XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA: ÁREAS DE PROTEÇÃO E JUSTIFICATIVAS PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS ESFERAS DE FUNDAMENTALIDADE

FREEDOM OF CONSCIOUSNESS AND BELIEF: AREAS OF PROTECTION AND JUSTIFICATION FOR STATE INTERVENTION IN FUNDAMENTALITY AREAS

Fernando Cerqueira Cardoso [1]
Sheila Marques Nascimento Habib

Resumo

As Constituições Alemã e Brasileira garantem a liberdade cognitiva e restringem as reservas legais interventoras. Três esferas de fundamentalidade são identificadas: direito à liberdade de crença individual, direito à liberdade de crença coletiva e direito à liberdade de consciência. Sobre a temática, propõe-se paralelo entre a jurisprudência alemã e brasileira, dado o maior amadurecimento da primeira sobre a matéria. Supõe-se que o adiantado exame do Tribunal Constitucional Alemão possa conferir subsídios para as demandas que permanecem pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Questões determinantes para aferição da qualidade do regime democrático brasileiro.

Palavras-chave: Liberdade, Crença, Consciência, Intervenção, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The German and Brazilian Constitutions guarantee cognitive freedom and restrict legal interventor reserves. Three areas of fundamentality are identified: the right to freedom individual belief, the right to freedom of collective belief and the right to freedom of conscience. On the subject, it is proposed parallel between the German and Brazilian jurisprudence, given the greater maturation of the first on the matter. It is assumed that the advanced examination of the German Constitutional Court may grant subsidies for the claims that remain pending judgment in the Federal Supreme Court. Determining questions for assessing the quality of the Brazilian democratic regime.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom, Belief, Consciousness, Intervention, Democracy

[1] Advogado, mestrando em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba e especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que grande parte dos Estados, a partir de suas Constituições, garantem a liberdade de consciência e crença aos seus cidadãos. Esta liberdade, essencialmente inviolável, remonta à gênese dos direitos humanos, sendo verdadeiro baluarte da defesa da dignidade da pessoa humana.

As Constituições Alemã e Brasileira, objetos deste estudo, seguem nesta linha: garantem a inviolabilidade da liberdade cognitiva e restringem ao máximo as reservas legais interventoras. Elencado no rol dos direitos fundamentais e estreitamente vinculado à dignidade da pessoa humana, a fundamentalidade formal e material da liberdade de consciência e crença parece incontestável.

Frente este desenho garantista consagrado pelo poder constituinte, e tendo em vista a relatividade dos direitos fundamentais, objetiva-se a identificação do sentido e alcance das áreas de proteção do direito, desvendando-se as vielas que legitimam a intervenção estatal, essenciais à razoável e proporcional aplicação da norma constitucional.

A partir das áreas de proteção do direito de liberdade de crença e consciência, identifica a doutrina, tanto alemã quanto brasileira, três esferas de fundamentalidade: direito à liberdade de crença individual, direito à liberdade de crença coletiva e direito à liberdade de consciência. Todas comentadas, ainda que sumariamente, neste trabalho de curto fôlego.

Traçada a estrutura histórica e normativa do preceito alemão e brasileiro, avança-se para a análise e reflexão de três questões complexas, conduzidas à apreciação dos tribunais com aporte no direito à liberdade de consciência e crença: transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová; crucifixos em escolas e repartições públicas; e observância de dias santos.

O paralelo que se propõe entre a jurisprudência alemã e a brasileira justifica-se em razão do maior amadurecimento da primeira a respeito da matéria. Supõe-se que o exame acurado e adiantado dos tribunais alemães, e, em especial, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, possam futuramente conferir subsídios para as demandas que permanecem pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Questões determinantes para aferição da qualidade do regime democrático brasileiro.

Metodologicamente, para este estudo, a bibliografia pátria, assim como a jurisprudência alemã e brasileira foram consultadas. Quando do estudo das normas constitucionais, aplicou-se o raciocínio dedutivo, quando do estudo dos casos concretos, admitidos como pontos de partida, o raciocínio indutivo conferiu a tônica das reflexões.

2. ORIGENS DO DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E CONSCIÊNCIA.

Os conceitos de liberdade, consciência, crença e religião estão atrelados à própria origem humana, perdendo-se na noite dos tempos. Determinar seu ponto histórico inaugural consistiria em identificar o surgimento da vida e da humanidade. Pretensão obviamente alheia aos modestos lindes deste estudo.

Ao se abrir tópico correspondente às origens da liberdade de crença e consciência, ou ainda, aos direitos intrínsecos e correlatos a esta condição, objetiva-se apenas indicar os primeiros registros políticos e normativos que formalizaram proteção a este espectro existencial.

O tema estabelece estreito vínculo com o princípio da dignidade humana, porquanto compartilha da mesma amálgama: vida, liberdade e igualdade. Pensar e concretizar liberdade de consciência e crença é promover expressiva fração da dignidade humana.

A justificativa para a dignidade humana no curso da história perpassou por etapas distintas: religião, filosofia e ciência. Porém, em todas estas, observa-se que a liberdade e a racionalidade humanas são determinantes.

O homem é digno porque é capaz de pensar. É livre porque, sendo capaz de pensar, tem consciência de sua própria existência, podendo transformar seus pensamentos num modelo de vida. Pode nesta perspectiva, inclusive, englobar a existência de um ser superior e excelso: onipotente, onipresente e onisciente. Catalisador de sua origem, propósito e destino.

> A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo (Comparato, 2004, 01 e 02).

Em termos epistemológicos, entretanto, o pensamento humano é fluido e inconstante. Sendo livre, pode modular a interpretação dos fenômenos. Mesmo os fatos mais objetivos e tangíveis estão sujeitos a subjetividades. Aquilo que para determinada geração correspondia à fiel representação da realidade, revela-se para outra, a partir dos mesmos canais de racionalidade, como equívoco líquido e certo.

> (...) com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, põe-se nova justificativa para a sua eminente posição no mundo. A sabedoria grega expressou-a com vigor, pela voz dos poetas e filósofos. (...) Na verdade, a indagação central de toda filosofia é bem esta: - Que é o homem? A sua simples formulação já postula a

> singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se sobretudo nesse sentido reflexivo, a partir do qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia (Comparato, 2004, p. 03 e 04).

Numa tentativa de superar as nuances subjetivas da religião e da filosofia, os estudiosos inclinaram-se para ciência. Crendo que a observação, experimentação e reprodução dos fenômenos, numa perspectiva quase sempre alheia à existência da divindade, poderia lhes conferir juízo objetivo e seguro, genuinamente racional e adequado à evolução da espécie.

> A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a espécie humana (Comparato, 2004, p. 04).

Não obstante as variáveis epistemológicas que justificam a dignidade do gênero humano, o certo é que a partir de determinado período, que parte dos estudiosos classifica como axial (entre 600 e 480 a. C), a existência de direitos universais, inerentes à própria natureza humana, e dentre os quais está a liberdade de consciência e crença, passaram a ser reconhecidos.

> (...) é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes (Comparato, 2004, p.11).

Trata-se, como dito, de fase embrionária, a partir da qual se passou a observar o gênero humano como detentor de valoração intrínseca. Destinatário de direitos decorrentes da sua tão só existência e natureza. Porém, entre a confabulação filosófica e a consagração normativa, longo trajeto foi percorrido.

"A liberdade religiosa, no sentido político-jurídico, é fenômeno recente e indissociável da concepção de Estado democrático de direito. Surge, formalmente, nos Estados Unidos, a 12 de junho de 1976, na Declaração de Direitos de Virgínia" (Lellis, 2016, p. 64).

Entretanto, não foi este o diploma responsável por conferir normatividade ao preceito. "A consagração normativa do conteúdo da liberdade religiosa como um dos direitos fundamentais apenas tem lugar em 26 de agosto de 1789, com a promulgação, pela Assembleia Nacional da França, da Declaração do Homem e do Cidadão" (Lellis, 2016, p. 65).

Este ciclo, delineado de modo progressivo, viria a completar-se em âmbito negativo apenas em 15 de dezembro de 1791, ocasião em que o Congresso dos Estados Unidos ratificou

a Declaração de Direitos correspondente às emendas iniciais à Constituição Americana, aprovada em 25 de setembro de 1789 (Lellis, 2016, p. 65).

No Brasil, de igual maneira, a liberdade de consciência e crença foi fomentada de forma progressiva. Longo trajeto foi percorrido até que o pluralismo confessional fosse alcançado.

Inicialmente, o país confessava a fé católica como religião oficial, preceito consagrado no artigo 5º da Constituição do Império (BRASIL, 1824). Mesmo o Imperador, detentor de poderio quase ilimitado, a julgar pelo Poder Moderador que lhe fora outorgado, deveria proferir juramento obrigando-se a "manter a Religião Católica Apostólica Romana" (artigos 103, 106, 127 e 141). Ao passo que, aqueles que não "respeitassem" a religião do Estado ou ofendessem a "moral pública" estavam sujeitos à perseguição (Lellis, 2016, p. 67 e 68).

O rompimento entre Estado e Igreja no Brasil ocorreu apenas com o advento da República. A partir desta, e com suporte nos artigos 1º a 5º do Decreto n. 119-A de 7.1.1890, progride-se da mera tolerância religiosa para a liberdade religiosa, ou ainda, para a liberdade de consciência e crença.

> Este instrumento normativo efetua a separação entre o Estado e a religião, tornando-o laico e prevê o princípio da neutralidade do Estado ante as confissões religiosas, que, agora, têm reconhecido o direito de prática coletiva religiosa segundo o seu credo e sua disciplina, podendo adquirir e administrar bens, uma vez que podem constituir-se como pessoas jurídicas. Ao lado da autonomia das confissões religiosas surge, também, o direito individual à não discriminação por motivo de crença ou opinião religiosa (Lellis, 2016, p. 68 e 69).

Com algumas variáveis, todas as demais Constituições Brasileiras, inclusive a vigente, asseguraram a inviolabilidade de consciência e crença dos cidadãos. Porém, como se verá, a limitação à intervenção do poderio estatal pode ser mitigada, caso o direito à liberdade de consciência e crença venha a chocar-se com outro direito fundamental.

3. LIBERDADE DE CRENÇA E CONSCIÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES ALEMÃ E BRASILEIRA.

A Constituição da República Federativa do Brasil aborda o tema a partir de duas frentes: **a)** no título II, dentre os direitos e garantias fundamentais, garantindo-se a fundamentalidade religiosa com suporte nos incisos VI e VIII; e **b)** no título III, da organização do Estado, onde se veda a confusão e a união entre as unidades federativas e as organizações religiosas – laicidade estatal (BRASIL, 1988).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, por sua vez, sob o título geral "Os Direitos Fundamentais", grupo de temas que inaugura a Lei Básica, aborda a liberdade de crença e consciência em seu artigo 4 (ALEMANHA, 1949).

Em ambas as Constituições, o direito fundamental à liberdade de crença e consciência, bem como a liberdade de confessar determinada religião ou visão de mundo, em regra, não são contidos por limites constitucionais expressos, isto é, reservas legais.

Dita o inciso VI, artigo 5º, da Constituição Brasileira, que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos" (BRASIL, 1988). A Constituição Alemã, em seu artigo 4, por sua vez, assegura que a liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis. " Garantindo-se, inclusive, "o desimpedido exercício de religião".

Reservas expressas a estes preceitos são apresentadas de maneira pontual. No caso da Constituição Brasileira, garante-se, "na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias". A privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, também poderá ser sustentada, caso o titular do direito se exima de obrigação legal a todos imposta e se recuse a cumprir prestação alternativa fixada em lei. Para a Constituição Alemã, "ninguém pode ser obrigado, contra sua consciência, ao serviço militar com armas, porém, lei federal regulamentará as particularidades da matéria".

A partir destes preceitos constitucionais é possível atestar a existência de três esferas de fundamentalidade do direito à liberdade de consciência e crença: a) a liberdade individual de crença; b) a liberdade coletiva de crença, atinente às comunidades religiosas; e c) a liberdade de consciência.

Considerando, em regra, a ausência de limites constitucionais expressos para estes preceitos, é razoável identificar, tanto a área de proteção do espectro normativo, quanto as razões capazes de justificar eventuais intervenções estatais.

É o que se faz a seguir. Não sem antes tracejar no que consiste a fundamentalidade do direito à liberdade de crença e consciência na Constituição Brasileira de 1988. Porquanto é esta a razão da sua ampla proteção, bem como o motivo da criteriosa e restrita intervenção estatal. Contorno que também se aplica à Constituição Alemã, dada a similaridade dos conteúdos normativos.

A estrutura da fundamentalidade do direito à liberdade de consciência e crença é tanto formal quanto material. É formal porque, conforme já explicitado, está presente no artigo 5º da Constituição Federal, sob o título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais (BRASIL, 1988). É material porque estritamente atrelado ao fundamento da dignidade da pessoa humana, assento

a partir do qual se estabelece o Estado Democrático de Direito. Reforça esta constatação, os apontamentos sustentados por abalizada doutrina:

> (...) a elevação de todos os direitos e garantias individuais existentes no art. 5º, um dos quais é aquele de liberdade religiosa, à condição de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. (...) além de indispensável à concretização de dois dos objetivos postos na Constituição como fundamentais, a saber, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" e a promoção do "bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação (Lellis, 2016, p. 79).

Feitas estas considerações, avança-se no estudo da área de proteção e justificativa para a intervenção estatal no direito à liberdade de consciência e crença.

4. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA: ÁREA DE PROTEÇÃO E JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL.

Apresentada a origem e destacado o suporte normativo que garante aos cidadãos alemães e brasileiros o direito à liberdade de consciência e crença, importa também desmembrar os preceitos, a fim de identificar as áreas de proteção alcançadas pelas normas constitucionais. É esta medida relevante, inclusive, para compor o raciocínio subsequente: a justificativa para a eventual intervenção estatal na garantia preliminarmente assegurada pelo texto constitucional, no chamado *limite ao limite*.

Assim, por ora, apenas registre-se que do direito à liberdade de crença e consciência, tanto da Constituição Alemã quanto da Constituição Brasileira, emanam: a liberdade individual de crença, a liberdade coletiva de crença e a liberdade de consciência. Todas sujeitas à justificada intervenção estatal.

4.1. LIBERDADE INDIVIDUAL DE CRENÇA

Neste primeiro substrato de fundamentalidade, restrito a pessoas naturais, a área de proteção alcança (Martins, 2018, p. 26): a) tanto os que professam determina fé ou religião, quanto aqueles que dispõem de convicções arreligiosas, ou ainda, hostis a convicções de crença; b) o exercício da religião, isto é, a sua expressão externa; c) o direito de agir e portar-se de acordo com os ditames religiosos; e d) a liberdade de crença negativa, consistente na faculdade de professar determinada crença ou não, ou ainda, de não sofrer qualquer constrangimento estatal para que adira a procedimento litúrgico ou confissão religiosa.

Nesta quadra, a partir da qual se vela pela área de proteção da liberdade individual de crença (ou ideológica), as intervenções caracterizam-se “em qualquer caso em que um órgão estatal pertinente a um dos três poderes constituídos afetar o pensamento, o discurso ou a ação (comportamento individual) motivados por crença ou religião” (Martins, 2018, p. 27).

Em construção semelhante, que estabelece linha ponderativa entre a área de proteção à liberdade de crença individual e as justificativas para intervenção estatal, pontua José Afonso da Silva:

> Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (Silva, 2001, p. 252).

Como acentuado nas Constituições Alemã e Brasileira, o direito à liberdade de consciência e crença é inviolável. Assim, “como não há limites constitucionais expressos por intermédio de reservas legais, as intervenções podem ser justificadas constitucionalmente apenas a partir de limitações implícitas que decorram de direito constitucional colidente” (Martins, 2018, p. 28).

Isso significa dizer que a mitigação da liberdade de crença individual somente é possível se de algum modo colidir com direito de igual envergadura, isto é, constitucional e fundamental. Observadas, para tanto, balizas formais e materiais.

A fundamentalidade formal, como anteriormente sustentado, decorre da inserção do preceito no rol de direitos e garantias fundamentais, ao passo que a fundamentalidade material advém do seu estreito vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento a partir do qual se assenta o Estado Democrático de Direito.

Assim, no caso de eventual colisão entre preceitos de idêntica hierarquia, grande parcela dos juristas alemães e brasileiros admitem que os princípios da proporcionalidade em sentido amplo e da concordância prática são os instrumentos mais indicados no exercício da pacificação jurisdicional.

Trata-se de conferir *limite ao limite*. O direito ou garantia fundamental que primariamente limita a atuação do Estado na esfera de decisão do cidadão, neste contexto, também se faz passível de limitação, observados os princípios da concordância prática e da proporcionalidade em sentido amplo como método de ponderação da colisão.

> Enquanto a adequação refere-se ao exame eliminatório da verificação da presença da idoneidade do meio escolhido em si, a necessidade é relativa à busca de alternativas igualmente adequadas, mas potencialmente menos onerosas à liberdade atingida. Uma vez detectada a não presença da adequação ou encontrada alternativa menos onerosa, confirma-se a hipótese de desproporcionalidade ou refuta-se a hipótese contrária (Martins, 2018, p. 27).

Assim, não obstante a inviolabilidade do direito à liberdade de consciência e crença, em determinadas situações, dada a relatividade do preceito, exposta a partir de uma segunda norma de envergadura constitucional, a intervenção estatal e a consequente mitigação da garantia podem vir a concretizar-se.

Como exemplos de situações que sugerem a intervenção estatal, pontua-se: a) proibição de cultivar e consumir *cannabis* com propósito de uso e/ou consumo em culto. Neste caso, a liberdade de crença colide com o princípio da vida, ou ainda, com bem jurídico deste decorrente, a saúde pública; b) oração em escola sem possibilidade de ser evitada pelos discordantes. Situação em que o princípio da autonomia científica do educador, ou mesmo da instituição, é confrontado pela liberdade de consciência e crença; c) persecução penal de lesão corporal no caso da circuncisão de crianças. Em xeque, a liberdade de crença, aparentemente em colisão com a integridade física, bem jurídico decorrente do princípio da vida.

Não obstante todos os métodos e princípios para interpretação, trata-se de demandas que podem revelar-se de difícil resolução para o intérprete.

4.2. LIBERDADE COLETIVA DE CRENÇA.

No segundo substrato de fundamentalidade, que engloba pessoas naturais e jurídicas, a "área de proteção abrange, materialmente, as ações das associações religiosas ou ideológicas que têm como objetivo a manutenção e o fomento de uma confissão religiosa e a difusão da crença de seus membros" (Martins, 2018, p.29).

Como exemplos desta área de proteção, merece destaque (Martins, 2018, p. 29): a) o direito da comunidade religiosa à difusão da própria crença; b) o tocar ritualístico do sino de igrejas católicas ou a convocação para a primeira oração do dia pelo líder islâmico; c) a construção de igrejas e templos ou quaisquer outros edifícios de função litúrgica e que sejam imprescindíveis ao exercício do culto religioso; d) a busca pela constituição de pessoa jurídica.

Esta liberdade, pontua José Afonso da Silva, "também diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado" (2001, p. 253).

> Quanto à relação Estado-Igreja, três sistemas são observados: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações. (...) Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese da união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império (Silva, 2001, p. 253).

Porém, como sabido, tanto o Estado Alemão quanto o Estado Brasileiro são laicos. No caso brasileiro, "a República principiou estabelecendo a liberdade religiosa com a separação da Igreja do Estado. Isso se deu antes da constitucionalização do novo regime, com o Decreto 119-A, de 7.1.1890, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo Governo Provisório" (Silva, 2001, p. 254).

Portanto, há separação entre Igreja e Estado, vedada a confusão e a união. Porém, mesmo esta separação não impede que Igreja e Estado se articulem conjuntamente em regime de colaboração. Afinal, como prescreve o artigo 19, I, da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), à confusão e união ressalva-se, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

> Mais difícil é definir o nível de colaboração de interesse público possibilitada na ressalva do dispositivo, na forma da lei. A lei, pois, é que vai dar a forma dessa colaboração. É certo que não poderá ocorrer no campo religioso. Demais, a colaboração estatal tem que ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões. A lei não precisa ser federal, mas da entidade que deve colaborar. Se existe lei municipal, por exemplo, que prevê cessão de terreno para entidades educacionais, assistenciais e hospitalares, tal cessão pode ser dada em favor de entidades confessionais de igual natureza (Silva, 2001, p. 255).

Finalmente, vale ressaltar, que "o titular da liberdade de crença coletiva pode ser uma pessoa jurídica que promova os cultos ou as associações afins como associações de jovens ou mulheres que prestem serviços religiosos, hospitais e escolas confessionais" (Martins, 2018, p. 29). A garantia constitucional não se limita a determinado nicho de instituições e organizações religiosas tradicionais. A tão só organização de pessoas motivadas por princípios de ordem religiosa é o deflagrador da proteção estatal.

4.3. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA.

No terceiro substrato de fundamentalidade, consistente na liberdade de consciência, a área de proteção constitucional alcança "cada decisão moral ou séria, que o titular toma a partir de uma determinada situação por ele considerada como vinculante e congentemente obrigatória, de tal sorte que não possa agir contra ela sem cair em um sério conflito de consciência" (Martins, 2018, p. 30).

A liberdade de consciência não se confunde com a liberdade de crença. Porquanto, como registra José Afonso da Silva, sob a iluminação de Pontes de Miranda, "o descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito", assim como a "liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença" (Silva, 2001, p. 252).

Nesta perspectiva é possível sustentar que a liberdade de consciência em sentido amplo abarca a liberdade de crença individual e coletiva, bem como a liberdade de consciência em sentido estrito. Alexandre de Moraes, amparado por José Celso Mello Filho, ressalta que a "liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular" (Moraes, 2006, p. 120).

A liberdade de consciência em sentido estrito cabe apenas a pessoas naturais, abarcando tanto o *forum internum* quanto o *forum externum* (Martins, 2018, p. 30).

A liberdade de consciência, dada a relatividade dos direitos fundamentais, também está sujeita à justificada intervenção estatal. Podem estas ser compreendidas como "limites decorrentes de direito constitucional colidente, tais como: direito fundamental ao exercício da consciência e crença pelo empregador; dignidade humana de pessoas que receberão órgãos doados como limite ao exercício da liberdade de consciência e crença do médico; etc" (Martins, 2018, p. 30).

Finalmente, como exemplos desta área de proteção, também merecem destaque (Martins, 2018, p. 30): as medidas disciplinares contra soldados por causa de recusa à execução de ordens; recusa ao pagamento de tributos por questão de consciência; sanção para a recusa de participação em testes com animais no âmbito da formação universitária; confirmação da legalidade, pela Justiça Trabalhista, de demissão de empregado motivada por comportamento ou insubordinação decorrentes de imperativos de consciência, principalmente em hipóteses em que o empregador não puder atribuir tarefa alternativa no âmbito do contrato de trabalho.

5. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA: BREVE PARALELO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ E BRASILEIRA.

Traçadas as origens, o suporte normativo e os substratos de fundamentalidade do direito à liberdade de consciência e crença, é relevante, a título conclusivo, apresentar os fundamentos que têm sustentado decisões dos tribunais alemães e brasileiros a respeito da temática. Para tanto, nesta oportunidade, enfatiza-se três temas: a) transfusão de sangue em

pacientes testemunhas de Jeová; b) crucifixos em escolas e repartições públicas; e c) observância de dias santos.

Como se perceberá, o debate do tema pelos Tribunais Alemães, sobretudo o Tribunal Constitucional Federal, já está bem mais amadurecido do que aquilo que se tem visto no Brasil. Daí o caráter útil, ainda que modesto, desta pesquisa, porquanto confere subsídios para a compreensão das futuras reflexões conduzidas à pauta do Supremo Tribunal Federal.

Por intermédio de demandas reais, enfrentadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, lista-se os principais argumentos sustentados, bem como o atual estágio de entendimento da matéria pelos tribunais pátrios.

O jurista Leonardo Martins, em sua obra *Tribunal Constitucional Federal Alemão – Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais*, apresenta casos emblemáticos nos quais direitos fundamentais, dentre os quais está a liberdade de consciência e crença, foram colocados em xeque. Alguns destes relatos, com seus correspondentes desdobramentos jurídicos, são a seguir sintetizados.

5.1. TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.

A partir da interpretação de alguns textos do *Pentateuco* escrito pelo profeta Moisés (Antigo Testamento) e do livro dos *Atos dos Apóstolos* escrito pelo médico Lucas (Novo Testamento), os membros da denominação *Testemunhas de Jeová* entendem que a transfusão de sangue afronta as ordenanças divinas.

Tendo esta crença por pano de fundo, foi conduzida à apreciação do Tribunal Constitucional Alemão a seguinte demanda:

> A esposa do reclamante faleceu porque se recusou, por motivos religiosos, a receber transfusão de sangue. O esposo foi processado e condenado por omissão de socorro, porquanto entendeu o juízo que lhe era cabível persuadir a esposa para que aceitasse a transfusão. O esposo ajuizou reclamação constitucional contra o ato normativo, vindo esta a ser admitida e julgada procedente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. O julgamento valeu-se da figura dogmática do "efeito de irradiação" – eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Martins, 2018, p. 30 e 31).

Frente a controvérsia, sustentou a Corte Alemã (Martins, 2018, p. 31-34):

> **a)** A reclamação constitucional é procedente. O exame das decisões impugnadas mostra que elas intervêm, de modo inadmissível, no direito fundamental do reclamante à liberdade de crença e de confissão religiosa;

> **b)** prevalece a dignidade da pessoa humana e o direito à autodeterminação. O direito de crença protege tanto a convicção confessional interna quanto os seus desdobramentos externos, isto é, o comportamento do crente;
>
> **c)** os limites da liberdade de crença podem ser estabelecidos tão somente pela Constituição, porquanto esta não prescreve qualquer reserva em favor do legislador ordinário;
>
> **d)** a partir da análise do caso concreto, observada a previsão do art. 4 I GG, é inadequado sustentar a condenação. Afinal, para o indivíduo, a crença que molda sua conduta, nesta circunstância, assume a primazia.

Perante as cortes brasileiras, demanda semelhante foi apreciada em sede de agravo de instrumento (autos n. 2009.01.00.010855-6/GO) pelo desembargador federal Fagundes de Deus, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1, 2009, online). A respeito do julgado, anotou abalizada doutrina:

> Não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal (146, § 3º, I, do CP) na hipótese das testemunhas de Jeová se estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor de idade, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida. Segundo noticiado pela Assessoria de Comunicação Social do TRF1, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2009.01.00.010855-6/GO (26.02.2009), o Desembargador Federal Fagundes de Deus "...registrou que no confronto entre os princípios constitucionais do direito à vida e do direito à crença religiosa importa considerar que atitudes de repúdio ao direito à própria vida vão de encontro à ordem constitucional – interpretada na sua visão teleológica." Dessa forma, entende o magistrado que deve prevalecer "o direito à vida, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo este, sem sombra de dúvida, primário e antecedente a todos os demais direitos" (Lenza, 2017, p. 1.145).

No julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, como visto, prevaleceu o direito à liberdade de consciência e crença, fundada na dignidade da pessoa humana e no direito à autodeterminação. De outra banda, no julgamento do juízo monocrático pátrio, o direito à vida assumiu a primazia.

Uma observação superficial pode sugerir que os resultados dos julgamentos são opostos. Porém, não parece ser este o caso. Na primeira demanda, além de não existir emergência médica, a paciente é maior e está consciente, tendo plenas condições de decidir sobre o tratamento que lhe será ministrado. Já na segunda, as justificativas para a prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade, amparam-se na *urgência* ou *perigo iminente*, além da própria *menoridade* do paciente.

A ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo juízo monocrático brasileiro demonstram que não há hierarquia entre princípios, sendo estes, mesmos os promotores de direitos fundamentais, relativos e passíveis de mitigação frente o caso concreto.

5.2. CRUCIFIXOS EM ESCOLAS E REPARTIÇÕES PÚBLICAS.

Compreendem os cristãos católicos, nos termos do § 617 do seu Catecismo, ora parafraseado, que a cruz é símbolo da redenção e expiação da humanidade promovida pelo sacrifício meritório de Jesus Cristo, o Filho de Deus. Por esta razão, se valem do emblema como sinal materializado e público de sua adesão às fileiras cristãs.

A cruz é símbolo característico de igrejas, hospitais, escolas e toda sorte de instituições que confessam a fé católica. Porém, a presença do símbolo não é restrita a ambientes declaradamente religiosos. Em especial, no caso de países originariamente católicos, ou ainda, colonizados por nações católicas, a união entre Igreja e Estado de outrora permanece sendo representada nas paredes e praças dos prédios públicos.

No Brasil, é comum encontrar o símbolo religioso em assembleias e tribunais. Na Alemanha, mesmo em escolas públicas, o emblema pode ser encontrado. Na Escola Fundamental de Bayern, por exemplo, regulamento escolar determinou que em todas as salas de aula fosse pendurado um crucifixo.

Inconformados, os pais das crianças ajuizaram ação contra o Estado de Bayern, requerendo, com pedido de medida liminar, a retirada dos crucifixos. Porém, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar, sustentando (Martins, 2018, p. 35):

> a) que as cruzes nas salas de aula não violariam o direito dos pais a educar seus filhos, nem os direitos fundamentais dos filhos. A cruz, naquele contexto, não serviria como instrumento de ensino ou aula geral, mas tão somente para apoiar os pais na educação religiosa dos seus filhos, o que não seria problemático do ponto de vista constitucional;
>
> b) o conflito entre a liberdade religiosa negativa (dos alunos reclamantes) e positiva (dos demais alunos) precisaria ser solucionado em observância ao **mandamento da tolerância** e segundo o **princípio da concordância prática**. Ou seja, não se poderia exigir que a liberdade negativa de confissão religiosa dos reclamantes prevalecesse sobre a liberdade positiva dos demais estudantes, que foram educados em determinado contexto confessional e querem praticá-lo na escola. Segundo o Tribunal, os reclamantes deveriam tolerar e respeitar a confissão religiosa dos demais.

Os reclamantes interpuseram reclamação ordinária contra a decisão liminar junto ao Superior Tribunal Administrativo do Estado de Bayern, porém, o pleito foi novamente julgado improcedente. Ato contínuo, a questão foi conduzida ao Tribunal Constitucional Federal, onde o pedido dos reclamantes foi julgado procedente por maioria de 5 votos a 3. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, as decisões impugnadas violaram os direitos fundamentais dos reclamantes, ao passo que a causa de pedir da liminar não teria sido devidamente apurada. Como linha de fundamentação teórica, firmaram (Martins, 2018, p. 35-42):

> **a)** o art. 4 I GG não fornece ao indivíduo e às comunidades religiosas uma pretensão ao auxílio estatal para expressão de sua convicção religiosa. Pelo contrário, do art. 4 I GG decorre o princípio da neutralidade estatal no que concerne às diferentes religiões e confissões;
>
> **b)** no tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas, o Estado deve adotar um posicionamento orientado pelo princípio da igualdade;
>
> **c)** o art. 4 I GG abrange, associado ao art. 6 II GG, que [por sua vez] garante aos pais o cuidado com a educação de seus filhos como direito natural, também a educação dos seus filhos em seus aspectos religioso e ideológico;
>
> **d)** a cruz é um símbolo de uma determinada convicção religiosa, e não apenas uma expressão da cultura ocidental identificada com o cristianismo;
>
> **e)** o direito fundamental da liberdade de crença é garantido sem reserva. Isso não significa, porém, que quaisquer limites seriam sempre inadmissíveis. Estes só podem, no entanto, derivar da própria Constituição. Não cabe ao legislador a instituição de limites que já não estejam fundados na Constituição. Não obstante, não existem, no presente caso, fundamentos constitucionais que poderiam justificar a intervenção;
>
> **f)** do art. 7 I GG não pode ser derivada tal justificação. No entanto, o art. 7 I GG outorga ao Estado uma tarefa educacional. Ele deve não somente organizar o sistema educacional, instituindo ele mesmo escolas, mas também pode estabelecer os objetivos educacionais e os métodos de formação. Neste mister, ele é independente dos pais. Por isso, não somente a educação escolar e a familiar podem entrar em conflito;
>
> **g)** este conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre este direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o **princípio da concordância prática**, o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes deva ser favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, sejam reciprocamente poupadas e compensadas;
>
> **h)** no caso das aulas de religião, da oração escolar e outros eventos religiosos, tais atividades têm que ser marcadas pelo princípio da voluntariedade, deixando aqueles que não partilhem da crença cristã possibilidade não discriminatórias de afastamento [ou não participação]. Esse não é o caso da colocação de cruzes em salas de aula, de cuja presença e apelo uma pessoa não cristã não pode esquivar-se. Finalmente, não seria compatível com o mandamento da concordância prática reprimir os sentimentos daqueles que pensam diferente [não cristãos] para que os alunos cristãos pudessem, além da aula de religião e devoção voluntária, estudar, também nas matérias laicas, sob o símbolo de sua religião.

No Brasil, por ora, o tema vem sendo apurado em esfera administrativa. Para tanto, quatro pedidos de providência foram protocolizados junto ao Conselho Nacional de Justiça (n. 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362/CNJ). Nestes, a ornamentação de repartições públicas com crucifixos é apontada como afronta à laicidade estatal.

Até então, a insígnia tem sido compreendida como símbolo cultural, não religioso. Porém, o tema é polêmico. O presidente do Tribunal Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), por ocasião de sua posse (03.02.2009), determinou a retirada dos crucifixos e a desativação da capela. Ao passo que, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do processo n. 0139-11/000348-0, 06.03.12, determinou que fossem retirados os

crucifixos e símbolos das dependências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (em razão desta decisão instaurou-se o pedido de providências n. 0001058-48.2012.2.00.0000).

Como se observa, há certa contrariedade entre o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional Alemão e o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro. O primeiro a compreender que os símbolos cristãos em escolas públicas ferem a laicidade estatal, porquanto expõem de forma cogente os alunos da escola à implícita pregação cristã. O segundo, por sua vez, a sustentar que as cruzes penduradas nas repartições públicas não passam de representações histórico-culturais.

De fato, as posições ocupam polos distintos. Porém, há ainda, entre uma e outra fundamentação, margens de contato para a argumentação. Isto é, a argumentação utilizada em um contexto não necessariamente é inútil para o outro contexto. Assim o é, porque, embora as demandas sejam semelhantes, não se pode dizer que as cruzes em escolas, contempladas por menores em fase de formação educacional, disponha de resultado equivalente às cruzes dispostas em repartições públicas. Ambientes que, em regra, são frequentados por cidadãos capazes e com formação cognitiva estabilizada.

Em temáticas desta natureza, onde há embate de princípios, com mais clareza se observa a prevalência da força argumentativa.

5.3. OBSERVÂNCIA DE DIAS SANTOS.

A ocorrência de dias separados para propósitos religiosos é recorrente no Cânon Bíblico. Também o é nos registros da tradição da Igreja Católica Apostólica Romana, que ora homenageia homens e mulheres de vida escorreita, ora dedica períodos à consagração espiritual dos fiéis.

Dentre estes dias considerados sagrados, um dispõe de aspecto singular, porquanto localizado no centro da lei moral entregue por *Iahweh* ao profeta Moisés: o sábado bíblico. Neste mandamento identifica-se a jurisdição, o legislador e a fonte de sua autoridade (Êxodo 20:8-11). Reporta-se tanto à origem edênica da humanidade (Gênesis 1:26-27), quanto ao seu destino final (Apocalipse 14:6-7). Segundo o relato bíblico, o Criador, neste específico lapso temporal, oferece descanso, bênção e santificação às suas criaturas (Gênesis 2:1-3).

Algumas organizações religiosas permanecem vinculadas à prescrição bíblica e ao princípio da *sola scriptura*, tão apregoado por Martinho Lutero no período da Reforma Protestante. Outras, a exemplo dos católicos, identificam o dia de guarda consoante a sua própria tradição religiosa (Catecismo da Igreja Católica, 1993).

Tendo esta crença por pano de fundo, e resguardadas as variáveis denominacionais, foi conduzida à apreciação do Tribunal Constitucional Alemão a seguinte demanda (Martins, 2018, p. 52 e 53):

> Reclamações constitucionais foram movidas diretamente contra dispositivos de lei estadual editada pelo Estado-membro da Cidade-Estado de Berlin que continha uma disciplina bastante liberal do ponto de vista do direito trabalhista. Com efeito, a lei impugnada autorizava o funcionamento mais longo de estabelecimentos comerciais e, com isso, uma jornada de seus empregados nos chamados domingos do advento. Com fulcro nas duas grandes religiões cristãs, assim são chamados todos os quatro domingos que antecedem as festividades do natal que ocorrem entre o dia 24 e o dia 26 de dezembro. O TCF julgou o dispositivo atacado da lei berlinense incompatível com o Art. 4 I e II GG, especialmente por ter o dispositivo impugnado inobservado um mandado jurídico-objetivo de proteção de domingos e feriados decorrente do art. 140 GG aplicado conjuntamente com o expressamente recepcionado pela Grundgesetz art. 139 da Constituição da República de Weimar.

Frente a controvérsia, sustentou o Tribunal Constitucional Alemão (Martins, 2018, p. 53-65):

> **a)** o direito fundamental decorrente do art. 4 I e II GG é concretizado, em seu caráter de dever de proteção do legislador por meio do mandado de proteção jurídico-objetivo para a guarda de domingos e feriados do Art. 139 WRV (c.c. Art. 140 GG) que, ao lado de seu significado social-profano, deita suas raízes em uma tradição religiosa cristã. Assim, deve ser garantido pelo legislador um nível mínimo de proteção dos domingos e dos legalmente reconhecidos – aqui religiosos – feriados;
>
> **b)** segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não se esgota a proteção de direito fundamental no seu clássico conteúdo com direito subjetivo de resistência em face de intervenções estatais. Ao contrário, dos direitos fundamentais deve ser também derivado um dever de proteção do Estado em prol do bem jurídico protegido, cujo não cumprimento pode ser questionado pelo atingido com a reclamação constitucional;
>
> **c)** do art. 4 I e II GG, apenas, não se pode derivar um dever estatal de colocar os domingos e feriados religiosos cristãos sob proteção de uma pausa geral no trabalho a ser mais detalhadamente configurada e de fixar os dias especiais segundo o entendimento doutrinário de determinadas comunidades religiosas. Todavia, o direito fundamental do art. 4 I e II GG passa por uma concretização por meio da garantia dos domingos e feriados segundo o art. 140 GG em comento com o art. 139 WRV. O art. 139 WRV contém um mandado de proteção ao legislador que, no sentido da garantia de um nível mínimo de proteção, dá, nesse caso, conteúdo à proteção de direito fundamental derivada do art. 4 I e II GG;
>
> **d)** as normas da Constituição Imperial de Weimar, recepcionadas pelo art. 140 GG e, portanto, também o art. 139 WRV, têm a mesma qualidade normativa dos demais dispositivos da Grundgesetz. No caso da garantia dos domingos e feriados, até não se trata de um direito fundamental ou de um direito igual a direito fundamental. Mas, as garantias dos assim chamados artigos religiosos [da Constituição] de Weimar direcionam-se à avocação e à realização do direito fundamental da liberdade de religião;
>
> **e)** já a gênese da norma mostra a ligação dos aspectos sociais e religiosos tradicionais da proteção dos domingos e feriados. À época de sua introdução, na Assembleia Nacional Constituinte de Weimar, o relator, Deputado Mausbach (Partido Centro), destacou que o dispositivo protegeria a "moral pública", a tradição cristã e o exercício religioso. O fundamento religioso do art. 139 WRV é confirmado por meio de sua

> colocação na seção dos direitos fundamentais da Constituição Imperial de Weimar sob o título "Religião e Sociedades Religiosas";
>
> **f)** o legislador terá violado o direito de proteção derivado do art. 4 I e II GG, se ele ficar aquém das exigências mínimas resultantes do art. 140 GG em comento com o art. 139 WRV em relação à proteção do domingo e dos feriados;
>
> **g)** é reconhecido que se possa trabalhar em domingos e feriados para a proteção de direitos fundamentais e de outros bens jurídicos relevantes dos cidadãos ou da comunidade. Ex: serviços de socorro, bombeiros, polícia, sistema de saúde etc;
>
> **h)** um mero interesse por lucro econômico do proprietário do estabelecimento e um interesse comercial cotidiano por compradores potenciais não são em princípio suficientes para justificar exceções à proteção do descanso do trabalho ancorada imediatamente na Constituição e nas possibilidades de exame espiritual nos domingos e feriados;
>
> **i)** por causa do caráter de exceção das regras para o funcionamento de estabelecimentos comerciais em certos locais, que são classificadas no âmbito do "trabalho para o domingo", não pode ser exigida sua expansão até os casos não contemplados por meio do princípio geral da igualdade. Tendo em vista o comércio *online*, improcede a alegação de um tratamento desigual irracional, já porque suas condições contextuais apresentam-se fundamentalmente diferentes entre si;
>
> **j)** a regra de abertura de estabelecimentos comerciais em todos os quatro domingos de advento é, portanto, declarada inconstitucional. No entanto, ela permanece, neste ano, ainda aplicável em observância à liberdade de exercício profissional dos proprietários de estabelecimentos comerciais, à sua confiança depositada na regulamentação e às decisões já tomadas por eles para o período pré-festividades natalinas do ano 2009.

No Brasil, controvérsia semelhante é observada sempre que algum certame promovido por instituição ou órgão público é agendado para o sábado. Judeus ortodoxos, adventistas e batistas do sétimo dia, os chamados *sabatistas*, por imperativo de consciência, optam, se necessário, pela perda da chance de progresso acadêmico e profissional, desde que assim sustentem seu modelo de vida e fé.

Para os *sabatistas*, o Deus apresentado na Bíblia oferece descanso, bênção e santificação especiais entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. Durante este período, seguindo a orientação bíblica, os *sabatistas* creem que são convocados a se afastar das atividades ordinárias, devendo dedicar-se à renovação espiritual e à nutrição dos afetos.

Mais recentemente, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Paulista n. 12.142/2005 (ADI 3.714), que vedava, dentre outras prescrições, a realização de concurso público em dia de repouso religioso. A matéria permanece pendente de julgamento. Porém, como nos informa abalizada doutrina:

> A questão foi retomada, no julgamento da STA 389, que buscava a suspensão do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) marcado para os dias 5 e 6 de dezembro

> de 2009. O STF, por maioria, manteve o dia da prova e não fixou dia alternativo, até porque, no edital, havia possibilidade de pedido de "atendimento a necessidades especiais", além do que a prova poderia ser realizada no mesmo dia, após as 18 horas, caso em que deveriam os candidatos que guardam os sábados, contudo, apresentar-se com os demais, ficando isolados e aguardando para a realização da prova (LENZA, 2017, p. 1.147).

Como é possível verificar, a matéria está bem mais amadurecida nos tribunais alemães. Para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em respeito aos ditames da Lei Fundamental, conjugada à Constituição Imperial de Weimar, os *domingos do advento* devem ser observados. Ainda que, para tanto, seja necessário aplicar a técnica da *constitucionalidade superveniente*, que reclama a modelação dos efeitos da decisão e o ajuste de constitucionalidade para data ulterior.

No Brasil, a possibilidade de realizar certame público em horário alternativo, ainda que submetido a condições adversas, por ora, mantém certo nível de estabilidade no tratamento da matéria.

O certo é que tanto na Constituição Alemã quanto na Constituição Brasileira, o direito à liberdade de consciência e crença é inviolável, devendo eventual intervenção estatal pautar-se por suficiente argumentação jurídica, observando-se, inclusive, o produto resultante da colisão de direitos fundamentais no caso concreto.

6. CONCLUSÃO.

A liberdade de consciência e crença é um dos genes primários da estrutura e substância que compõe os direitos humanos fundamentais. Sua conexão e perfeita amálgama com o principal fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, é inquestionável.

Ainda assim, é preciso ponderar, que mesmo os direitos humanos fundamentais são relativos e estão sujeitos a mitigações, observando-se, para tanto, os princípios da proporcionalidade em sentido amplo e da concordância prática.

Em circunstâncias que exigem o embate, isto é, a colisão de princípios, grande valia se confere a argumentação suficientemente racional e persuasiva. A utilização de técnicas e arquétipos normativos são relevantes e cogentes, se deseja o intérprete garantir a legitimidade de sua postulação, porém, permanece no duelo um espaço de subjetividade, capaz de pender e fundamentar para qualquer dos polos da lide. Neste liame, onde o caso concreto, a norma e a técnica argumentativa se confundem, a habilidade postulatória poderá definir o resultado do julgamento.

Tanto o ordenamento jurídico alemão quanto o brasileiro tratam a intervenção estatal no direito à liberdade de consciência e crença como medida excepcional. É esta premissa basilar. Daí a relevância dos atores processuais estarem cientes do maior ônus argumentativo a ser imputado ao objetor da garantia cognitiva. Deste modo preserva-se a força normativa da Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República da Alemanha**,1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 04 abr. 2019.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Thompson.** Tradução de João Ferreira de Almeida, São Paulo, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomplicado.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 3ª Edição. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Paulinas, Loyola, Ave-Maria, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva.

LELLIS, Lélio Maximino. **Introdução a teoria do direito à liberdade religiosa.** Fundamentos Jurídicos da Liberdade Religiosa. Série juris et de jure. Engenheiro Coelho: UNASPRESS, p. 63 – 91.

LELLIS, Lélio Maximino. **O Direito à Liberdade Religiosa no Contexto da Educação.** Fundamentos Jurídicos da Liberdade Religiosa. Série juris et de jure. Engenheiro Coelho: UNASPRESS, p. 139 – 173.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas Sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung - KAS, 2018, vol. II.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais.** 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

TRF1. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI. 2009.01.00.010855-6**. Juiz Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. DA: 20/02/2009, TRF1 2009. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00092394820094010000>. Acesso em 04 abr. 2019.