

# DIREITOS FUNDAMENTAIS: O LIMITE DA LIBERDADE DE CRENÇA E DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

## FUNDAMENTAL RIGHTS: THE LIMITS OF FREEDOM OF BELIEF AND RELIGIOUS CONSCIENCE FROM HERMENEUTICS CRITICS OF LAW

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING<sup>1</sup>  
CLÁUDIO ROGÉRIO SOUSA LIRA<sup>2</sup>

RESUMO: A pesquisa analisa o direito fundamental de liberdade de crença e de consciência religiosa e a possibilidade de desobrigação de comparecimento à atividade educacional em virtude de orientação de dogmas e de preceitos religiosos. Para possibilitar uma discussão científica acerca do tempo proposto, busca-se elaborar um conceito sobre direitos e garantias fundamentais a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema ao longo da história. Em seguida, ainda sem descortinar o tema central do trabalho, lançam-se breves apontamentos acerca de uma possível distinção entre direitos e garantias fundamentais e sobre a forma de como eles foram positivados. A partir daí a pesquisa enfrenta o seu objeto central, ao demonstrar, com base na Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), que aquele que se declara fiel a uma crença ou à determinada consciência religiosa somente terá direito a um “tratamento diferenciado” pelo Estado se possuir um direito fundamental correspondente. Isso porque os direitos fundamentais não são valores que devam ser ponderados, porquanto exigem um enfrentamento à luz da historicidade e integridade do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Princípios; Hermenêutica.

---

Artigo recebido em 18.04.2015. Pareceres emitidos em 25.05.2015, 26.05.2015 e 21.12.2015.

Artigo aceito para publicação em 16.01.2016.

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, *campus* São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, *campus* Florianópolis/SC. Magistrado na Comarca de Santa Rosa/RS. Professor de Graduação, Pós-graduação e Mestrado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo/RS. [anhommerding@fj.rs.gov.br](mailto:anhommerding@fj.rs.gov.br)

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, *campus* São Leopoldo-RS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* Santo Ângelo/RS. Professor da Graduação e da Pós-graduação da Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA, *campus* Santa Rosa/RS. Servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. [clira@mp.rs.gov.br](mailto:clira@mp.rs.gov.br)

**ABSTRACT:** This study analyses the fundamental rights of freedom of belief and religious consciousness, and the possibility of releasing the attendance at an educational activity due to dogmas orientation and religious precepts. To enable a scientific discussion about the proposed time, we seek to develop a concept about fundamental rights and guarantees by revisiting literature about the topic throughout history. Then, still not uncovering the central theme of the work, brief notes are thrown about a possible distinction between fundamental rights and guarantees and the way how they were positivized. From this point, research faces its central object, by demonstrating, based on Hermeneutics Law Review (Streck), that the individual who declares himself loyal to a religious belief or a particular conscience only has a “special treatment” given by the State if s/he has also a corresponding fundamental right. This is because fundamental rights are not values that have to be considered, so they require a confrontation under the light of historicity and integrity of law.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; Principles; Hermeneutics.

**SUMÁRIO:** Considerações Iniciais; 1. Desenvolvimento; 1.1 Breves Considerações acerca dos Direitos Fundamentais; 1.2 Apontamentos sobre uma Possível Distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais; 1.3 O Processo de Positivização dos Direitos e das Garantias Fundamentais; 1.4 Em Tempo: como a ponderação pode enfraquecer os direitos fundamentais; 1.5 Um Caso Concreto sob a Ótica da Crítica Hermenêutica ao Direito: aquele que se declara Adventista do Sétimo Dia possui um direito fundamental de receber “tratamento diferenciado” em instituições de ensino?; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**SUMMARY:** Opening Arguments; 1. Development; 1.1 Brief Remarks on Fundamental Rights; 1.2 Notes on a Possible Distinction between Fundamental Rights and Fundamental Guarantees; 1.3 Process of Positivation of Fundamental Rights and Fundamental Guarantees; 1.4 By the Way: how can “balancing” undermine Fundamental Rights; 1.5 A Concrete Example under the Scope of the “Hermeneutical Theory of Law”: does the one who claims himself as a member of the “Adventist Church of the Seventh-Day” have a fundamental right to a “special treatment” in educational institutions?; Closing Arguments; References.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A Constituição da República de 1988 consagrou, no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), a inviolabilidade da “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 as suas liturgias”, além de assegurar, “nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

Ao mesmo tempo, a fim de evitar discriminação em razão de crença, o legislador constitucional estabeleceu que “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”, inclusive, quando dispôs sobre a organização político-administrativa do Estado, vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “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”. Tal política de não-intervenção acabou refletindo no campo tributário, pois é defeso aos Entes públicos cobrar impostos sobre o funcionamento de templos de quaisquer cultos.

Essas são apenas algumas mostras de que é livre a manifestação de crença e de que o Estado não deve interferir na organização e em seus funcionamentos. Para isso, há todo um alinhamento desde o “DNA constitucional” até os dispositivos infraconstitucionais, garantindo a todos a liberdade de consciência para professar sua crença religiosa. Contudo, o que se deve indagar é se tal “liberdade de crença” assegura realmente um direito fundamental que obrigue ao Estado e à iniciativa privada a respeitar tais crenças e a disponibilizar “tratamento diferenciado” aos que professam suas religiões.

É certo, por exemplo, que 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”. Mas isso somente é possível dado o caráter impositivo do serviço militar obrigatório aos homens.

A questão aqui posta reside na análise do problema da liberdade de crença frente aos direitos fundamentais, especialmente abordando a possibilidade de se limitar o direito fundamental à crença religiosa. Sarlet, valendo-se dos ensinamentos de Canotilho, define os limites aos direitos fundamentais como sendo as “ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspectos objetivos*) que resultem dos direitos fundamentais”<sup>3</sup>. Embora algumas limitações já estejam postas na própria Constituição e em outras normas, autorizadas pela Lei Maior, o fio condutor deste artigo analisa outra hipótese de limitação de um direito fundamental: a possível desobrigação de alguma atividade por um particular frente à alegação do direito de crença religiosa. Hermeneuticamente falando, o aspecto aqui a ser considerado é investigar o problema da liberdade de crença frente aos direitos fundamentais na *applicatio*, a partir de uma “insuficiência” da regra para o caso concreto.

Assim, a partir do estudo dos direitos fundamentais, a proposta do texto é analisar se o exercício de atividades facultativas assumidas por quem professa uma crença pode servir de fundamento para que o Estado ou um particular disponibilizem a um “tratamento diferenciado” a quem professa determinada crença.

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...[et al.] SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

## 1. DESENVOLVIMENTO

### 1.1 Breves Considerações acerca dos Direitos Fundamentais

Definir o que é um direito fundamental não é tarefa simples. Nunca foi. Em tempos de pós-modernidade e de sociedades multiculturais, pior ainda. Por isso, já se adianta que não se pretende aqui esgotar os estudos para formular um conceito fechado sobre “direitos fundamentais”<sup>4</sup>. A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais no decorrer da história nunca permitiu atribuir um conceito certo sobre o significado de direito fundamental<sup>5</sup>. Embora a *pluridimensionalidade*, a *interdisciplinaridade* e a complexidade dos direitos fundamentais dificultem a formulação de um significado, não configuram obstáculos à criação de um conceito<sup>6</sup>.

O termo Direitos Fundamentais apareceu na França (1770) no movimento político e cultural que conduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Foi essa Declaração o marco para definir que “a mera vontade do mais forte não é uma justificativa definitiva para as ações que afetam os interesses vitais de indivíduos e que o mero fato de ser humano basta para reclamar bens que são necessários para uma vida autônoma e dignificada”<sup>7</sup>. Grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais e/ou princípios que resumem a concepção de mundo. Na Alemanha, são concebidos como a síntese das garantias individuais na tradição dos direitos políticos e das exigências sociais derivadas da concepção institucional do Direito.

Para Ingo W. Sarlet<sup>8</sup>, a partir dos estudos de Pérez Luño, o “processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como conhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais”. Segundo esse constitucionalista brasileiro, foi a *Magna Charta Libertatum*, documento assinado pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses, em 1215, na Inglaterra da Idade Média, “o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos”.

---

<sup>4</sup> Para se aprofundar nessa temática desafiante, sugerem-se os estudos de José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Antônio Henrique Pérez Luño, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Luís Alberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, apenas para falar nos que influenciaram diretamente os estudos dos autores nesta pesquisa.

<sup>5</sup> Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 179.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 304.

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. Tradução Nêlio Schneider. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011, p. 20.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 41.

Por isso, em apertada síntese, é possível considerar a consolidação dos Direitos Fundamentais como resultante das exigências da filosofia dos Direitos Humanos, com a sua plasmação normativa no Direito Positivo.

Nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais<sup>9</sup>. De outro lado, conforme o referido autor, com a positivação dos direitos fundamentais, introduzem-se princípios de validade do ordenamento jurídico<sup>10</sup>.

Nesse passo, Ferrajoli sustenta que são fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir. São tutelados como universais e, portanto, fundamentais, como a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, direitos políticos, direitos sociais e similares. Segundo ele, os direitos fundamentais correspondem à “dimensão substancial” (lei do mais débil) da democracia sobre o poder da maioria<sup>11</sup>. De outro lado, os direitos fundamentais constituem expectativas negativas ou positivas, isto é, a deveres de prestações ou proibições (paradigma da democracia constitucional)<sup>12</sup>.

Há muito se estabeleceu uma classificação dos direitos fundamentais em gerações – hodiernamente, alguns constitucionalistas adotam a expressão “dimensões”. Sarlet ressalta que é preciso destacar as “fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’, pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”<sup>13</sup>.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais reflete o “pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de

---

<sup>9</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 15-33.

<sup>10</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 54-55.

<sup>11</sup> Cfe. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim e Outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 15.

<sup>12</sup> Cfe. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim e Outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 16.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 45.

seu poder”<sup>14</sup>. É por essa razão que esses direitos de primeira dimensão são classificados como de cunho “negativos”. Nessa dimensão, destacam-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, arremata Sarlet<sup>15</sup>. Aqui também é possível inserir a liberdade de crença religiosa, objeto desse estudo.

A segunda dimensão dos direitos é fruto do impacto da industrialização e dos sérios problemas sociais e econômicos, porquanto havia uma insuficiência do exercício dos direitos de liberdade e de igualdade, razão pela qual, nessa dimensão, surge o caráter positivo dos direitos fundamentais, já que não se tratava de evitar a intervenção do Estado, mas da garantia da liberdade por intermédio do Estado<sup>16</sup>.

Na terceira dimensão dos direitos estão incluídos os direitos de titularidade coletiva ou difusa (ambiente, consumidor, etc.). Esses direitos são denominados “direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”, sustenta Sarlet<sup>17</sup>.

A essa tríade das dimensões dos direitos fundamentais foi acrescida a quarta geração, trazida por Norberto Bobbio<sup>18</sup>, entendida como a engenharia genética, sobretudo referente às pesquisas biológicas e à manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. Sarlet, com propriedade, destaca o entendimento de Paulo Bonavides, para quem a quarta dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, como uma derradeira fase da institucionalização do Estado Social<sup>19</sup>. Por fim, ainda é possível falar em uma quinta dimensão dos direitos fundamentais. Nessa dimensão, oportuna novamente é a contribuição de Paulo Bonavides, que, conforme Sarlet, elegeu o direito à paz a um lugar de destaque, “superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 45.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 48.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 50.

tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais”, colocando o direito à paz em uma “dimensão nova e autônoma”<sup>20</sup>. Já Oliveira Júnior<sup>21</sup> alerta que, “em meio à avalanche da informática terminamos por sugerir falar-se em uma quinta geração, voltada à proteção das relações no âmbito da realidade virtual”. Essa última geração também é defendida por Wolkmer e Morato<sup>22</sup>.

Como se viu, em relação à primeira, à segunda e à terceira geração não existe discordância das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Todavia, no que tange à quarta e à quinta geração não há consenso doutrinário, pois os autores estabelecem tutelas distintas em cada dessas gerações ou dimensões.

Para Mendes, Coelho e Branco<sup>23</sup>, a “sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado da maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, na sua formulação a imperativos de coerência lógica”. Essa leitura histórica acerca dos direitos fundamentais encontra coerência na doutrina, porquanto os direitos fundamentais são resultado de um longo processo de evolução das relações sociais, sobretudo aquelas travadas entre o cidadão e o Estado.

A tendência de evolução dos direitos fundamentais advém da mutabilidade do contexto histórico social. Por essa razão, há quem defenda que o rol dos direitos fundamentais elencados no Título II da Constituição do Brasil não é exaustivo, permitindo interpretação extensiva e analógica. Isso porque a constituição representa um momento histórico da República e, evidentemente, nos dias atuais, não é difícil constatar que a moldura histórica é distinta da daquela época e será outra nos tempos vindouros.

Nesse sentido, Sarlet<sup>24</sup> vai dizer que a Constituição reflete um perfil analítico do catálogo dos direitos fundamentais, “que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e 109 incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 51.

<sup>21</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – exigibilidade e proteção*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3.671. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+%2820%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008%29.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

<sup>22</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens. *Os Novos Direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...[et al.] SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional”. Essa possibilidade de interpretação constitucional extensiva está prevista expressamente nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Lei Maior<sup>25</sup>. Daí que pacificado na doutrina que os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 não são exaustivos.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, a própria Constituição definiu, no parágrafo 1º de seu artigo 5º, que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Contudo, alerta José Afonso da Silva que o fato de a Constituição ter dado eficácia imediata às normas de direitos fundamentais “não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais”<sup>26</sup>. Para Sarlet<sup>27</sup>, o catálogo dos direitos fundamentais representou uma inovação no sistema constitucional brasileiro, e, de acordo com esse constitucionalista brasileiro, “talvez a inovação mais significante tenha sido a do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata”.

Essa mesma observação é trazida por Mendes<sup>28</sup>, ao sustentar que os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Ainda conforme este autor, os “juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação”. Mendes<sup>29</sup> defende, ainda, que não se faça necessária a intervenção do legislador derivado para esclarecer ou mesmo repetir conteúdo de direito fundamental – salvo quando envolver direitos sociais –, porque, ainda que careça de ação do legislativo, as normas de direito fundamentais podem ser concretizadas pelo judiciário pela via interpretativa.

---

<sup>25</sup> Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 184.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...[et al.] SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286.



Por último, deve-se observar que os direitos fundamentais integram o núcleo imutável da Constituição da República de 1988<sup>30</sup>. Assim, o poder legislativo derivado não pode propor emenda à Lei Maior com conteúdo tendente a abolir ou restringir direito fundamental.

## 1.2 Apontamentos sobre uma Possível Distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição da República de 1988 dedicou um título inteiro (Título II) aos Direitos e às Garantias Fundamentais. Todavia, no texto constitucional não há distinção expressa entre “direitos” e “garantias”. Afinal, direito e garantias fundamentais são sinônimos? Como visto no item anterior, os direitos fundamentais englobam os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e os políticos.

No dizer de José Afonso da Silva<sup>31</sup>, são aqueles direitos voltados às situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Apesar de a Constituição não ter diferenciado os direitos das garantias fundamentais, a doutrina faz essa distinção. Conforme Alexandre de Moraes<sup>32</sup>, a “distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos limitam o poder”. Para Canotilho<sup>33</sup>, as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. José Afonso da Silva<sup>34</sup>, parafraseando Rui Barbosa, refere que “uma coisa são os direitos, outras as garantias”. Consoante o referido autor, os direitos são as disposições meramente declaratórias, responsáveis pela existência legal

---

<sup>30</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 183.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed., atual. até a EC nº 56/07. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 520.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 189.

dos direitos reconhecidos, enquanto que as garantias são as medidas assecuratórias, cuja finalidade é a limitação do poder em defesa dos direitos. Já para Mendes, a linha divisora entre direito e garantia é tênue, mas essa relativa complexidade não representa importância na prática, pois, segundo esse jurista, “a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”<sup>35</sup>.

Logo, é possível sustentar que direito e garantias fundamentais, sob o ponto de vista formal, não possuem o mesmo sentido. Essa questão interessa mais à frente para a pesquisa, pois à medida que se esclareça o quão é “fundamental” o direito à liberdade de crença e como devem decidir os juízes quanto à garantia de exercício desse direito, inclusive se tal garantia deve ser limitada em decorrência de uma interpretação adequada à Constituição, alicerçada na coerência e na integridade do Direito da comunidade.

### **1.3 O Processo de Positivção dos Direitos e das Garantias Fundamentais**

A positivção dos direitos e garantias fundamentais corresponde ao processo geral de formação das regras jurídicas. Para Pérez Luño, o constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais (na linha de evolução/geração), havendo uma interdependência genético-funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito exige, como condição de sua existência, a garantia dos direitos fundamentais (fundamento do Estado)<sup>36</sup>. Assim, os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que seu sistema jurídico e político, em seu conjunto, se orientará até o respeito e a promoção da pessoa humana, em sua estrita dimensão individual (Estado liberal de Direito) ou conjugando esta com a exigência de solidariedade, corolário componente social e coletivo da vida humana. Em resumo, no pensamento do autor, os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores básicos, protetores de situações jurídicas subjetivas. E o processo corresponde à evolução do Estado liberal ao Estado social de Direito. Conforme Pérez Luño, “de ahí que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto, en este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones particulares”<sup>37</sup>.

Nesse sentido, as transformações do Estado de Direito não só determinaram uma ampliação do âmbito dos direitos fundamentais, como

---

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

<sup>36</sup> Cfe. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011, p. 15.

<sup>37</sup> Cfe. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011, p. 19.

também propiciaram um “alargamento” de seu conteúdo, como propõe a formulação clássica de George Jelinek sobre as sucessivas etapas de afirmação dos direitos subjetivos públicos: a) *status subiectionis*, determina a situação puramente passiva dos destinatários das normas emanadas do poder público; b) *status libertatis*, que comporta o reconhecimento de uma esfera de liberdade individual negativa dos cidadãos, isto é, a garantia de não intromissão estatal em determinadas garantias (liberalismo político); c) *status civitatis*, em que os cidadãos podem exercer pretensões frente ao Estado, o que equivale a poder reclamar um comportamento positivo dos poderes públicos para a defesa de seus direitos civis; d) *status activae cititatis*, situação ativa em que o cidadão goza de direitos políticos, isto é, participa na formação da vontade geral do estado como membro da comunidade política e; e) *status positivus socialis*, que parte da consciência de que o desfrute dos direitos e liberdades exigia garantir algumas cotas de bem estar econômico que permitisse a participação ativa na vida comunitária<sup>38</sup>. Nesse *status*, há o reconhecimento dos denominados direitos econômicos, sociais e culturais, que não têm o objetivo de absorver ou anular a liberdade individual, senão de garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana, conjugando dimensões pessoais e coletivas.

Assim, nas palavras de Perez Luño, no horizonte de constitucionalismo, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano objetivo assumem função institucional para a funcionalização de fins e valores constitucionais; no plano subjetivo, estabelecem garantias de liberdades individuais, bem como defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade<sup>39</sup>.

A modo de resumir, os direitos fundamentais são frutos de uma dupla confluência: a) de um lado, supõem o encontro entre a tradição filosófica iluminista (representada pelo jusnaturalismo) com as técnicas de positivação e proteção reforçadas das liberdades próprias do movimento constitucionalista do Estado democrático de Direito; b) de outro lado, representam o ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades individuais com o sistema das necessidades radicais de caráter econômico, cultural, coletivo, cuja satisfação e tutela se dirigem os direitos sociais. Os direitos fundamentais, portanto, aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais<sup>40</sup>.

#### **1.4 Em Tempo: como a ponderação pode enfraquecer os direitos fundamentais**

A pós-modernidade realçou os direitos fundamentais, sobretudo empregando-os como resposta a questões complexas e multifacetadas.

---

<sup>38</sup> Cfe. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011, p. 19-21.

<sup>39</sup> Cfe. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011, p. 21.

<sup>40</sup> Cfe. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011, p. 39.

Ocorre que, não raras vezes, o reconhecimento de um direito fundamental acarreta a limitação de outro direito. De acordo com a Teoria da Decisão que se adote, é possível obter respostas distintas – e até mesmo contrárias – da matriz constitucional. Modestamente, o presente estudo quer sustentar que, ao longo do processo de evolução dos direitos e das garantias fundamentais, é provável que esteja ocorrendo um enfraquecimento de tais direitos a partir de interpretações axiológicas, como é o caso da ponderação principiológica capitaneada por Robert Alexy, em sua teoria da argumentação jurídica<sup>41</sup>. Isso, no dizer de Streck<sup>42</sup>, “vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concreitude apresenta ao direito”. A pesquisa aqui apresentada parte da premissa que a Hermenêutica defendida por Streck<sup>43</sup> tem possibilitado uma nova perspectiva para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, principalmente em razão do fato desses direitos e garantias, pilares genéticos do Estado de Direito, se apresentarem na forma de princípios. Dessa maneira, a Hermenêutica filosófica suplanta e corrige a forma de como o direito nacional recepcionou (equivocadamente) a teoria da argumentação jurídica alexyana, e estabelece padrões de coerência e integridade ao intérprete na solução de casos envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais, cotidianamente apresentados ao judiciário.

Inúmeros são os casos levados ao judiciário que se apoiam em princípios para postular uma prestação alternativa do Estado e de instituições particulares alegando direitos fundamentais. Vejam-se, por exemplo, decisões judiciais possibilitando a liberação de aluno de curso de biologia ou de medicina da prática de dissecação de animais, referidas por Lenio Streck, em *Hermenêutica Jurídica em Crise*<sup>44</sup>. Tais decisões, alicerçadas na ponderação de princípios, afastam a incidência de um princípio por entender que outro princípio tem carga valorativa maior do que o desprezado, configurando mais uma questão de “escolha” do que propriamente uma decisão fundamentada a partir de coerência e integridade do direito.

O que se quer dizer é que a tese da ponderação enfraquece o sentido do que é um direito fundamental – os direitos fundamentais podem ou não ser positivados e o que o sentido do que é “fundamental” não está no texto, mas na norma aplicado ao caso concreto. O problema é que essa abertura

---

<sup>41</sup> Veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Emildo. (Org). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 389.

<sup>43</sup> Consulte-se: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. (Org). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 389.

semântica apresentada como solução para os conflitos, por intermédio do sopesamento de princípios, tem servido de guarida para interpretações discricionárias e arbitrárias, possibilitando, com muito bem refere Streck, múltiplas e multifacetadas respostas no sistema do Direito<sup>45</sup>.

Essa “abertura” interpretativa resulta de uma inevitável discricionariedade no sopesamento proposto por Alexy, fato por ele próprio admitido em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>46</sup>. É por isso, portanto, que Lenio Streck vem sustentando que “na medida em que a forma da aplicação dos princípios se dá através da ponderação, a solução dos casos duvidosos (que comportam a incorporação de elementos externos ao direito, próprio do discurso prático geral) quanto à chamada *colisão de princípios* passa pela observação do procedimento da ponderação, *que apresenta, por tudo que já foi dito, uma estrutura discricionária*”<sup>47</sup>.

A discricionariedade pelo sopesamento alexyano acaba por transformar os princípios em “álibis teóricos para suplantam problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”. Nesse sentido, adverte Streck, princípios “não são, pois, ‘mandados de otimização’ ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo”<sup>48</sup>.

A questão de interpretar, a partir da ponderação, um princípio e reconhecer um direito fundamental, com base nesse sopesamento, implica diretamente na relativização de outro direito fundamental, que é, notadamente, afastado por um critério de “escolha”, portanto, não-decisório, a partir de uma fórmula chamada de “Lei da Colisão”, que, ao fim e a cabo, não consegue eliminar a discricionariedade do intérprete. Por isso é que se concorda com Lenio quando ele afirma que, nesses termos propostos, a teoria da argumentação jurídica enfraquece os direitos fundamentais, à medida que legitima decisões pragmáticas, como o caso da decisão judicial prolatada pelo primeiro grau da jurisdição federal do Estado do Rio Grande do Sul – reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região –, que reconheceu o direito de um discente à objeção de consciência, e o liberou da obrigação curricular de dissecação de animais<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. (Org). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 389.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 611.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

<sup>49</sup> Consulte-se: Cumprimento de Sentença nº 2007.71.00.019882-0 (RS) / 0019882-92.2007.404.7100. Data de autuação: 08.06.2007. Observação: Objeção de Consciência. Número da Caixa: 0000775/PE. Juiz: Vânia Hack de Almeida. Órgão Julgador: Juízo Federal da 9ª VF de Porto Alegre. Órgão Atual: 9ª Vara Federal de Porto Alegre.

### **1.5 Um Caso Concreto sob a Ótica da Crítica Hermenêutica ao Direito: aquele que se declara Adventista do Sétimo Dia possui um direito fundamental de receber “tratamento diferenciado” em instituições de ensino?**

O Adventista do Sétimo Dia tem como dogma milenar observar o dia de sábado como um dia de guarda santificado, desde o pôr-do-sol da sexta-feira até o pôr-do-sol de sábado. Segundo os que professam essa fé, o dogma religioso os impede de comparecer a atividades de ensino ofertadas às sextas-feiras, no turno da noite, o que os coloca sob o risco de serem reprovados nos respectivos cursos, pela infrequência, já que, via de regra, as instituições de ensino exigem um percentual mínimo de presença às atividades escolares. Além disso, as instituições de ensino não dispensam os alunos nessas condições, tampouco estabelecem regime de compensação, remanejamento e/ou outro modo que se fizer necessário para que eles sejam dispensados das frequências às aulas ministradas à noite. Essas faltas e a negativa das instituições de ensino em proporcionar tarefas alternativas, não raras vezes, terminam em ações judiciais, visando a uma decisão que salvguarde a liberdade de consciência e de crença e que obrigue ao Estado ou a particulares.

Esse tipo de demanda poderia muito bem ser indeferida por absoluta impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse, uma vez que não se vislumbra qualquer necessidade e utilidade em um provimento jurisdicional desse pleito, além de ser impossível ao Estado-juiz, regra geral, incumbir-se em relação contratual privada.

De fato, deveria tal demanda, inclusive, ser julgada improcedente de plano, possibilidade que, infelizmente, não se encontra presente no Código de Processo Civil do Brasil, salvo a hipótese do art. 285-A. Isso por que a exigência da participação presencial do aluno nas aulas, ou, especificamente, em 75% das aulas, está prevista em lei federal que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (art. 24, inciso VI, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996). Ou seja, se a todos deve ser dado tratamento isonômico, não há qualquer violação ou ofensa à liberdade de crença ou religião se existe uma obrigação – como a de frequentar as aulas – que é imposta a “todos” os alunos de uma instituição educacional que nela estão matriculados.

Quando o Adventista do Sétimo Dia “optar” em ingressar no estabelecimento de ensino, deve aceitar as normas impostas pela instituição, já que era, portanto, conhecedor de que, para aprovação no curso, há determinadas condições, como, por exemplo, as de frequentar as aulas nos horários estabelecidos. Assim, observar a grade curricular, o período letivo, o programa das disciplinas, as formas de avaliação, a frequência mínima, nada mais são do que obrigações do aluno que contratou o serviço educacional.

No Rio Grande do Sul, ao que se saiba, e mesmo no Brasil (talvez em alguns poucos estados da Federação exista a possibilidade almejada pelos

autores desses tipos de demanda), não existe qualquer previsão legal que autorize o abono de faltas em decorrência de convicção religiosa mediante prestação alternativa. Nesse sentido, o dito “princípio de liberdade religiosa” não pode violar a isonomia, a ordem pública e as normas que regem as instituições de ensino. Não se está, com isso, desconhecendo e desrespeitando a opção religiosa daqueles que professam tal fé, mas que há limites do exercício dessa liberdade de crença e de consciência.

É claro que, havendo uma política legislativa baseada em princípios<sup>50</sup>, que, por sua vez, deságue numa lei que obrigue as instituições de ensino, sejam elas públicas ou particulares, a aceitar pretensões da espécie, a situação se transforma. Agora, quando isso não ocorre, não pode o Judiciário, a pretexto de “defender” o direito fundamental à liberdade de crença, regram esse tipo de situação por decisões que, ao invés de expressarem princípios, estarão, sim, expressando argumentos de política, o que não cabe ao Judiciário.

A participação em curso técnico ou superior, portanto, não constitui nenhuma obrigação legal. Participa dessas atividades educacionais quem quer, isto é, tal adesão é facultativa. Por isso que aquele que professa uma fé de Adventista de Sétimo Dia e opta em fazer um curso em uma instituição de ensino não pode, para não frequentar as aulas, invocar em seu favor o fato de que sua religião não permite que pratique atividades nas sextas-feiras após às 18h (dezoito horas) para não frequentar as aulas. E não há como o Judiciário determinar à instituição de ensino privada que abone faltas ou aplique atividades alternativas para tais pessoas.

Aliás, o Conselho Nacional de Educação – órgão colegiado que integra a estrutura do Ministério da Educação do Brasil – já se manifestou sobre o tema por meio do Parecer CNE/CES nº 224/2006 no sentido de que “não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aula por motivos religiosos”. É bem verdade que o dito parecer não tem força cogente, mas também serve, no mínimo, como norte para que se possa decidir casos dessa natureza.

---

<sup>50</sup> Políticas legislativas não são quaisquer políticas. Daí a necessidade de políticas legislativas que se pautem por uma adequada teoria da legislação que incorpore o Direito como Integridade nos moldes propostos por Ronald Dworkin, por exemplo. Uma das grandes contribuições a essa ideia, ao menos no que diz com a necessidade de uma teoria da legislação, podemos encontrar na doutrina espanhola em: ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Madrid: Civitas, 1997. No Brasil, trabalhando a obra de Atienza e incorporando a principiologia dworkiniana, citam-se os seguintes livros: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*. Curitiba: Juruá, 2012; HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das Leis Penais e Legislação Penal Simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. Noutra perspectiva, mas, de igual forma, ressaltando a importância de se observar uma teoria da legislação para a elaboração da lei, o trabalho pioneiro de: SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.

O Superior Tribunal de Justiça – em caso distinto, mas que não deixa de ter certa similaridade com o presente –, ao analisar pedido de um candidato de concurso público de policial militar, Adventista do Sétimo Dia, que solicitou a realização de teste de capacidade física em dia diverso do programado por conta de sua crença religiosa, indeferiu, nos Recursos em Mandado de Segurança – MS nº 22825/RO e MS nº 16107/PA<sup>51</sup> –, a solicitação dos religiosos sob o argumento de que o direito à liberdade de crença não pode desejar criar situações que importem tratamento distinto entre candidatos que não professam a mesma crença religiosa, seja de favoritismo seja de perseguição.

Em demanda sobre o pretense direito de um Adventista de Sétimo Dia receber um tratamento diferenciado em razão de sua religião, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região aplicou o princípio da igualdade e negou o pedido da requerente, sob o fundamento de que “não se pode sequer invocar a necessidade de tratamento desigual para os desiguais, basilar em se tratando de princípio da igualdade, já que a requerente tinha noção de que as aulas seriam naqueles horários”, uma vez que “não pode a instituição de ensino ser responsabilizada por conceder privilégios em detrimento dos demais alunos da casa”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO – CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88 – ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL – RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos. 3. Recurso não provido. STJ, RMS 16107/PA, 6ª Turma, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 31.05.2005, DJ 01.08.2005 p. 555.

<sup>52</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. DECADÊNCIA AFASTADA. UNIVERSIDADE LEGITIMADA PARA A CAUSA. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. CURSO DE ARQUITETURA. FREQUÊNCIA ÀS AULAS. CIÊNCIA ANTERIOR DO FATO. OBRIGATORIEDADE. 1. Decadência afastada já que a matrícula foi efetivada no mês de agosto e o mandado de segurança foi ajuizado em setembro do ano de 2009. 2. A Universidade é parte legítima para a apelação já que de acordo com o inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09 a pessoa jurídica interessada deve ser cientificada do feito possibilitando o seu ingresso no processo. 3. A apelada tinha noção das rotinas acadêmicas da Universidade, seja pelo fato de que já cursava Arquitetura desde 2005, ou ainda por ter feito em momento anterior Design Gráfico. Ou seja, ao iniciar o curso em questão já tinha noção de que a sua crença religiosa a impediria de frequentar as aulas nos dias mencionados. 4. Na verdade, como as aulas já tinham seus dias previamente definidos e a requerente tinha noção da informação, não verifico justificativa razoável para o deferimento de tratamento diferenciado dos demais integrantes da turma. 5. Permitir que a apelada deixasse de comparecer às aulas nas sextas-feiras a noite e nos sábados ou mesmo que se apresentassem em dias diversos dos demais integrantes do curso seria uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia. No caso não se pode sequer invocar a necessidade de tratamento desigual para os desiguais, basilar em se tratando de princípio da igualdade, já que a requerente tinha noção de



É por isso que, em uma de suas colunas semanais na Revista Conjur, Streck questiona o seguinte:

Para trazer “felicidade” para esse conjunto indefinido de pessoas (insisto: não se tem qualquer dado empírico), quais as condições que a lei e a Constituição oferecem para que transfiramos recursos (simbólicos ou não reais) das outras pessoas para a felicidade daquelas? Entre a liberdade e a igualdade, devemos ficar com a liberdade? De quantos? Quer dizer que se um aluno de uma faculdade alegar objeção de consciência em não querer dissecar sapos (com o devido respeito aos meus amigos defensores dos direitos dos animais) na Faculdade de Medicina, a universidade terá que disponibilizar para ele uma disciplina sem a dissecação? Transferindo recursos da malta? Para a sua felicidade individual? Pergunto: há(veria) um direito fundamental a cursar medicina? Do mesmo modo, um aluno traumatizado com Direito Penal pode exigir da Faculdade de Direito um curso sem o Direito Penal? Há um direito fundamental a cursar direito? Como fica a igualdade diante desse “dar felicidade”?<sup>53</sup>

Ainda nesse sentido, dentre tantos autores que têm se debruçado sobre a problemática dos direitos fundamentais e a interpretação judicial<sup>54</sup>, um em especial chama atenção e serve para fazer um contraponto com a situação do caso do Adventista de Sétimo Dia: a de Maurício Ramires, intitulada “Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro”. No referido livro, na página 133, Ramires faz menção a decisões da Suprema Corte dos EUA sobre objeção de consciência em face de liberdade de religião ou crença, resumindo tais decisões da seguinte forma: em *West Virginia Board of Education v. Barnette*, o Tribunal decidiu que crianças testemunhas de Jeová não poderiam ser obrigadas por lei a saudar a bandeira dos EUA nas escolas públicas; em *Sherbert v. Verner*, a Corte determinou que o Estado da Carolina do Sul não estava autorizado a negar o seguro-desemprego a uma mulher adventista demitida por se recusar a trabalhar nos sábados; em *Wisconsin v. Yoder*, ficou decidido que crianças *amish* não poderiam ser legalmente compelidas

---

que as aulas seriam naqueles horários. Não houve imposição por parte da Universidade razão pela qual não pode a instituição de ensino ser responsabilizada por conceder privilégios em detrimento dos demais alunos da casa. 6. Apelação e remessa necessária providas. TRF 5ª Região, APELREEX Nº 9959/SE, 4ª T, Des. Federal Convocado Frederico Pinto de Azevedo.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum: como assim, a “inconstitucionalidade” de Deus?* Edição de 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-asmim-inconstitucionalidade-deus>. Acesso em: Jul. 2014.

<sup>54</sup> É o caso de MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; RAMIRES, Maurício. *Crítica a Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; LIRA, Claudio Rogério Sousa. *Direito Penal na Pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2013; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

a seguir na escola após a oitava série, em que pese a regra de educação compulsória fosse válida em geral.

Todos esses casos, veja-se bem, diziam respeito a “imposições” por parte do Estado. São casos em que, portanto, havia uma obrigatoriedade, inclusive legal, de os cidadãos assim procederem: saudar a bandeira, seguir na escola após a oitava série etc. No caso do Adventista de Sétimo Dia aqui referido, diferentemente dos casos referidos por Ramires, há uma opção por um curso em que se deseja matricular. Em conclusão, qualquer cidadão é livre para viver de acordo com sua religião. Ele pode até se negar a ser obrigado a fazer algo contrário a ela. Não pode, porém, optar, primeiramente, por fazer algo não-obrigatório – mas que contraria sua religião – e, depois, pedir em juízo para se desobrigar de fazer o que optou.

Ninguém obriga, pois, a alguém matricular-se em um curso técnico, ou superior que o seja. Agora, uma vez matriculado por opção, terá os mesmos deveres e obrigações de todo mundo. Diferente seria, por exemplo, no caso de um serviço militar obrigatório, coisa totalmente distinta. Apenas para ilustrar, veja-se que, quando Muhammad Ali se negou a ir lutar no Vietnã porque era muçulmano, a Suprema Corte até poderia liberá-lo da obrigação de ir, mas não poderia, por exemplo, mandar o exército dar a ele um certificado de que ele fora a Guerra. Em síntese, como referiu certa vez Maurício Ramires a um dos autores deste artigo, há uma expressão em inglês que bem resume tudo o que foi dito: “you can’t eat your cake and have it”. A grosso modo, significa que não se pode “comer” o bolo e “ter” o bolo ao mesmo tempo.

De mais a mais – e aqui a lembrança é de Ramires e de outro autor não menos brilhante, Francisco José Borges Motta –, a pergunta que “não quer calar” é: como é que o Estado vai imiscuir-se numa relação contratual privada se nela não há qualquer abusividade? Não cabe, portanto, à instituição de ensino adaptar seus atos e grade curricular consoante os preceitos da religião de cada aluno. A imposição de frequência mínima às aulas e grau de aproveitamento, sob pena de reprovação, é uma norma geral, aplicável a todos os alunos que compõem o corpo discente, independentemente da opção religiosa.

Logo, o caso do Adventista de Sétimo Dia que deseja horário diferenciado não se está diante de ofensa à dignidade humana<sup>55</sup> ou ao direito à liberdade de crença, pois não se trata de intervenção nas manifestações e convicções religiosas, mas de fazer prevalecer o princípio constitucional da igualdade em face do direito de liberdade de crença. Se alguém optar por um curso tem que se submeter a todos os ônus decorrentes da sua escolha, não sendo razoável lhes dar tratamento diferenciado.

---

<sup>55</sup> Para uma melhora compreensão sobre a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, sugere-se o estudo da seguinte obra: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Quando as pessoas se propõem a se matricular em um curso, estão cientes de que têm que se submeter às regras da instituição, sejam elas públicas ou privadas, restando tão-somente optar por um curso que melhor se adeque às suas necessidades. Uma instituição de ensino possui centenas de alunos; todos com um número talvez incontável de situações peculiares. Assim, não tem por que uma instituição de ensino se ocupar de atender aos interesses individuais de cada um deles.

Dessa forma, é possível concluir que existe uma limitação ao direito fundamental à crença religiosa. E essa limitação não deve ser resolvida a partir da “colisão” ou da “ponderação” de princípios. Em outras palavras: não é ponderando a dignidade da pessoa humana com a igualdade que se encontra a solução para o caso concreto. Esse caso não é “difícil” nem “fácil”. É um “caso” e exige uma resposta adequada à Constituição. E essa resposta não deve ser fruto de uma “escolha” discricionária do operador do direito, mas de um compromisso com a historicidade do direito.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais têm sido forçados ao longo do tempo. Aliás, ainda continuam em processo de evolução. Foram muitas as conquistas do homem para o reconhecimento de direitos essenciais ao ser humano.

O processo de reconhecimento passou, inevitavelmente, por guerras, revoluções e tantos outros movimentos que reclamaram pela necessidade de proteção do ser humano. Disso advieram conquistas como a garantia da liberdade, igualdade, vida, e outras inúmeras proteções jurídicas à pessoa.

A liberdade de crença religiosa foi fruto dessas conquistas. Não é à toa que, no Brasil, o Estado é laico. Isso é a secularização. A liberdade de crença religiosa é um garantia assegurada no rol da primeira dimensão dos direitos, isto é, de que o Estado não deve interferir na organização e no funcionamento de instituições religiosas, nem tolher o desejo da pessoa de professar credo, dogma, religião, etc. Não é só como caráter “negativo” que se afirmou tal liberdade, já que o Estado deve adotar medidas que garantam o livre exercício de atividades religiosas.

É evidente que a pessoa que se declara um Adventista de Sétimo Dia tem um direito fundamental a professar e a exercer sua religião. Assim como é óbvio que nem o Estado nem o particular devem se imiscuir na fé do adventista, igualmente devem adotar medidas para que essa liberdade religiosa possa ser exercida. Essa pessoa que professa sua religião é um titular de direito fundamental, enquanto que o Estado e/ou a instituição privada são os destinatários desse mesmo direito, para falar em uma linguagem mais apropriada (Sarlet). Todavia, esse direito fundamental tem um limite. E esse limite deve ser encontrado na *applicatio*.

A proposta deste *paper* foi exatamente apresentar um cenário teórico que pudesse demonstrar que o direito fundamental à liberdade de crença religiosa não é absoluto. Essa constatação parece ser carregada de obviedade.

Todavia, ainda são comuns decisões que fragilizam os direitos fundamentais, já que o uso desses direitos de forma genérica pode colocar em risco sua eficácia.

Por isso que a resposta a ser dada ao adventista no caso apresentado deve ser a da limitação do direito fundamental à liberdade de crença religiosa a partir do reconhecimento da ausência de equanimidade. Esse, por sinal, é o desejo de Streck: que o judiciário seja mais democrático e produza decisões que possuam um adequado grau de previsibilidade, em que a equanimidade seja o ponto de estofo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 04 jul. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim e Outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das Leis Penais e Legislação Penal Simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.
- LIRA, Claudio Rogério Sousa. *Direito Penal na Pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed., atual. até a EC nº 56/07. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. Tradução Nélcio Schneider. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3.671. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+++Bras%C3%ADlia+%2820%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008%29.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2011.
- \_\_\_\_\_. Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed., Madrid: Tecnos, 2005.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- \_\_\_\_\_. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...[et al.] SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. Vol. 1, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- \_\_\_\_\_. Senso Incomum: como assim, a “inconstitucionalidade” de Deus? Edição de 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>. Acesso em: Jul. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. (Org). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens. *Os Novos Direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.