípios normativos são parâmetro de vinculação dos regulamentos?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010, p. 50-67;
- MONTEIRO, João Gouveia – “À volta das ‘três religiões do livro’”, in Anselmo BORGES/João GOUVEIA MONTEIRO (Coord.), *As três religiões do livro*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 17-22;
- MORENO-RIÑO, Gerson (Ed.) – *Tolerance in the Twenty-First Century: Prospects and Challenges*, Lexington, Lanham, 2006;
- MORGADO, Maria José/VEGAR, José – *O inimigo sem rosto. Crime e corrupção em Portugal*, Dom Quixote, Lisboa, 2003;
- MORI, Gianluca – “Pierre Bayle, the Rights of the Conscience, the ‘Remedy’ of Toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 45-60;
- MORUS, Thomas – *De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*, Dirk Martens, Leuven, 1516;
- MÜLLER, Anselm Wilfried – “Toleranz als Tugend. Die Rationalität des Ethischen Diskurses im Dilemma”, in Dieter BIRNBACHER (Hrsg.), *Bioethik als Tabu? Toleranz und ihre Grenzen*, Lit, Münster, 2000, p. 23-39;
- MUNGUÍA, Santiago Segura – *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001;
- MUÑOZ, Francisco Puy/GIFRÉ, F. Martinell – “Tolerancia II. Derecho”, in *Gran Enciclopedia Rialp: Humanidades y Ciencia*, Madrid, Última actualización 1991, disponível em [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5137&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5137&cat=derecho) (acedido em 21/04/2010);
- MORI, Gianluca – “Pierre Bayle, the Rights of the Conscience, the ‘Remedy’ of Toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 45-60;
- MORUS, Thomas – *De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*, Dirk Martens, Leuven, 1516;
- MÜLLER, Anselm Wilfried – “Toleranz als Tugend. Die Rationalität des Ethischen Diskurses im Dilemma”, in Dieter BIRNBACHER (Hrsg.), *Bioethik als Tabu? Toleranz und ihre Grenzen*, Lit, Münster, 2000, p. 23-39;
- MUÑOZ, Francisco Puy/GIFRÉ, F. Martinell – “Tolerancia II. Derecho”, in *Gran Enciclopedia Rialp: Humanidades y Ciencia*, Madrid, Última actualización 1991, disponível em [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5137&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5137&cat=derecho) (acedido em 21/04/2010);
- NABAIS, José Casalta – “Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, p. 145-174;
- NETO, Luísa – “De die ad diem: os dias úteis ou a liberdade dos dias (anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 8/2/2007)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 74, Março-Abril de 2009, p. 37-54;
- NETO, Luísa – *Novos direitos (ou novos objectos para o Direito?)*, Universidade do Porto Editorial, Porto, 2010;
- NEUMANN, Ulfried/HASSEMER, Winfried/SCHROTH, Ulrich (Hrsg.) – *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 100, Franz STEINER, 2005,
- NEVES, António Castanheira – *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – I. A crise*, Coimbra, 1967;
- NEVES, António Castanheira – “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, 1968, p. 83-142, e também in *Digesta – Escritos*



- acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 1995, p. 9-50;
- NEVES, António Castanheira – *Curso de Introdução ao Estudo do Direito: lições proferidas a um curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra, 1971-1972;
- NEVES, António Castanheira – “Justiça e Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1975, p. 205-269, e também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 241-286;
- NEVES, António Castanheira – “A Revolução e o Direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, 1975, p. 23-62, 157-186 e 321-416, e ano 36, 1976, p. 5-67, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 51-239;
- NEVES, António Castanheira – *Sumários de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra, 1975-76;
- NEVES, António Castanheira – “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in *Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Teixeira Ribeiro*, 1979, vol. II, p. 73-184; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 95-180;
- NEVES, António Castanheira – *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, in *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 105.º, 1972, n.º 3474, p. 133-139 a ano 116.º, 1983, n.º 3706, p. 8-9, e também como *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983 (versão citada);
- NEVES, António Castanheira – “Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem aos Profs. Doutores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, vol. LVIII, II, 1982, p. 169-285; também in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 7 a 94;
- NEVES, António Castanheira – “Escola da Exegese”, in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 181-191;
- NEVES, António Castanheira – “Escola Histórica do Direito”, in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 203-214;
- NEVES, António Castanheira – “Método Jurídico”, in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 283-336;
- NEVES, António Castanheira – “Interpretação jurídica”, in *Enciclopédia Polis*, Lisboa, S. Paulo, 1983-86, e in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra 1995, p. 337-377 (versão citada);
- NEVES, António Castanheira – *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 (inicialmente publicado in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117.º, n.º 3722, 1984, p. 129-132, a ano 134.º, n.º 3922, 2001, p. 3-10);
- NEVES, António Castanheira – “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, vol. I, p. 307-469, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 349-473;
- NEVES, António Castanheira – “O actual problema metodológico da realização do direito”, in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, 1984, vol. III (1991), p. 11-58, e na tradução castelhana “El actual problema metodológico de la realización del Derecho”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 79, Curso 1991-92, Madrid, 1992, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 249-282;
- NEVES, António Castanheira – *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, Coimbra/Lisboa, 1985/1986;



- NEVES, António Castanheira – “*O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do Direito*”, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano IV, 1988, p. 10 e ss., e também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 287-310;
- NEVES, António Castanheira – “*A imagem do homem no universo prático*”, in *Igreja e Missão*, Janeiro-Setembro 1989, p. 87 e ss., e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 311-336;
- NEVES, António Castanheira – *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, STVDIA IVRIDICA, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;
- NEVES, António Castanheira – “*A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)*” (1993), in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1984, vol. II (1993), p. 393-447, e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 379-421;
- NEVES, António Castanheira – *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, e vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- NEVES, António Castanheira – “*Pessoa, Direito e Responsabilidade*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, 9-43; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 129-158;
- NEVES, António Castanheira – “*Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º, 1997-98, n.º 3883, p. 290-300, e n.º 3884, p. 322-329, e ano 131.º, 1998-99, n.º 3886, p. 8-14; também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, p. 1-44; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 161-198;
- NEVES, António Castanheira – *Teoria do Direito*, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99, policop., Coimbra, 1998;
- NEVES, António Castanheira – *Apontamentos complementares de Teoria do Direito – Sumários e textos*, Coimbra, 1998-1999;
- NEVES, António Castanheira – “*O problema da autonomia do Direito no actual problema da juridicidade*”, in J. A. PINTO RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo. Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 87-114;
- NEVES, António Castanheira – “*Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*”, («Excurso»), in António Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 349-444 (inicialmente publicado in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117.º, n. 3722, 1984, p. 129-132, a ano 134.º, n. 3922, 2001, p. 3-10, e posteriormente in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA, 61 – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 263-345; e in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 413-495).
- NEVES, António Castanheira – “*O sentido actual da Metodologia Jurídica*”, in *Ciclo de Conferências em homenagem póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 13-42, e também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 115-150; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 381-411;
- NEVES, António Castanheira – “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*”, in R. M. MOURA RAMOS, C. FERREIRA DE ALMEIDA, A. MARQUES DOS SANTOS, P. PAIS DE VASCONCELOS, L. LIMA PINHEIRO, M. Helena BRITO, D. MOURA VICENTE (Org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, vol. II, 2002, p. 837-871; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 9-41;

- NEVES, António Castanheira – *O Direito hoje e com Que Sentido?*, Piaget, Lisboa, 2002; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 43-72;
- NEVES, António Castanheira – *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, STVDIA IVRIDICA, 72, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- NEVES, António Castanheira – “*O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136.º, 2006, n. 3940, p. 3-31, a ano 136.º, 2006, n.º 3942, p. 122-151; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 199-318 (versão citada);
- NEVES, António Castanheira – “*O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*”, in António AVELÃS NUNES/Jacinto de MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 9-82, também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, 2007, p. 1-73;
- NEVES, António Castanheira – “*Uma reflexão filosófica sobre o direito – ‘o deserto está a crescer...’ ou a recuperação da filosofia do direito?*”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 73-100;
- NEVES, António Castanheira – “*O Problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 101-128;
- NEVES, António Castanheira – “*Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – Comentário crítico à lição O fim da vida e o direito penal*”, in *Digesta...*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 609-630;
- NEVES, António Castanheira – “*Pensar o direito num tempo de perplexidade*”, in Augusto SILVA DIAS/João António RAPOSO/João LOPES ALVES/Luís DUARTE D’ALMEIDA/Paulo de SOUSA MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 3-28;
- NEVES, António Castanheira – “*O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito*”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/António SÁ DA SILVA (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, p. 9-79;
- NEVES, António Castanheira – “*O direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139.º, n.º 3961, Março-Abril 2010, p. 202-221;
- NEVES, António Castanheira – “*Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc> (acedido em 07/11/2012);
- NEWAY, Glen – “*Fatwa and Fiction: Censorship and Toleration*”, in John HORTON/Peter NICHOLSON (Ed.), *Toleration: Philosophy and Practice*, Aldershot, Brookfield, 1992, p. 91-107;
- NEWAY, Glen – “*Against thin-property reductivism: toleration as supererogatory*”, in *The Journal of Value Inquiry*, 31, 1997, p. 231-249;
- NEWAY, Glen – *Virtue, Reason and Toleration. The Place of Toleration in Ethical and Political Philosophy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999;
- NICHOLSON, Peter – “*Toleration as a Moral Ideal*”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Aspects of Toleration: Philosophical Studies*, Routledge, London, 1985, p. 158-173;
- NIETZSCHE, Friedrich – *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, C. G. Naumann, Leipzig, 1886, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, vol. VI<sub>2</sub>, p. 3-255;
- NIETZSCHE, Friedrich – *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, C. G. Naumann, Leipzig, 1886-1887, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, vol. VI<sub>2</sub>, p. 259-430;
- NIETZSCHE, Friedrich – *Götzen Dämmerung oder Wie Man mit dem Hammer philosophirt*, C. G. Naumann, Leipzig, 1888, in Giorgio COLLI/Mazzino MONTINARI, *Nietzsche Werke*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, vol. VI<sub>3</sub>, p. 51-157;

- NNAEMEKA Obioma (Ed.) – *Female Circumcision and the Politics of Knowledge: African Women in Imperialist Discourses*, Praeger, Westport, 2005;
- NOVAIS, Jorge REIS – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- NUNES, Rui/REGO, Guilhermina/DUARTE, Ivone – *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*, Associação Portuguesa de Bioética, Coimbra 2009;
- NUNES, António José Avelãs – *Neoliberalismo e direitos humanos*, Caminho, Lisboa, 2003;
- NUNES, António José Avelãs – “Neoliberalismo, capitalismo e democracia”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLV, 2003, p. 17-74;
- NUSSBAUM, Martha – “Patriotism and Cosmopolitanism”, in *Boston Review*, Vol. XIX, n. 5, Oct./Nov. 1994, disponível em <http://bostonreview.net/BR19.5/nussbaum.html> (acedido em 16/01/2012);
- NUSSBAUM, Martha – *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995;
- NUSSBAUM, Martha – “Compassion: The Basic Social Emotion”, in *Social Philosophy and Policy*, vol. 3, n. 1, 1996, p. 27-58;
- NUSSBAUM, Martha – “Virtue Ethics: A Misleading Category?”, in *The Journal of Ethics*, vol. 3, n. 3, September 1999, p. 163-201;
- NUSSBAUM, Martha – *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000;
- NUSSBAUM, Martha – “Toleranz, Mitleid und Gnade”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 144-161;
- NUSSBAUM, Martha – *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006;
- NUSSBAUM, Martha – *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2011;
- NUSSBAUM, Martha – *The New Religious Intolerance*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2012;
- OLIVEIRA, Guilherme de/MACHADO, Jónatas/MARTINS, Rosa (Coord.) – *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- O’NEILL, Onora – “Practices of Toleration”, in Judith LICHTENBERG (Ed.), *Democracy and the Mass Media. A Collection of Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1990, p. 155-185;
- OBERDIEK, Hans – *Tolerance: Between Forbearance and Acceptance*, Rowman & Littlefield, Lanham, London, 2001;
- ÖKTEM, Niyazi – “Tolerance and Law”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 114-123;
- OST, François – “Juge-pacificateur, juge arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice”, in Philippe GERARD/François OST/Michel van de KERCHOVE, (Dir.), *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire. Transformations et Déplacements*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-70;
- OST, François – “Jupiter, Hercule, Hermès: Trois Modèles du Juge”, in Pierre BOURETZ (Dir.), *La force du droit: Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, p. 241-272;
- OST, François – “Pour une théorie ludique du droit”, in *Droit et Société*, n.º 20/21, 1992, p. 89-98;
- OST, François – *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, citado na tradução portuguesa *O tempo do direito*, tradução de Maria Fernanda OLIVEIRA, Piaget, Lisboa, 2001;
- OST, François – *Raconter la loi. Aux sources de l’imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004;
- OST, François – *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007;
- OST, François – *Traduire: défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009;
- OST, François – *Antigone voilée*, Larcier, Bruxelles, 2004;
- OST, François – *Sade et la Loi*, Odile Jacob, Paris, 2005;
- OST, François – *Shakespeare: la comédie de la loi*, Michalon, Paris, 2012;
- OST, François/KERCHOVE, Michel van de – *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992;
- OST, François/KERCHOVE, Michel van de (Dir.) – *Le jeu: un paradigme pour le droit?*, LGDJ/Montchrestien, Paris, 1992;
- OST, François/HOECKE, Mark van – *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998;
- OST, François/EYNDE, Laurent Van /GERARD, Philippe/KERCHOVE Michel Van de (Dir.) – *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001;

- OST, François/KERCHOVE, Michel van de – *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002;
- OTERO, Paulo – *Instituições políticas e constitucionais*, Almedina, Coimbra, vol. I, 2007;
- PAETZOLD, Heinz – “Review Essay: Respect and toleration reconsidered (Under consideration: Rainer Forst's *Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt, und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003)”, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 34, n. 8, October 2008, p. 941-954;
- PAIVA, Polyana Washington de – *O princípio jurídico da hospitalidade: da tolerância à hospitalidade na protecção dos direitos do outro homem*, Coimbra, 2008;
- PAPASTATHIS, Charalambos – “Tolerance and Law in Countries with and Established Church”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 108-113;
- PASSETTI, Edson/OLIVEIRA, Salette (Orgs.) – *A tolerância e o intempestivo*, Ateliê, Cotia, 2005;
- PATTARO, Enrico (Editor-in-Chief) – *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, by Patrick RILEY, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009;
- PATTARO, Enrico (Editor-in-Chief) – *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, by Gerald J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011;
- PATTI, Salvatore – “Tolleranza (Atti di)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 701-720;
- PEREIRA, Alexandre Dias – *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008;
- PEREIRA, André Dias – “Declarações antecipadas de vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 823-831;
- PERRY, Michael – *Toward a Theory of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007;
- PERRY, Michael – “Human Rights as Morality, Human Rights as Law”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIV, 2008, p. 369-422;
- PERRY, Michael – *The Political Morality of Liberal Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- PETHER, Penny – “On Foreign Ground: Grand Narratives, Situated Specificities, and the Praxis of Critical Theory and Law”, in *Law and Critique*, 10, 1999, p. 211-236;
- PHILLIPS, Anne – “The Politicisation of Difference: Does this Make for a More Intolerant Society?”, in John HORTON/Susan MENDUS (Eds.), *Toleration, Identity and Difference*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 1999, p. 126-145;
- PICKETT, Joseph P. (Ed.) – *The American Heritage Dictionary of the English Language, Appendix I: Indo-European Roots*, Houghton Mifflin Company, Boston, New York, 4. Ed., 2000;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra, 1975), 4.ª Ed., por António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- PINTO, Paulo Mota – “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 747-779;
- PINTORE, Anna – *Il diritto senza verità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, citado na tradução inglesa *Law without Truth*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 2000;
- PIRES, Francisco Lucas – *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, Coimbra, 1988;
- PIRES, Maria José Morais – “Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos”, in *Boletim de documentação e direito comparado*, n.ºs 79/80, 1999, p. 334-350, disponível em <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7980-b.pdf> (acedido em 14/03/2012);
- PISÓN, José Martínez de – *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001;
- PLATÃO – *A República*, tradução portuguesa de Maria Helena da ROCHA PEREIRA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993;
- PLATÃO – *Crítón, Apologia de Sócrates*, tradução portuguesa de Manuel de OLIVEIRA PULQUÉRIO, Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1991;
- POPPER, Karl – *The Open Society and Its Enemies*, vol. I – *The Spell of Plato*; vol. II – *The High Tide of prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath* (1945), Princeton University Press, Princeton, 1971;
- POPPER, Karl – “Toleration and Intellectual Responsibility”, in Susan MENDUS, David EDWARDS, *On Toleration*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 17-34;
- POSNER, Richard – *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, sixth print, 1999;

- PUFENDORF, Samuel – *De habitu religionis Christianiae ad vitam civilem* (1687), *Editio quarta prioribus emendatior*, Breae, Sumptibus Philippi Gothofredi Saurmanni, Bibliop. 1706;
- PÜTTNER, Günter – *Toleranz als Verfassungsprinzip: Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 62, Duncker & Humblot, Berlin, 1977;
- RAMOS, Fernando Silveira – *Dicionário jurídico alemão-português*, Almedina, Coimbra, 1995;
- RAPHAEL, D. D. – “*The Intolerable*”, in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 137-153;
- RAPOSO, Vera – *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- RAPOSO, Vera Lúcia – “*Crónica de um casamento anunciado: o casamento entre pessoas do mesmo sexo*”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 120, 2009, p. 157-190;
- RAPOSO, Vera Lúcia – “*Direitos reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade*”, in Guilherme de OLIVEIRA/Jónatas MACHADO/Rosa MARTINS (Coord.), *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 61-86;
- RAPOSO, Vera – “*Quando a cegonha chega por contrato*”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março 2012, p. 26-27;
- RATZINGER, Joseph – *Glaube, Wahrheit, Toleranz: das Christentum und die Weltreligionen*, Herder, Freiburg im Breisgau, 2003;
- RATZINGER, Joseph – *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, Edizioni San Paolo, Milano, 2004, citado na tradução portuguesa *Europa. Os seus fundamentos hoje e amanhã*, tradução de António Maia da ROCHA, Paulus, Apelação, 2005;
- RAWLS, John – “*The Priority of Right and the Ideas of the Good*”, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, 1988, p. 251-276;
- RAWLS, John – *A Theory of Justice* (Harvard, Oxford 1971), Revised Edition, Oxford University Press, Oxford, 1999;
- RAWLS, John – *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, Expanded Edition, 2005;
- RAWLS, John – “*The Idea of Public Reason Revisited*”, in John RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 131-180 (artigo inicialmente publicado na *University of Chicago Law Review*, vol. 64, n. 3, Summer 1997, p. 765-807);
- RAWLS, John – *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999;
- RAZ, JOSEPH – “*Legal Validity*”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 63, n. 3, 1977;
- RAZ, Joseph – *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986;
- RAZ, Joseph – “*Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*”, in Ruth GAVISON (Ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1987; também in Susan MENDUS (Ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 155-175 (versão citada);
- RAZ, Joseph – “*On the Autonomy of Legal Reasoning*”, in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 1, March 1993, p. 1-15;
- RAZ, Joseph – “*Multiculturalism*”, in *Ratio Juris*, vol. 11, n. 3, September 1998, p. 193-205;
- RAZ, Joseph – “*Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*”, in Jules COLEMAN (Ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, p. 1-37;
- RAZ, Joseph – “*Human Rights Without Foundations*”, in *Oxford Legal Studies*, 2007, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=999874&rec=1&srcabs=391643](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999874&rec=1&srcabs=391643) (acedido em 07/01/2010);
- RAZ, Joseph – “*About Morality and the Nature of Law*”, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, p. 1-15, agora também in Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009, capítulo 6, p. 166-167 (versão citada);
- RAZ, Joseph – “*Incorporation by Law*”, in *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 1-17, agora também in Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009, capítulo 7, p. 182-202 (versão citada);
- Raz, Joseph – “*The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*” in G. PAVLAKOS (Ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart, Oxford, Portland, 2007, p. 17-36;
- RAZ, Joseph – *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 2nd. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009;

- RAZ, Joseph – *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009;
- REIS, Rafael Vale e – “Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida – a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, 2010, p. 69-93.
- REPGEN, Konrad (Hrsg.) – *Acta Pacis Westphalicae*. Hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften in Verbindung mit der Vereinigung zur Erforschung der Neueren Geschichte e.V., Münster 1998, Serie III Abteilung B: *Verhandlungsakten* – Band 1: *Die Friedensverträge mit Frankreich und Schweden. 1: Urkunden*. Bearb. von Antje OSCHMANN, p. 3-36 e 97-159, disponível em <http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/index.html> (acedido em 06/08/2012);
- RICHARDS, David A. J. – *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1986;
- RICOEUR, Paul – *Soi-même comme un autre* (1986-88), Seuil, Paris, 1990;
- RICOEUR, Paul – “*Tolérance, intolérance, intolérable*”, in *Lectures I, Autour du politique*, Paris, 1991, p. 294-311;
- RICOEUR, Paul (Ed.) – *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable (Diogenes, vol. 44, n. 176, December 1996)*, Berghahn Books, Providence, Oxford, 1996;
- RICOEUR, Paul – “*Tolerance, Rights, and the Law*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable (Diogenes, vol. 44, n. 176, December 1996)*, Berghahn Books, Providence, Oxford, 1996, p. 51-52;
- RICOEUR, Paul – “*État actuel de la réflexion sur l'intolérance*”, in Françoise BARRET-DUCROCQ (Dir.), *L'intolérance* (Académie Universelle des Cultures), Grasset, Paris, 1998, p. 20-23;
- ROBERTS, Edward A./PASTOR, Bárbara – *Diccionario etimológico indoeuropeu de la lengua española*, Madrid, Alianza Editorial, 1997;
- ROJAS, Carlos Antonio Aguirre – “*A longa duração: in illo tempore et nunc*”, in *Revista de História das Ideias*, Faculdade de Letras, Coimbra, vol. 18, 1996, p. 389-417;
- ROMANO, Bruno – *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del "Sistema di Universale Dipendenza" con Heidegger e Lacan. Lezioni 1986-87*, Bulzoni, Roma, 1987;
- ROMANO, Bruno – “*Relazione e diritto nel postmoderno. Una discussione iniziale*”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXV, 1988, p. 735-747;
- ROMANO, Bruno – *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni Editore, Roma, 1998;
- ROMANO, Bruno – *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002;
- RORIVE, Isabelle – “*Religious Symbols in the Public Space: in Search of a European Answer*”, in *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 6, June 2009, p. 2669-2698;
- ROSENFELD, Michel – *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1998;
- ROTERODAMUS, Desiderius Erasmus (Gerrit GERRITSZON) – *Stultitiae Laus* (1509, Basileae, 1511), J. J. Thurneisen, Basileae, 1780;
- ROUSSEAU, Jean-Jacques – *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Garnier-Flammarion, Paris, 1971;
- ROUSSEAU, Jean-Jacques – *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762;
- RÜDIGER, Petra/GROSS, Konrad (Ed.) – *Translation of Cultures*, Rodopi V. B., Amsterdam, New York, 2009;
- RUIZ, José Ramón Torres – “*El concepto de tolerancia*”, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n.º 48, Noviembre-Diciembre 1985, p. 105-134;
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de – *Abuso do direito* (Lisboa, 1973), Almedina, Coimbra, 1997;
- SÁ, Filipa Almeno de – *Disposição antecipada de paciente – legitimação e limites*, Coimbra, 2012;
- SAADA-GENDRON, Julie (Org.) – *La tolérance*, Flammarion, Paris, 1999;
- SABL, Andrew – “*The Last Artificial Virtue: Hume on Toleration and Its Lessons*”, in *Political Theory*, vol. 37, n. 4, August 2009, p. 511-538;
- SACKS, Jonathan – *The dignity of difference: How to Avoid the Clash of Civilizations*, Continuum, London, New York (2002), 2003;
- SAHEL, Claude (Coord.) – *La tolérance: pour un humanisme herétique*, Autrement, Paris, 1991, citado na tradução portuguesa *A tolerância: por um humanismo herético*, tradução de Cascais FRANCO, Difel, Lisboa, 1993;
- SANDEL, Michael J. – “*Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 71-87;

- SANCHÍS, Luis Prieto (Coord.) – *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996;
- SANDKÜHLER, Hans-Jörg – “Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights”, in SANDKÜHLER, Hans-Jörg/Hong-Bin LIM (Ed.), *Transculturality: Epistemology, Ethics and Politics*, Peter Lang, Frankfurt, 2004, p. 79-100, disponível em <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/Pluralism-Cultures%20of%20Knowledge.pdf> (acedido em 05/01/2010);
- SANTOS, Boaventura de Sousa – “Towards a Multicultural Conception of Human Rights”, in FEATHERSTONE, Michael/LASH, Scott (Ed.), *Spaces of Culture: City, Nation, World*, Sage, London, 1999, p. 214-229;
- SANTOS, Boaventura de Sousa – “Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality”, in Boaventura de Sousa SANTOS/César A. RODRIGUEZ-GARAVITO (Eds.) – *Law and Globalization From Below*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005, p. 29-63;
- SANTOS, Boaventura de Sousa – *A gramática do tempo: para uma nova cultura política (Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, volume IV)*, Afrontamento, Porto, 2006;
- SANTOS, Boaventura de Sousa/RODRIGUEZ-GARAVITO, César A. (Eds.) – *Law and Globalization From Below*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005;
- SANTOS, Boaventura de SOUSA/RODRIGUEZ-GARAVITO, César A. – “Law, Politics, and the Subalterns in Counter-Hegemonic Globalisation”, in Boaventura de SOUSA SANTOS/César A. RODRIGUEZ-GARAVITO (Ed.), *Law and Globalization From Below*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005, p. 1-26;
- SANTOS, Maria Helena Carvalho dos (Coord.) – *Nas fronteiras da tolerância*, Actas do Colóquio Internacional e Pluridisciplinar, Org. Instituto de Estudos Portugueses, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, 2005;
- SAUPIN, Guy – *Naissance de la tolérance en Europe aux temps modernes: XVIe-XVIIIe siècle*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 1998;
- SCANLON, T. M. – *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998;
- SCANLON, T. M. – *The Difficulty of Tolerance. Essays in Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- SCARMAN, J. G. – “Toleration and the Law”, in Susan MENDUS, David EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 49-62;
- SCHMIDINGER, Heinrich (Hrsg.) – *Wege zur Toleranz. Geschichte einer europäischen Idee in Quellen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2002;
- SCHMIDT-LEUKEL, Perry – “Ist das Christentum notwendig intolerant?”, in Rainer FORST (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Campus, Frankfurt am Main, 2000, p. 177-213;
- SCHREINER, Klaus/BESIER, Gerhard – „Toleranz“, in BRUNNER, Otto/CONZE, Werner/KOSSELLECK, Reinhart (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 7 Bde., Stuttgart 1972-92, Bd. 6, 1990, p. 445-605;
- SELZNICK, Philip – “Personhood and Moral Obligation”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 110-125;
- SELZNICK, Philip – “Foundations of Communitarian Liberalism”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *The Essential Communitarian Reader*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland, 1998, p. 3-13;
- SEMPRINI, Andrea – *Le Multiculturalisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997;
- SEN, Amartya – “Legal Rights and Moral Rights”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 2, 1996, p. 153-167;
- SEN, Amartya – “Elements of a Theory of Human Rights”, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, 2004, p. 315-356;
- SEN, Amartya – *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009;
- SENECA, L. Annaeus – *Ad Lucilium. Epistulae Morales* (Oxford University Press, Oxford, New York, 1965), Tomus I;
- SHELLARD, John – “Liberalism and Hate Laws: Toleration versus Tolerance”, in *Policy Magazine*, vol. 25, n. 1, Autumn 2009, p. 39-43;
- SIMONS, Jon – *Foucault and the Political*, Routledge, London, New York, 1995;
- SLOTERDIJK, Peter – *Im Weltinnenraum des Kapitals – Für eine philosophische Theorie der Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, citado na tradução portuguesa *Palácio de*

- Cristal – Para uma Teoria Filosófica da Globalização*, tradução de Manuel RESENDE, Relógio d'Água, Lisboa, 2008;
- SMITH, Steven D. – “*The Restoration of Tolerance*”, in *California Law Review*, Vol. 78, n. 2, March 1990, p. 305-356;
- SOUSA, Cristina Velha de /PEREIRA, J. A. Teles – “*O ‘caso da cruz’*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 69, 1997, p. 163-179;
- SPINI, Giorgio – “*Secularization and Tolerance*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 1, March 1997, p. 9-12;
- SPINOZA, Baruch – *Tractatus theologico-politicus*, Hamburgi: Henricum Künrath, 1670;
- SPRAGENS, JR., Thomas A. – “*Communitarian Liberalism*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 37-51;
- STAMMLER, Rudolf – *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902;
- STATMAN, Daniel – *Virtue Ethics. A Critical Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1997;
- SUÁREZ, Francisco – *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore: In decem libros distributus*, Didacus Gomez de Loureiro, Conimbrica, 1612;
- SUDRE, Frédéric – *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme (Recueil de décisions)*, Presse Universitaires de France (*Que sais-je?*), Paris, 1997;
- TAR, Zoltán – *The Frankfurt School (The Critical Theories of Max Horkheimer and Theodor W. Adorno)*, John Wiley & Sons, New York, 1977, citado na tradução portuguesa *A Escola de Francoforte*, tradução de Ana RABAÇA, Edições 70, Lisboa, 1980-1981 ;
- TAKESHITA, Ken – “*Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar zur Arthur Kaufmanns Theorie*”, in Ulfried NEUMANN/Winfried HASSEMER/Ulrich SCHROTH (Hrsg.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, Beiheft 100, Franz STEINER, 2005, p. 105-110;
- TAYLOR, Charles – “*Inwardness and the Culture of Modernity*”, in HONNETH, AXEL/ MCCARTHY, Thomas/OFFE, Claus/WELLMER, Albrecht (Hrsg.) – *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 601-623;
- TAYLOR, Charles (et al.) – *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994 (edited and introduced by Amy GUTMANN);
- TAYLOR, Charles – “*Two Theories of Modernity*” (1993), in *The International Scope Review*, vol. 3, 2001, issue 5, Summer, disponível em [http://www.social-capitalfoundation.org/journal/volume%202001/issue&205/taylor\\_presentation.htm](http://www.social-capitalfoundation.org/journal/volume%202001/issue&205/taylor_presentation.htm) (acedido em 27/12/2006);
- TAYLOR, Charles – *A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2007;
- TEUBNER, Gunther – “*Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*”, in *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, vol. LXVIII/1, 1982, p. 13-59;
- TEUBNER, Gunther – *Recht als Autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, citado na tradução portuguesa *O Direito como Sistema Autopoietico*, tradução de José Engrácia ANTUNES, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989;
- TEUBNER, Gunther – “*The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*”, in TUORI, Kaarlo/BANKOWSKI, Zenon/UUSITALO, Jyrki (Ed.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1997, p. 119-140 (inicialmente publicado in *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443-1462);
- TEUBNER, Gunther – “*Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*”, in Richard RAWLINGS (Ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press, Oxford 1997, 149-176, citado na versão francesa “*Altera Pars Audiatur: Le Droit dans la Collision des Discours*”, in *Droit et Société*, n.º 35, 1997, p. 99-123;
- THOMASIIUS, Christian – *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen?*, Elect. Brandenb., Halle, 1697;
- THOMASIIUS, Christian – *Fundamenta juris naturae ac gentium* (1705), Elect. Brandenb., Halle, 1718;
- THOMASSEN, Lasse – “*The Inclusion of the Other? – Habermas and the Paradox of Tolerance*”, in *Political Theory*, vol. 34, n. 4, August 2006, p. 439-462;
- THOMASSEN, Lasse (Ed.) – *The Derrida-Habermas Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006;
- TIEDEMANN, Rolf/SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften. Walter Benjamins*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, 2. Auflage, 1978-1979;
- TUORI, Kaarlo/BANKOWSKI, Zenon/UUSITALO, Jyrki (Ed.) – *Law and Power*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1997;



- TUSHNET, Mark (Ed.) – *Comparative Constitutional Federalism: Europe and America*, Greenwood Press, New York, 1990;
- TWINING, W./MIERS, D. – *How To Do Things With Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1976;
- URBANO, Maria Benedita – “Globalização: os direitos fundamentais sob stress”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 1023-1106;
- UREÑA, Enrique M. – *La Teoría de la Sociedad de Habermas – La crisis de la sociedad industrializada*, Tecnos, Madrid, 1978;
- VALDÉS, Ernesto Garzón – “‘No pongas tus sucias manos sobre Mozart’. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, in *Claves de Razón Pública*, 19, Enero-Febrero 1992, Madrid, p. 16-23; in *Estudios*, 29, ITAM, México, 1992, p. 33-50, disponível em [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras29/texto3/sec\\_1.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras29/texto3/sec_1.html) (acedido em 10/11/2011); também in *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 401-415 (versão citada);
- VALDÉS, Ernesto Garzón – “Some Remarks on the Concept of Toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 127-138;
- VALE, Luís Meneses do – *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, 2008;
- VALE, Luís Meneses do – *Responsividade nos sistemas públicos de saúde: o exemplo da OMS*, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 1049-1106;
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, 10.<sup>a</sup> Ed. (5.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de 2000), vol. I, Almedina, Coimbra, 2008;
- VEGA, René González de la – “¿Es posible hablar de tolerancia entre iguales? Algunas consideraciones críticas”, in *Dianóia*, vol. 55, n.º 64, Mayo 2010, p. 109-126;
- VEIGA, Paula – “Alguns dilemas da emancipação da cidadania na era cosmopolita”, in Manuel da COSTA ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, vol. IV, p. 1107-1123;
- VEN, Joseph J. M. van der – “Recht, Mensch, Person – Eine rechstantropologische Anfrage and die Rechtsvergleichung“, in Winfried HASSEMER (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Decker & Müller, Heidelberg, 1984, p. 15-27;
- VERNON, Richard – *The Career of Toleration: John Locke, Jonas Proast, and After*, McGill Queen’s University Press, Montreal, 1997;
- VICENT, Manuel – *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*, Debate, Madrid, 1983;
- VINUESA, José Maria – *La Tolerancia. Contribución crítica para su definición*, Laberinto, Madrid, 2000;
- VOLKMANN, Uwe – *Solidarität: Programm und Prinzip der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998;
- VOLTAIRE (François Marie Arouet) – “Tolérance”, in *Dictionnaire philosophique portatif*, Genève, 1764, disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/tolerance.htm> (acedido em 05/01/2010) e in *Dictionnaire philosophique*, Le Chasseur Abstrait, Almeria, 2005, disponível em <http://www.artistasalfaix.com/doc/.pdf/Voltaire%20-%20Dictionnaire%20philosophique.pdf> (acedido em 23/10/2010), p. 1968-1974;
- VOLTAIRE (François Marie Arouet) – *Traité sur la tolérance*, Paris (1763), Flammarion, Paris, 1989;
- WAGENER, Johann Daniel – *Neues Portugiesisch-Deutsches und Deutsch-Portugiesisches Lexikon*, Schmickertschen Verlag, Leipzig, 1812;
- WAGNER, Anne/BHATIA, Vijay K. (Ed.) – *Diversity and Tolerance in Socio-Legal Contexts: Explorations in the semiotics of law*, Farnham, Burlington, 2009;
- WALDRON, Jeremy – *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993;
- WALDRON, Jeremy – “Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative”, in Will KYMLICKA (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995, p. 93-119;
- WALZER, Michael – *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*, Martin Robertson, Oxford, 1983, Blackwell, Oxford, Cambridge, 1994;
- WALZER, Michael – “Pluralism: A Political Perspective”, in Will KYMLICKA (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995, p. 139-154;
- WALZER, Michael – *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, London, 1997;
- WALZER, Michael – “The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 165-176;

- WALZER, Michael – “*The Communitarian Critique of Liberalism*”, in Amitai ETZIONI (Ed.), *New Communitarian Thinking: Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1995, p. 52-70;
- WALZER, Michael/MILLER, David – *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, New York, 1995;
- WARNOCK, Mary – “*The Limits of Toleration*”, in Susan MENDUS, David EDWARDS (Ed.), *On Toleration*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 123-139;
- WATERLOT, Ghislain – *Tolérance et modernité: généalogie et destin d'un concept*, Université Charles de Gaulle, Lille, 1996;
- WATERLOT, Ghislain – “*Human Rights and the Fate of Tolerance*”, in Paul RICOEUR (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, (*Diogenes*, vol. 44, n. 176, December 1996), Berghahn Books, Providence, Oxford, 1996, p. 53-70;
- WEISSBERG, Robert – “*The Many Facets of Tolerance*”, in Gerson MORENO-RIAÑO (Ed.), *Tolerance in the Twenty-First Century: Prospects and Challenges*, p. 13-41;
- WEIB, Claus – „*Toleranz als Verfassungsprinzip. Zur Frage der Selbstverwirklichung des Menschen in der Demokratie*“, in *Gewerkschaftlich Monatshefte*, Ausgabe 02/1971, p. 65-72, disponível em <http://library.fes.de/gmh/main/pdf-files/gmh/1971/1971-02-a-065.pdf> (acedido em 22/12/2011);
- WELSCH, Wolfgang – “*Transculturality: The Puzzling Form of Cultures Today*”, in FEATHERSTONE, Michael/LASH, Scott (Ed.), *Spaces of Culture: City, Nation, World*, Sage, London, 1999, p. 194-213;
- WELSCH, Wolfgang – *Unsere postmoderne Moderne*, VCH, Acta Humaniora, Weinheim, 1987;
- WHITE, James Boyd – *Justice as Translation*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1990;
- WILLIAMS, Bernard – “*Toleration: An Impossible Virtue?*”, in David HEYD (Ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 18-27;
- WILLIAMS, Bernard – “*Tolerating the Intolerable*”, in Susan MENDUS (Ed.), *The Politics of Toleration: Tolerance and Intolerance in Modern Life*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999, p. 65-75;
- WILLIAMS, Melissa S./WALDRON, Jeremy (Ed.) – *Toleration and Its Limits*, New York University Press, New York, London, 2008;
- WINCKLER, Günther – *Zeit und Recht*, Springer, Wien, 1995;
- WOLFF, Robert Paul/MOORE, Barrington/MARCUSE, Herbert – *A Critique of Pure Tolerance* (Beacon Press, Boston, 1965), Jonathan Cape, London, 1969, também citado na tradução alemã *Kritik der reinen Toleranz*, tradução de Alfred SCHMIDT, 7. Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970;
- YOUNG, Iris Marion – *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, 2011;
- YOUNG, Iris Marion – “*Together in Difference: Transforming the Logic of Group Political Conflict*”, in KYMLICKA, Will (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995, p. 155-176;
- ZARKA, Yves Charles – *Difficile Tolérance*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004;
- ZARKA, Yves Charles – “*La tolerancia o cómo coexistir en un mundo desgarrado*”, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid*, ano 8, 2003, n.º 12, p. 391-410;
- ŽIŽEK, Slavoj – *Plaidoyer en faveur de l'intolérance*, Climats, Paris, 2004, citado na tradução portuguesa *Elogio da intolerância*, tradução de Miguel Serras PEREIRA, Relógio d'Água, Lisboa, 2006;
- ŽIŽEK, Slavoj – *Violence: Six Sideways Reflections*, Profile Books, London, 2008;
- ZLOMISLIĆ, Marko – “*Liberalism, Communitarianism and the Economy of Tolerance*”, in *Društvena istraživanja: Journal of General Social Issues*, vol. 7, n. 6 (38), December 1998, p. 907-922;
- ZOLO, Danilo – *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, 1995, Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 1995;
- ZOLO, Danilo – “*Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron*”, in *Ratio Juris*, vol. 10, n. 2, June 1997, p. 247-251;
- ZOLO, Danilo – *I Signori de la Pace. Una Critica del Globalismo Giuridico*, Carocci, Roma, 1998.

## **OUTROS DOCUMENTOS:**

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris – 26/08/1789, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp> (acedido em 28/09/2011);

*Charter of the United Nations* – 26/06/1945, disponível em <http://www.un.org/en/documents/charter/> (acedido em 14/03/2012), citada na versão portuguesa *Carta das Nações Unidas*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html> (acedido em 14/03/2012);

*The Universal Declaration of Human Rights* – 10/12/1948, disponível em <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (acedido em 06/01/2010), citada na versão portuguesa *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> (acedido em 06/01/2010);

*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* – 04/11/1950, disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION\\_ENG\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf) (acedido em 06/12/2010), citada na versão portuguesa *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf) (acedido em 06/12/2010);

*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* – 21/12/1965, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm> (acedido em 14/03/2012), com versão portuguesa: *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-eliminacao-discrimina-racial.html> (acedido em 14/03/2012);

*International Covenant on Civil and Political Rights* – 16/12/1966, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (acedido em 13/02/2012), citado na versão portuguesa *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html> (acedido em 13/02/2012);

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* – 16/12/1966, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm> (acedido em 13/02/2012), citado na versão portuguesa *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html> (acedido em 13/02/2012);

*Declaration on Race and Racial Prejudice* – 27/11/1978, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=12027&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=-471.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12027&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html) (acedido em 15/04/2009), com versão portuguesa: *Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais*, disponível em [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_2/IIPAG3\\_2\\_9.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIPAG3_2_9.htm) (acedido em 15/04/2009);

*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief* – 25/11/1981, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/religion.htm> (acedido em 06/01/2010), com versão portuguesa: *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou convicção*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/outraspubPDF/VOLUME%20I.PDF> (acedido em 06/01/2010), p. 141-144;

*Convention on the Rights of the Child* – 20/11/1989, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>, citada na tradução portuguesa *Convenção sobre os Direitos da Criança*, disponível em [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) (acedido em 14/03/2012);

*Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* – 18/12/1992, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/law/minorities.htm> (acedido em 14/03/2012); com tradução portuguesa: *Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, disponível em [http://www.acidi.gov.pt/\\_cfn/4d026c148fe00/live/Declara%C3%A7%C3%A3o+Sobre+os+Direitos+das+Minorias](http://www.acidi.gov.pt/_cfn/4d026c148fe00/live/Declara%C3%A7%C3%A3o+Sobre+os+Direitos+das+Minorias) (acedido em 14/03/2012);

*Declaration of Principles on Tolerance* – 16/11/1995, disponível em <http://www.unesco.org/cpp/uk/declarations/tolerance.pdf> (acedido em 29/09/2011), com tradução portuguesa: *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*, USP, São Paulo, 1997, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf> (acedido em 29/09/2011);

*Resolução 51/95, da Assembleia-Geral das Nações Unidas*, de 12/12/1996, disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/51/95](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/95) (acedido em 29/09/2011);

*The Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2000/C 364/01) – 7/12/2000, in *Official Journal of the European Communities*, 18/12/2000, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (acedido em 06/01/2010), citado na tradução portuguesa *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 18-12-2000, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf) (acedido em 06/01/2010);

*Universal Declaration on Cultural Diversity* – 2/11/2001, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13179&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (acedido em 15/04/2009); com tradução portuguesa: *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf> (acedido em 15/04/2009);

*Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* – 13/09/2007, disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf) (acedido em 14/03/2012); com tradução portuguesa: *Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf) (acedido em 14/03/2012).

## **JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM:**

Acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca* (07/12/76 – série A, n.º 23 – *Chambre*) – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63161757&skin=hudoc-fr> (acedido em 06/12/2010);

Acórdão *Marckx c. Bélgica* (13/06/79 – série A, n.º 31 – *Cour plénière*) – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63190285&skin=hudoc-fr> (acedido em 07/12/2010);

Acórdão *Dudgeon c. Reino Unido* (22/10/81 – série A, n.º 45 – *Cour plénière*) – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=63190285&skin=hudoc-fr> (acedido em 07/12/2010);

Acórdão *Dahlab c. Suíça* (decisão de inadmissibilidade – 2.ª Secção – 15/02/2001) – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=82631506&skin=hudoc-fr> (acedido em 29/11/2011);

Acórdão *Leyla Sahin c. Turquia* (10/11/2005 – *Grand Chambre*) – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=affaire%207C%20Sahin%207C%20c.%207C%20Turquie&sessionid=82518747&skin=hudoc-fr> (acedido em 28/11/2011);

Acórdão *Lautsi c. Itália* – 03/11/2009 – *Chambre*, deuxième section – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=75985075&skin=hudoc-fr> (acedido em 17/08/2011);

Acórdão *Lautsi e outros c. Itália* – 18/03/2011 – *Grande Chambre* – disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=75984068&skin=hudoc-fr> (acedido em 17/08/2011).



## ÍNDICE





## ÍNDICE:

### INTRODUÇÃO

DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA CATEGORIA <i>TOLERÂNCIA</i> : VIRTUDE, VALOR, EXIGÊNCIA, IMPERATIVO OU EFECTIVO PRINCÍPIO NORMATIVO? .....	11
--	----

### PARTE I

RELEVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE TOLERÂNCIA NA (RE)COMPOSIÇÃO DA INTERSUBJECTIVIDADE EM CONTEXTO DE PÓS-GLOBALIZAÇÃO .....	31
<b>1. Tolerância: significantes e significados .....</b>	<b>31</b>
<b>1.1. Sentido da mobilização da exigência de tolerância como categoria de         inteligibilidade.....</b>	<b>31</b>
<b>1.2. Especificações etimológicas do vocábulo tolerância .....</b>	<b>37</b>
1.2.1. Origem etimológica.....	37
1.2.2. A dicotomia «tolerance»/«toleration» .....	39
<b>2. Índole e fundamento normativamente racional da categoria tolerância, entre virtude e atitude .....</b>	<b>44</b>
<b>2.1. Aproximação ao(s) sentido(s) culturalmente convocado(s) da categoria         tolerância: da pré-modernidade à pós-modernidade(?) .....</b>	<b>47</b>
2.1.1. Da perspectivização clássica embrionária à sedimentação medieval de uma virtude de tolerância .....	47
2.1.2. A decisiva autonomização racional moderna da virtude tolerância.....	57
2.1.2.1. Entre tolerância religiosa e tolerância civil.....	57
2.1.2.2. Autonomização racional da categoria tolerância enquanto determinação moral e consequente liberal procedimentalização .....	72
<b>2.2. Desagregação de referentes e (re)conceitualização da categoria tolerância:         pós-modernidade(?) – a categoria tolerância num horizonte de pluralismo         radical.....</b>	<b>79</b>
2.2.1. A actualidade da categoria tolerância, entre modernidade e pós-modernidade: pluralismo e pós-globalização, multiculturalismo e transculturalidade .....	86

2.2.1.1. A tolerância em cenário de <i>pluralismo</i> e ( <i>pós-</i> ) <i>globalização</i> .....	86
2.2.1.2. A tolerância entre <i>multiculturalismo</i> , <i>transculturalidade</i> e <i>interculturalidade</i> .....	101
2.2.1.2.1. O problema da <i>aculturalidade</i> .....	101
2.2.1.2.2. O problema da <i>interculturalidade</i> e a diluição <i>transcultural</i> .....	108
2.2.2. Projecção exemplar: <i>tolerância</i> e legitimação do <i>discurso</i> dos <i>direitos humanos</i> , entre <i>moralidade</i> e <i>juridicidade</i> .....	111
<b>3. Determinação selectiva do sentido e fundamento normativos da categoria <i>tolerância</i> para uma sua (re)construção dialecticamente normativa e respectiva repercussão jurídica .....</b>	<b>134</b>
<b>3.1. Fundamentação normativamente concomitante da <i>tolerância</i> como categoria operativa: a <i>virtude ética</i>(?) da <i>tolerância</i> .....</b>	<b>134</b>
<b>3.2. O <i>sentido de juridicidade</i> pressuposto na decorrente interrogação da (im)possibilidade da projecção jurídica da categoria <i>tolerância</i> – diálogo com a perspectivação <i>jurisprudencialista</i> de CASTANHEIRA NEVES: projecções de um <i>sentido materialmente autónomo de juridicidade em contexto pluralista</i>.....</b>	<b>144</b>

## PARTE II

(IM)POSSIBILIDADE DE DELINEAMENTO DE UM SENTIDO MATERIAL-NORMATIVAMENTE ESPECÍFICO À EXIGÊNCIA DE TOLERÂNCIA, DO PARADIGMA MODERNO-ILUMINISTA À SUA SUPERACÃO – DA(S) TEIA(S) DO CONFRONTO LIBERALISMO/COMUNITARISMO COMO TENSÃO SIMULTANEAMENTE CENTRÍPETA E CENTRÍFUGA DA SIGNIFICAÇÃO DA(S) POSSIBILIDADE(S) DA TOLERÂNCIA À ALTERNATIVA DE DIALÉCTICA (RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA..... 161

**1. Projecções exemplares do *paradigma* moderno-iluminista da *tolerância* – da construção política de uma “*tolerância liberal*” às tentativas da sua superação: entre *neutralidade* e *tolerância* no núcleo da categoria *societas*... .. 164**

**1.1. Propostas modelarmente *procedimentais* da categoria *tolerância* .....** 164

    1.1.1. O *consenso* como base de entendimento... e as suas possíveis consequências *desagregadoras* (John RAWLS) .....

    1.1.1.1. A *tolerância* num contexto de *pluralismo razoável* .....

1.1.1.2. O problema da determinação de um <i>princípio da tolerância</i> como pressuposto do <i>consenso de sobreposição</i> numa <i>concepção política de justiça</i> .....	167
1.1.1.3. A tolerância como pilar fundamental na <i>utopia realista</i> do <i>Direito dos Povos</i> .....	172
1.1.2. A “ <i>inclusão</i> ” <i>meramente dialogante</i> do <i>outro</i> (Jürgen HABERMAS).....	176
1.1.2.1. <i>Comunicação intersubjectiva e inclusão da diferença</i> .....	176
1.1.2.2. O problema da determinação do <i>princípio da tolerância</i> como <i>discursiva-dialogicamente</i> postulado <i>princípio de coexistência de diferentes</i> .....	178
<b>1.2. Propostas (ainda liberais) de correção materializante da concepção liberal-procedimental da categoria tolerância</b> .....	<b>188</b>
1.2.1. A <i>substancialização</i> da categoria <i>tolerância</i> em contexto de <i>liberalismo perfeccionista</i> (Joseph RAZ).....	193
1.2.1.1. <i>Autonomia e pluralismo</i> como <i>pressupostos da tolerância</i> .....	193
1.2.1.2. <i>Harm principle, liberdade positiva e tolerância</i> .....	194
1.2.2. A <i>virtude ética “substancial” da tolerância</i> em contexto <i>liberal pluralista, não perfeccionista</i> (Andrew FIALA).....	197
1.2.2.1. <i>Ceticismo, relativismo e tolerância</i> .....	197
1.2.2.2. « <i>Choice-inclusive norms</i> » e <i>convergência pluralista</i> para a <i>tolerância</i> .....	201
1.2.3. A <i>tolerância como reconhecimento</i> (Anna Elisabetta GALEOTTI).....	205
1.2.3.1. O <i>reconhecimento</i> como <i>pressuposto</i> da <i>tolerância(?)</i> .....	205
1.2.3.2. Uma <i>perspectiva crítico-reconstrutiva</i> da <i>tolerância liberal</i> .....	207
1.2.3.3. A <i>problemática</i> <i>passagem da tolerância ao reconhecimento</i> .....	212
1.2.4. A “ <i>virtude soberana</i> ” do <i>direito – igualdade liberal vs. tolerância liberal</i> (David FAGELSON vs. Ronald DWORKIN) .....	224
1.2.4.1. <i>Tolerância vs. igualdade</i> enquanto <i>virtude soberana do direito</i> .....	226
1.2.4.2. « <i>Justice as integrity</i> » vs. « <i>law as integrity</i> » .....	231
<b>1.3. Entre neutralidade liberal e tolerância liberal</b> .....	<b>234</b>
<b>2. Caminhos alternativos à procedimentalização da categoria tolerância, entre <i>societas e communitas</i>...</b> .....	<b>240</b>
2.1. <i>Liberalismo comunitarista</i> e “ <i>regimes culturais de tolerância</i> ” (Michael WALZER).....	240

2.1.1. <i>Intersubjectividade, coexistência pacífica e “regimes de tolerância”</i> .....	240
2.1.2. A relevância do problema da <i>dupla acomodação da diferença</i> .....	243
<b>2.2. A substancialização da exigência positiva-afirmativa de tolerância nas comunidades discursivas (Karl-Otto APEL)</b> .....	<b>244</b>
<b>2.3. Entre pluralismo, compaixão e misericórdia: a tolerância no seio da analítica das «capabilities» humanas (de Amartya SEN a Martha NUSSBAUM)</b> .....	<b>249</b>
2.3.1. Tolerância e « <i>capabilities approach</i> » .....	249
2.3.2. <i>Universalidade das «capabilities» e superação da tolerância procedimental</i> ..	253
<b>2.4. A densificação comunitarista do conteúdo da tolerância</b> .....	<b>258</b>
2.4.1. <i>(In)traduzibilidade e tolerância na ética da conversação (Alasdair MACINTYRE)</i> .....	261
2.4.2. A abertura da <i>tolerância à alteridade (Marko ZLOMISLIĆ)</i> .....	264
<b>3. A acentuação fundadora da alteridade, em alternativa à possibilidade da tolerância: da hospitalidade ao reconhecimento</b> .....	<b>267</b>
<b>3.1. O pressuposto latente da “crítica da tolerância pura” (Herbert MARCUSE) ....</b>	<b>267</b>
3.1.1. <i>Tolerância, violência e reciprocidade</i> .....	267
3.1.2. <i>A tolerância repressiva</i> .....	268
<b>3.2. Da tolerância à hospitalidade ética...</b> .....	<b>271</b>
3.2.1. A tolerância entre <i>direito de visita e hospitalidade universal</i> (de Immanuel KANT a Emmanuel LÉVINAS) .....	271
3.2.2. <i>Desconstrução e tolerância: da tolerância limitada à hospitalidade incondicionada</i> (Jacques DERRIDA) .....	275
<b>3.3. O reconhecimento, para lá da tolerância...</b> .....	<b>281</b>
3.3.1. <i>A luta pelo reconhecimento (Axel HONNETH)</i> .....	281
3.3.1.1. <i>O outro da justiça</i> .....	281
3.3.1.1.1. <i>Subjectividade e intersubjectividade: o outro, entre reconhecimento e solidariedade</i> .....	281
3.3.1.1.2. <i>As três formas de reconhecimento recíproco</i> .....	286
3.3.1.2. <i>Reconhecimento e redistribuição, entre «identity model of recognition» e «status model of recognition» (Axel HONNETH e Nancy FRASER)</i> .....	298

---

<b>4. Do reconhecimento à tolerância na “relação de justificação” (Rainer FORST).....</b>	<b>303</b>
<b>4.1. Reconhecimento, direito à justificação e contextos de justificação enquanto contextos de reconhecimento .....</b>	<b>303</b>
<b>4.2. Do direito à justificação no quadro da teoria do direito à justificação prática à concomitante pertinência da categoria tolerância.....</b>	<b>308</b>
4.2.1. A tolerância como « <i>umstrittenen Begriff</i> » .....	313
4.2.2. A tolerância como <i>conceito normativamente dependente</i> .....	315
4.2.3. A tolerância como “ <i>virtude moral da justiça</i> ” .....	316
<b>5. O reconhecimento da diferença como pressuposto da tolerância, entre a solidariedade como o outro da justiça e a luta pelo reconhecimento (de HONNETH, HABERMAS e FORST a CASTANHEIRA NEVES) .....</b>	<b>323</b>
<b>6. Para uma alternativa de dialéctica (re)construção normativamente substancial da categoria tolerância .....</b>	<b>335</b>
<b>6.1. Sentido(s) de determinação de uma perspectivação normativamente substancial da categoria tolerância .....</b>	<b>335</b>
<b>6.2. Densificação material e estruturação formal da categoria tolerância à luz de uma compreensão normativamente substancial.....</b>	<b>337</b>
6.2.1. <i>Sujeitos da relação de tolerância</i> .....	338
6.2.1.1. <i>Sujeito activo e sujeito passivo da relação de tolerância</i> .....	338
6.2.1.2. <i>Posição relativa dos sujeitos da relação de tolerância: tolerância vertical e tolerância horizontal</i> .....	338
6.2.2. <i>Objecto(s) da relação de tolerância: pessoas, ideias, comportamentos (?)</i> .....	344
6.2.3. <i>Elementos constitutivos/condições de possibilidade da categoria tolerância</i> ....	347
6.2.3.1. <i>Contributos alternativos substancialmente densificadores do conteúdo da categoria tolerância</i> .....	348
6.2.3.1.1. <i>As características dos genuínos casos de tolerância em Anna Elisabetta GALEOTTI</i> .....	349
6.2.3.1.2. <i>Os traços da tolerância em Joseph RAZ</i> .....	350
6.2.3.1.3. <i>As características gerais da tolerância na proposta de TORRES RUIZ</i> .....	351
6.2.3.1.4. <i>Componentes da tolerância e consequentes modelos de tolerância segundo Rainer FORST</i> .....	356
6.2.3.1.4.1. <i>As componentes da tolerância: objecção, aceitação e rejeição</i> .....	356

6.2.3.1.4.2. Os respectivos <i>modelos de tolerância: coexistência, consentimento, respeito e estima</i> .....	358
6.2.3.1.5. A distinta acentuação da “ <i>componente de objecção</i> ” por Jürgen HABERMAS e Karl POPPER.....	363
6.2.3.1.6. O problema dos <i>requisitos da tolerância como conceito supererrogatório</i> em Glen NEWBY .....	365
6.2.3.1.7. A perspectivização das <i>circunstâncias de tolerância</i> como condições de <i>possibilidade da tolerância</i> em GARZÓN VALDÉS .....	370
6.2.3.1.8. O <i>problema filosófico das características-requisitos</i> da tolerância em Andrew FIALA .....	371
6.2.3.2. Perspectivação crítica: <i>condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância</i> em sentido <i>normativamente substancial</i> .....	373
6.2.3.2.1. As <i>condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância</i> seleccionadas e respectiva justificação .....	373
6.2.3.2.1.1. <i>Divergência de base essencial</i> (materialmente fundamentada).....	374
6.2.3.2.1.2. <i>Liberdade</i> .....	379
6.2.3.2.1.3. <i>Renúncia à reacção</i> .....	381
6.2.3.2.2. Consequentes <i>configurações performativas</i> da categoria <i>tolerância</i> .....	382
6.2.3.2.2.1. <i>Tolerância negativa</i> e <i>tolerância positiva</i> .....	382
6.2.3.2.2.2. <i>Tolerância passiva</i> e <i>tolerância activa</i> .....	385
6.2.3.2.3. Relevância normativamente fundamentante da densificação das <i>condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância</i> : o <i>conteúdo normativamente substancial</i> da categoria <i>tolerância</i> .....	387
<b>7. (Im)possibilidade vs. necessidade de determinação de fronteiras normativas à tolerância: paradoxos vs. limites da categoria tolerância</b> .....	<b>397</b>
<b>7.1. Paradoxos da tolerância</b> .....	<b>401</b>
7.1.1. O <i>paradoxo da tolerância em si mesma</i> .....	401
7.1.2. O <i>paradoxo do racista tolerante</i> .....	403
7.1.3. O <i>paradoxo da tolerância moral</i> .....	404
7.1.4. O <i>paradoxo do estabelecimento de limites – o limite da intolerância</i> .....	407
<b>7.2. Perspectivação crítica do sentido e alcance dos paradoxos e limites da tolerância – superação da paradoxalidade: a autolimitação racional da tolerância</b> .....	<b>415</b>

7.2.1. A justificação <i>recíproca</i> e <i>geral</i> da tolerância enquanto “ <i>problema moral</i> ” ou “ <i>ético</i> ” – entre <i>ontologia</i> e <i>discursividade</i> .....	415
7.2.2. A <i>limitação racional</i> da tolerância pela <i>intolerância</i> .....	418
7.2.3. Os <i>limites da tolerância</i> numa compreensão <i>normativamente substancial</i> .....	422
<b>8. A tolerância como intervalo: limite normativo, entre <i>ajuridicidade</i> e <i>juridicidade</i></b> .....	<b>424</b>

### PARTE III

<b>O INTERVALO DA TOLERÂNCIA NA JURIDICIDADE: PROJEÇÃO JURÍDICA DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA – POSSIBILIDADE E SENTIDO(S) DA RESPECTIVA INVOCAÇÃO E PROJEÇÕES FILOSÓFICA, TEÓRICA E METODOLOGICAMENTE JURÍDICAS...</b> .....	<b>431</b>
<b>1. Para uma <i>projecção jurídica</i> de uma <i>normativamente substancial (re)construção da categoria tolerância</i></b> .....	<b>431</b>
<b>2. A <i>tolerância jurídica</i> enquanto <i>intervalo de não aplicabilidade de consequência jurídica</i> – <i>tolerância legal</i> ou <i>tolerância da norma jurídica(?)</i></b> .....	<b>437</b>
<b>3. O <i>intervalo da tolerância</i> na <i>juridicidade</i>: <i>pertinência</i>, <i>legitimidade</i> e <i>título da convocação da categoria tolerância</i> na <i>delimitação do jurídico</i></b> .....	<b>452</b>
<b>3.1. A (im)possibilidade da convocação da categoria tolerância como <i>princípio</i> no domínio jurídico</b> .....	<b>452</b>
3.1.1. Determinação selectiva da <i>tolerância</i> como <i>princípio</i> .....	452
3.1.1.1. Compreensão teórico-metodológica pertinente de <i>princípio</i> .....	453
3.1.1.1.1. Dos princípios como <i>ratio</i> aos princípios como <i>intentio</i> : perspectiva crítica da pertinência da “ <i>moralidade</i> ” (« <i>morality</i> ») na actual discussão dogmática entre <i>positivismo(s)</i> e <i>não-positivismo(s)</i> .....	455
3.1.1.1.1.1. O <i>não-positivismo inclusivo</i> de Robert ALEXY, entre o <i>positivismo exclusivo</i> de Joseph RAZ e o <i>positivismo inclusivo</i> de Jules COLEMAN e Mathew H. KRAMER..	456
3.1.1.1.1.2. A crítica de Ronald DWORKIN aos “ <i>positivismos</i> ” .....	463
3.1.1.1.1.3. A « <i>rational reconstruction</i> » de Neil MACCORMICK, em confronto com Herbert HART e Ronald DWORKIN .....	466
3.1.1.1.2. Dos <i>princípios</i> como <i>intentio</i> aos <i>princípios</i> como <i>jus</i> : de Drucilla CORNELL a CASTANHEIRA NEVES .....	475

3.1.1.1.3. Princípios como <i>jus</i> : os <i>princípios normativos</i> em CASTANHEIRA NEVES ..	479
3.1.1.2. <i>Projecção</i> da compreensão dos <i>princípios</i> na decisão concreta .....	483
3.1.1.2.1. O <i>paradigma do juízo</i> , para lá do <i>paradigma da aplicação</i> e do <i>paradigma da decisão</i> .....	483
3.1.1.2.2. Exemplos propostos alternativas, entre <i>aplicação</i> e <i>decisão</i> .....	486
3.1.1.2.2.1. Confrontação da <i>decisão judicial</i> em François OST e Ronald DWORKIN ..	486
3.1.1.2.2.2. A convocação de <i>princípios</i> para a <i>decisão judicial</i> no confronto entre Ronald DWORKIN e Neil MACCORMICK .....	494
3.1.1.2.3. A opção pela convocação de <i>princípios normativos</i> no <i>juízo decisório</i> na opção <i>jurisprudencialista</i> de CASTANHEIRA NEVES .....	500
3.1.2. A tolerância como exigência normativa fundamentante, <i>extrajurídica</i> ou <i>jurídica</i> : o <i>princípio da tolerância</i> .....	505
3.1.2.1. A <i>autonomização</i> de um <i>sentido jurídico</i> ao <i>princípio da tolerância</i> em Arthur KAUFMANN .....	508
3.1.2.2. A possibilidade de compreensão do <i>princípio da tolerância</i> entre <i>jus</i> e <i>intentio</i> – o <i>princípio da tolerância</i> como efectivo <i>princípio normativo</i> (?) .....	511
3.1.2.3. <i>Condições de possibilidade</i> de um <i>princípio materialmente autónomo de tolerância</i> face ao <i>princípio da igualdade</i> .....	517
3.1.2.3.1. O <i>princípio da igualdade</i> como <i>superação</i> do <i>princípio da tolerância</i> .....	521
3.1.2.3.2. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>princípio coexistente</i> com o <i>princípio da igualdade</i> .....	522
3.1.2.3.2.1. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>princípio intencionalmente confluyente</i> com o <i>princípio da igualdade</i> .....	522
3.1.2.3.2.1.1. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>componente do conteúdo</i> do <i>princípio da igualdade</i> .....	523
3.1.2.3.2.1.2. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>princípio subsidiário</i> do <i>princípio da igualdade</i> .....	524
3.1.2.3.2.1.3. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>princípio derivado</i> , por especialização, do <i>princípio da igualdade</i> .....	525
3.1.2.3.2.2. O <i>princípio da tolerância</i> como <i>princípio intencionalmente autónomo</i> do <i>princípio da igualdade</i> , a partir do <i>reconhecimento da diferença</i> .....	526
3.1.2.4. A <i>dignidade constitucional</i> do <i>princípio da tolerância</i> .....	534



3.1.2.5. Possibilidade(s) do <i>princípio da tolerância</i> enquanto <i>fundamento</i> de determinação de (ir)relevância jurídica .....	550
3.1.2.5.1. O <i>princípio da tolerância</i> enquanto <i>fundamento</i> de <i>definição positiva e/ou negativa</i> de <i>relevância jurídica</i> .....	551
3.1.2.5.2. Pertinência da remissão para o “ <i>espaço livre de direito</i> ” .....	553
3.1.2.5.3. Exemplar relevância normativamente prática de um <i>princípio da tolerância</i> , entre delimitação de (ir)relevância jurídica e determinação jurídica de <i>intolerância</i> .	556
<b>3.2. A (im)possibilidade da convocação da categoria tolerância como critério no domínio jurídico .....</b>	<b>576</b>
3.2.1. A tolerância como <i>critério jurídico</i> : sentido pertinente de <i>critério</i> .....	576
3.2.2. A tolerância enquanto <i>critério</i> para o exercício de direitos .....	577
3.2.3. A tolerância enquanto <i>critério normativo</i> legalmente positivado .....	580
<b>3.3. A (im)possibilidade de mobilização da categoria tolerância enquanto cânone (jurídico/extrajurídico) no concreto juízo decisório .....</b>	<b>582</b>
<b>3.4. Sentido(s) exemplares da convocação da categoria tolerância na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: os casos <i>Dudgeon c. Reino Unido, Lautsi c. Itália, Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca, Sahin c. Turquia e Dahlab c. Suíça</i> .....</b>	<b>587</b>
<b>4. Perspectivação teórico-metodologicamente crítica da categoria tolerância enquanto princípio e enquanto critério na determinação das fronteiras da juridicidade .....</b>	<b>609</b>

## CONCLUSÃO

<b>(IN)JUSTIFICABILIDADE DE UMA COMPREENSÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA COMO INTERVALO E NO INTERVALO ENTRE JURIDICIDADE E AJURIDICIDADE .....</b>	<b>615</b>
---	------------

<b><u>BIBLIOGRAFIA</u> .....</b>	<b>623</b>
----------------------------------	------------



## RESUMO

Centra-se o presente estudo na análise dos *fundamentos e condições de possibilidade* da projecção jurídica de uma determinação *normativamente substancial* da *exigência de tolerância* – aqui tomada como efectiva *categoria de inteligibilidade*. Perspectivando-se o problema da relevância normativa de tal exigência no *espectro* que se estende das actuais afirmações de recusa, por desnecessária – quer do ponto de vista político quer filosófico, e, concomitantemente, jurídico –, à admissibilidade de uma respectivamente específica referência e determinação normativamente relevante, quer enquanto *virtude* quer enquanto *atitude* – ética e/ou política. Visando equacionar a identificação-estruturação de uma sua projecção num específico sentido de juridicidade, de fundamentação axiológico-normativa – convocando como interlocutor fundamental uma compreensão *jurisprudencialista* do direito, concretamente na formulação oferecida por CASTANHEIRA NEVES.

Em três objectivos-perspectivações essenciais da categoria *tolerância* se desenvolve, assim, a presente análise – correspondendo às três partes em que se divide a dissertação –, fundamentalmente prosseguidos a partir do diagnóstico de *pluralismo* nas actuais sociedades multiculturais complexas – designadamente: (1) a aferição da relevância da *exigência* (religiosa, ética, social) *de tolerância* na construção e compreensão do actual (*pós-moderno*, ou já *pós-pós-moderno*) contexto civilizacional ocidental, em desagregação, e do contexto intercivilizacional, em construção; (2) a pergunta pelo sentido praticamente normativo da *exigência de tolerância*, no confronto entre *liberalismo(s)* e *comunitarismo(s)*, conduzindo a uma alternativa de *dialéctica (re)construção normativamente substancial da categoria tolerância*; (3) o questionamento da possibilidade, pertinência e título da invocação filosófico-jurídica, mas também das concomitantes projecções teórica e metodológica, da *exigência de tolerância*.

Assim traçado, é este caminho percorrido em contínuo diálogo selectivo com os *discursos da tolerância* hoje em presença, e, assim, desde a respectiva pertinência face às exigências de *autonomia* e *neutralidade*, de sentido *procedimental* – mais *liberal* em John RAWLS, mais *discursiva* em Jürgen HABERMAS – ao respectivo questionamento e tentativa de substituição pela *hospitalidade* e/ou pelo *reconhecimento* –, tal como, respectivamente, em Emmanuel LÉVINAS e Jacques DERRIDA, por um lado, e Axel HONNETH, por outro –; mas também às alternativas *ainda* liberais de correcção material daquelas *autonomia* e *neutralidade* – tal como em Joseph RAZ, Andrew FIALA, Anna Elisabetta GALEOTTI, David FAGELSON e Ronald DWORKIN –; bem como às mais ou menos assumidas propostas de acentuação *comunitária* (quando não mesmo *comunitarista*...) – menos marcadamente em Michael WALZER, Karl-Otto APEL, Amartya SEN e Martha NUSSBAUM, e mais em Alasdair MACINTYRE e Marko ZLOMISLIĆ. Destacando-se ainda, distinguindo-se fundamentalmente de todas estas – porém densificando-se a partir dos respectivos contributos –, a construção *substancial*, e, não obstante, também *discursiva*, da categoria *tolerância* como *conceito normativamente dependente*, assente num *princípio de justificação geral e recíproca*, proposta por Rainer FORST. E assumindo ainda como referência fundamental, designadamente no que à problematização de um *sentido jurídico* de *tolerância* respeita, o diagnóstico de Arthur KAUFMANN, na respectiva conformação do *princípio da tolerância* como efectivo *princípio jurídico*, e que surge criticamente reflectido a cada passo da proposta de conformação jurídica da categoria *tolerância* aqui apresentada.

De tais diálogos – e respectiva possível selecção de *significantes* e *significados* – resulta uma caracterização da *tolerância* como *conceito normativamente dependente*, pressupondo e exigindo uma *construção normativamente substancial* que lhe confira uma *base normativamente independente*, simultaneamente *fundamento material-substancial da praxis*, enquanto perspectivação axiológica de contínua densificação numa *comunidade*, o que também lhe confere *objectividade* – enquanto *autotranscendência autovinculante* –, e, assim, não *relativista* opção de valor. Percepção substancialmente definida que, conferindo à *categoria*

*tolerância* um específico conteúdo, nele lhe reconhece três essenciais *condições de possibilidade* necessárias e de verificação sucessiva: (a) *divergência de base essencial* (materialmente fundamentada); (b) *liberdade*; e (c) *renúncia à reacção*. Posicionamento aquele sem o qual se não compreenderá a sua projecção no domínio de uma juridicidade que se assuma axiologicamente constituída e normativamente autónoma. E projecção jurídica esta – quer como *princípio* quer como *critério* – cujo *sentido normativamente relevante* fundamentalmente se afere por *diferenciação substancial, intencional e extensivamente*, face ao âmbito normativamente determinante do *princípio da igualdade*.

Com o que se pretende, a final, delinear o sentido da *virtude tolerância como intervalo* determinado no *espectro-graduação* que se estende entre *rejeição – exclusive – e aceitação – exclusive –*, e, conseqüentemente, projectá-la *no intervalo da juridicidade – no intervalo* em que a intersubjectividade prático-normativamente *exige* o direito. E, assim, conferir um sentido jurídico-dogmaticamente *autónomo* à *categoria tolerância* – quer enquanto *categoria extrajurídica* projectada no direito quer enquanto *categoria já especificamente jurídica* –, se e quando tal *normativamente* se justifique, como elemento constitutivo do *sentido autónomo* que *axiológico-materialmente* vai aqui reconhecido como específico do *direito*... E, conseqüentemente, *como intervalo, e no intervalo*, entre *juridicidade e ajuridicidade*...

## ABSTRACT

The present study is focused in the analysis of the *foundations* and of the *conditions of possibility* of the juridical projection of a *normatively substantial determination of the demand of tolerance* – here taken as an effective *tool of understanding*. Putting in perspective the problem of the normative relevance of such a demand in the *spectrum* laid from the present refusal affirmations, for unnecessary – whether from the political or the philosophical, and, concomitantly, the juridical, points of view –, to the admissibility of a respectively specific reference and a normatively relevant determination, such as a *virtue* as well as an *attitude* – whether *ethical*, or *political*. Aiming to equate the identification-structuring of its projection in a specific sense of juridicity, with an axiological-normative foundation – having as its fundamental interlocutor a *jurisprudencalist* comprehension of law, concretely in the formulation offered by CASTANHEIRA NEVES.

This analysis is, therefore, developed in three essential objectives-perspectives – corresponding to the three parts which compose the text –, fundamentally pursued starting from the diagnosis of *pluralism* in the nowadays complex multicultural societies, namely: (1) the evaluation of the relevance of the (religious, ethical, social) *demand of tolerance* in the construction and in the understanding of the present (*postmodern*, or already *post-postmodern*) western civilizational context, in disaggregation, and the intercivilizational context, in construction; (2) the inquiry about the practically normative meaning of the *demand of tolerance*, in the confront between *liberalism(s)* and *communitarianism(s)*, leading to an alternative of *normatively substantial dialectical (re)construction of the category tolerance*; (3) the questioning of the possibility, pertinence and title of the philosophical-juridical invocation, but also of the concomitant theoretical and methodological projections, of the *demand of tolerance*.

Drawn that way, this trajectory is covered in a continuous selective dialogue with the present *discourses of tolerance*, and, thus, from their pertinence in face of the demands of *autonomy* and *neutrality*, in *procedural* sense – more *liberal* in John RAWLS, more *discursive* in Jürgen HABERMAS – to the respective questioning and attempt of replacement by *hospitality* and/or by *recognition* – as, for instance, in Emmanuel LÉVINAS and Jacques DERRIDA, on the one hand, and in Axel HONNETH, on the other –; but also to the *still* liberal alternatives of *material correction* of that *autonomy* and *neutrality* – such as in Joseph RAZ, Andrew FIALA, Anna Elisabetta GALEOTTI, David FAGELSON and Ronald DWORKIN –; as well as to the more or less assumed proposals of *communitarian* accentuation (when not already really *communitarian...*) – less markedly in Michael WALZER, Karl-Otto APEL, Amartya SEN and Martha NUSSBAUM, and more in Alasdair MACINTYRE and Marko ZLOMISLIĆ. Also emphasizing, as fundamentally distinct of all these – though densified by their contributions –, the *substantial*, though also *discursive*, construction of the *category tolerance* as a *normatively dependent concept*, laying on a *general and reciprocal principle of justification*, proposed by Rainer FORST. And also assuming, as a fundamental reference, namely concerning the questioning of a *juridical sense of tolerance*, the diagnosis of Arthur KAUFMANN, in its conformation of the *principle of tolerance* as an effective *juridical principle*, which critically emerges reflected in each step of the proposal of juridical conformation of the *category of tolerance* presented here.

From such dialogues, and from their respective possible selection of *signifier* and *signified*, results an approach of *tolerance* as a *normatively dependent concept*, presupposing and demanding a *normatively substantial construction* which confers it a *normatively independent basis*, that might simultaneously constitute a *material-substantial foundation of praxis*, as an axiological perspective of continuous densification in a *community*, which also confers it *objectivity* – as *self-binding self-transcendence* – and, therefore, not a *relativistic* value option. A substantially defined perception, which, conferring to the category tolerance a

specific content, recognizes in it three essential *conditions of possibility*, necessary and of successive verification: (a) *basic essential divergence* (materially founded); (b) *freedom*; (c) *renouncement to reaction*. And in such an ethical-substantial positioning without which it won't be understood its projection in the domain of a juridicity which assumes itself as axiologically constructed and normatively autonomous. And in a juridical projection – whether as a *principle* or as a *criterion* – whose normatively relevant meaning is fundamentally evaluated by *substantial differentiation, intentionally and extensively*, towards the normatively determinant field of the *principle of equality*.

With this, it is, finally, intended to delineate the meaning of the *virtue of tolerance as an interval*, determined in the *specter-gradation* extending between *rejection – exclusive* – and *acceptation – exclusive* –, and, consequently, projecting it into the *interval of juridicity* – the *interval* in which, *practical-normatively*, intersubjectivity *demands* law. And, hence, to confer a juridical-dogmatically *autonomous* meaning to the *category tolerance* – whether as an *extrajudicial category* projected in law, or as an *already specifically juridical category* –, if and when it might be *normatively* justified, as a constitutive element of the *autonomous sense* which is here *axiological-normatively* recognized as specific to *law...* And, consequently, *as an interval*, and *in the interval*, between *juridicity* and *ajuridicity...*