

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

111

ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO

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



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

INSTITUTO ▴ IVRIDICO

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

STVDIA IVRIDICA 111

Comissão Redactora

ALMEIDA COSTA — CASTANHEIRA NEVES — LOPES PORTO — MOURA RAMOS
FARIA COSTA — AROSO LINHARES — JOÃO LOUREIRO

Redactor Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

Edição apoiada pela



ISSN 0872-6043

ISBN 978-989-8891-31-0

Depósito Legal n.º

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO

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



2019



ÍNDICE

INTRODUÇÃO

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

PARTE I

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

1.	Tolerância: significantes e significados.....	35
1.1.	Sentido da mobilização da <i>exigência de tolerância</i> como categoria de inteligibilidade	35
1.2.	Especificações etimológicas do vocábulo <i>tolerância</i>	41
1.2.1.	Origem etimológica.....	41
1.2.2.	A dicotomia «tolerance»/«toleration».....	43
2.	Índole e fundamento normativamente racional da <i>categoria tolerância</i> , entre <i>virtude e atitude</i>	48
2.1.	Aproximação ao(s) sentido(s) culturalmente convocado(s) da <i>categoria</i> <i>tolerância</i> : da <i>pré-modernidade à pós-modernidade(?)</i>	51
2.1.1.	Da perspectiva clássica embrionária à sedimentação medieval de uma <i>virtude de tolerância</i>	51
2.1.2.	A decisiva autonomização racional moderna da virtude <i>tolerância</i>	62
2.1.2.1.	Entre <i>tolerância religiosa</i> e <i>tolerância civil</i>	62
2.1.2.2.	Autonomização racional da categoria <i>tolerância</i> enquanto <i>determinação moral</i> e consequente <i>liberal procedimentalização</i>	78
2.2.	Desagregação de referentes e (re)conceitualização da <i>categoria tolerância: pós- -modernidade(?)</i> — a categoria tolerância num horizonte de <i>pluralismo radical</i>	84
2.2.1.	A actualidade da categoria tolerância, entre modernidade e pós-moder- nidade: pluralismo e pós-globalização, multiculturalismo e transcultu- ralidade.....	92
2.2.1.1.	A tolerância em cenário de <i>pluralismo</i> e (<i>pós-</i>) <i>globalização</i>	92
2.2.1.2.	A tolerância entre multiculturalismo, transculturalidade e interculturalidade.....	108
2.2.1.2.1.	O problema da <i>aculturalidade</i>	108
2.2.1.2.2.	O problema da <i>interculturalidade</i> e a diluição <i>transcultural</i>	115
2.2.2.	Projectão exemplar: tolerância e legitimação do discurso dos direitos humanos, entre moralidade e juridicidade	118

3.	Determinação selectiva do sentido e fundamento normativos da categoria <i>tolerância</i> para uma sua (re)construção dialecticamente normativa e respectiva repercussão jurídica.....	143
3.1.	Fundamentação normativamente concomitante da <i>tolerância</i> como categoria operativa: a <i>virtude ética</i> (?) da <i>tolerância</i>	143
3.2.	O <i>sentido de juridicidade</i> pressuposto na decorrente interrogação da (im)possibilidade da projecção jurídica da categoria tolerância — diálogo com a perspectivação <i>jurisprudencialista</i> de Castanheira Neves: projecções de um <i>sentido materialmente autónomo de juridicidade em contexto pluralista</i>	153

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...

1.	Projecções exemplares do <i>paradigma</i> moderno-iluminista da tolerância — da construção política de uma “ <i>tolerância liberal</i> ” às tentativas da sua superação: entre <i>neutralidade</i> e <i>tolerância</i> no núcleo da categoria <i>societas</i>	176
1.1.	Propostas modelarmente <i>procedimentais</i> da categoria <i>tolerância</i>	176
1.1.1.	O consenso como base de entendimento... e as suas possíveis consequências desagregadoras (John Rawls).....	176
1.1.1.1.	A <i>tolerância</i> num contexto de <i>pluralismo razoável</i>	176
1.1.1.2.	O problema da determinação de um princípio da tolerância como pressuposto do <i>consenso de sobreposição</i> numa concepção política de justiça.....	179
1.1.1.3.	A tolerância como pilar fundamental na <i>utopia realista</i> do <i>Direito dos Povos</i>	184
1.1.2.	A “inclusão” meramente dialogante do outro (Jürgen Habermas).....	188
1.1.2.1.	Comunicação intersubjectiva e inclusão da diferença.....	188
1.1.2.2.	O problema da determinação do princípio da tolerância como discursiva-dialógicamente postulado <i>princípio de coexistência de diferentes</i>	190
1.2.	Propostas (ainda <i>liberais</i>) de <i>correção materializante</i> da concepção <i>liberal-procedimental</i> da categoria tolerância.....	201
1.2.1.	A substancialização da categoria tolerância em contexto de <i>liberalismo perfeccionista</i> (Joseph Raz).....	206
1.2.1.1.	Autonomia e pluralismo como pressupostos da tolerância.....	206
1.2.1.2.	«Harm principle», liberdade positiva e tolerância.....	208
1.2.2.	A virtude ética “substancial” da tolerância em contexto liberal pluralista, não perfeccionista (Andrew Fiala).....	210
1.2.2.1.	Cepticismo, relativismo e tolerância.....	210
1.2.2.2.	«Choice-inclusive norms» e convergência pluralista para a tolerância.....	215
1.2.3.	A tolerância como <i>reconhecimento</i> (Anna Elisabetta Galeotti).....	219
1.2.3.1.	O <i>reconhecimento</i> como <i>pressuposto</i> da tolerância(?).....	219

1.2.3.2.	Uma perspectiva crítico-reconstrutiva da tolerância liberal	220
1.2.3.3.	A problemática passagem <i>da</i> tolerância <i>ao</i> reconhecimento.....	226
1.2.4.	A “virtude soberana” do direito — igualdade liberal vs. tolerância liberal (David Fagelson vs. Ronald Dworkin).....	238
1.2.4.1.	Tolerância vs. igualdade enquanto virtude soberana do direito	240
1.2.4.2.	«Justice as integrity» vs. «law as integrity»	246
1.3.	Entre neutralidade liberal e tolerância liberal	249
2.	Caminhos alternativos à <i>procedimentalização</i> da categoria <i>tolerância</i> , entre <i>societas</i> e <i>communitas</i>	254
2.1.	Liberalismo comunitarista e “regimes culturais de tolerância” (Michael Walzer)	254
2.1.1.	Intersubjectividade, coexistência pacífica e “regimes de tolerância”	254
2.1.2.	A relevância do problema da <i>dupla acomodação da diferença</i>	257
2.2.	A substancialização da exigência <i>positiva-afirmativa</i> de <i>tolerância</i> nas <i>comunidades</i> <i>discursivas</i> (Karl-Otto Apel).....	258
2.3.	Entre <i>pluralismo</i> , <i>compaixão</i> e <i>misericórdia</i> : a <i>tolerância</i> no seio da analítica das « <i>capabilities</i> » humanas (de Amartya Sen a Martha Nussbaum).....	263
2.3.1.	Tolerância e « <i>capabilities approach</i> »	263
2.3.2.	Universalidade das « <i>capabilities</i> » e superação da tolerância procedimental	268
2.4.	A densificação comunitarista do conteúdo da tolerância	272
2.4.1.	(In)traduzibilidade e tolerância na <i>ética da conversação</i> (Alasdair MacIntyre).....	276
2.4.2.	A abertura da tolerância à alteridade (Marko Zlomislíć).....	279
3.	A acentuação fundadora da alteridade, em alternativa à possibilidade da tolerância: da hospitalidade ao reconhecimento	281
3.1.	O pressuposto latente da “crítica da tolerância pura” (Herbert Marcuse).....	281
3.1.1.	Tolerância, violência e reciprocidade.....	281
3.1.2.	A tolerância <i>repressiva</i>	282
3.2.	Da tolerância à <i>hospitalidade ética</i>	286
3.2.1.	A tolerância entre direito de visita e hospitalidade universal (de Immanuel Kant a Emmanuel Levinas).....	286
3.2.2.	<i>Desconstrução</i> e tolerância: da tolerância limitada à hospitalidade incondicionada (Jacques Derrida)	290
3.3.	O <i>reconhecimento</i> , para lá da tolerância	296
3.3.1.	A <i>luta pelo reconhecimento</i> (Axel Honneth).....	296
3.3.1.1.	O <i>outro da justiça</i>	296
3.3.1.1.1.	Subjectividade e intersubjectividade: o <i>outro</i> , entre <i>reconhecimento</i> e <i>solidariedade</i>	296
3.3.1.1.2.	As <i>três formas</i> de <i>reconhecimento recíproco</i>	301
3.3.1.2.	Reconhecimento e redistribuição, entre « <i>identity model of recognition</i> » e « <i>status model of recognition</i> » (Axel Honneth e Nancy Fraser)	313
4.	Do reconhecimento à tolerância na “relação de justificação” (Rainer Forst).....	318
4.1.	<i>Reconhecimento</i> , <i>direito à justificação</i> e <i>contextos de justificação</i> enquanto <i>contextos de</i> <i>reconhecimento</i>	318
4.2.	Do direito à justificação no quadro da teoria do direito à justificação prática à concomitante pertinência da categoria tolerância	323
4.2.1.	A tolerância como « <i>umstrittenen Begriff</i> »	328
4.2.2.	A tolerância como <i>conceito normativamente dependente</i>	330

4.2.3.	A tolerância como “virtude moral da justiça”.....	332
5.	O <i>reconhecimento da diferença</i> como pressuposto da <i>tolerância</i> , entre a <i>solidariedade</i> como <i>o outro da justiça</i> e a <i>luta pelo reconhecimento</i> (de Honneth, Habermas e Forst a Castanheira Neves).....	337
6.	Para uma alternativa de dialéctica (re)construção <i>normativamente substancial</i> da categoria <i>tolerância</i>	350
6.1.	Sentido(s) de determinação de uma perspectivização <i>normativamente substancial</i> da categoria <i>tolerância</i>	350
6.2.	Densificação material e estruturação formal da categoria <i>tolerância</i> à luz de uma compreensão <i>normativamente substancial</i>	352
6.2.1.	Sujeitos da relação de tolerância.....	352
6.2.1.1.	Sujeito activo e sujeito passivo da relação de tolerância.....	352
6.2.1.2.	Posição relativa dos sujeitos da relação de tolerância: tolerância vertical e tolerância horizontal.....	353
6.2.2.	Objecto(s) da relação de tolerância: pessoas, ideias, comportamentos (?).....	359
6.2.3.	<i>Elementos constitutivos/condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância</i>	362
6.2.3.1.	Contributos alternativos substancialmente densificadores do <i>conteúdo</i> da categoria <i>tolerância</i>	362
6.2.3.1.1.	As <i>características dos genuínos casos de tolerância</i> em Anna Elisabetta Galeotti.....	363
6.2.3.1.2.	Os <i>traços da tolerância</i> em Joseph Raz.....	364
6.2.3.1.3.	As <i>características gerais da tolerância</i> na proposta de Torres Ruiz.....	366
6.2.3.1.4.	<i>Componentes da tolerância</i> e consequentes <i>modelos de tolerância</i> segundo Rainer Forst.....	371
6.2.3.1.4.1.	As componentes da tolerância: objecção, aceitação e rejeição.....	371
6.2.3.1.4.2.	Os respectivos <i>modelos de tolerância: coexistência, consentimento, respeito e estima</i>	372
6.2.3.1.5.	A distinta acentuação da “ <i>componente de objecção</i> ” por Jürgen Habermas e Karl Popper.....	377
6.2.3.1.6.	O problema dos <i>requisitos</i> da tolerância como conceito supererrogatório em Glen Newey.....	380
6.2.3.1.7.	A perspectivização das <i>circunstâncias de tolerância</i> como condições de <i>possibilidade da tolerância</i> em Garzón Valdés.....	385
6.2.3.1.8.	O <i>problema filosófico das características-requisitos</i> da tolerância em Andrew Fiala.....	386
6.2.3.2.	Perspectivização crítica: condições de possibilidade da categoria <i>tolerância</i> em sentido <i>normativamente substancial</i>	388
6.2.3.2.1.	As <i>condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância</i> seleccionadas e respectiva justificação.....	388
6.2.3.2.1.1.	<i>Divergência de base essencial</i> (materialmente fundamentada).....	389
6.2.3.2.1.2.	<i>Liberdade</i>	394
6.2.3.2.1.3.	<i>Renúncia à reacção</i>	396
6.2.3.2.2.	Consequentes configurações performativas da categoria <i>tolerância</i>	397
6.2.3.2.2.1.	Tolerância <i>negativa</i> e tolerância <i>positiva</i>	397
6.2.3.2.2.2.	Tolerância <i>passiva</i> e tolerância <i>activa</i>	400
6.2.3.2.3.	Relevância <i>normativamente fundamentante</i> da densificação das <i>condições de possibilidade</i> da categoria <i>tolerância: o conteúdo normativamente substancial</i> da categoria <i>tolerância</i>	401

7.	(Im)possibilidade vs. necessidade de determinação de fronteiras normativas à tolerância: <i>paradoxos</i> vs. <i>limites</i> da categoria tolerância	411
7.1.	<i>Paradoxos</i> da tolerância	415
7.1.1.	O <i>paradoxo</i> da tolerância <i>em si mesma</i>	415
7.1.2.	O <i>paradoxo</i> do <i>racista tolerante</i>	417
7.1.3.	O <i>paradoxo</i> da tolerância <i>moral</i>	418
7.1.4.	O <i>paradoxo</i> do estabelecimento de <i>limites</i> — o <i>limite</i> da <i>intolerância</i>	421
7.2.	Perspectivação crítica do sentido e alcance dos <i>paradoxos</i> e <i>limites</i> da <i>tolerância</i> — superação da <i>paradoxalidade</i> : a <i>autolimitação racional</i> da tolerância	428
7.2.1.	A justificação <i>recíproca</i> e <i>geral</i> da tolerância enquanto “problema moral” ou “ético” — entre ontologia e discursividade	428
7.2.2.	A limitação racional da tolerância pela intolerância	431
7.2.3.	Os limites da tolerância numa compreensão normativamente substancial	435
8.	A tolerância como <i>intervalo</i> : limite normativo, entre a juridicidade e juridicidade	437

PARTE III

O INTERVALO DA TOLERÂNCIA NA JURIDICIDADE: PROECÇÃO JURÍDICA DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA — POSSIBILIDADE E SENTIDO(S) DA RESPECTIVA INVOCAÇÃO E PROECÇÕES FILOSÓFICA, TEÓRICA E METODOLOGICAMENTE JURÍDICAS...

1.	Para uma projecção jurídica de uma normativamente substancial (re)construção da categoria tolerância	445
2.	A tolerância jurídica enquanto intervalo de não aplicabilidade de consequência jurídica — tolerância legal ou tolerância da norma jurídica(?)	450
3.	O <i>intervalo da tolerância</i> na juridicidade: pertinência, legitimidade e título da convocação da categoria <i>tolerância</i> na delimitação do jurídico	465
3.1.	A (im)possibilidade da convocação da categoria tolerância como <i>princípio</i> no domínio jurídico	465
3.1.1.	Determinação selectiva da tolerância como princípio	465
3.1.1.1.	Compreensão teórico-metodológica pertinente de <i>princípio</i>	466
3.1.1.1.1.	Dos princípios como <i>ratio</i> aos princípios como <i>intentio</i> : perspectiva crítica da pertinência da “moralidade” (« <i>moralité</i> ») na actual discussão dogmática entre <i>positivismo(s)</i> e <i>não-positivismo(s)</i>	468
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 Matthew H. Kramer	469
3.1.1.1.1.2.	A <i>crítica</i> de Ronald Dworkin aos “ <i>positivismos</i> ”	476
3.1.1.1.1.3.	A « <i>rational reconstruction</i> » de Neil MacCormick, em confronto com Herbert Hart e Ronald Dworkin	480
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	489
3.1.1.1.3.	Princípios como <i>jus</i> : os <i>princípios normativos</i> em Castanheira Neves	493
3.1.1.2.	<i>Projecção</i> da compreensão dos <i>princípios</i> na decisão concreta	497

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>	497
3.1.1.2.2.	Exemplares propostas alternativas, entre <i>aplicação</i> e <i>decisão</i>	500
3.1.1.2.2.1.	Confrontação da <i>decisão judicial</i> em François Ost e Ronald Dworkin.....	500
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	508
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.....	514
3.1.2.	A tolerância como exigência normativa fundamentante, extrajurídica ou jurídica: o <i>princípio da tolerância</i>	518
3.1.2.1.	A autonomização de um sentido jurídico ao princípio da tolerância em Arthur Kaufmann.....	522
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> (?)	525
3.1.2.3.	Condições de possibilidade de um princípio materialmente autónomo de tolerância face ao princípio da igualdade	530
3.1.2.3.1.	O princípio da igualdade como <i>superação</i> do princípio da tolerância	533
3.1.2.3.2.	O princípio da tolerância como <i>princípio coexistente</i> com o princípio da igualdade	534
3.1.2.3.2.1.	O princípio da tolerância como <i>princípio intencionalmente confluyente</i> com o princípio da igualdade.....	534
3.1.2.3.2.1.1.	O princípio da tolerância como <i>componente do conteúdo</i> do princípio da igualdade	535
3.1.2.3.2.1.2.	O princípio da tolerância como princípio <i>subsidiário</i> do princípio da igualdade	536
3.1.2.3.2.1.3.	O princípio da tolerância como <i>princípio derivado</i> , por especialização, do princípio da igualdade	537
3.1.2.3.2.2.	O princípio da tolerância como <i>princípio intencionalmente autónomo</i> do princípio da igualdade, a partir do <i>reconhecimento da diferença</i>	538
3.1.2.4.	A dignidade constitucional do princípio da tolerância.....	546
3.1.2.5.	Possibilidade(s) do <i>princípio da tolerância</i> enquanto <i>fundamento</i> de determinação de (ir)relevância jurídica.....	563
3.1.2.5.1.	O princípio da tolerância enquanto fundamento de definição positiva e/ou negativa de relevância jurídica	563
3.1.2.5.2.	Pertinência da remissão para o “ <i>espaço livre de direito</i> ”	565
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>	568
3.2.	A (im)possibilidade da convocação da categoria tolerância como <i>critério</i> no domínio jurídico	589
3.2.1.	A tolerância como critério jurídico: sentido pertinente de <i>critério</i>	589
3.2.2.	A tolerância enquanto critério para o exercício de direitos.....	589
3.2.3.	A tolerância enquanto critério normativo legalmente positivado	593
3.3.	A (im)possibilidade de mobilização da categoria <i>tolerância</i> enquanto <i>cânone</i> (jurídico/extrajurídico) no concreto <i>juízo decisório</i>	594

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</i> , <i>Lautsi c. Itália</i> , <i>Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca</i> , <i>Sabin c. Turquia</i> e <i>Dablab c. Suíça</i>	599
4.	Perspectivação teórico-metodologicamente <i>crítica</i> da categoria tolerância enquanto <i>princípio</i> e enquanto <i>critério</i> na determinação das <i>fronteiras da juridicidade</i>	620

CONCLUSÃO

(IN)JUSTIFICABILIDADE DE UMA COMPREENSÃO NORMATIVAMENTE SUBSTANCIAL DA CATEGORIA TOLERÂNCIA COMO INTERVALO E NO INTERVALO ENTRE JURIDICIDADE E AJURIDICIDADE...

Resumo/Abstract.....	637
Referências Bibliográficas	643

