

Habermas defende a tese de que, desde o início do desenvolvimento, há uma conexão conceitual entre direitos humanos e dignidade da pessoa humana, na medida em que os direitos humanos sempre foram o produto de resistência ao despotismo, à opressão e à humilhação. O apelo aos direitos humanos se alimenta da indignação do humilhado na violação da sua dignidade humana, de maneira que a dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições em que a dignidade é violada.¹⁹ Nessa esteira, a dignidade humana, que é “uma e a mesma coisa” em todos os lugares e para todas as pessoas, representa o fundamento da indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos, de maneira que, apenas em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada pessoa igualmente.²⁰

Assim, os direitos fundamentais, que são justamente a positivação dos direitos humanos em nível constitucional, constituem normas jurídicas intrinsecamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, as quais, por força de sua importância axiológica, fundamentam e legitimam o ordenamento jurídico como um todo.²¹ Dotados de conteúdo ético, os direitos fundamentais expressam valores básicos para uma vida digna em sociedade, bem como possuem conteúdo normativo, uma vez que são formalmente reconhecidos como merecedores de uma proteção normativa especial.²²

Sobre o tema, assim leciona Canotilho:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. [...] Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*. In: *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4. Oxford, July, 2010. p. 466.

²⁰ HABERMAS, 2010, p. 468-469.

²¹ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 17.

²² Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 15-17.

como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.²³

Há, portanto, mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo a dignidade o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais. Se por um lado os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida.²⁴

Sustenta-se que a dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tenha origem bíblica, fundada na máxima de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Após o iluminismo, a dignidade da pessoa humana migrou para a filosofia e passou a ter como fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Durante o século XX, ela se torna um objetivo político a ser perseguido pelo Estado e sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra para o mundo jurídico por força de uma cultura pós-positivista que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, bem como por força da inclusão da dignidade da pessoa humana em diversos documentos internacionais e Constituições democráticas.²⁵

Na medida em que a dignidade da pessoa humana se tornou uma categoria jurídica, ela precisa ser dotada de conteúdos mínimos, para que haja unidade e objetividade em sua interpretação e aplicação, impedindo que se torne uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas, devendo ser afastada de doutrinas abrangentes, totalizadoras, que expressem uma visão unitária do mundo, como as religiões ou as ideologias cerradas.²⁶ A ideia de dignidade humana não deve, portanto, ser utilizada para legitimar posições intolerantes e autoritárias, mas sim determinar seus conteúdos

²³ CANOTILHO, 2002, p. 225-226.

²⁴ Cf. NOVELINO, 2013, p. 365.

²⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2014. p. 4.

²⁶ Cf. BARROSO, 2010, p. 19-20.

mínimos optando, precipuamente, pela laicidade, de maneira que o seu foco não seja “uma visão judaica, cristã, muçulmana, hindu ou confucionista. Salvo, naturalmente, quanto aos pontos em que todas as grandes religiões compartilhem valores comuns”.²⁷

Demonstrada a interdependência entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, é preciso abordar as principais características dos direitos fundamentais, dentre as quais está a universalidade, a qual estabelece que em toda sociedade deve haver um núcleo mínimo de proteção à dignidade, o que não implica uniformidade, pois os aspectos culturais influenciam o conteúdo e a significação dos direitos fundamentais.²⁸ Outra importante característica é a historicidade, pois os direitos fundamentais surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico, ou seja, não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época, sendo que a consagração progressiva e sequencial dos direitos fundamentais nas constituições originou as chamadas gerações de direitos fundamentais.²⁹

Segundo a teoria das gerações dos direitos, há três gerações dos direitos: a primeira tem por alicerce a liberdade, compreendendo os direitos civis e políticos, inclusive a liberdade religiosa e a liberdade de manifestação do pensamento; a segunda se fundamenta na igualdade e corresponde aos direitos econômicos, sociais e culturais, tais como os direitos trabalhistas, alimentação, saúde, moradia, educação, aposentadoria e assistência social; a terceira encontra sustentáculo na fraternidade, abrangendo os direitos de solidariedade, dentre os quais se encontram o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento.³⁰

Hodiernamente, face ao avanço tecnológico e científico, os direitos fundamentais evoluíram para proteger novos bens jurídicos ligados a questões como genoma humano, combate ao terrorismo, tecnologia da informação, privacidade, propriedade intelectual, *Internet*, clonagem humana, pesquisas com células-tronco, dentre tantas outras questões atuais, fazendo com que se fale em novas gerações de direitos. Neste ponto é importante registrar que as gerações dos direitos surgem a partir de um processo de acumulação e não de sucessão, ou seja, uma não substitui a outra, mas sim complementa, razão pela qual a doutrina atual prefere

²⁷ BARROSO, 2010, p. 20.

²⁸ Cf. NOVELINO, p. 383.

²⁹ Cf. NOVELINO, p. 383-384.

³⁰ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 37-46.

utilizar o termo dimensões ao invés de gerações, devendo-se ressaltar que os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes, não havendo direitos fundamentais de segunda categoria ou hierarquia entre as suas dimensões.³¹

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais estão estatuídos no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 05 dias do mês de outubro de 1988, compreendendo as disposições dos artigos 5º ao 17.³² Tais direitos, consoante redação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, foram considerados cláusulas pétreas, de maneira que sequer será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais.³³ O direito fundamental à liberdade de crença foi enunciado nos incisos VI, VII e VIII do artigo 5º da carta magna, o que será objeto de estudo no tópico seguinte.

1.2 O direito à liberdade de crença na Constituição Federal de 1988

A Constituição, lei fundamental escrita que consolida direitos e princípios fundamentais para afastar uma possível tirania da maioria, é entendida como lei maior, o que a eleva à condição de parâmetro legal que invalida qualquer lei de nível inferior que não esteja de acordo com os seus preceitos.³⁴ Dotado de tamanha pujança, o constitucionalismo moderno constitui uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, por meio do qual se ergue “o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.³⁵

O cerne da ideologia liberal, de que resultaram as revoluções do final do século XVIII e início do século XIX, se encontra na ideia de liberdade de atuação do indivíduo perante o Estado, com a redução da esfera de atuação e ingerência estatal nos negócios privados a um mínimo absolutamente necessário.³⁶ Assim, a

³¹ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 50-54.

³² BRASIL, 2015, p. 2-11.

³³ BRASIL, 2015, p. 36.

³⁴ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 59-60.

³⁵ CANOTILHO, 2002, p. 51.

³⁶ Cf. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 121.

República exprime a ideia de respeito e garantia de efetivação de liberdades, mas não “qualquer liberdade extrajurídica como, por exemplo, a liberdade natural do liberalismo ou a liberdade nihilista do anarquismo”, mas sim a “obtenção de certas liberdades básicas” que consistem em uma articulação entre “liberdade-participação política” e “liberdade-defesa” perante o poder.³⁷

Ligado aos direitos de defesa perante o Estado, o direito de liberdade constitui a liberdade pessoal e assegura a liberdade física, de movimentos, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço. Por outro lado, as liberdades de expressão, de informação, de consciência, religião e culto, de criação cultural e de associação, caracterizam-se como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva que identificam-se com direitos a ações negativas, ou seja, direitos de defesa. Essa “*componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex.: ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)”.³⁸

Dworkin, após declinar ter em mente “a definição tradicional de liberdade como a ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer, caso desejasse”, trouxe à baila a lição de Berlin, extraída de um texto que, segundo Dworkin, é o mais famoso ensaio moderno sobre a liberdade:

No sentido em que utilizo o termo, a liberdade implica não simplesmente a ausência de frustração, mas também a ausência de obstáculos às escolhas e atividades possíveis – ausência de obstrução nos caminhos que um homem pode decidir trilhar.³⁹

O conceito de liberdade parece possuir um âmbito de aplicação quase ilimitado, pois quase tudo que é considerado bom ou desejável, sob determinado ponto de vista, é associado a tal conceito. No contexto das teorias jurídicas fundamentais, o primeiro plano é ocupado pelo conceito de liberdade jurídica, cujo conceito constitutivo é o conceito de permissão jurídica. A liberdade não é um objeto que alguém tem e nem integra uma relação de posse entre uma pessoa e um objeto,

³⁷ CANOTILHO, 2002, p. 226.

³⁸ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1245-1246.

³⁹ BERLIN, Isaiah, 1979, p. 118-172 apud DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 411.

mas sim uma qualidade que pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades, cujo cerne se encontra na ausência de obstáculos, restrições ou resistências.⁴⁰ Assim, consideradas as pessoas enquanto titulares de liberdades, a concepção de liberdade explicita uma relação triádica entre o titular da liberdade, o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade (a alternativa de ação):

A situação só é descrita de forma completa com o auxílio de enunciados que mencionem três coisas: a pessoa que não é livre; o obstáculo a que ela é submetida; e aquilo que esse obstáculo impede ou embaraça. Isso sugere que se conceba uma liberdade *específica* de uma pessoa como uma relação triádica, a *liberdade de uma pessoa* como a soma de suas liberdades específicas e a *liberdade de uma sociedade* como a soma das liberdades das pessoas que nela vivem. [...] A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.⁴¹

O conceito de liberdade jurídica se distingue entre liberdade jurídica protegida e liberdade jurídica não-protegida. A liberdade jurídica não-protegida consiste na permissão de realização de tudo aquilo que não é proibido ou abstenção de realização de tudo aquilo que não é obrigatório, ou seja, “do ponto de vista lógico, liberdades não-protegidas nada mais são que uma determinada combinação de negações do dever-ser”:

Não se toma, com isso, partido na disputa sobre se, em ordenamentos normativos, o conceito primário é a liberdade, a qual é restringida pelo dever-ser, ou se o conceito primário é o dever-ser, o qual cria a liberdade por meio de não-deveres e não-proibições. A neutralidade do conceito de liberdade não-protegida diante dessa questão pode ser percebida no fato de que para o conceito de liberdade negativa não faz diferença se as liberdades são concebidas como negação do dever-ser ou o dever-ser como negação das liberdades.⁴²

Noutra senda, a liberdade jurídica protegida pressupõe uma “proteção por meio de normas e direitos garantidores de liberdade”, cuja proteção constitucional se

⁴⁰ Cf. ALEXY, 2012, p. 218-219.

⁴¹ ALEXY, 2012, p. 220.

⁴² ALEXY, 2012, p. 229.

constitui por “um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida”.⁴³ Na maioria dos casos, quando se diz que alguém tem o direito de fazer alguma coisa, significa que não se deve interferir na realização de tal ação ou que é preciso apresentar razões especiais para justificar qualquer interferência.⁴⁴

No âmbito do Ordenamento Jurídico brasileiro, a Constituição Federal explicitou uma preocupação especial do constituinte para com a proteção da autonomia da vontade, objetivando assegurar ao indivíduo a faculdade de tomar decisões na sua esfera particular de acordo com suas convicções, interesses e preferências, desde que não interfira na liberdade alheia, podendo o cidadão determinar autonomamente o seu destino e fazer as escolhas que digam respeito à sua vida e ao seu desenvolvimento humano.⁴⁵ A liberdade constitucionalmente assegurada pelo art. 5º da Constituição da República deve ser entendida em sua acepção mais ampla, não compreendendo, apenas, a liberdade física, de locomoção, mas, também, a liberdade de crença, de convicções, de expressão, de reunião, de associação, dentre outras.⁴⁶

Dessa maneira, toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe em relação ao Estado e é protegida, no mínimo, por um direito, garantindo que o Estado não embarace o titular da liberdade de fazer aquilo para o que é constitucionalmente livre.⁴⁷ O Estado deve, portanto, tratar as pessoas sob o seu domínio como “agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito”, cabendo a cada um decidir os lugares que deseja frequentar, a religião em que acredita, as pessoas com as quais quer se reunir ou se associar, a profissão que deseja exercer, quais os livros que pretende ler e assim por diante. Disso “decorrem os diversos direitos de liberdade: de locomoção, de religião, de associação e reunião, de profissão, de expressão” etc. O valor da autonomia de escolha se mostra inestimável, na medida em que inúmeros direitos fundamentais decorrem diretamente desse princípio.⁴⁸

⁴³ ALEXY, 2012, p. 232-233.

⁴⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 289-290.

⁴⁵ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 101.

⁴⁶ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 121.

⁴⁷ Cf. ALEXY, 2012, p. 234.

⁴⁸ MARMELSTEIN, 2013, p. 104.

Nesse ponto, vale lembrar que “a quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à ‘verdadeira fé’”, por meio do que se postulava a “tolerância religiosa” e a proibição do Estado impor uma religião oficial. Segundo Canotilho, alguns autores, como Jellinek, enxergaram a luta pela liberdade de religião como a origem dos direitos fundamentais, opinião essa com a qual não concordava:

Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais.⁴⁹

É preciso esclarecer que não é a simples permissão para professar uma crença que cria uma liberdade jurídica, tanto quanto não a cria a simples permissão de não professar uma crença. “Uma liberdade jurídica de professar uma crença surge apenas quando – mas também sempre quando – é não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer”.⁵⁰ Nesse aspecto, os Estados Unidos foram os pioneiros ao estabelecer uma liberdade de religião fundada no respeito recíproco da liberdade de religião do outro:

O grandioso artigo nº 16 da *Bill of Rights*, proclamado na Virgínia, em 1776, constitui o primeiro documento de uma liberdade de religião garantida como um direito fundamental que os cidadãos de uma comunidade democrática se concedem *mutuamente* independentemente dos limites estabelecidos pelas diferentes comunidades de fé. [...] O direito fundamental da liberdade de consciência e de religião constitui a resposta política adequada aos desafios do pluralismo religioso. Isso permite desarmar, no contexto do trato social dos cidadãos, o potencial conflituoso que continua permeando, no nível cognitivo, as convicções existenciais de crentes, de não-crentes e de crentes de outras denominações.⁵¹

⁴⁹ CANOTILHO, 2002, p. 383.

⁵⁰ ALEXY, 2012, p. 227.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 133-134.

No âmbito constitucional brasileiro, o direito fundamental à liberdade de crença encontra guarida na Constituição da República⁵², conforme expressa disposição nos incisos VI, VII e VIII do artigo 5º, os quais estatuem que:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

No mesmo sentido, o artigo 143 da Constituição da República, após estabelecer como obrigatório o serviço militar, excepcionaliza a regra em seu § 1º ao prever que:

§ 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.⁵³

Tais dispositivos constitucionais estatuem o direito do indivíduo agir conforme suas crenças pessoais, lhe sendo assegurado o direito de crer e o de não crer, não podendo ser obrigado a praticar atos contrários à própria consciência, mas lhe sendo lícito reunir com outras pessoas que professam a mesma crença para formação de organizações religiosas, restando ao Estado o dever de não beneficiar ou prejudicar nenhuma religião, “devendo manter uma postura de tolerância e neutralidade com todas as tendências religiosas existentes, sem hostilidade ou proselitismo”.⁵⁴ A liberdade de crença religiosa “contempla não só a liberdade de

⁵² BRASIL, 2015, p. 2.

⁵³ BRASIL, 2015, p. 68.

⁵⁴ MARMELSTEIN, 2013, p. 107.

aderir a qualquer religião ou seita religiosa, mas também a de não aderir a religião alguma, por absoluta descrença, e o direito de ser ateu ou agnóstico”.⁵⁵

Conforme leciona Lenza:

Dentro de uma ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura o direito a todos de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-las, ou, ainda, de seguir qualquer corrente filosófica, ou de ser ateu e exprimir o agnosticismo, garantindo-se a liberdade de descrença ou a mudança da escolha já feita. Portanto, não podemos discriminar ou reprimir. O preconceito deve ser afastado, a sociedade tem que conviver e harmonizar com as escolhas antagônicas sem que o radicalismo egoísta suplante a liberdade constitucionalmente assegurada.⁵⁶

Para que seja efetivo o reconhecimento da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, o Estado deve conferir ao indivíduo a faculdade de agir conforme suas próprias convicções, não interferindo no âmbito de proteção desses direitos e assegurando os meios para que sejam realizados na maior medida possível. Por tais motivos a Constituição da República não só “proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, como também “assegura ao indivíduo a possibilidade de se recusar a agir contrariamente a tais crenças e convicções”.⁵⁷

Nesse sentido é o magistério de Moraes:

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual. [...] Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.⁵⁸

⁵⁵ PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 136.

⁵⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 987.

⁵⁷ NOVELINO, 2013, p. 506.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. rev. e atual. até a EC nº 68/11 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46-47.

Mesmo no caso do serviço militar, que se trata de obrigação legal imposta a todos, exceto para mulheres e eclesiásticos, a Constituição da República possibilita a atribuição de serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência, em tempo de paz, para se eximirem das atividades essencialmente militares. Em tempo de guerra, contudo, tal imperativo de consciência não poderá ser invocado, constituindo o serviço militar uma restrição constitucional à liberdade de consciência e de crença.⁵⁹

Dworkin afirma que tanto os conservadores, que desaprovam qualquer ato de desobediência civil, quanto os liberais, que desaprovam os processos em certos casos de desobediência, oferecem a “mesma resposta à questão de princípio que supostamente os divide”, ao assumirem uma posição de que “as pessoas têm o dever de obedecer à lei, mas têm também o direito de seguir sua consciência sempre que esta entrar em conflito com tal dever”.⁶⁰

A resposta que ambas as partes oferecem é a seguinte. Em uma democracia, ou pelo menos em uma democracia que em princípio respeita os direitos individuais, todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer a todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem esse dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que não gostam. Mas este dever geral não pode ser um dever absoluto, porque mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado. Um homem deve honrar seus deveres para com Deus e sua consciência, e se estes entram em conflito com seu dever para com o Estado, compete a ele, em última análise, fazer o que julga ser correto. Contudo, se decidir que deve violar a lei, deve então submeter-se ao julgamento e à punição que o Estado impõe, em reconhecimento ao fato de que seu dever para com seus concidadãos foi suplantado, mas não eliminado, por suas obrigações morais ou religiosas.⁶¹

Contudo, este posicionamento não se sustenta em diversos casos em que o Estado processa aqueles que desrespeitam as leis para que eles e outros sejam desencorajados a fazer o que fizeram. Mesmo os liberais americanos são contrários “a que se permita que os funcionários das escolas racistas retardem a dessegregação, mesmo reconhecendo que estes funcionários pensam ter o direito

⁵⁹ Cf. NOVELINO, 2013, p. 507.

⁶⁰ DWORKIN, 2011, p. 286-288.

⁶¹ DWORKIN, 2011, p. 287.

moral de fazer o que a lei proíbe”, afirmando que as leis de dessegregação devem ser aplicadas por que são justas e não para encorajar o respeito geral pela lei. De toda forma, tal posicionamento gera um paradoxo que leva ao questionamento sobre a justiça de se processar alguém por fazer algo que sua consciência lhe exige, quando a ele é reconhecido o direito de seguir sua consciência.⁶²

Assim, a desobediência civil constitui-se em um ato público, sem violência, consciente e político, que contraria a lei com o objetivo de alterá-la ou de provocar alguma alteração em programas do governo. É ela um direito de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, publicamente e sem violência, protestar contra uma grave injustiça, uma lei, uma política, desde que seja realizada de forma adequada e proporcional, tornando-a plenamente justificada.⁶³

A lei do recrutamento militar americano, por exemplo, oferecia dispensa aos opositores por razões de consciência, a qual foi interpretada restritivamente apenas àqueles se opunham às guerras por razões religiosas, deixando de fora os indivíduos que por princípios próprios e razões morais não baseadas na religião alegassem um direito moral de não matar. Para Dworkin, a oposição ao serviço militar por razões religiosas tem o mesmo peso da oposição baseada em crenças seculares, em uma moral não baseada na religião.⁶⁴

1.3 Os limites ao direito à liberdade de crença

Os direitos fundamentais são sempre “**direitos prima facie** e não direitos definitivos”, cuja efetivação subjetiva dependerá da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas. O domínio normativo de um direito é, em primeiro lugar, “um domínio *potencial*”, só se tornando um domínio atual depois da averiguação das condições concretamente existentes.⁶⁵

Há, pelo menos, três tipos de restrições de direitos: o primeiro tipo de restrição se constitui dos “limites ou restrições constitucionais imediatos”, positivados pela própria constituição por meio de suas normas garantidoras de direitos, tais

⁶² DWORKIN, 2011, p. 288.

⁶³ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 327.

⁶⁴ Cf. DWORKIN, 2011, p. 307-308.

⁶⁵ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1257.

como a exigência de que o direito de reunião seja exercido de forma pacífica e sem armas; o segundo são os “limites ou restrições estabelecidos por lei” nas hipóteses em que a própria constituição admite a possibilidade de restrições por força de lei, tais como a possibilidade de violação de comunicações telefônicas em processos criminais, mediante regulamentação legal ordinária; por fim, os “limites imanentes ou implícitos” ou “limites constitucionais não escritos”, para fins de salvaguardar outros direitos ou bens, tais como a limitação do direito de greve para garantia de serviços mínimos em hospitais ou de segurança pública⁶⁶:

Numa palavra: os *chamados* “limites imanentes” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie*, no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida –, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a “greve total” que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida. Do mesmo modo, o pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie*, o direito de criação artística, mas, *a posteriori*, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor e a acabar noutros direitos como o exercício da actividade profissional dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à “existência” dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo.⁶⁷

Nesse mesmo sentido, Dworkin ensina que “o direito à liberdade não é o único direito político e que, portanto, as exigências da liberdade devem ser limitadas, por exemplo, por restrições que protejam a segurança ou a propriedade dos outros”.⁶⁸ Quando um homem é impedido de fazer amor ou de falar como deseja, sua liberdade diminui, assim como diminui quando é impedido de cometer um crime de homicídio ou contra a honra de terceiros. Contudo, as duas últimas restrições são justificadas por serem necessárias à protecção da liberdade ou segurança das outras pessoas, o que evidencia uma colisão entre liberdade e igualdade, onde “as leis são

⁶⁶ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1260-1261.

⁶⁷ CANOTILHO, 2002, p. 1266.

⁶⁸ DWORKIN, 2011, p. 409.

necessárias para proteger a igualdade e, inevitavelmente, envolvem limitações da liberdade”.⁶⁹

Ao afirmar que o Estado pode ter justificativas para desconsiderar ou limitar direitos, Dworkin apresenta como o fundamento mais importante “o que invoca a noção de direitos concorrentes que seriam ameaçados caso o direito em questão não fosse limitado”. Dessa maneira, assistirá razão ao governo quando restringir um direito se o fizer, com plausibilidade, em prol da preservação de um direito mais importante, não podendo ter por fundamento o simples apelo ao benefício em geral:

É dessa maneira que os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram frequentemente em conflito, e, quando isso acontece, compete ao governo distingui-los. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito; isso aconteceria caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos é o mais importante. [...] A existência dos direitos contra o governo seria colocada em risco se o governo fosse capaz de colocar em segundo plano tal direito, ao apelar para o direito de uma maioria democrática de fazer valer sua vontade. Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso. Mas se afirmamos que a sociedade tem o direito de fazer o que quer que seja para o benefício geral, ou ainda o direito de preservar qualquer tipo de ambiente no qual a maioria aspire viver – e se com tais afirmações queremos dizer que esses são os tipos de direitos que justificam a desconsideração de quaisquer direitos contra o governo que possam vir a gerar conflitos – então teremos aniquilado esses últimos direitos. Para preservá-los, precisamos reconhecer como direitos concorrentes apenas aqueles pertencentes a outros membros da sociedade, tomados enquanto indivíduos. Precisamos diferenciar entre os “direitos” da maioria enquanto tal, que não podem valer como justificativa para invalidar os direitos individuais, e os direitos pessoais de uma maioria, que podem ser levados em conta.⁷⁰

É fato que toda lei é uma violação da liberdade, contudo a vedação constitucional protege apenas contra as violações mais graves e fundamentais. O Estado não pode impor uma restrição à liberdade que seja suficientemente grave ou severa, apenas porque ela atenderia ao interesse geral, tal como limitar a liberdade de expressão ao argumento de que contribuiria para o aumento do bem-estar geral.

⁶⁹ Cf. DWORKIN, 2011, p. 412.

⁷⁰ DWORKIN, 2011, p. 297-298.

O direito geral à liberdade enquanto tal existe, porém desde que se limite a liberdades importantes e graves.⁷¹

Entretanto, não existe direito absoluto, ou seja, um direito que seja sempre obrigatório em quaisquer situações e perante quaisquer consequências. Os direitos fundamentais não são absolutos e nem ilimitados, encontrando limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, assim “como têm limites externos, decorrentes da necessidade de conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações”.⁷² As restrições aos direitos fundamentais se inserem numa tríplice função:

a) *função adequadora*, em que a restrição de um deles serve para possibilitar que outros direitos se exerçam sem sobreposições, tendo a maior eficácia possível; b) *função dirimente*, que tem lugar no contexto específico da colisão de direitos fundamentais, caracterizada pelo exercício conflitante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos, servindo a restrição de alguns deles para evitar a repetição desses conflitos no futuro, sem a necessidade de recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais; c) *função comunitária*, que se liga à conjugação entre os direitos fundamentais e os bens ou interesses coletivos mercedores de tutela, sendo a restrição instrumento de garantia desses bens, interesses e valores comunitários que importa preservar.⁷³

Portanto, assim como os demais direitos, o direito à liberdade de crença não é ilimitado, uma vez que encontrará seus limites sempre que se chocar com outros valores constitucionais mais importantes, uma vez que o exercício de qualquer direito deve sempre observar a ideia de respeito ao outro. Não é possível sustentar, por exemplo, que o direito de liberdade de religião autorizaria o sacrifício de vidas humanas. Em uma situação como esta, o direito à vida seria considerado mais importante do que o direito de crença.⁷⁴ Resta claro, portanto, que o direito fundamental à liberdade de crença, de culto e suas manifestações e prática de ritos não é absoluto, pois “um direito fundamental vai até onde começa o outro e, diante

⁷¹ Cf. DWORKIN, 2011, p. 415.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 621.

⁷³ CARVALHO FILHO, 2011, p. 621.

⁷⁴ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 111-112.

de eventual colisão, fazendo-se uma ponderação de interesses, um deverá prevalecer em face do outro, se não for possível harmonizá-los”.⁷⁵

Exemplo de limitação constitucional ao direito à liberdade de consciência e de crença se encontra no serviço militar. Conforme mencionado no item anterior, o serviço militar, obrigação legal imposta a todos, com exceção de mulheres e eclesiásticos, tem na Constituição da República a possibilidade de atribuição de serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência, em tempo de paz, para se eximirem das atividades essencialmente militares. Contudo, em tempo de guerra, tal imperativo de consciência não pode ser invocado, constituindo o serviço militar uma restrição constitucional à liberdade de consciência e de crença.⁷⁶

Outra situação que exige a busca dos limites do direito à liberdade de crença religiosa no Brasil é a questão da recusa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová. Por força de interpretação da Bíblia, as Testemunhas de Jeová “consideram o sangue como ‘algo especial’, cuja aceitação”, mesmo “de componentes primários – glóbulos brancos e vermelhos, plaquetas e plasma -, violaria as leis de Deus”. Havendo necessidade de transfusão de sangue em uma pessoa que professe tal religião, é necessário perquirir se há uma forma alternativa de tratamento apta a ser aplicada, situação em que deve ser respeitado o direito de escolha do paciente.⁷⁷ Contudo, não havendo alternativa viável à salvaguarda da vida, além da transfusão de sangue, e estando o paciente inconsciente ou sendo ele incapaz, no conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, o primeiro precede o segundo e deve prevalecer:

Caso o paciente seja *absolutamente capaz* e esteja *consciente* no momento de manifestar a sua decisão, entendemos que não poderia ser imposto um determinado tipo de tratamento, devendo o médico respeitar a *autonomia da vontade*, núcleo da dignidade da pessoa humana, e a *liberdade religiosa*, sem a imposição externa de conduta imperativa. [...] Em se tratando de *paciente inconsciente* ou *incapaz*, a manifestação de vontade não poderia ser suprida ou substituída pela dos pais, familiares ou responsáveis. Caso haja iminente perigo de morte, a transfusão deverá ser feita, sob pena de responsabilização tanto dos médicos, quanto dos familiares ou responsáveis. [...] Caso não exista outra terapia alternativa, ainda que a transfusão de sangue tenha sido feita contra a vontade do paciente, de seus

⁷⁵ LENZA, 2012, p. 983.

⁷⁶ Cf. NOVELINO, 2013, p. 507.

⁷⁷ NOVELINO, 2013, p. 508.

familiares ou responsáveis, o médico não poderá ser responsabilizado, por ter pautado sua conduta em normas legais.⁷⁸

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.021/80, concluiu que:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.⁷⁹

Tal conclusão, além de estar supedaneada no direito fundamental à vida, encontra respaldo no Código de Ética Médica e no Código Penal. Segundo o Código de Ética Médica, em seu artigo 22, que integra o capítulo dos Direitos Humanos, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. O mesmo diploma ético, em seu artigo 31, integrante do capítulo que trata da relação do médico com pacientes e familiares, estabelece que é vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.⁸⁰

Por sua vez, o Código Penal, após tipificar a infração penal do constrangimento ilegal, conforme disposto no artigo 146, expressamente disciplina que não se compreendem na disposição do artigo “a intervenção médica ou

⁷⁸ NOVELINO, 2013, p. 509.

⁷⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980. In: *CFM*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014. p. 2.

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica. In: *CFM*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 26 jul. 2014.

cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.⁸¹

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça determinou o prosseguimento de ação penal contra médico adepto da religião Testemunhas de Jeová que convenceu os pais de uma menor, portadora de anemia rara, a não fazer transfusão de sangue, tendo a menor vindo a óbito. A continuidade da ação penal contra o médico denunciado pela prática do crime de homicídio ocorreu por força do entendimento de que ele deveria pautar-se conforme as leis do Brasil.⁸²

Portanto, não há dúvida a respeito da limitabilidade do direito de crença religiosa. Conforme se verá nos capítulos seguintes, os limites constitucionais ao direito de crença religiosa são impostos pelos princípios da legalidade e da igualdade e delimitados pela lei de colisão, teoria do sopesamento ou ponderação propriamente dita e máxima da proporcionalidade.

1.4 Estado laico brasileiro

O Estado democrático de direito teve sua autocompreensão formada a partir de uma tradição filosófica fundada na razão humana comum, em argumentos públicos acessíveis a todas as pessoas da mesma maneira, constituindo a base epistêmica capaz de justificar o poder do Estado secular, independentemente de legitimações religiosas, o que permitiu pensar a separação entre Igreja e Estado ao nível institucional. Com isso, o Estado constitucional tornou o exercício do poder independente de qualquer tipo de cosmovisão, bem como possibilitou a autodeterminação democrática dos cidadãos sem distinção de direitos.⁸³ O exercício do poder político foi transposto para uma base não religiosa, fazendo com que a constituição democrática assumisse a função de legitimação do poder do Estado.⁸⁴

⁸¹ BRASIL. Código penal brasileiro. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1941. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015. p. 31.

⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7785/SP da Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 5 nov. 1998. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=testemunha+e+Jeov%E1+e=m%E9dico&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 10 jun. 2015. p. 1.

⁸³ Cf. HABERMAS, 2007, p. 135.

⁸⁴ Cf. HABERMAS, 2007, p. 136.

O exercício do poder se tornou neutro do ponto de vista das visões de mundo, e todos precisam saber que “além do limiar institucional que separa a esfera pública informal dos parlamentos, dos tribunais, dos ministérios e das administrações, só contam argumentos seculares”.⁸⁵ Assim, no Estado neutro do ponto de vista das visões de mundo, as decisões políticas serão legitimamente válidas se foram justificáveis “à luz de argumentos acessíveis em geral, isto é, que são imparciais tanto para cidadãos religiosos como para não-religiosos, como também para cidadãos de orientações de fé distintas”:

Somente o exercício de um poder secular estruturado num Estado de direito, neutro do ponto de vista das imagens de mundo, está preparado para garantir a convivência tolerante, e com igualdade de direitos, de comunidades de fé diferentes que, na substância de suas doutrinas e visões de mundo continuam irreconciliáveis. [...] O princípio da separação entre Igreja e Estado obriga os políticos e funcionários no interior das instituições estatais a formular e a justificar as leis, as decisões judiciais, as ordens e medidas em uma linguagem acessível a todos os cidadãos. [...] O princípio da separação entre Igreja e Estado exige das instituições estatais rigor extremo no trato com as comunidades religiosas; parlamentos e tribunais, governo e administração ferem o mandamento de neutralidade a ser mantida quanto a visões de mundo quando privilegiam um dos lados em detrimento de um outro.⁸⁶

Canotilho, citando John Rawls, ensina que a ideia de que a República reconhece a dignidade da pessoa humana como seu núcleo essencial significa o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos, o que o republicanismo clássico exprimia por meio dos “princípios da não identificação e da neutralidade”. A República somente será concebida como “ordem livre” quando não se identificar com nenhuma tese, dogma, religião ou verdade de compreensão do mundo e da vida, pois o “republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente”.⁸⁷

A laicidade estatal pressupõe a separação entre Igreja e Estado de forma que o Estado esteja protegido da influência das religiões, inclusive a majoritária, com separação entre a autoridade secular e a religiosa, bem como “exige uma postura estatal neutra e independente em relação a todas as concepções religiosas,

⁸⁵ HABERMAS, 2007, p. 147.

⁸⁶ HABERMAS, 2007, p. 9, 138-140.

⁸⁷ CANOTILHO, 2002, p. 225-226.

respeitando-se o pluralismo existente na sociedade”.⁸⁸ No entanto, a questão da laicidade estatal não é simples, pois cada país que se diz laico desenvolveu um modelo próprio de laicidade, de maneira que, “como em uma aquarela, a laicidade conhece variações de tom, do mais expressivo ao mais opaco, do mais vigoroso ao mais plácido”.⁸⁹

A maioria das democracias ocidentais contemporâneas adota a laicidade estatal como um princípio que opera em duas direções. De um lado, a laicidade assegura que as diversas confissões religiosas estarão imunes às intervenções abusivas do Estado em suas questões internas, tais como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros etc. Por outro lado, a laicidade protege o Estado de influências indevidas oriundas da seara religiosa, “impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária”. Isso não quer dizer, no entanto, que a laicidade significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta ou refratária à religiosidade, mas sim impõe ao Estado o dever de ser neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, não podendo tomar partido em questões de fé, muito menos favorecer ou embaraçar qualquer crença.⁹⁰ Contudo, para que haja uma “garantia simétrica da liberdade de religião”, além de um Estado secularizado, é preciso estabelecer os limites entre o direito positivo ao exercício da religião e a liberdade negativa, segundo a qual, ninguém é obrigado a seguir a religião do outro. É preciso, ainda, “definir aquilo que ainda pode ser tolerado e aquilo que não pode mais ser tolerado”, a partir de “argumentos convincentes e aceitáveis, de modo igual, por todas as partes”.⁹¹

No Brasil imperial, a Constituição de 1824 estabeleceu que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião oficial do Império, enquanto todas as outras religiões, embora permitidas, deveriam ter culto doméstico ou

⁸⁸ NOVELINO, 2013, p. 511.

⁸⁹ GALLEGO, Roberto de Almeida. *O sagrado na esfera pública: religião, direito e Estado laico*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2010. p. 176-177.

⁹⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: *Revista Eletrônica PRPE*. Maio de 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014. p. 3.

⁹¹ HABERMAS, 2007, p. 136.

particular, em casas para isso destinadas e sem forma alguma exterior de Templo.⁹² Com a edição do Decreto nº 119-A⁹³, de 7 de janeiro de 1890, e o advento da Constituição da República⁹⁴, de 24 de fevereiro de 1891, o Brasil deixou de adotar uma religião específica, tendo sido proibido ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.

Portanto, desde 1890, o Brasil se tornou um país laico ao não adotar nenhuma religião oficial e ao estabelecer a tolerância à diversidade religiosa.⁹⁵ Assim, “desde o advento da República (Decreto n. 119-A, de 07.01.1890), existe separação entre Estado e Igreja, sendo o Brasil um país leigo, laico ou não confessional”.⁹⁶ Na mesma esteira, o inciso I do artigo 19 da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, estabelece que:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.⁹⁷

Contudo, a questão da separação entre Estado e a Igreja no Brasil ainda não foi totalmente resolvida. A própria Constituição da República criou exceções à laicidade estatal ao estabelecer o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental, ao reconhecer o efeito civil dos casamentos religiosos, ao isentar os eclesiásticos do serviço militar obrigatório, ao garantir o direito à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, bem como ao invocar a proteção de Deus em seu preâmbulo.⁹⁸

⁹² BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil: outorgada em 25 de março de 1824. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014. p. 1.

⁹³ BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 05 jan. 2015. p. 1.

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 15 dez. 2014. p. 3.

⁹⁵ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 108.

⁹⁶ LENZA, 2012, p. 983.

⁹⁷ BRASIL, 2015, p. 12.

⁹⁸ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 109.

Antes disso, ainda durante a Assembleia Nacional Constituinte, por meio da aprovação da Emenda nº 681 que deu origem ao art. 46 do Regimento Interno da aludida assembleia, restou determinado que “a Bíblia Sagrada deverá ficar, sobre a mesa da Assembleia Nacional Constituinte, à disposição de quem dela quisesse fazer uso”. O acatamento da proposta feita pela bancada evangélica se deu após o relator ter sido chamado à atenção para o fato de que havia um crucifixo no recinto. Além disso, em diversos momentos durante os trabalhos da constituinte, trechos de textos bíblicos foram citados ou lidos, bem como a Bíblia foi apontada e lembrada em inúmeras falas.⁹⁹

Há, ainda, inúmeras práticas estatais a demonstrar a influência religiosa nos assuntos do Estado, tais como a colocação de crucifixos em prédios públicos, os feriados religiosos, a construção de capelas em órgãos públicos, a inclusão de louvores divinos nas cédulas de dinheiro, a homenagem à memória de santos em nomes de ruas, praças¹⁰⁰, municípios e estados.

Portanto, em que pese o fato do rompimento da aliança oficial entre a Igreja Católica e o Estado brasileiro ter ocorrido há mais de um século, os laços entre eles continuam visíveis. As instituições públicas, tais como os tribunais, por exemplo, continuam a ostentar símbolos religiosos católicos em espaços e ambientes de uso de pessoas crentes e descrentes em Deus, crentes em uma “verdade religiosa” ou em outra.¹⁰¹

O Conselho Nacional de Justiça se manifestou sobre o uso de símbolos religiosos nas dependências do Poder Judiciário durante o julgamento dos Pedidos de Providências nº 1.344, 1345, 1346 e 1362, que solicitavam a retirada de crucifixos expostos em órgãos do Poder Judiciário. A decisão do plenário, no dia 29 de maio de 2007, foi no sentido de que o uso de símbolos religiosos em órgãos da Justiça não fere o princípio da laicidade do Estado, bem como que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e não interfeririam na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário. O relator, contudo, apresentou voto divergente a favor da retirada dos símbolos das dependências do Poder Judiciário sob o argumento de

⁹⁹ Cf. PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e religião: a constituinte de 1987 / 1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 19-40.

¹⁰⁰ Cf. MARMELESTEIN, 2013, p. 109-110.

¹⁰¹ Cf. SOUZA, 2009, p. 285-287.

que as demonstrações pessoais como o uso de símbolos religiosos cabem no âmbito privado, não no público.¹⁰²

Em sentido oposto à decisão do Conselho Nacional de Justiça, no dia 6 de março de 2012, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão unânime, decidiu pela retirada de crucifixos e outros símbolos religiosos dos prédios da Justiça estadual gaúcha com o argumento de que “resguardar o espaço público do Judiciário para o uso somente de símbolos oficiais do estado é o único caminho que responde aos princípios constitucionais republicanos de um estado laico”, razão pela qual deve ser vedada a manutenção dos crucifixos e outros símbolos religiosos nos ambientes de uso comum dos prédios.¹⁰³

O Tribunal Constitucional Federal alemão enfrentou questão semelhante – crucifixos em escolas públicas – e teve decisão diversa daquela manifestada pelo plenário – maioria – do Conselho Nacional de Justiça. No caso enfrentado pelo Tribunal Alemão, a ação foi ajuizada por um grupo de mórmons da região da Baviera que estavam inconformados em terem que aprender “sob o pálio da cruz”, razão pela qual pleitearam a retirada dos crucifixos das escolas públicas. Mesmo se tratando de uma região onde a grande maioria da população era católica, “ao analisar a colisão entre a *liberdade religiosa de caráter negativo dos não cristãos* e a *liberdade de manifestação religiosa dos cristãos no âmbito das instituições estatais*”, o Tribunal Constitucional Federal alemão determinou a retirada dos crucifixos das escolas públicas, utilizando como um de seus fundamentos a neutralidade religiosa do Estado alemão.¹⁰⁴

Nessa esteira, a Constituição Federal, ao reafirmar a laicidade do Estado brasileiro, assegurou a liberdade religiosa a todos os cidadãos, bem como vedou às instituições públicas a possibilidade de professarem uma fé ou de estimularem o povo a fazê-lo, razão pela qual não cabe, no ambiente do Poder Judiciário, que deve prezar pela imparcialidade de seus julgamentos, a ostentação de nenhuma preferência religiosa, sob pena de macular a igualdade de direitos decorrente da

¹⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedidos de Providências nº 1.344, 1345, 1346 e 1362. In: CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/Infojuris/2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=45629&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

¹⁰³ NOVELINO, 2013, p. 512.

¹⁰⁴ Cf. ALEXY, 1998, p. 3 apud NOVELINO, 2013, p. 512.

liberdade religiosa.¹⁰⁵ Assim, “os crucifixos, como quaisquer outros símbolos religiosos, não podem ser mantidos em espaços eminentemente públicos do Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da laicidade do Estado”.¹⁰⁶

Em um Estado laico, as cerimônias oficiais, declarações políticas, celebrações e compromissos patrióticos devem ser isentos de referências ou insinuações religiosas ou antirreligiosas. A mesma postura deve ser adotada em relação aos símbolos religiosos, os quais, embora não sejam ilegais, não devem ser instalados ou mantidos em qualquer propriedade pública, sendo que a colocação de símbolos religiosos em locais públicos deve ser vista como “uma intervenção violadora na liberdade religiosa, por ser incompatível com o dever de neutralidade do Estado”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cf. SOUZA, 2009, p. 285-287.

¹⁰⁶ SARMENTO, 2007, p. 1.

¹⁰⁷ Cf. DWORKIN, 2006 apud NOVELINO, 2013, p. 512-513.

2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE

2.1 Conceito de princípio

O termo princípio é utilizado por vários campos do saber, tais como a Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física e Direito, que se servem dele, muitas vezes, para estruturarem “um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e especulação a cada uma dessas áreas do saber”:

Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.¹⁰⁸

Diversos conceitos de princípios podem ser encontrados na doutrina, tais como um conceito derivado da linguagem da geometria que concebe os princípios como as “verdades primeiras”, que estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve “*more geométrico*”. Outro conceito diz que os princípios “são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. Há também o conceito de que princípios são orientações e diretivas “de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas”, que concorrem para formar o tecido do ordenamento jurídico em um dado momento histórico.¹⁰⁹ Contudo, os conceitos acima possuem um defeito consistente na omissão “daquele

¹⁰⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52-53.

¹⁰⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 264-266.

traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade”.¹¹⁰

Embora se trate de uma palavra equívoca que, como visto, aparece com sentidos diversos, a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema¹¹¹, “verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo, de forma a lhe dar sentido harmônico.¹¹² Princípios são, portanto, mandamentos de otimização que se irradiam para todo o sistema, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹¹³

Conforme precisa lição de Canotilho:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.¹¹⁴

Os princípios constitucionais se dividem em princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais são as normas-princípio, que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, exibindo as decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, os quais constituem a matéria dos arts. 1º ao 4º do Título I da Constituição. Os princípios jurídico-constitucionais são aqueles informadores da ordem jurídica nacional, que decorrem de certas normas constitucionais e, geralmente, são desdobramentos dos fundamentais, tais como o princípio da supremacia da constituição e o consequente

¹¹⁰ BONAVIDES, 2012, p. 266.

¹¹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

¹¹³ Cf. ALEXY, 2012, p. 90.

¹¹⁴ CANOTILHO, 2002, p. 1241.

princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos.¹¹⁵

Nesse ponto, torna-se relevante fazer uma importante distinção entre os termos princípio e política. Política constitui um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria econômica, política ou social para o Estado, enquanto princípio constitui um padrão que deve ser observado por ser uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹¹⁶ Finalisticamente, os argumentos de princípio destinam-se a estabelecer um direito individual, já os argumentos de política visam estabelecer um objetivo coletivo. Ainda, é possível dizer que os princípios são proposições que descrevem direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos.¹¹⁷

Na essência, os princípios jurídicos são fundamentais porque são ponto de partida de interpretação e elaboração de todo o ordenamento jurídico.¹¹⁸ Assim, na análise jurídica, para a construção de um trabalho científico, “a preparação dos elementos para a construção e os resultados da mesma devem responder a certos princípios que não podem ser vulnerados, sob pena de inutilizar as proposições a que se cheguem ao término da investigação”.¹¹⁹ Tudo isso deve-se ao fato de que os princípios possuem uma função normogênica e uma função sistêmica, na medida em que são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.¹²⁰

Contudo, o caráter normativo dos princípios não era amplamente reconhecido até meados do século XX, época em que os princípios eram entendidos como “meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos”. Na Itália pós-fascismo, onde o Tribunal Constitucional exercia com exclusividade o controle de constitucionalidade, a aplicação dos princípios consagrados pela Constituição de 1947 era negada sob o argumento de que não passavam de “meras diretrizes políticas, sem efeitos jurídicos”.¹²¹ A partir da

¹¹⁵ Cf. SILVA, 2012, p. 93.

¹¹⁶ DWORKIN, 2011, p. 36.

¹¹⁷ Cf. DWORKIN, 2011, p. 141.

¹¹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 191.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 173.

¹²⁰ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1149.

¹²¹ Cf. NOVELINO, 2013, p. 118.

inserção dos princípios gerais de direito nos textos constitucionais, houve uma perda da alegada indeterminação que era invocada para lhes retirar o caráter normativo de cláusulas operacionais, operando-se uma “revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo”. Os princípios passaram dos Códigos, onde exerciam a função de fontes supletivas, para as Constituições, onde se converteram em fundamento de todo o ordenamento jurídico, tornando-se as “normas supremas” ou “normas das normas”, que servem de pauta e critério para a avaliação de todos os conteúdos normativos, guiando e fundamentando todas as demais normas instituídas.¹²²

Pode-se, pois, afirmar que o direito constitucional é direito positivo, uma vez que a Constituição tem força normativa e as regras e princípios constitucionais valem como lei. Houve uma ruptura em relação à doutrina clássica, podendo-se falar “da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas, que eram vistas como ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’”, ou seja, disposições não vinculantes juridicamente. Restou, assim, ultrapassada a oposição antes estabelecida entre norma jurídica atual e norma programática, de forma que todas as normas são atuais e possuem força normativa independente, não havendo que se falar em simples declarações constitucionais às quais não se dê valor normativo, sendo que “só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor”.¹²³ Nesse sentido:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.¹²⁴

Importante lembrar que a Constituição da República foi promulgada com 315 artigos, dos quais 245 estão na parte permanente e 70 no ato das disposições

¹²² Cf. BONAVIDES, 2012, p. 268-303.

¹²³ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1162.

¹²⁴ BONAVIDES, 2012, p. 296.

transitórias, sendo que tamanha extensão normativa poderia contribuir para o agravamento de conflitos ou tensões normativas. Contudo, a presença dos princípios fundamentais no texto constitucional exerce a função de harmonizar e dar coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional. A função ordenadora dos princípios constitucionais mostra-se indispensável, tanto para harmonizar e unificar o sistema constitucional, quanto para revelar a “nova ideia de Direito (noção do justo no plano de vida e no plano político), por expressarem o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais”. Mas a função axiológica dos princípios, também, é de grande relevância, na medida em que eles expressam os valores fundamentais adotados pela sociedade política e informam materialmente as demais normas, determinando a substância e o limite do ato que os executam, sendo indicativos de um valor, uma direção, um fim.¹²⁵ Nessa esteira:

[...] antes de aflorar a função normogenética (que surge da necessidade de densificação dos princípios constitucionais), e ainda ligados à sua função axiológica, têm os princípios *função fundamentadora*, por ocuparem a mais elevada posição hierárquica no sistema de fontes do direito, e serem o fundamento de toda a ordem jurídica.¹²⁶

Outra função extremamente relevante é a função hermenêutica dos princípios que permite aos juízes extrair a essência de uma determinada disposição legal, servindo de limite contra a arbitrariedade e de restrição à discricionariedade judicial, dirimindo dúvidas interpretativas e esclarecendo o sentido de determinada disposição de norma. Os princípios possuem, neste campo, uma singularidade, na medida em que servem de guia para a sua própria aplicação. Nos casos difíceis e duvidosos, os princípios são de referência obrigatória para que, racionalmente, sejam invocados os valores amparados, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico, além preencherem as lacunas deixadas pelas normas constitucionais, face à abertura dos textos contemporâneos.¹²⁷

¹²⁵ Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*; Direito constitucional positivo. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 555.

¹²⁶ CARVALHO, 2011, p. 555.

¹²⁷ Cf. CARVALHO, 2011, p. 556-557.

Portanto, fica claro que o princípio não se limita a auxiliar a interpretação de normas ou suprir lacunas. Suas funções vão além. Os princípios também são fontes materiais de normas jurídicas; interligam tais normas para dar harmonia ao sistema; servem de limite a atuações do Estado, ao exercício abusivo de direitos e a criação de normas com eles incompatíveis; além de possuírem aplicação imediata aos casos concretos que regulam.

Noutra senda, vale lembrar a lição de Alexy ao sustentar que é tarefa da ciência dos direitos fundamentais dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos, com o que a sua teoria dos direitos fundamentais procura colaborar, tendo por supedâneo a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas fundamentais. E mais. Segundo o autor, “uma adequada dogmática dos direitos fundamentais não é possível sem uma teoria dos princípios”.¹²⁸

2.2 Distinção entre princípios e regras

O ponto fulcral da teoria dos direitos fundamentais está na distinção entre regras e princípios, sem a qual não se torna viável uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais ou uma doutrina satisfatória sobre colisões ou, ainda, uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.¹²⁹ Tal distinção, muitas vezes vacilante, labora em equívoco por contrapor norma e princípio ou norma e máxima. O equívoco reside no fato de que regras e princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, razão pela qual a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.¹³⁰

A questão da dualidade ou do confronto entre princípio e norma restou anacrônica, pois, de acordo com o novo discurso metodológico, a norma foi conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies são o princípio e a regra.¹³¹ Portanto, os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, ou seja, são normas como todas as demais, tanto

¹²⁸ ALEXY, 2012, p. 28-29.

¹²⁹ Cf. ALEXY, 2012, p. 85.

¹³⁰ Cf. ALEXY, 2012, p. 87.

¹³¹ Cf. BONAVIDES, 2012, p. 286.

porque são extraídos de outras normas, através de um procedimento de generalização sucessiva, quanto porque possuem a mesma função cumprida por todas as normas, qual seja, a função de regular um caso.¹³²

Embora a distinção entre regras e princípios não seja nova, a seu respeito ainda imperam a falta de clareza e polêmica graças a uma “pluralidade desconcertante de critérios distintivos e porque a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante”.¹³³ Contudo, como dito, tanto regras quanto princípios são normas por dizerem o que deve ser. E mais:

Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹³⁴

Sobre os critérios para distinguir regras e princípios, o da generalidade é o mais utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem grau de generalidade baixo. Assim, a norma que garante a liberdade de crença constitui um princípio, enquanto a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença é uma regra. Outros critérios utilizados são o da determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento (distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas), o “caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica”. Distinguem-se ainda, os princípios das regras, com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras.¹³⁵

Com base em tais critérios, Alexy elenca a possibilidade de três teses distintas. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as regras dos princípios seria fadada ao fracasso, pois os critérios expostos podem ser combinados da maneira que se desejar, além do fato de que os critérios, isoladamente considerados, distinguem algo extremamente heterogêneo. A segunda

¹³² Cf. BOBBIO, 1960, apud BONAVIDES, 2012, p. 272-273.

¹³³ ALEXY, 2012, p. 86-87.

¹³⁴ ALEXY, 2012, p. 87.

¹³⁵ Cf. ALEXY, 2012, p. 87-89.

tese, embora admita a possibilidade de dividir as normas em regras e princípios, sustenta que tal divisão seria apenas de grau, tese essa defendida, em especial, por aqueles que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. Por fim, a terceira tese “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”. Segundo Alexy, *essa é a tese correta*.¹³⁶

O ponto fulcral para distinção entre regras e princípios reside no fato de que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, cuja satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, estas últimas determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por sua vez, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Caso uma regra seja válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, pois as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Portanto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.¹³⁷

Nessa mesma linha, Canotilho ensina que “as regras e princípios são duas espécies de normas” e, portanto, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obdecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, 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; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea

¹³⁶ ALEXY, 2012, p. 89-90.

¹³⁷ Cf. ALEXY, 2012, p. 90-91.

de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).¹³⁸

Portanto, enquanto o conflito entre regras é dirimido no plano da validade, em que a aplicação de uma regra a uma situação atribuirá à outra o carácter de nulidade, a colisão entre princípios admite a adoção da ponderação de valores, de maneira que os princípios não se excluem, devendo o intérprete averiguar, no caso sob exame, a qual deles será atribuído grau de preponderância. Em outro caso e mediante novas ponderações, o princípio postergado poderá preponderar em face de outro princípio colidente.¹³⁹

Há um distinto carácter “*prima facie*” entre regras e princípios. Os princípios não possuem um mandamento definitivo, mas apenas “*prima facie*”, na medida em que exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As razões de um princípio podem ser afastadas por razões antagônicas, o que não é determinado pelo próprio princípio, que não dispõe da extensão de seu conteúdo, mas em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. Já as regras possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, pois exigem que seja feito aquilo que elas ordenam, o que pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas.¹⁴⁰

Assim, a necessidade de um modelo diferenciado no caso das regras decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso, hipótese em que ela perderia seu carácter definitivo para a decisão do caso, sendo que tal cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Portanto, “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis”. Inexistindo no sistema jurídico proibição à restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção, tais regras perdem seu carácter definitivo estrito, o que não significa que o carácter “*prima facie*” das regras seja semelhante ao dos princípios.¹⁴¹

¹³⁸ CANOTILHO, 2002, p. 1148.

¹³⁹ Cf. CARVALHO FILHO, 2011, p. 17.

¹⁴⁰ Cf. ALEXY, 2012, p. 104.

¹⁴¹ Cf. ALEXY, 2012, p. 104-106.

Por fim, vale ressaltar que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, ou seja, a dimensão do peso ou importância, a qual deve ser considerada quando da resolução da colisão entre princípios.¹⁴² Esta distinção entre princípios e regras é fundamental para a resolução das colisões entre princípios e dos conflitos entre as regras, conforme se verá no capítulo seguinte.

2.3 O princípio da legalidade

O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹⁴³ Tal dispositivo estatuiu o princípio da legalidade que tem por escopo limitar o poder do Estado, impedindo o seu exercício de maneira arbitrária. Segundo o princípio em questão, o indivíduo só pode ser obrigado a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo, se houver alguma lei que preveja a obrigação. Assim, o princípio da legalidade constitui segurança jurídica ao indivíduo, para o qual somente podem ser criadas obrigações por meio de leis aprovadas conforme as regras do processo legislativo constitucional.¹⁴⁴

O princípio da legalidade é a base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada “com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de ‘governo das leis’, expressão da vontade geral, e não mais ‘governo dos homens’, em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante”.¹⁴⁵ Sendo assim, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.¹⁴⁶

Princípio basilar e verdadeira nota essencial do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade tem por essência subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, sendo a lei entendida como expressão da

¹⁴² Cf. DWORKIN, 2011, p. 42-43.

¹⁴³ BRASIL, 2015, p. 2.

¹⁴⁴ MORAES, 2012, p. 41-42.

¹⁴⁵ PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 125-126.

¹⁴⁶ BRASIL, 2015, p. 22.

vontade geral, materializada em um regime de divisão de poderes e criada conforme o processo legislativo estabelecido pela Constituição. A ideia matriz consiste no fato de que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham novidade modificativa da ordem jurídico-formal, devendo ser distinguida a competência legislativa de conteúdo inovativo da competência regulamentar, de forma que o Estado, o Poder Público ou os administradores “não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.¹⁴⁷

O princípio da legalidade é, portanto “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares à lei*”. Por força do princípio da legalidade, rechaça-se qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes, assim como o poder autoritário e absolutista:

O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). [...] Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios* e *formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.¹⁴⁸

Específico do Estado de Direito por ser “justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”, o princípio da legalidade constitui “o fruto da submissão do Estado à lei”.¹⁴⁹ O corolário do princípio da legalidade, no que diz respeito aos particulares, reside na “afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida”.¹⁵⁰ Quanto ao poder público, o

¹⁴⁷ SILVA, 2012, p. 420.

¹⁴⁸ MELLO, 2008, p. 100-105.

¹⁴⁹ MELLO, 2008, p. 99-100.

¹⁵⁰ PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 126.

princípio da legalidade consagra a ideia de que o Estado não pode atuar contra as leis e nem na ausência de leis, sendo certo que mesmo a atividade discricionária desenvolvida pela Administração Pública deve ocorrer nos limites da lei, dentro da margem estabelecida, segundo os parâmetros genéricos legalmente estabelecidos e conforme os critérios de oportunidade e conveniência.¹⁵¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que “o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático”, segundo o qual, no âmbito das relações particulares, pode ser feito tudo o que não for proibido por lei, vigorando o princípio da autonomia da vontade, o que deve ser ponderado com o princípio da dignidade da pessoa, observada a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para a Administração Pública, o princípio da legalidade encerra a obrigação de se fazer o que a lei permitir, ou seja, segundo a lei e nunca contra ou além da lei.¹⁵²

Assim, a liberdade de ação, insculpida no inciso II do art. 5º da Constituição da República, é o “ponto de contato” entre a liberdade e a legalidade. Em uma perspectiva positivista, a ação dos Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), com vistas a ordenar ato ou a abster-se de ato, deve ocorrer dentro dos limites legais e somente terá validade se tiver como fonte a lei em sentido formal. Por seu turno, os particulares poderão fazer tudo o que não for proibido pela lei. Portanto, “uma ação individual é permitida a não ser que exista uma lei que a proíba expressa e inequivocamente; a intervenção do governo é proibida a não ser que exista uma lei que a autorize expressa e inequivocamente”, ressalvada a aplicação direta de determinado princípio constitucional, para que se concretize e dê validade à Constituição.¹⁵³

Segundo o princípio da legalidade, os exercentes do poder se submetem a um regime que embarga favoritismos, perseguições ou desmandos, devendo atuar conforme a lei, ou seja, segundo a norma geral, abstrata, impessoal, editada pelo Poder Legislativo como instituição representante do povo, inclusive das minorias, de forma que a atuação do Poder Executivo consista na concretização da vontade

¹⁵¹ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 126.

¹⁵² Cf. LENZA, 2012, p. 978-979; 1274.

¹⁵³ CARVALHO, 2011, p. 665-666.

geral. Conforme mencionado alhures, se visa no Estado de Direito o governo das leis e não o dos homens¹⁵⁴.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração “é a *longa manus* do legislador” e que “a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”.¹⁵⁵

O princípio da legalidade é o sustentáculo da autonomia da vontade, ou seja, da faculdade que o indivíduo possui de tomar decisões na esfera particular conforme suas preferências e interesses, desde que não prejudique direitos de terceiros. Assim, qualquer limitação à autonomia da vontade somente pode ser imposta por meio de atos normativos com, no mínimo, força de lei ordinária¹⁵⁶:

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha minudenciar. [...] Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros. Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV, da Lei Magna. De acordo com ele, compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar *execução fiel da lei*. Ou seja: *pressupõem sempre uma dada lei da qual sejam os fiéis executores*.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Cf. MELLO, 2008, p. 100-101.

¹⁵⁵ MELLO, 2008, p. 101.

¹⁵⁶ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 101-103.

¹⁵⁷ MELLO, 2008, p. 102-103.

Contudo, a Constituição não exclui a possibilidade de que determinadas matérias sejam reguladas por atos equiparados à lei formal, o que ocorre nas hipóteses de lei delegada (art. 68) e medidas provisórias convertidas em lei (art. 62).¹⁵⁸ Também, não se exige que a lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, uma vez que para isso subsiste a discricionariedade, sendo suficiente que haja uma lei autorizativa de atos com tal conteúdo, ou seja, “os elementos essenciais da providência impositiva não que constar da lei”, pois “só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas”.¹⁵⁹ Nesse ponto, vale lembrar a existência do poder regulamentar, outorgado ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos, por meio do qual devem realizar a fiel execução da lei e dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública.

Tal poder regulamentar é um poder administrativo que possibilita o exercício de uma função normativa subordinada à lei, portanto limitada pelo direito positivo, que não pode inovar a ordem jurídica criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações, sob pena de o ato importar em abuso de poder e usurpação de competência. O regulamento deve respeitar a Constituição e as leis, sem que possa inovar originariamente na ordem jurídica¹⁶⁰. Dessa maneira, o princípio da legalidade funciona mais como uma garantia constitucional do que um direito individual, na medida em que “assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, ‘a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei’”.¹⁶¹ Esse também é o escólio de Silva, ao elencar o princípio da legalidade no capítulo das garantias constitucionais individuais as quais, segundo o autor, são “os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais”.¹⁶²

Importante, ainda, fazer a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva de lei. O princípio da legalidade “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. Por sua

¹⁵⁸ Cf. SILVA, 2012, p. 421.

¹⁵⁹ SILVA, 2012, p. 421.

¹⁶⁰ Cf. SILVA, 2012, p. 425-426.

¹⁶¹ ARISTÓTELES, [s.d.] apud MORAES, 2012, p. 41.

¹⁶² SILVA, 2012, p. 419.

vez, o princípio da reserva de lei “consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”:

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.¹⁶³

Assim, a doutrina tem reconhecido uma rigidez menor ao princípio da legalidade do que ao da reserva legal, na medida em que o princípio da legalidade exige que as obrigações de fazer ou não fazer sejam instituídas por lei ou por atos infralegais expedidos nos limites estabelecidos na lei (submissão e respeito à lei ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador), enquanto o princípio da reserva legal exige que a regulamentação de determinada matéria deve ser feita necessariamente por lei formal.¹⁶⁴

A abrangência do princípio da legalidade é mais ampla do que a do princípio da reserva legal. Pelo princípio da legalidade resta estabelecido que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados somente pode surgir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional. Já o princípio da reserva legal opera de maneira mais restrita e diversa, incidindo apenas sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Enquanto todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei, o qual possui menor abrangência e maior densidade, pois exige o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.¹⁶⁵ Portanto, enquanto “o princípio da legalidade (art. 5º, II) pode ser satisfeito pela lei ou pela atuação normativa do Poder Executivo (atos infralegais editados nos termos e limites da lei)”, o mesmo não ocorre nas hipóteses de reserva legal, que é mais específica e rígida, possuindo maior densidade de conteúdo.¹⁶⁶

¹⁶³ SILVA, 2012, p. 422.

¹⁶⁴ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 129.

¹⁶⁵ Cf. MORAES, 2012, p. 42.

¹⁶⁶ PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 129.

Portanto, deve-se falar em reserva legal quando o texto da Constituição exige expressamente que determinada matéria seja regulada por lei¹⁶⁷, tal como ocorre no artigo 37, inciso XIX, onde foi estatuído que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação;¹⁶⁸

Neste ponto, importante registrar a inexistência de polêmica quanto ao fato de que “o vocábulo ‘lei’ utilizado nas diversas disposições constitucionais que veiculam hipóteses de ‘reserva legal’ aplica-se exclusivamente à lei formal”, o que engloba os atos primários emanados do Poder Legislativo, bem como as medidas provisórias e leis delegadas, observadas as restrições constitucionais ao uso desses dois últimos atos normativos, conforme disciplina estabelecida nos artigos 62 e 68 da Constituição, respectivamente.¹⁶⁹

2.4 O princípio da igualdade

A Constituição da República, em seu artigo 5º, estatuiu que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, bem como que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.¹⁷⁰ Daí decorre o princípio da igualdade que é um dos princípios estruturantes do regime geral dos

¹⁶⁷ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 126.

¹⁶⁸ BRASIL, 2015, p. 22-24.

¹⁶⁹ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 128.

¹⁷⁰ BRASIL, 2015, p. 2.

direitos fundamentais, cuja dimensão básica é a igualdade na aplicação do direito, no sentido de que todos são iguais perante a lei - igualdade formal e jurídica.¹⁷¹

O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Para os “nominalistas”, a desigualdade é a característica do universo, sendo que os seres humanos nascem e perduram como desiguais, não passando a igualdade de um simples nome, sem correspondência no mundo real. Em sentido oposto, se encontram os “idealistas”, para quem as pessoas possuem uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, onde reinava uma igualdade absoluta. Os “realistas” reconhecem múltiplos aspectos de desigualdade entre os homens, mas sustentam ser correto descrevê-los como iguais por possuírem o mesmo sistema de características inteligíveis que proporciona aptidão para existir:

Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da mesma espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc., e “não se aspira [lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.¹⁷²

É fato que a igualdade não teve tantos discursos como a liberdade, na medida em que ela, a igualdade, constitui “o signo fundamental da democracia”, não admitindo os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso, consciente de seus privilégios, a classe dominante jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicou o de liberdade, pois um regime de igualdade contraria os seus interesses e dá à liberdade “sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa”.¹⁷³ De toda sorte, é preciso pontificar que não há mais cidadãos de

¹⁷¹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 426-429.

¹⁷² SILVA, 2012, p. 212-213.

¹⁷³ SILVA, 2012, p. 211.

segunda categoria, nem seres privilegiados superiores, tendo o Estado o dever de tratar todas as pessoas com igualdade na lei (as normas abstratas devem tratar todos com isonomia) e perante a lei (os operadores do direito, na aplicação da lei, não devem adotar comportamentos preconceituosos).¹⁷⁴

Portanto, enquanto indivíduos, os cidadãos possuem dois tipos diferentes de direitos de igualdade. De um lado, os cidadãos possuem o direito a igual tratamento, o que corresponde à igual distribuição de oportunidades, recursos ou encargos. Por outro lado, há o direito ao tratamento como igual, que consiste no direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.¹⁷⁵

Em uma visão liberal, “postulada pelo constitucionalismo liberal, os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Contudo, para além da igualdade formal, é preciso que se efetive uma igualdade material através da lei, com o dever de tratar-se “por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”, desde que calcado em fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.¹⁷⁶ Nesse sentido, a Constituição alemã, assim como o fez a Constituição Federal de 1988, estatuiu um direito geral de igualdade com a afirmação de que “todos são iguais perante a lei” (art. 3º, § 1º, da Constituição alemã e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), fórmula essa que deve ser compreendida, tanto como um dever de igualdade na aplicação, quanto também na criação do direito (dever material de igualdade dirigido ao conteúdo das normas), de maneira que o legislador, assim como os demais poderes públicos, devem se submeter ao enunciado da igualdade.¹⁷⁷

Deve ser dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e devem ser tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Por força do princípio da igualdade, tanto o legislador quanto o aplicador da lei estão vinculados, de maneira que o legislador não pode valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, assim como os intérpretes e aplicadores da lei, ao concretizarem um comando jurídico, estão impedidos de dispensar tratamento distinto a quem a lei considerou como iguais.¹⁷⁸ Nesse sentido:

¹⁷⁴ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 74.

¹⁷⁵ Cf. DWORKIN, 2011, p. 349-350.

¹⁷⁶ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 426-429.

¹⁷⁷ Cf. ALEXY, 2012, p. 393-399.

¹⁷⁸ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 122.

Anote-se que a igualdade perante a lei, declarada em nossa Constituição (art. 5º, I), significa uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, “como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma. E, como juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei”. Daí não haver, em nosso Direito, necessidade de se distinguir entre igualdade perante a lei, dirigida aos aplicadores do direito, e igualdade na lei, que se dirige àqueles que criam a norma jurídica, é dizer, os legisladores.¹⁷⁹

Tudo isso não quer dizer que o legislador insira todos nas mesmas posições jurídicas (sob pena de se produzir normas sem sentido e injustas), nem que seja responsabilidade dele que todos estejam nas mesmas condições fáticas e possuam as mesmas características naturais. Sendo assim, é perfeitamente constitucional que o serviço militar seja apenas para adultos, as penas para os criminosos, os impostos baseados na renda, condecorações para os distinguidos e assistência social para os que dela necessitarem.¹⁸⁰ O “enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos”, assim como, não pode, também, permitir toda e qualquer diferenciação ou distinção, sendo necessário encontrar um meio-termo entre esses dois extremos, onde o igual seja tratado igualmente e o desigual, desigualmente.¹⁸¹ A Constituição da República adotou o princípio da igualdade de direitos segundo o qual todos os cidadãos têm direito a tratamento idêntico pela lei, estando vedadas as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, o que, contudo, não impede o tratamento desigual dos casos desiguais, por questão de justiça¹⁸²:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a

¹⁷⁹ FERREIRA FILHO, 2007, p. 242 apud CARVALHO, 2011, p. 697.

¹⁸⁰ Cf. ALEXY, 2012, p. 396.

¹⁸¹ ALEXY, 2012, p. 397.

¹⁸² Cf. MORAES, 2012, p. 35.

peças que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.¹⁸³

Hodiernamente o controle do princípio da igualdade tem sido feito por meio do princípio da proporcionalidade, de modo que se deve apurar se o tratamento desigual é adequado e exigível para atingir um determinado fim importante o bastante para justificar a desigualdade de tratamento em sentido normativo.¹⁸⁴ Porém, não é fácil identificar se há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade. Para tanto, é preciso, em um primeiro momento, verificar as situações de fato que são objeto de comparação, uma vez que o princípio da igualdade é relacional e a norma jurídica comporta sempre um âmbito ou setor real ou fático, sendo imprescindível determinar os objetos, pessoas e situações que se consideram iguais ou desiguais. Em um segundo momento, devem ser identificados os critérios ou medidas materiais que servirão de base para saber se os pressupostos fáticos devem ser tratados de forma igual ou desigual.¹⁸⁵ Assim, “as medidas jurídico-materiais de aferição da igualdade ou desigualdade devem encontrar-se, em primeiro lugar, nas normas e princípios da constituição, exigindo-se, portanto, aos grupos em comparação relevância jurídico-constitucional”.¹⁸⁶

Os “tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos”, de maneira que será arbitrária uma diferenciação se não for possível encontrar um fundamento razoável, qualificado para ela, uma razão objetivamente evidente para a diferenciação, ou seja, se exige que haja uma perspectiva orientada pela ideia de justiça. Nas hipóteses em que “não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”.¹⁸⁷ Inexistirá razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões cogitadas forem consideradas insuficientes, hipótese em que não será possível fundamentar a permissibilidade da diferenciação

¹⁸³ MORAES, 2012, p. 35-36.

¹⁸⁴ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1281-1282.

¹⁸⁵ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1279.

¹⁸⁶ CANOTILHO, 2002, p. 1279-1280.

¹⁸⁷ ALEXY, 2012, p. 407-408.

face à existência de um ônus argumentativo para o tratamento desigual, ônus este que decorre do enunciado geral de igualdade¹⁸⁸:

Essa fórmula distingui-se da norma de tratamento igual [...] na medida em que exige uma fundamentação procedente para o dever de tratamento desigual, enquanto, de acordo com a norma de tratamento igual, para o dever de tratamento igual basta que não seja possível uma fundamentação da permissão (admissibilidade) de uma discriminação. É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual. A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos.¹⁸⁹

Há casos, porém, em que “o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro”, o que significa que o legislador possui uma ampla discricionariedade nesses casos. Tal discricionariedade fica evidente, por exemplo, quando existem razões suficientes para a permissibilidade, mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual. Pode ser que um tratamento desigual não seja arbitrário e, ao mesmo tempo, que o tratamento igual também não o seja.¹⁹⁰

Para o Tribunal Constitucional Federal alemão, no âmbito da igualdade de tratamento, ao legislador é conferida uma ampla liberdade de conformação, não sendo tarefa do judiciário examinar se a regulamentação do legislador foi a mais justa ou conveniente, mas apenas verificar se os limites extremos, definidos pelo conceito de arbítrio, foram respeitados.¹⁹¹ O enunciado da igualdade estará violado quando não for possível encontrar um fundamento razoável para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei, fundamento este que deve decorrer da natureza das coisas ou de uma razão objetivamente evidente.¹⁹²

Nesse ponto, é preciso fazer uma distinção entre igualdade jurídica e igualdade fática. Sobre tal questão, vale citar um julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão que visava decidir se a não-garantia de assistência judiciária gratuita

¹⁸⁸ Cf. ALEXY, 2012, p. 408-409.

¹⁸⁹ ALEXY, 2012, p. 410-411.

¹⁹⁰ ALEXY, 2012, p. 413.

¹⁹¹ Cf. ALEXY, 2012, p. 406.

¹⁹² Cf. ALEXY, 2012, p. 403.

para determinado procedimento judicial seria contrária ao princípio da igualdade. A recusa da assistência judiciária gratuita a todos, necessitados e não-necessitados, fez com que ambos fossem tratados de forma juridicamente igual. Contudo, no que tange às consequências, se verifica que eles foram tratados de forma faticamente desigual, na medida em que a não-garantia de assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, de fazer uso de uma via judicial por não dispor de meios para tanto. Assim, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que houve uma violação do enunciado de que os iguais devem ser tratados igualmente, na medida em que não houve uma razão suficiente que justificasse um tratamento faticamente desigual.¹⁹³ Portanto, “quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica”, bem como que por força da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre mantém e frequentemente acentua algumas desigualdades fáticas.¹⁹⁴

Por fim, sobre a questão da igualdade sem distinção de credo religioso, se faz necessário o registro de que a República Federativa do Brasil, na condição de Estado laico, reconheceu a liberdade de religião sem as limitações de outrora, em que o exercício dos cultos religiosos era permitido desde que não contrariasse a ordem pública e os bons costumes. Atualmente, é expressamente vedada a privação de direitos por motivo de crença religiosa, salvo escusa de consciência, cujo corolário é que “todos hão de ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta”.¹⁹⁵

¹⁹³ Cf. ALEXY, 2012, p. 416.

¹⁹⁴ Cf. ALEXY, 2012, p. 417.

¹⁹⁵ SILVA, 2012, p. 226.

3 A GUARDA DO PERÍODO SABÁTICO SOB A ÉGIDE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA NO BRASIL E SUA COLISÃO COM OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE

3.1 Período sabático

O *Shabat*, grafado em português como sabá, constitui um dos mais antigos rituais do judaísmo, bem como representa um símbolo sagrado para o povo judeu e é o “único ritual do judaísmo inserido nos Dez Mandamentos (na Torah)”.¹⁹⁶ Ele corresponde ao dia de descanso semanal dos judeus, iniciando com o pôr-do-sol da sexta-feira e findando com o pôr-do-sol do sábado.¹⁹⁷ Além dos judeus, cristãos como os adventistas do sétimo dia e batistas do sétimo dia também observam o *Shabat*.

Considerado especial por ser um dia de consagração e comemoração, o *Shabat* exige toda uma preparação, desde o uso das melhores roupas, arrumação da casa, até a preparação de comidas especiais. O seu recebimento ocorre na cerimônia denominada *Cabalat Shabat*, que significa recebimento do sábado, durante a qual são acesas duas velas que simbolizam, respectivamente, guardar e observar o *Shabat*.¹⁹⁸

Sabaini ensina que a guarda do período sabático, considerada pelos adventistas do sétimo dia, batistas do sétimo dia e judeus como uma de suas crenças fundamentais, tem por origem a interpretação feita dos dez mandamentos bíblicos, mais especificamente o quarto mandamento:

Guarda o dia de sábado, para o santificar, como te ordenou o SENHOR, teu Deus. Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do SENHOR teu Deus; não farás nenhum trabalho, nem tu, nem o teu filho, nem a tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu boi, nem o teu jumento, nem animal algum teu, nem o estrangeiro das tuas

¹⁹⁶ LEWIN, Helena (Coord.). *Identidade e cidadania: como se expressa o judaísmo brasileiro*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 37.

¹⁹⁷ LEWIN, 2009. p. 37.

¹⁹⁸ LEWIN, 2009. p. 37.

portas para dentro, para que o teu servo e a tua serva descansem como tu; porque te lembrarás que foste servo na terra do Egito e que o Senhor, teu Deus, te tirou dali com mão poderosa e braço estendido; pelo que o SENHOR, teu Deus, te ordenou que guardasse o dia de sábado.¹⁹⁹

Durante o *Shabat*, são proibidas diversas atividades que derivam de trinta e nove²⁰⁰ ações básicas descritas pelo *Talmud* (livro sagrado dos Judeus) a partir de fontes bíblicas. Tais proibições, no entanto, podem ser deixadas de lado em caso de risco de morte, pois a vida é o bem maior do judaísmo.²⁰¹

Na página da Congregação Israelita Paulista na *Internet* consta a seguinte explicação sobre o *Shabat*:

Shabat

O dia de descanso

Por este preceito somos ordenados a renunciar a toda a produção de nossas terras no ano do Shabat e a permitir que qualquer pessoa recolha tudo o que cresce em nossos campos (Maimônides in Os 613 mandamentos).

Os Dez Mandamentos, na forma das tábuas da lei concedidas a Moisés no Monte Sinai durante a peregrinação de 40 anos no deserto a caminho da Terra Prometida, fazem referência direta ao *Shabat*. O quarto mandamento determina que o sábado seja um dia santificado.

Diz o texto bíblico que Deus criou o mundo em seis dias e, no sétimo, descansou. No sábado, que significa “cessar de trabalhar”, deve-se reservar o dia, além das orações, para tarefas que não estejam relacionadas ao trabalho ou a ganhos financeiros.

O *Shabat* é, portanto, um dia festivo por completar um ciclo da criação do mundo, que, nas sociedades modernas, corresponde à semana de trabalho. O dia do *Shabat*, assim como todos os dias, para os judeus, tem início na véspera. As celebrações e restrições começam ao pôr-do-sol da sexta-feira e se estendem até o anoitecer do sábado.

As congregações liberais realizam três cerimônias importantes: o *Cabalat Sha-bat*, a cerimônia de *Shabat* e a *Havdalá*.²⁰²

¹⁹⁹ SABAINI, Wallace Tesch. *Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010. p. 135-136.

²⁰⁰ São elas: arar; semear; colher; agrupar a colheita; debulhar; dispersar o grão ao vento; selecionar e separar; moer; peneirar; fazer massa; assar/cozinhar/fritar; tosquiá; lavar; desembaraçar a lã não trabalhada; tingir; fiar; esticar o fio preparando-o para tecer; passar o fio entre dois anéis; tecer; desfazer os fios a fim de retocá-los; atar; desatar; costurar; rasgar; caçar; abater; pelar o couro; curtir o couro; alisar o couro; demarcar o couro; cortar; escrever; apagar; construir; demolir; acender fogo; apagar ou diminuir o fogo; martelar; transportar algo desde um ambiente particular a um público. (CHABAD.ORG. Os 39 trabalhos proibidos. Disponível em: <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/657775/jewish/Os-39-Trabalhos-Proibidos.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015. p. 2-9).

²⁰¹ WIKIPEDIA. *Shabat*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Shabat>>. Acesso em: 02 dez. 2014. p. 3.

²⁰² CONGREGAÇÃO ISRAELITA PAULISTA. *Shabat: o dia de descanso*. Disponível em: <<http://www.cip.org.br/judaismo/festividades/shabat/>>. Acesso em: 03 dez. 2014. p. 1.

Por sua vez, a Igreja Adventista do Sétimo Dia, por meio de sua página oficial na *Internet*, assim fundamenta a guarda do período sabático:

Os adventistas consideram toda a Bíblia Sagrada como segura e única regra de fé e esperança. Suas doutrinas, portanto, seguem integralmente os ensinamentos bíblicos e nela estão fundamentados. Estas crenças aqui expostas constituem a percepção e expressão que a Igreja sustém com respeito aos ensinamentos bíblicos.

[...]

O Sábado

O bondoso Criador, após os seis dias da criação, descansou no sétimo dia e instituiu o sábado para todas as pessoas, como memorial da criação. O quarto mandamento da imutável lei de Deus requer a observância deste sábado do sétimo dia como dia de descanso, adoração e ministério, em harmonia com o ensino e prática de Jesus, o Senhor do sábado. O sábado é um dia de deleitosa comunhão com Deus e uns com os outros. É um símbolo de nossa redenção em Cristo, um sinal de nossa santificação, uma prova de nossa lealdade e um antegoço de nosso futuro eterno no reino de Deus. O sábado é o sinal perpétuo do eterno concerto de Deus com Seu povo. A prazerosa observância deste tempo sagrado duma tarde a outra tarde, do pôr-do-sol ao pôr-do-sol, é uma celebração dos atos criadores e redentores de Deus. *Gên. 2:1-3; Êxo. 20:8-11; Lucas 4:16; Isa. 56:5 e 6; 58:13 e 14; Mat. 12:1-12; Êxo. 31:13-17; Ezeq. 20:12 e 20; Deut. 5:12-15; Heb. 4:1-11; Lev. 23:32; Mar. 1:32.*²⁰³

A página oficial da Igreja Batista do Sétimo Dia Brasileira registra, no que tange à sua fundação, o seguinte relato histórico:

A Igreja Batista do Sétimo Dia tem a sua origem no “Movimento Separatista” do século XVII, na Inglaterra. Com a ênfase renovada nas Escrituras, buscando seguir os ensinamentos da Palavra de Deus, em teoria e prática, James Ockford, William Saller, Peter Chamberlain, Francis Bampfield, Edward e Joseph Stennett concluíram que observar o Sábado como dia de descanso e adoração era uma exigência imprescindível do cristianismo bíblico.

De início, eles permaneceram unidos dentro da Igreja Batista, tendo convicções compartilhadas, praticando, porém, a observância confidencial do Sábado. A partir do momento em que o poder do Estado foi usado para impor a conformação a um dia comum da adoração, ou seja, o domingo, a separação tornou-se necessária.²⁰⁴

²⁰³ IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. *Crenças*. Disponível em: <<http://www.adventistas.org/pt/institucional/crencas/>>. Acesso em: 02 dez. 2014. p. 1-4.

²⁰⁴ IGREJA BATISTA DO SÉTIMO DIA. *História da Igreja Batista do Sétimo dia no Brasil*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/historia-da-igreja>. Acesso em: 02 dez. 2014. p. 1.

Ainda em sua página oficial, quando trata da questão da “Declaração de Fé”, assim registra a Igreja Batista do Sétimo Dia:

O SÁBADO

Creemos que o sétimo dia da semana, Sábado, é um tempo sagrado, um dom de Deus para todas as pessoas, instituído na criação, afirmado nos Dez Mandamentos e reafirmado no ensino e exemplo de Jesus e dos apóstolos.

Creemos que o repouso no dia de Sábado é uma experiência da presença eterna de Deus com Seu povo.

Creemos que, em obediência a Deus, e em resposta amorosa à Sua graça em Cristo, o Sábado deve ser fielmente observado por todos os santos, como um dia de descanso, adoração e celebração.²⁰⁵

O artigo 3º da Constituição da Conferência Batista do Sétimo Dia Brasileira, dispõe que uma de suas finalidades é “propagar a mensagem da salvação por meio de Jesus Cristo; divulgar a glória de Deus, proclamando a plena vigência dos Dez Mandamentos, incluído o sábado do 4º mandamento”.²⁰⁶

Portanto, resta clara a crença dos judeus, adventistas e batistas do sétimo dia na guarda do período sabático, que deve ser observado entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, cujo supedâneo se encontra no texto bíblico, mais especificamente nos trechos que tratam do quarto mandamento.

Fundamentados em tal crença, muitos desses religiosos têm buscado, via poder judiciário, com base no direito fundamental de liberdade de crença, um tratamento diferenciado que lhes permita a não realização de atividades durante o *Shabat*, especialmente mediante a alteração de datas e horários de certames públicos, a não designação para o cumprimento de escalas de serviço no período sabático e a não anotação de faltas por parte das instituições de ensino.

Nesse sentido, várias leis, estaduais e municipais, foram editadas para fins de obrigar instituições de ensino, públicas e privadas, e órgãos públicos a realizarem exames vestibulares e concursos públicos com respeito ao período sabático, bem como a criarem horários e atividades alternativas para os sabatistas, de maneira que

²⁰⁵ IGREJA BATISTA DO SÉTIMO DIA. *Declaração de Fé*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/declaracao-de-fe>. Acesso em: 02 dez. 2014. p. 3.

²⁰⁶ IGREJA BATISTA DO SÉTIMO DIA. *Constituição da conferência batista do sétimo dia brasileira*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/wp-content/uploads/2012/04/MANUAL-DA-IGREJA-CBSDB.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2014. p. 1.

os mesmos não sejam prejudicados em certames de interesse público e em atividades escolares desenvolvidas entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado.

A título de exemplo, a Lei nº 11.225, de 20 de novembro de 1999, do Estado de Santa Catarina, assim disciplina a questão:

Art. 1º As provas de concursos públicos e os exames vestibulares de Instituições Públicas ou Privadas, serão realizadas no Estado de Santa Catarina, no período de domingo à sexta-feira, no horário compreendido entre às oito e dezoito horas.

§1º Quando inviável a promoção dos certames em conformidade com o *caput*, a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado devendo permitir ao candidato, que alegue e comprove convicção religiosa, a alternativa da realização das provas após o pôr-do-sol.

§2º Na hipótese do parágrafo anterior, o candidato ficará incomunicável, desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.

Art. 2º Os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular do Estado de Santa Catarina ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa, estejam impedidos de freqüentar as aulas ministradas às sextas-feiras após as dezoito horas, e aos sábados até o pôr-do-sol.

§1º Para beneficiar-se do disposto neste artigo, o aluno apresentará ao estabelecimento de ensino declaração de congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando sua condição de membro da Igreja.

§2º Na hipótese prevista neste artigo, o estabelecimento exigirá do aluno a realização de tarefas alternativas que supram as faltas abonadas.²⁰⁷

No mesmo sentido, a Lei nº 12.142, de 8 de dezembro de 2005, do Estado de São Paulo, assim dispôs sobre o assunto:

Artigo 1º - As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e as 18h.

§ 1º - Quando inviável a promoção de certames em conformidade com o "caput", a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado, devendo permitir ao candidato que alegar motivo de crença religiosa a possibilidade de fazê-los após as 18h.

§ 2º - A permissão de que trata o parágrafo anterior deverá ser precedida de requerimento, assinado pelo próprio interessado, dirigido à entidade

²⁰⁷ SANTA CATARINA. Lei nº 11.225, de 20 de novembro de 1999. Estabelece períodos para realização de concursos destinados a provimento de cargos públicos e exames vestibulares no Estado de Santa Catarina e adota outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2014. p. 1-2.

organizadora, até 72 (setenta e duas) horas antes do horário de início do certame.

§ 3º - Na hipótese do § 1º, o candidato ficará incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.

Artigo 2º - É assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa previsto no "caput" do artigo 1º.

§ 1º - Poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência.

§ 2º - Os requerimentos de que trata este artigo serão obrigatoriamente deferidos pelo estabelecimento de ensino.

Artigo 3º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.²⁰⁸

A aludida lei paulista foi totalmente vetada pelo Governador do Estado de São Paulo, mas a Assembleia Legislativa derrubou o veto, restabelecendo o ato normativo, contra o qual foi ajuizada, em 20.04.2006, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.714, estando o julgamento pendente no Supremo Tribunal Federal²⁰⁹, conforme se aprofundará no capítulo 4.

Na mesma senda, a Lei nº 1.631, de 18 de maio de 2006, do Estado de Rondônia, assim enfrentou a questão:

Art. 1º. As provas de concursos públicos e de exames vestibulares promovidos por instituições públicas ou privadas serão realizadas no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre 8 (oito) e 18 (dezoito) horas.

Art. 2º. Os estabelecimentos de ensino da rede pública e privada abonarão as faltas de alunos que, por motivo de crença religiosa, estejam impedidos de freqüentar aulas das 18 (dezoito) horas de sexta-feira até as 18 (dezoito) horas do sábado.

§1º. Para ser beneficiado do disposto neste artigo o aluno apresentará ao estabelecimento de ensino declaração da denominação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando sua condição de membro congregante.

²⁰⁸ SÃO PAULO. Lei nº 12.142, de 8 de dezembro de 2005. Estabelece períodos para a realização de concursos ou processos seletivos para provimento de cargos públicos e de exames vestibulares no âmbito do Estado e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=59298>>. Acesso em 03 dez. 2014. p. 1.

²⁰⁹ Cf. LENZA, 2012, p. 986-987.

§2º. O estabelecimento de ensino exigirá do aluno a realização de tarefa alternativa que supra a falta abonada.²¹⁰

Nessa linha, a Lei nº 6.710, de 21 de dezembro de 2012, do município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, assim estabeleceu:

Art. 1º Ficam dispensados de qualquer exame de avaliação curricular os alunos Sabatistas (guardadores de sábados por motivo religioso), no período de 18 horas de sexta-feira até às 18 horas do sábado, matriculados em escolas públicas municipais e nas redes particulares, sediadas neste município, desde que sejam remarcadas para outro dia.

Parágrafo único. As Instituições de Ensino deverão abonar as faltas de alunos que não comparecem às aulas entre 18 horas de sexta-feira e 18 horas do sábado, por motivo de crença religiosa, desde que o aluno realize tarefas alternativas.

Art. 2º Para beneficiar-se do disposto nesta Lei o aluno apresentará ao Estabelecimento de Ensino, declaração da congregação religiosa a que pertence atestando sua condição de membro da Igreja.²¹¹

O Ministério da Educação (MEC) teve a oportunidade de se manifestar sobre o abono de faltas a estudantes que se ausentem das aulas por motivo de crença religiosa, o que foi feito por meio do Parecer CNE/CESnº 224/2006, aprovado em 20 de setembro de 2006, onde, após discorrer sobre a obrigatoriedade de frequência às aulas no percentual de 75%, concluiu que “não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas por motivos religiosos”.²¹²

Conforme se verá no tópico 4.4, as questões acima apresentadas encontram seus limites nos princípios da legalidade e da igualdade, sem perder-se de vista o princípio da laicidade estatal.

²¹⁰ RONDÔNIA. Lei nº 1.631, de 18 de maio de 2006. Estabelece períodos para a realização de provas de concursos públicos, exames vestibulares e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa de Rondônia*. Disponível em: <http://sapl.al.ro.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3607_texto_integral>. Acesso em: 03 dez. 2014. p. 1.

²¹¹ CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM. Lei nº 6.710, de 21 de dezembro de 2012. Possibilita aos membros de igrejas que guardam os sábados, matriculados na rede pública municipal e particular de ensino, dispensa de exames de avaliação e abono de faltas em dias que especifica. In: *Diário Oficial de Cachoeiro de Itapemirim*. Nº 4280. Disponível em: <<http://www.cachoeiro.es.gov.br/transparencia/diario/arq/Di%C3%A1rio4280-28EE.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014. p. 1.

²¹² BRASIL. Ministério da Educação. *Parecer CNE/CESnº 224/2006*, aprovado em 20 de set. de 2006. Consulta sobre abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido a convicções religiosas. Rel. Marilena de Souza Chaui. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces224_06.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2014. p. 3.

3.2 A colisão de direitos fundamentais e princípios constitucionais e sua resolução

Muitas vezes não é possível maximizar a efetividade de um direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de terceiros, hipóteses em que se deve restringir o mínimo possível o outro valor constitucional colidente, de maneira que nenhuma das posições jurídicas colidentes será afirmada em sua plenitude, mas todas elas serão reciprocamente poupadas e compensadas, numa tentativa de equilibrar e harmonizar os valores conflitantes.²¹³

Como visto no capítulo anterior, o cerne da teoria dos direitos fundamentais se encontra na distinção entre regras e princípios, imprescindível para a viabilidade de uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais e uma doutrina satisfatória sobre colisões.²¹⁴ Embora tal distinção tenha sido feita em tópico próprio do capítulo anterior, vale relembrar que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”.²¹⁵ Um conflito entre regras se resolve pela introdução de uma cláusula de exceção que diga que uma delas não será aplicada quando a outra se apresentar ou, inexistindo tal cláusula de exceção, quando uma das regras for declarada inválida:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das normas tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. [...] Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.²¹⁶

²¹³ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 379.

²¹⁴ Cf. ALEXY, 2012, p. 85.

²¹⁵ ALEXY, 2012, p. 91.

²¹⁶ ALEXY, 2012, p. 92.

O problema sobre qual regra deve ser declarada inválida, quando uma cláusula de exceção não for possível em um conflito entre regras, pode ser resolvido por meio de regras como “*lex posterior derogat legi priori*” e “*lex specialis derogat legi generali*”, sendo também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito, sendo certo que a decisão será uma decisão sobre validade, pois, “ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é”.²¹⁷

Noutra senda, havendo colisões entre princípios, um deles terá que ceder, uma vez que, em determinadas situações, um princípio tem precedência sobre o outro, o que não significa que o princípio cedente seja declarado inválido ou que deverá ser introduzida nele uma cláusula de exceção. Em outras situações e sob outras condições, a questão da precedência dos princípios pode ser resolvida de forma oposta. Por isso afirma-se que:

[...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.²¹⁸

Um bom exemplo de decisão em caso de colisão entre princípios foi um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão onde era preciso decidir sobre a admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido ao tipo de tensão desse procedimento corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto, ou seja, a decisão era necessária para solucionar um conflito entre o dever de o Estado assegurar a aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionais, cuja proteção também é dever do Estado. A colisão não podia ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um princípio sobre o outro, pois nenhum

²¹⁷ ALEXY, 2012, p. 92-93.

²¹⁸ ALEXY, 2012, p. 93-94.

deles goza, por si só, de prioridade, de maneira que a resolução do conflito tinha que ser feita “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”, para fins de verificar, no caso concreto, qual deles tem maior peso, já que, abstratamente, encontram-se no mesmo nível. Concluindo-se que os interesses do acusado, no caso concreto, possuem um peso maior que o interesse do Estado na realização da audiência, esta viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado.²¹⁹

Caso existisse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a audiência seria obrigatoriamente realizada. Se apenas o princípio da proteção da vida e da integridade física existisse, a realização da audiência seria proibida. Dessa forma, resta claro que, isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, de maneira que “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro”.²²⁰ A resolução dessa situação não é feita mediante a declaração de invalidade de um dos princípios ou introdução de uma cláusula de exceção, mas sim “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.²²¹ Nessa linha, o Tribunal Constitucional Federal alemão enunciou que “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental”.²²²

Assim, para soluções de colisões entre princípios Alexy apresenta a teoria da lei de colisão e o resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída, conforme descrito a seguir:

Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob as condições C : ($P^1 \mathbf{P} P^2$) C , e se do princípio P^1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$. Uma formulação menos técnica seria: as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Essa lei, que será chamada de “*lei de colisão*”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de

²¹⁹ Cf. ALEXY, 2012, p. 94-95.

²²⁰ ALEXY, 2012, p. 95-96.

²²¹ ALEXY, 2012, p. 96.

²²² ALEXY, 2012, p. 98.

precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.²²³

Portanto, como a colisão de normas constitucionais não pode ser resolvida pelas formas hermenêuticas tradicionais, tais como o critério hierárquico, cronológico ou da especialidade, a técnica da ponderação se mostra como importante mecanismo para resolução de casos que envolvem direitos fundamentais, passando, em um primeiro momento, pela tentativa de conciliação ou harmonização e, em caso de insucesso, pelo sopesamento ou ponderação propriamente dita.²²⁴ Assim, quando a harmonização se mostra inviável, surge a necessidade do sopesamento ou ponderação propriamente dita que constitui uma atividade intelectual que escolherá qual dos valores colidentes deve prevalecer, reconhecendo uma hierarquia axiológica entre os valores constitucionais de maneira que sob o aspecto ético/valorativo existem direitos fundamentais que devem prevalecer sobre outros quando for impossível a preservação de ambos.²²⁵

Portanto, as regras constitucionais para resolução de conflitos devem ser construídas com base na harmonização de direitos e, caso necessário, na prevalência de um direito sobre o outro em face das circunstâncias do caso. Todavia, somente se poderá determinar uma eventual relação de prevalência em face das circunstâncias do caso concreto e após um juízo de ponderação, pois, somente assim será lícito dizer que um direito tem preferência sobre outro²²⁶:

Em rigor, porém, deve distinguir-se entre *harmonização* de princípios e *ponderação* de princípios. **Ponderar princípios** significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflituantes. **Harmonizar princípios** equivale a uma contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflituantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é

²²³ ALEXY, 2012, p. 99.

²²⁴ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 378.

²²⁵ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 385.

²²⁶ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1258.

atribuída à ponderação de bens constitucionais radica, como se disse, na natureza tendencialmente *princípial* de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*.²²⁷

As regras de resolução de colisões entre princípios ganham em importância na medida em que as normas constitucionais “são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático”, além de envolver direitos essencialmente conflitantes, tais como a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade e o direito à informação conflitando com o direito à imagem. Os direitos fundamentais são enunciados quase sempre através de princípios que não possuem caráter absoluto, já que são passíveis de restrições recíprocas.²²⁸ E mais. Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Portanto, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas sim “*prima facie*”, cuja relevância varia conforme o caso em que seja ele empregado e consoante os demais princípios envolvidos.

Os “princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”, o que não é determinado pelo próprio princípio, mas sim mediante a ponderação face aos princípios colidentes e as possibilidades fáticas existentes, quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico.²²⁹ Não há, portanto, nenhum princípio que seja absoluto, pois tal característica seria incompatível com um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais, na medida em que o exercício do direito fundamental de um, com supedâneo no princípio absoluto, anularia o direito fundamental dos demais:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio

²²⁷ CANOTILHO, 2002, p. 1227.

²²⁸ MARMELSTEIN, 2013, p. 360-363.

²²⁹ ALEXY, 2012, p. 104-105.

absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito.²³⁰

Portanto, nenhum princípio é absoluto, pois todos podem ceder diante de outro mediante determinadas condições. Até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, que detém um amplo grupo de condições de precedência que faz com que tenha prevalência sobre os demais na maioria das situações, em condições especiais acaba por ceder. Em casos de escuta telefônica, por exemplo, a exclusão da inviolabilidade das comunicações não viola a dignidade humana quando a decisão judicial não tem por motivo a desconsideração ou depreciação da pessoa humana, mas sim “uma necessidade de manter em segredo as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do Estado”. Até mesmo nos casos de prisão perpétua, nos Estados que a admitem, em razão da permanente periculosidade do preso, afirma-se não haver violação da dignidade da pessoa humana, se a mencionada periculosidade for a razão pela qual for vedada a graça.²³¹

A existência de limites ao exercício dos direitos fundamentais é imprescindível para a própria ordem social, na medida em que o exercício ilimitado de tais direitos levaria a um verdadeiro caos, visto que todos poderiam fazer o que quisessem, ainda que prejudicassem outras pessoas. Em uma situação hipotética como essa, “voltaríamos à lei do mais forte”. Portanto, os limites impostos pela lei são “um instrumento de limitação da liberdade e, ao mesmo tempo, um instrumento essencial para essa mesma liberdade”, pois “limitar direitos não é apenas plenamente possível como muitas vezes necessário”.²³²

Por outro lado, há uma clara conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, que possui as três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade (mandamento do sopesamento propriamente dito). O princípio da proporcionalidade é o instrumento por meio do qual se afere, por exemplo, a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais por meio da análise da

²³⁰ ALEXY, 2012, p. 111.

²³¹ Cf. ALEXY, 2012, p. 112-114.

²³² MARMELSTEIN, 2013, p. 365.

adequação, da necessidade (ou vedação de excesso e de insuficiência) e da proporcionalidade em sentido estrito.²³³ Na medida em que os princípios constituem mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado da melhor maneira possível em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação decorrem das possibilidades fáticas.²³⁴

Haverá adequação quando o meio escolhido for adequado e pertinente para atingir a sua finalidade, ou seja, para alcançar o resultado almejado. Estará presente a necessidade quando a medida for estritamente necessária, de maneira que a medida deve ser a menos prejudicial entre as opções existentes, não podendo, por outro lado, ser insuficiente à repressão das violações dos direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito existirá quando o benefício alcançado com a medida adotada for axiologicamente mais importante do que os sacrifícios experimentados.²³⁵

Nesse ponto, é possível afirmar que “o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos”. Originariamente, o princípio da proporcionalidade atentava para a limitação do poder executivo e era considerado como “medida” para as restrições administrativas da liberdade individual. Com o tempo, o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição de excesso, alcançou o nível de princípio constitucional, funcionando hoje como princípio de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos atos administrativos, em especial os coativos, mediante a análise do escopo e balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.²³⁶

Em síntese, se pode afirmar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso se constitui de três subprincípios: o princípio da conformidade ou da adequação segundo o qual a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à consecução dos seus fins, ou seja, o ato deve ser apto *para* e *conforme* os fins justificativos da sua adoção; princípio da exigibilidade ou da necessidade segundo o qual o cidadão tem direito à menor ingerência ou

²³³ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 366-367.

²³⁴ Cf. ALEXY, 2012, p. 117-118.

²³⁵ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 365-377.

²³⁶ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 266-272.

desvantagem possível, de forma que deve ser adotado o meio menos oneroso para o cidadão (limitar o menos possível os direitos fundamentais, com a menor abrangência temporal e espacial possível, limitando-se à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados); princípio da proporcionalidade em sentido estrito segundo o qual, após se concluir pela necessidade e adequação da medida coativa do poder público para atingir determinado fim, se deve investigar se o resultado obtido é proporcional ao mal causado, sopesando as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.²³⁷

3.3 A guarda do período sabático sob a égide do direito fundamental à liberdade de crença religiosa no Brasil

Como visto no tópico 2.1., os direitos fundamentais têm por função precípua a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado, além de assegurar a proteção perante terceiros, mediante a imposição de dever ao Estado de adotar ações positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais diante de atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros.²³⁸

Nessa esteira, o direito de crença religiosa constitui um direito fundamental de primeira geração, que tem por alicerce a liberdade, estando assegurado no artigo 5º, incisos VI a VIII, da Constituição Federal de 1988, e, como tal, objetiva a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, inclusive mediante a não discriminação em virtude da religião, tratamento igualitário que decorre do princípio da igualdade.²³⁹ Por se tratar de um direito fundamental, eventual proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo sequer será objeto de deliberação, conforme regra expressa no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.²⁴⁰ Além disso, tal norma, assim como as demais normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, pode ser invocada pelo particular nas suas relações

²³⁷ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 269-270.

²³⁸ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 407.

²³⁹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 410.

²⁴⁰ BRASIL, 2015, p. 36.

com outros sujeitos privados²⁴¹, além de invalidar qualquer lei de nível inferior que não esteja de acordo com os seus preceitos.²⁴²

O Estado não possui a faculdade de discutir a fundamentação e a razoabilidade desta ou daquela crença, uma vez que o princípio do Estado laico exige uma postura estatal neutra, independente, respeitando o pluralismo religioso, sem a prerrogativa de interferir nas questões internas das religiões, tais como os valores professados e a forma de professá-los.²⁴³ Portanto, os judeus, adventistas do sétimo dia e batistas do sétimo dia têm o direito constitucional de crer no *Shabat* e de se comportar, no âmbito de suas vidas privadas, conforme os ensinamentos correlatos à sua crença, bem como se abster de realizar aquelas atividades que afirmam proibidas.

Conforme afirmado alhures, quando se diz que alguém tem o direito de fazer alguma coisa, isso significa que qualquer interferência na realização de tal ação somente poderá ser feita mediante a apresentação de razões especiais que justifiquem a interferência.²⁴⁴ A tomada de decisões do indivíduo na sua esfera particular é assegurada constitucionalmente, lhe sendo conferida a faculdade de agir conforme suas próprias convicções, desde que não interfira na liberdade alheia, sendo vedado ao Estado beneficiar ou prejudicar qualquer religião, devendo ser tolerante e neutro em relação às tendências religiosas, sem hostilidade ou proselitismo.²⁴⁵

Noutro giro, é preciso lembrar que a liberdade jurídica de professar uma crença surge sempre que “é não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer”.²⁴⁶ Portanto, a liberdade de crença religiosa contempla tanto a liberdade de aderir a qualquer religião ou seita, como a liberdade de não aderir a religião alguma, por ser descrente, assegurado o direito de ser ateu ou agnóstico.²⁴⁷ Assim como os judeus, adventistas do sétimo dia e batistas do sétimo dia têm o direito de crer no *Shabat* e de se comportar, no âmbito de suas vidas privadas, conforme esse entendimento, as demais pessoas não estão obrigadas a professar a mesma crença.

²⁴¹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1274.

²⁴² Cf. CANOTILHO, 2002, p. 59-60.

²⁴³ Cf. NOVELINO, 2013, p. 511.

²⁴⁴ Cf. DWORKIN, 2011, p. 289-290.

²⁴⁵ Cf. MARMELSTEIN, 2013, p. 101-107.

²⁴⁶ ALEXY, 2012, p. 227.

²⁴⁷ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 136.

Muitas colisões entre direitos fundamentais podem surgir no relacionamento entre os sabatistas e os não sabatistas, nas hipóteses em que o direito de crença religiosa dos primeiros colidir com o direito de liberdade ou igualdade dos segundos. Conforme consignado no início deste capítulo, muitos sabatistas têm buscado, via poder judiciário, com base no direito fundamental de liberdade de crença, um tratamento diferenciado que lhes permita a não realização de atividades durante o *Shabat*, especialmente mediante a alteração de datas e horários de certames públicos, a não designação para o cumprimento de escalas de serviço no período sabático e a não anotação de faltas por parte das instituições de ensino.

Também, conforme já declinado, várias leis, estaduais e municipais, foram editadas para fins de obrigar instituições de ensino, públicas e privadas, e órgãos públicos a realizarem exames vestibulares e concursos públicos com respeito ao período sabático, bem como a criarem horários e atividades alternativas para os sabatistas, de maneira que os mesmos não sejam prejudicados em certames de interesse público e em atividades escolares desenvolvidas entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. Onde tais leis estiverem vigentes, até que eventual inconstitucionalidade delas seja declarada, todos se vêm obrigados a cumpri-las. Contudo, nas demais localidades, onde não há legislação nesse sentido, a questão ainda permanece em aberto, tanto que o Ministério da Educação se manifestou no sentido de que “não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas por motivos religiosos”.²⁴⁸

Noutra senda, no âmbito laboral, onde inúmeras colisões ocorrem, não há legislação que trate do assunto. A título de exemplo, pode ocorrer a hipótese de um guardião do período sabático, funcionário de uma empresa privada que desenvolve suas atividades todos os dias da semana e, inclusive, à noite (farmácia, posto de gasolina, hospital, supermercado, cinema, shopping, hotel etc.), se recusar a trabalhar entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. Nessa situação, o direito de crença religiosa do funcionário colidiria com o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Se de um lado o funcionário tem o direito de crença religiosa, de outro, por força do princípio da legalidade, o proprietário do

²⁴⁸ BRASIL, 2014, p. 3.

estabelecimento não está obrigado a liberar o funcionário de suas funções laborais durante o período sabático, pois inexistente lei que o obrigue a isso.

Caso fosse proposta a edição de uma lei nesse sentido, seria preciso verificar a constitucionalidade dela em relação ao princípio da igualdade, ou seja, seria preciso verificar se há fundamentos suficientes para justificar o tratamento desigual dispensado ao funcionário sabatista em detrimento dos demais funcionários, uma vez que estes terão que assumir os turnos de trabalho daqueles entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, em uma escala que pode ser mais sacrificante conforme menor for o número total de funcionários concorrentes a ela ou maior for a proporção de sabatistas laborando na empresa.

No âmbito público as colisões podem ser ainda maiores e mais relevantes, pois, enquanto no âmbito privado a solução pode ser encontrada com a dispensa, sem justa causa, do funcionário que se negue ao labor por força de sua crença religiosa, o mesmo não ocorre no âmbito da administração pública. Na hipótese de uma pequena fração militar, em qualquer uma das centenas de cidades brasileiras, cujo contingente policial não supera o número de dez, caso quatro deles seja sabatista, o direito de crença religiosa dos mesmos colidiria com o direito à igualdade dos demais que poderiam sofrer um tratamento desigual ao serem sempre escalados para os plantões entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. O mesmo pode ocorrer em uma cidade de porte médio, onde exista apenas dois médicos cirurgiões-ortopedistas, sendo um deles sabatista. O médico que não guarda o *Shabat* não possui o dever legal de assumir todos os plantões entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, pois inexistente lei que o obrigue a isso.

Para solucionar tais questões, conforme disposto no tópico 2.3., será preciso abordar o assunto à luz dos princípios da legalidade e da igualdade com as delimitações dadas pela lei de colisão, teoria do sopesamento ou ponderação propriamente dita e máxima da proporcionalidade.

3.4 Os limites constitucionais impostos pelos princípios da legalidade e da igualdade à guarda do período sabático com as delimitações dadas pela lei de colisão, teoria do sopesamento ou ponderação propriamente dita e máxima da proporcionalidade

Conforme consignado alhures, o direito de crença religiosa decorre do direito de liberdade e contempla tanto a liberdade de aderir a qualquer religião ou seita, como a liberdade de não aderir a religião alguma, por ser descrente, assegurado o direito de ser ateu ou agnóstico.²⁴⁹ Contudo, tal direito, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto.

Os direitos fundamentais são apenas direitos “*prima facie*” e não definitivos, na medida em que a sua “radicação subjectiva definitiva” depende da ponderação e da concordância feita em face das circunstâncias concretas.²⁵⁰ Além dos limites ou restrições previstos na própria constituição de forma expressa ou em leis editadas conforme autorização constitucional, ainda há os limites imanentes ou implícitos aos direitos fundamentais que visam salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens e que constituem o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais.²⁵¹

As exigências da liberdade devem ser limitadas, por exemplo, para proteção da segurança, liberdade, igualdade ou propriedade de terceiros, uma vez que o direito à liberdade não é o único direito político. No entanto, o Estado deve justificar a desconsideração ou limitação de direitos com fundamento na preservação de um direito mais importante, podendo restringir um direito quando o fizer, com plausibilidade, para salvaguardar direitos concorrentes que seriam ameaçados caso o direito em questão não fosse limitado.²⁵²

Portanto, não restam dúvidas da limitabilidade dos direitos fundamentais e, por via de consequência, da limitabilidade do direito de crença religiosa. A própria Constituição Federal, ao garantir o direito de crença religiosa, lhe estabelece limites ou restrições constitucionais imediatos²⁵³, presentes na parte final do inciso VIII do

²⁴⁹ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 136.

²⁵⁰ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1257.

²⁵¹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1260-1266.

²⁵² Cf. DWORKIN, 2011, p. 297-298; 409-412.

²⁵³ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1260-1261.

artigo 5º, ao estabelecer que a crença religiosa não poderá ser invocada para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para eximir-se do cumprimento de prestação alternativa fixada em lei.²⁵⁴ A grande questão a ser resolvida é a demarcação desse limite, ou seja, o estabelecimento do alcance do direito de crença religiosa.

Para equacionar tal questão é necessário, em primeiro lugar, recordar que em um conflito entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais, um deles terá precedência sobre o outro, sem, contudo, que o outro seja declarado inválido, pois, em outras situações e sob outras condições, a questão da precedência poderá ser resolvida de forma diversa. Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, sendo que os princípios com maior peso terão precedência sobre os princípios com menor peso.²⁵⁵

Na hipótese de um aluno sabatista, estudante no turno da noite, regularmente matriculado em uma instituição pública de ensino, não inserida no raio de validade de nenhuma lei específica que lhe assegure o abono de faltas por motivo de crença religiosa, entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, seria necessário resolver a questão da colisão entre o direito de crença religiosa do aluno, o princípio da legalidade que protege a instituição de ensino e o direito de igualdade entre todos os alunos que se encontram nas mesmas condições enquanto estudantes, tudo isso à luz do princípio da laicidade estatal.

A solução prática, evidenciada nas leis declinadas no início deste capítulo, seria abonar as faltas do aluno, devendo o mesmo realizar tarefas alternativas que supram as faltas abonadas, além de se remarcar as avaliações curriculares para outro dia. Contudo, tais soluções geram trabalho extraordinário para os professores, que deverão dedicar um tempo específico na preparação e correção das tarefas alternativas, além de gerar custos e ônus administrativo para a instituição de ensino que, além de remunerar os docentes por tais serviços extraordinários, precisará designar funcionários para fiscalizar o aluno durante a efetivação de sua avaliação em horário diverso dos demais alunos.

Portanto, inexistindo uma lei que obrigue a instituição de ensino a proceder dessa forma, haveria uma colisão entre o direito de crença religiosa do aluno e o direito da instituição de ensino (professores, funcionários administrativos,

²⁵⁴ BRASIL, 2015, p. 2.

²⁵⁵ Cf. ALEXY, 2012, p. 93-94.

coordenação, secretaria) não ser obrigada a fazer alguma coisa por inexistência de lei nesse sentido. Também, surge uma colisão entre o direito de crença religiosa do aluno sabatista e o direito de igualdade que exige igual tratamento a todos os alunos, uma vez que ao ser dispensado de frequentar as aulas às sextas-feiras à noite, além de eventuais atividades aos sábados, o aluno sabatista teria um tratamento diferenciado, cujo motivo justificador seria a sua crença religiosa, o que, contraria, de um lado a laicidade estatal e, de outro, o próprio direito à igualdade, pois a justificativa não compreenderia uma razão suficiente.

Outra hipótese crível é a de um policial militar, guardião do período sabático, lotado em uma pequena fração no interior de determinado Estado, para a qual há apenas oito policiais destacados. Inexistindo lei que o dispense do serviço, entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, ele requer administrativamente tal dispensa com base em sua crença religiosa. Nessa hipótese, o direito de crença do policial requerente entraria em rota de colisão com o direito à igualdade dos demais policiais, os quais se veriam sobrecarregados na medida em que sempre teriam que assumir o serviço, em substituição ao policial dispensado, entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. A situação seria ainda pior caso o número de policiais que professam a mesma crença fosse maior, a ponto de inviabilizar a atividade de segurança pública em uma dada comunidade. Portanto, nesta segunda hipótese, o direito de crença religiosa colide com o direito de igualdade dos demais policiais que se encontram nas mesmas condições do policial sabatista, além de afetar a organização jurídico-administrativa do Estado.

Conforme estudado no capítulo anterior, o princípio da legalidade constitui segurança jurídica ao indivíduo, para o qual somente podem ser criadas obrigações por meio de leis aprovadas conforme as regras do processo legislativo constitucional.²⁵⁶ Assim sendo, inexistindo lei que obrigue o estabelecimento de ensino a dar tratamento diverso ao aluno guardião do período sabático, tal exigência não poderá ser feita, na medida em que qualquer limitação à autonomia da vontade somente pode ser imposta por meio de atos normativos com, no mínimo, força de lei ordinária.²⁵⁷ Por se tratar de estabelecimento de ensino público, onde é vedado o proselitismo e deve imperar a laicidade, a atuação deve se submeter a um regime

²⁵⁶ Cf. MORAES, 2012, p. 41-42.

²⁵⁷ Cf. MARMELESTEIN, 2013, p. 101-103.

que embargue favoritismos e perseguições, se pautando pela conformidade com a lei, segundo a norma geral, abstrata, impessoal, editada pelo Poder Legislativo.²⁵⁸

Noutro giro, o princípio da igualdade, também objeto de estudo no capítulo anterior, tem como dimensão básica a igualdade na aplicação do direito, na medida em que todos são iguais perante a lei.²⁵⁹ Todos têm direito a igual tratamento, ou seja, a uma igual distribuição de oportunidades, recursos ou encargos, bem como direito ao tratamento como igual, no sentido de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.²⁶⁰ Dentro de uma visão liberal, para além da igualdade formal, é preciso que se efetive uma igualdade material através da lei, com o dever de se tratar “por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”, desde que calcado em fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.²⁶¹

A igualdade deve ser compreendida tanto como um dever de igualdade na aplicação, quanto também na criação do direito²⁶², devendo ser dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais.²⁶³ Portanto, o princípio da igualdade se dirige ao legislador no sentido de que não edite regras que estabeleçam privilégios, “especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo”. Tal princípio também se dirige ao juiz, no sentido de que deve “dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma”, o que também vale para todas as outras pessoas que tenham que aplicar a lei²⁶⁴, tais como os diretores de escolas e os chefes e comandantes das polícias.

Embora não seja impedido o tratamento desigual dos casos desiguais, pelo princípio da igualdade estão vedadas as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. Além de impedir o legislador de criar leis que instituem tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, o princípio da igualdade exige que o intérprete, basicamente, a autoridade pública, aplique “a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas,

²⁵⁸ Cf. MELLO, 2008, p. 100-101.

²⁵⁹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 426-429.

²⁶⁰ Cf. DWORKIN, 2011, p. 349-350.

²⁶¹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 426-429.

²⁶² ALEXY, 2012, p. 393-399.

²⁶³ Cf. PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 122.

²⁶⁴ CARVALHO, 2011, p. 697.

raça, classe social”.²⁶⁵ Assim, todos devem ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta²⁶⁶, de maneira que, inexistindo uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.²⁶⁷

Nesse ponto, impõe-se o registro de que o Direito constitui o “pêndulo essencial na relação entre Religião e Estado por ser a única fonte, força e forma capaz de amenizar os resultados danosos da disputa de poder entre Religião e Estado na sociedade”.²⁶⁸ Portanto, a solução para tais colisões de direitos fundamentais e princípios constitucionais deve ser dada pelo Direito, sem receio de ferir suscetibilidades. É preciso apontar soluções para evitar danosas violações.

Para tanto, é fundamental a otimização do princípio da laicidade do Estado, que está intimamente ligado ao direito de liberdade de religião e ao direito de igualdade. A laicidade estatal interdita a “promiscuidade entre os poderes públicos e qualquer credo religioso”, impedindo que o Estado endosse doutrinas de fé e, com isso, evitando a coerção, ainda que psicológica, dos que não professam aquela religião. De outro lado, em uma sociedade plural, onde convivem pessoas das mais variadas crenças e afiliações religiosas, além de outras que não professam nenhum credo, a laicidade torna-se indispensável para o tratamento de todos com o mesmo respeito e consideração. Portanto, em tal contexto de pluralismo religioso, o endosso por parte do Estado de qualquer posicionamento religioso causará um injustificado tratamento desfavorecido em relação àqueles que não abraçam o credo privilegiado”²⁶⁹.

A concessão estadual de uma posição de vantagem a instituições, símbolos ou ritos de uma determinada confissão religiosa é suscetível de ser interpretada, pelos não aderentes, como uma forma de pressão no sentido da conformidade com a confissão religiosa favorecida e uma mensagem de desvalorização das restantes crenças. Por outras palavras, ela é inerentemente coerciva.²⁷⁰

²⁶⁵ MORAES, 2012, p. 35-36.

²⁶⁶ Cf. SILVA, 2012, p. 226.

²⁶⁷ Cf. ALEXY, 2012, p. 407-408.

²⁶⁸ SOUZA, 2009, p. 145-146.

²⁶⁹ SARMENTO, 2007, p. 3-5.

²⁷⁰ MACHADO, 1996, p. 348-349 apud SARMENTO, 2007, p. 4.

A Suprema Corte norte-americana, no ano de 1971, instituiu o chamado “*Lemon test* (originalmente utilizado, em 1971, para declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a complementação do salário de professores de escolas paroquiais pelo ente da federação)”, para fins de verificar eventual inobservância ao estabelecido na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos onde, dentre outras disposições, se proíbe a extinção da liberdade de exercício da religião, bem como o estabelecimento de uma religião oficial ou de preferências a um credo em detrimento dos demais. O “*Lemon test*” é estruturado em três partes: “1º) a ação estatal dever ter um propósito legislativo secular; 2º) seu efeito principal ou primário deve ser tal que não incentive ou iniba qualquer religião; 3º) tal ação não pode gerar uma excessiva imbricação (*entanglement*) entre religião e governo”.²⁷¹ Posteriormente, foi proposto um novo teste de verificação:

[...] o *endorsement test*, segundo o qual a Corte deveria observar não apenas a intenção presente na ação do ente público, mas principalmente que mensagem tal ação comunicaria. Desse modo, ainda que o propósito principal de uma ação estatal fosse secular (conforme dispunha a primeira parte do *Lemon test*), se a mesma criasse uma percepção na mente de um observador razoável de que o governo estivesse endossando ou desaprovando uma religião, comunicando a mensagem de que determinadas pessoas ocupariam uma condição de *outsiders* na comunidade política, a cláusula de estabelecimento estaria violada.²⁷²

Assim, a atuação estatal deve estar despida de verdades religiosas, neutra sob o ponto de vista das visões de mundo. As decisões devem ser justificáveis com argumentos acessíveis e imparciais tanto para cidadãos religiosos quanto não-religiosos, sem privilegiar um dos lados em detrimento de outro.²⁷³ O tratamento desigual só é cabível quando supedaneado por fundamentos materiais justificativos, sendo cabível tratamento desigual apenas para se buscar uma igualdade material através da lei²⁷⁴, não devendo ser editadas regras que estabeleçam privilégios em razão da religião²⁷⁵, estando vedadas as diferenciações arbitrárias que instituem tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações

²⁷¹ PINHEIRO, 2008, p. 41-42.

²⁷² PINHEIRO, 2008, p. 44-45.

²⁷³ Cf. HABERMAS, 2007, p. 138-140.

²⁷⁴ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 426-429.

²⁷⁵ Cf. CARVALHO, 2011, p. 697.

idênticas e devendo ser aplicada a lei e os atos normativos sem o estabelecimento de diferenciações em razão da religião²⁷⁶, de maneira que todos tenham “igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta”²⁷⁷, sendo certo que na ausência de razão suficiente que permita um tratamento desigual, o tratamento igual se torna obrigatório.²⁷⁸

Nessa linha, considerando os ensinamentos sobre a lei de colisão²⁷⁹, se verifica que os princípios da legalidade, da igualdade e da laicidade têm precedência sobre o direito de crença religiosa, nas condições fáticas apresentadas pelo aluno e pelo policial militar sabatistas, cuja consequência jurídica é o tratamento igual por estarem em igualdade de condições.

Sob o prisma da máxima da proporcionalidade, que trata da adequação, da necessidade e da proporcionalidade propriamente dita²⁸⁰, a solução, embora com uma ressalva quanto aos certames de interesse público, não é substancialmente diferente, uma vez que as medidas requeridas pelo aluno e policial sabatistas não se mostra axiologicamente mais importante do que os sacrifícios experimentados.

A ressalva a ser feita reside nas hipóteses de realização de certames de interesse público aos sábados quando, sob o prisma da adequação, é possível, mediante requerimento prévio dos candidatos sabatistas, que se estabeleça igual horário de entrada para todos os candidatos, com horário diferenciado para realização das provas por parte dos sabatistas, os quais permanecerão incomunicáveis e devidamente alojados em recinto adequado até o pôr-do-sol.

Tal medida, sob o enfoque da necessidade, se mostra a menos prejudicial entre as demais alternativas possíveis, a saber: aplicação de prova diferenciada em outro dia, o que fere o princípio da igualdade (isonomia); realização do certame em outro dia (o que traria transtornos a alunos de outras cidades e estados, com necessidade de longos deslocamentos e ausência de trabalho e estudo, caso as provas sejam realizadas em mais de um dia); obrigação de realizar a prova no mesmo horário dos demais candidatos.

²⁷⁶ Cf. MORAES, 2012, p. 35-36.

²⁷⁷ SILVA, 2012, p. 226.

²⁷⁸ Cf. ALEXY, 2012, p. 407-408.

²⁷⁹ Cf. ALEXY, 2012, p. 99.

²⁸⁰ Cf. ALEXY, 2012, p. 117-118.

Considerando a proporcionalidade propriamente dita e o fato de que se trata de um certame de interesse público, portanto esporádico e com arrecadação de recursos para a sua realização, se mostra razoável a destinação de parte dos recursos para o atendimento da demanda excepcional dos sabatistas, lembrando, que neste caso, não haverá prejuízo algum ao princípio da igualdade, uma vez que todos estarão sujeitos ao mesmo tipo de prova, portanto, com igual grau de dificuldade.

Portanto, a colisão dos princípios fundamentais da legalidade e da igualdade com o direito de crença religiosa, como supedâneo à guarda do período sabático para fins de obtenção de tratamento diferenciado por ocasião da realização de exames vestibulares, concursos públicos ou cumprimento de escalas de plantão, dentre outras hipóteses, na ausência de lei que estabeleça regra diversa, deve ser resolvida com a preponderância dos princípios da legalidade e da igualdade, sem se perder de vista o princípio da laicidade.

Vale invocar os ensinamentos de Canotilho quando, após afirmar que “o direito constitucional, como qualquer prática social humana, tem as suas modas”, registra que uma dessas modas é a da “viragem *jurisprudencial* do direito constitucional”:

O direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é. O fenômeno não é novo e há muito que os americanos sintetizam esta ideia na célebre fórmula, atrás citada, do juiz Hughes – “a Constituição é o que os juízes dizem” – ou, se preferirmos o texto inglês, “we are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is”. [...] Conheçam-se os *leading cases* resolvidos pelos tribunais constitucionais se quisermos conhecer a constituição viva.²⁸¹

Sendo assim, resta apenas registrar que a questão debatida na presente dissertação foi declarada de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal²⁸² que se manifestou no sentido de que a designação de dia alternativo para a realização das provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), por parte dos sabatistas, colocaria em risco a ordem pública, compreendida em termos de ordem jurídico-administrativa.

²⁸¹ CANOTILHO, 2002, p. 26.

²⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 2-3.

No julgamento, registrou-se a certeza de que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade em face do fenômeno religioso, sendo proibida toda e qualquer atividade estatal que privilegie certa confissão religiosa em prejuízo das demais, não sendo admitido que o Estado beneficie um grupo religioso ou lhe conceda privilégios em detrimento de outros, de maneira que a designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por pessoas de determinado grupo religioso não estaria em consonância com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para esse grupo.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a medida adotada pelo MEC, no sentido de confinar os sabatistas até o início da prova, após o pôr-do-sol, se revela, diante dos problemas decorrentes da designação de dia alternativo, mais condizente com o dever do Estado de neutralidade em face do fenômeno religioso e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.

CONCLUSÃO

Os estudos levados a efeito durante a pesquisa para a elaboração desta dissertação evidenciaram que o direito fundamental à liberdade de crença religiosa, além de assegurar a inviolabilidade de tal direito, também assegurou o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, bem como garantiu a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, além de estabelecer que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.

Contudo, tal direito, assim como acontece com os demais direitos fundamentais, não é absoluto, sendo fato que a própria Constituição estatuiu uma restrição imediata no sentido de que a garantia de que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa será válida, salvo se tal crença for invocada para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e se houver recusa a cumprir prestação alternativa fixada em lei.²⁸³

Ficou claro, ainda, que o direito à liberdade de crença religiosa encontra outras limitações além da supracitada restrição imediata, em especial quando a sua maximização colide com outros direitos fundamentais e/ou colide com princípios constitucionais, tais como o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da laicidade do Estado, hipóteses em que a colisão será resolvida mediante o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Vale lembrar que a concretização dos direitos fundamentais depende da ponderação e da concordância feita em face das circunstâncias concretas, assim como ocorre com os princípios fundamentais, os quais não exprimem um mandamento definitivo, mas sim exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dessa forma, as exigências da liberdade devem ser limitadas, por exemplo, para proteção da segurança, liberdade, igualdade ou propriedade de terceiros, sendo legítimo ao Estado justificar a desconsideração ou limitação de direitos com fundamento na preservação de um direito mais importante, podendo restringir um direito quando o

²⁸³ BRASIL, 2015, p. 2.

fizer para salvaguardar direitos concorrentes que seriam ameaçados caso o direito em questão não fosse limitado. Portanto, restando inviável a harmonização de direitos fundamentais e princípios constitucionais colidentes, a lei de colisão, por meio do sopesamento ou ponderação, estabelecerá qual deles deve prevalecer, o que está intrinsecamente ligado à máxima da proporcionalidade, que possui as três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade propriamente dita.

Nesse ponto, impõe-se o registro de que a hipótese fulcral dessa dissertação residiu na verificação dos limites ao direito de crença religiosa dos sabatistas, os quais invocam a sua crença na guarda do período sabático para obterem tratamento diferenciado no sentido de, dentre outras coisas, não serem obrigados a assistir aulas, realizar provas, cumprir etapas de certames públicos ou escalas de serviço, entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado.

Objetivando a solução da questão, sopesou-se que, se por um lado os judeus, adventistas do sétimo dia e batistas do sétimo dia têm o direito constitucional de crer no *Shabat* e de se comportar, no âmbito de suas vidas privadas, conforme os ensinamentos correlatos à sua crença, sem interferir na liberdade alheia, por outro lado os demais indivíduos têm o direito de não professar a mesma crença, uma vez que a liberdade jurídica de professar uma crença surge sempre quando, além de ser permitido fazê-lo, também, é permitido não o fazer.

Nessa esteira, da mesma forma que assiste aos sabatistas o direito de crença no *Shabat*, desde que não o invoquem para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei, também assiste às demais pessoas, como decorrência do princípio da legalidade, o direito de somente ver sua autonomia da vontade limitada por meio de leis aprovadas conforme as regras do processo legislativo constitucional.

Noutra senda, como decorrência do princípio da igualdade, restou claro que todos têm direito a igual tratamento e ao tratamento como igual, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os que se encontram em situação desigual, tudo devidamente justificado por fundamentos válidos, de modo que a igualdade seja compreendida tanto como um dever de igualdade na aplicação, quanto também na criação do direito. Por força do princípio da igualdade, o intérprete, basicamente, a autoridade pública, deve aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem diferenciações em razão da religião, de forma que todos tenham igual tratamento

nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sendo que, inexistindo razão suficiente para que seja permitido um tratamento desigual, o tratamento igual será obrigatório.

Em caráter complementar, o princípio da laicidade estatal exige que o Estado tenha uma postura neutra, independente, respeitando o pluralismo religioso, lhe sendo vedado beneficiar ou prejudicar qualquer religião, devendo ser tolerante e neutro em relação às tendências religiosas, sem hostilidade ou proselitismo. O Estado deve tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, lhe sendo vedado endossar qualquer posicionamento religioso. O propósito da ação estatal deve ser secular e seu efeito principal não deve incentivar ou inibir qualquer religião e nem gerar uma excessiva imbricação entre religião e governo.

Portanto, o tratamento desigual dos sabatistas não é cabível face à ausência de fundamentos materiais justificativos que demonstrem a necessidade de se buscar uma igualdade material através da lei, uma vez que não devem ser editadas regras que estabeleçam privilégios em razão da religião. Da mesma forma, são vedadas as diferenciações arbitrárias que instituem tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, devendo ser aplicada a lei e os atos normativos sem o estabelecimento de diferenciações em razão da religião.

O direito fundamental à liberdade religiosa atrelado ao princípio da laicidade estatal impõe ao Estado o dever de neutralidade em face do fenômeno religioso, sendo proibida toda e qualquer atividade estatal que privilegie certa confissão religiosa em prejuízo das demais, não sendo admitido que o Estado beneficie um grupo religioso ou lhe conceda privilégios em detrimento de outros, de maneira que a designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por pessoas de determinado grupo religioso não estaria em consonância com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para esse grupo.

Nessa mesma linha, a liberação da escala de serviço em prol de policiais militares sabatistas, durante o *Shabat*, provoca o confronto de princípios fundamentais, pois o direito de crença religiosa que, embora fundamental, não é absoluto, encontra limite na medida em que ameaça outros princípios também fundamentais, tais como a igualdade e a legalidade. Da mesma forma, as atividades administrativas voltadas ao provimento de cargos públicos não podem ser condicionadas às crenças dos interessados, de modo a possibilitar-lhes realizar as etapas do processo seletivo segundo os preceitos da sua religião.

Vale lembrar que, embora a questão não tenha sido resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi entendida como de repercussão geral, de maneira que ainda será submetida a julgamento pelo Plenário, restou claro o posicionamento de nossa Corte Constitucional quanto aos limites do direito de crença religiosa quando invocados para obtenção de tratamento diferenciado perante o Estado e terceiros, sem que, para tanto, existam razões justificáveis.

Por fim, verificou-se que a colisão dos princípios fundamentais da legalidade e da igualdade com o direito de crença religiosa, como supedâneo à guarda do período sabático para fins de obtenção de tratamento diferenciado por ocasião da realização de exames vestibulares, concursos públicos ou cumprimento de escalas de plantão, dentre outras hipóteses, na ausência de lei que estabeleça regra diversa, deve ser resolvida com a preponderância dos princípios da legalidade e da igualdade, sem perder-se de vista o princípio da laicidade do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Jader Miranda. *Guarda do sábado e concursos públicos*. Disponível em: <<http://jadermirandadealmeida.blogspot.com.br/2011/03/guarda-do-sabado-e-concursos-publicos.html>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 15 dez. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Constituição Política do Império do Brasil: outorgada em 25 de março de 1824. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. In: *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES nº 224/2006, aprovado em 20 de set. de 2006. Consulta sobre abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido a convicções religiosas. Rel. Marilena de Souza Chaui. In: *MEC*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces224_06.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM. Lei nº 6.710, de 21 de dezembro de 2012. Possibilita aos membros de igrejas que guardam os sábados, matriculados na rede pública municipal e particular de ensino, dispensa de exames de avaliação e abono de faltas em dias que especifica. In: *Diário Oficial de Cachoeiro de Itapemirim*. Nº 4280. Disponível em:

<<http://www.cachoeiro.es.gov.br/transparencia/diario/arq/Di%C3%A1rio4280-28EE.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHABAD.ORG. *Os 39 trabalhos proibidos*. Disponível em: <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/657775/jewish/Os-39-Trabalhos-Proibidos.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CONGREGAÇÃO ISRAELITA PAULISTA. *Shabat: o dia de descanso*. Disponível em: <<http://www.cip.org.br/judaismo/festividades/shabat/>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedidos de Providências nº 1.344, 1345, 1346 e 1362. In: *CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=45629&ndiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALLEGO, Roberto de Almeida. *O sagrado na esfera pública: religião, direito e Estado laico*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4. Oxford, July, 2010, p. 464-480.

IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. *Crenças*. Disponível em: <<http://www.adventistas.org/pt/institucional/crencas/>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

IGREJA BATISTA DO SÉTIMO DIA. *Constituição da conferência batista do sétimo dia brasileira*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/wp-content/uploads/2012/04/MANUAL-DA-IGREJA-CBSDB.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2014.

_____. *Declaração de Fé*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/declaracao-de-fe>. Acesso em: 02 dez. 2014.

_____. *História da Igreja Batista do Sétimo dia no Brasil*. Disponível em: <http://www.ib7.org/_novo/historia-da-igreja>. Acesso em: 02 dez. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWIN, Helena (Coord.). *Identidade e cidadania: como se expressa o judaísmo brasileiro*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. rev. e atual. até a EC nº 68/11 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

O GLOBO. *Censo: o perfil religioso do país*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/infograficos/censo-religiao/>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e religião: a constituinte de 1987 / 1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

RONDÔNIA. Lei nº 1.631, de 18 de maio de 2006. Estabelece períodos para a realização de provas de concursos públicos, exames vestibulares e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa de Rondônia*. Disponível em: <http://sapl.al.ro.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3607_texto_integral>. Acesso em: 03 dez. 2014.

SABAINI, Wallace Tesch. *Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

SANTA CATARINA. Lei nº 11.225, de 20 de novembro de 1999. Estabelece períodos para realização de concursos destinados a provimento de cargos públicos e exames vestibulares no Estado de Santa Catarina e adota outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

SÃO PAULO. Lei nº 12.142, de 8 de dezembro de 2005. Estabelece períodos para a realização de concursos ou processos seletivos para provimento de cargos públicos e de exames vestibulares no âmbito do Estado e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=59298>>. Acesso em 03 dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: *Revista Eletrônica PRPE*. Maio de 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Josias Jacintho de. *Separação entre religião e Estado no Brasil: utopia constitucional? Tese de Doutorado*. São Paulo: PUC-SP, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo nº 570*. Princípio da neutralidade do Estado: provas do ENEM e dia compatível com o exercício da fé. Suspensão de tutela antecipada nº 389 do Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 3 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo570.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7785/SP da Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 5 nov. 1998. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=testemunha+e+Jeov%E1+e=m%E9dico&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 10 jun. 2015.

WIKIPEDIA. *Shabat*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Shabat>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.